

Manual de Razonamiento Probatorio

JORDI FERRER BELTRÁN
COORDINADOR



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



DERECHOS
HUMANOS



ESCUELA
FEDERAL DE
FORMACIÓN
JUDICIAL

Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Catalogación

PO

H125.113

M368m

Manual de razonamiento probatorio / coordinador Jordi Ferrer Beltrán ; esta obra estuvo a cargo de la Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ; presentación Ministro Arturo Zaldívar ; introducción Jordi Ferrer Beltrán. -- Primera edición. -- Ciudad de México, México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022.
1 recurso en línea (xviii, 480 páginas ; 24 cm.)

Material disponible solamente en PDF.

En la portada: Derechos Humanos; Escuela Federal de Formación Judicial

Contenido: Prueba, hechos y verdad / Daniel González Lagier -- Los momentos de la actividad probatoria en el proceso / Jordi Ferrer Beltrán -- La conformación del conjunto de elementos de juicio I : proposición de pruebas / Jordi Ferrer Beltrán -- La conformación del conjunto de elementos de juicio : admisión de pruebas / Carmen Vázquez y Mercedes Fernández López -- La conformación del conjunto de elementos de juicio III : principios generales de la práctica de la prueba / Mercedes Fernández López -- La conformación del conjunto de elementos de juicio : la práctica de la prueba pericial y de la prueba testifical / Carmen Vázquez -- La valoración de la prueba I : la valoración individual de la prueba / Carmen Vázquez y Mercedes Fernández López -- Inferencia probatoria y valoración conjunta de la prueba / Daniel González Lagier -- La decisión probatoria / Jordi Ferrer Beltrán -- La motivación sobre los hechos / Jordi Ferrer Beltrán

ISBN 978-607-552-268-5

1. Pruebas – Razonamiento jurídico – Doctrina – Criterio jurisprudencial – México 2. Etapas probatorias – Elementos del proceso 3. Admisión de pruebas – Analisis 4. Ejecución de pruebas 5. Prueba testimonial 6. Prueba testimonial 7. Valoración de pruebas I. Ferrer Beltrán, Jordi, coordinador, autor de introducción II. Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, 1959- , escritor de presentación III. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Dirección General de Derechos Humanos LC KGF2640

Primera edición: mayo de 2022

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

El contenido de los documentos que conforman esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta obra estuvo a cargo de la Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La edición y el diseño estuvieron al cuidado de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Manual de Razonamiento Probatorio

JORDI FERRER BELTRÁN
COORDINADOR

Suprema Corte de Justicia de la Nación

Ministro Arturo Zaldívar
Presidente

Primera Sala

Ministra Ana Margarita Ríos Farjat
Presidenta

Ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá
Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena
Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo
Ministra Norma Lucía Piña Hernández

Segunda Sala

Ministra Yasmín Esquivel Mossa
Presidenta

Ministro Luis María Aguilar Morales
Ministro Javier Laynez Potisek
Ministra Loretta Ortiz Ahlf
Ministro Alberto Pérez Dayán

Dirección General de Derechos Humanos

Mtra. Regina Castro Traulsen
Directora General

Contenido

Presentación	IX
Introducción	XIII

Capítulo I

Prueba, hechos y verdad

<i>Daniel González Lagier</i>	1
I. ¿Qué es “probar” un hecho?.....	3
II. ¿Qué es un hecho?.....	4
III. ¿Es posible conocer los hechos?.....	10
IV. De nuevo sobre la finalidad de la prueba y la noción de verdad...	20
V. ¿Cuándo un enunciado es verdadero?.....	22
VI. Una propuesta de clasificación de los hechos.....	24
VII. La prueba y los “conceptos fácticos”	26
VIII. Peculiaridades de algunos de los tipos de hechos más relevantes para el Derecho	27
Bibliografía	44

Capítulo II

Los momentos de la actividad probatoria en el proceso

<i>Jordi Ferrer Beltrán</i>	47
I. Introducción.....	49

II. El momento de la conformación del conjunto de elementos de juicio o pruebas	52
III. El momento de la valoración de los elementos de juicio o pruebas	60
IV. El momento de la adopción de la decisión sobre los hechos probados	63
V. El derecho a la prueba y su impacto en cada uno de los momentos de la actividad probatoria.....	66
Bibliografía	75

Capítulo III

La conformación del conjunto de elementos de juicio I: proposición de pruebas

<i>Jordi Ferrer Beltrán</i>	79
I. Introducción.....	81
II. Modelos de proceso.....	82
III. Los poderes probatorios del juez y de las partes	92
IV. Poderes probatorios e imparcialidad judicial.....	119
Bibliografía	129

Capítulo IV

La conformación del conjunto de elementos de juicio: admisión de pruebas

<i>Carmen Vázquez y Mercedes Fernández López</i>	137
I. Criterios generales de admisibilidad de las pruebas	139
II. Criterios no epistémicos de admisión de pruebas	161
III. Admisibilidad de la prueba pericial	187
Bibliografía	212

Capítulo V

La conformación del conjunto de elementos de juicio III. Principios generales de la práctica de la prueba

<i>Mercedes Fernández López</i>	223
---------------------------------------	-----

I. Introducción.....	225
II. El examen contradictorio de la prueba	228
III. Garantías instrumentales de la contradicción.....	233
IV. Inmediación	236
Bibliografía	239

Capítulo VI

La conformación del conjunto de elementos de juicio:
la práctica de la prueba pericial y de la prueba testifical

<i>Carmen Vázquez</i>	243
I. Introducción.....	245
II. La práctica de la prueba pericial	247
III. La práctica de la prueba testifical	265
Bibliografía	282

Capítulo VII

La valoración de la prueba I: La valoración
individual de la prueba

<i>Carmen Vázquez y Mercedes Fernández López</i>	289
I. Introducción.....	291
II. La valoración de la prueba pericial	292
III. La valoración de la prueba testifical	304
IV. Las declaraciones de las partes.....	327
Bibliografía	345

Capítulo VIII

Inferencia probatoria y valoración conjunta de la prueba

<i>Daniel González Lagier</i>	353
I. La valoración conjunta de la prueba y la inferencia probatoria	355
II. ¿Qué es una inferencia? Algunas nociones de teoría de la argumentación.....	357

III. La estructura de la inferencia probatoria y sus tipos.....	371
IV. El carácter prioritario pero probabilístico de la inferencia probatoria empírica	379
V. Sistemas de valoración de la prueba: de la prueba legalmente tasada a la libre valoración de la prueba.....	381
VI. Los criterios de racionalidad epistemológica.....	383
VII. Utilidad y límites de los criterios de racionalidad epistemológica.....	394
Bibliografía	395

Capítulo IX

La decisión probatoria

<i>Jordi Ferrer Beltrán</i>	397
I. Introducción.....	399
II. Las reglas sobre la carga de la prueba.....	404
III. Las presunciones	413
IV. Los estándares de prueba.....	426
Bibliografía	451

Capítulo X

La motivación sobre los hechos

<i>Jordi Ferrer Beltrán</i>	459
I. Introducción.....	461
II. Motivación como explicación y como justificación	462
III. La justificación de la fiabilidad atribuida a cada una de las pruebas aportadas al proceso	468
IV. La justificación del grado de corroboración atribuido a las distintas hipótesis	471
V. La justificación de la decisión sobre los hechos probados	472
Bibliografía	476

Presentación

En los últimos diez años, el derecho en nuestro país ha atravesado una verdadera revolución. La reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos, interpretada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, dio lugar a un nuevo paradigma a partir del cual el lenguaje del derecho se ha transformado. En esta década se amplió el parámetro de regularidad constitucional, se consignaron herramientas interpretativas novedosas, se estableció la vinculatoriedad de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y recientemente se afirmó la obligación de las y los juzgadores federales de realizar un control oficioso de convencionalidad de todas las normas sujetas a su conocimiento, entre muchos otros logros.

A pesar de estos cambios dramáticos en nuestro sistema, el modelo de formación y capacitación de personal jurisdiccional y los materiales de apoyo se habían mantenido estáticos y no evolucionaron a la par. Por ello, desde el inicio de mi gestión como Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal sostuve la necesidad de consolidar un nuevo perfil de las personas juzgadoras, sustentado en la formación de las competencias y habilidades propias del nuevo paradigma constitucional.

En ese contexto, y teniendo en mente las necesidades formativas de nuestros operadores de justicia, la Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte

y la Escuela Federal de Formación Judicial diseñaron el proyecto editorial *Manuales de Actuación*, dirigido especialmente al personal jurisdiccional. Los *Manuales* buscan ser verdaderas herramientas didácticas que, por un lado, faciliten la resolución de los casos a la luz de los estándares más actualizados en derechos humanos, y por el otro, contribuyan a la formación especializada en temas esenciales para la impartición de justicia.

Así, los *Manuales* abordan temas que han sido poco explorados en la formación de las y los impartidores de justicia, aun cuando resultan trascendentales para su labor. Algunos *Manuales* desarrollan conocimientos transversales a la función jurisdiccional, con independencia de la materia. Otros buscan profundizar sobre temas específicos en diversas materias como penal, civil o laboral.

Cada Manual es coordinado académicamente por una persona experta en el tema. Por su parte, los capítulos son escritos por personas nacionales e internacionales que son cuidadosamente elegidas a partir de su formación y experiencia. El eje rector, en todo momento, ha sido fortalecer la impartición de justicia con herramientas pedagógicas, accesibles y claras, en línea con nuestra visión de una nueva formación judicial.

En ese contexto, me complace presentar el *Manual sobre razonamiento probatorio*, el cual es de gran relevancia ante la indiscutible necesidad de formación sobre este tema en la labor jurisdiccional. A través de esta herramienta las personas juzgadoras podrán adquirir los conocimientos para realizar un adecuado razonamiento de la prueba, en respeto y protección de los derechos humanos, mediante el desarrollo de los estándares relacionados con la práctica del razonamiento probatorio, así como los avances y retos que existen sobre la institución de la prueba.

La correcta valoración de las pruebas, el cause que conecta los hechos y la averiguación de la verdad, no serían posibles sin la racionalidad de las pruebas dentro de los procesos judiciales, y en ese sentido, el razonamiento probatorio es un tema que cada vez cobra mayor relevancia en la actividad jurisdiccional, pues constituye un conocimiento central en la práctica diaria de las personas juzgadoras.

La actualidad jurídica desde el marco de protección de derechos humanos, demanda que se implementen los mecanismos para que en la actuación jurisdiccional siempre exista un idóneo razonamiento probatorio, en aras de garantizar el derecho fundamental a la prueba, así como el derecho al debido proceso, como respuesta a la exigencia convencional y constitucional de motivación de las decisiones judiciales. El Manual que se presenta, es una herramienta indispensable para hacer realidad ese objetivo.

Con una estructura clara y didáctica, el texto ofrece aportaciones teóricas y académicas, así como análisis de criterios jurisprudenciales que han definido y creado estándares del razonamiento de la prueba, con el fin de ofrecer a las personas operadoras de justicia de nuestro país un panorama tanto teórico como práctico para identificar la forma en la que opera el razonamiento de la prueba en cada uno de los tres momentos de la actividad probatoria, siendo estos: el momento de la conformación del conjunto de elementos de juicio o pruebas, el de la valoración y el de la decisión sobre los hechos.

Mediante esta herramienta se busca, además de describir el razonamiento probatorio, proponer criterios de justificación que permitan distinguir los buenos de los malos ejercicios de razonamiento de la prueba. De ese modo, a través de los diez capítulos que componen este proyecto, se exponen cuáles son los criterios, estándares y elementos que presuponen un adecuado ejercicio de razonamiento probatorio y de qué manera se aplican en los diferentes momentos de la actividad probatoria.

Para ello, las personas autoras abordan a lo largo del Manual algunos puntos clave: las intersecciones entre un buen razonamiento probatorio, una correcta aplicación del derecho manteniendo la encomienda de protección y garantía de los derechos humanos, la identificación de buenas prácticas en la institución probatoria y las deficiencias en el actual escenario del razonamiento probatorio. Asimismo, se proponen estrategias para analizar casos sustentando las decisiones judiciales en el razonamiento y la verdad, se identifican los diversos aspectos del razonamiento en los distintos tipos de prueba, se analizan las exigencias que la racionalidad impone en la fase de valoración de la prueba, distinguiendo entre

valoración individual y de conjunto, y finalmente, se aborda la decisión probatoria y el papel de las reglas de decisión sobre los hechos, así como los requerimientos para una adecuada motivación.

Por ello, con miras a proporcionar herramientas que auxilien a las personas juzgadoras en su labor jurisdiccional en materia de razonamiento probatorio, tomando en cuenta la importancia que conlleva la racionalidad de las pruebas para garantizar la objetividad en las decisiones judiciales, se ha creado este Manual el cual estoy convencido, facilitará el cumplimiento de esa labor.

Ministro Arturo Zaldívar

*Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
y del Consejo de Judicatura Federal*

Introducción

Es común todavía iniciar muchos trabajos sobre prueba y razonamiento probatorio apelando a la falta de atención que tradicionalmente se ha prestado a este tema en la formación de las y los juristas de los países de tradición romano-germánica. Aunque la situación ha cambiado mucho en estos últimos 10 o 15 años, la bibliografía disponible en castellano ya no es escasa y el interés de muchos juristas incluso podría decirse que ha puesto al razonamiento probatorio de moda, la verdad es que queda un gran camino por recorrer. A pesar del lugar central que esta materia ocupa en el día a día de cualquier jurista práctico —sea juez, fiscal, defensor o abogado litigante—, nuestras facultades de derecho siguen de modo general sin incluir en sus planes de estudios la formación en prueba y razonamiento probatorio, y lo mismo puede decirse de las escuelas judiciales, fiscales, los colegios de abogados o las defensorías.

El predominio casi absoluto que en nuestra cultura jurídica ha tenido la concepción persuasiva de la prueba ha convertido en un lugar común, casi indiscutido, la vinculación de la prueba con la convicción judicial, y de esta con el resultado de la valoración en conciencia de las personas juzgadas. Desde el punto de vista de la sociología de las ideas, la asunción de un modelo como este, psicologista y subjetivista, explica que no se percibiera la necesidad de estudiar el razonamiento probatorio y sus criterios de corrección, por lo que su función en la formación de las y los juristas ha sido tradicionalmente nula.

Sin embargo, esa falta de formación conlleva, desgraciadamente, un grave déficit en el funcionamiento de la administración de justicia. Por eso, cuando la Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación nos encargó elaborar un manual de razonamiento probatorio que pudiera servir para la formación y capacitación del personal del Poder Judicial federal mexicano, nos sentimos doblemente felices. Por un lado, porque es un paso importante hacia la reversión del déficit formativo identificado en los párrafos precedentes. Ello demuestra la perfecta comprensión de esa necesaria capacitación por parte del Ministro Presidente de la Corte Suprema, el doctor Arturo Zaldívar, y del Director General de Derechos Humanos de ese momento, el doctor Arturo Bárcena. No es casualidad que a ellos se deban algunas de las sentencias de la Corte Suprema mexicana que han realizado aportes más valiosos en materia probatoria. El segundo motivo de felicidad es que nos hicieran el honor de encargarnos el manual a nosotros, dándonos la oportunidad de aportar nuestro granito de arena a esa capacitación.

Son muchas las intersecciones entre un buen razonamiento probatorio, una correcta aplicación del derecho y la protección de los derechos humanos. La primera es fundamental: la única forma de garantizar la seguridad jurídica como previsibilidad de las decisiones judiciales es mediante una aplicación del derecho que, en materia de hechos, acierte en la determinación de estos de acuerdo con la verdad de lo sucedido. Este crucial aspecto es capturado, para el proceso penal, por la previsión del artículo 20, A, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, conforme a la cual el proceso penal “tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen”. Todo ello, claro está, supone asumir el objetivo de la averiguación de la verdad sobre los hechos del caso, que no hay razón para limitar al proceso penal y debe extenderse a cualquier tipo de proceso judicial. En otras palabras, solo si en la gran mayoría de los casos se atribuyen las consecuencias jurídicas —sanciones, premios, etcétera— a quien cometió los hechos enjuiciados y no se atribuyen a quienes no los cometieron, el derecho podrá funcionar como mecanismo de motivación de la conducta.

En este sentido, un adecuado funcionamiento del Estado de derecho exige que se implementen los mecanismos para que en la aplicación del derecho opere un adecuado razonamiento probatorio que garantice que en la mayoría de los casos lo que se considere probado coincida con lo sucedido en el mundo. Veamos un ejemplo: el Estado puede decidir regular la institución de la responsabilidad civil como un mecanismo de reparación de daños injustificados en las relaciones entre ciudadanos y de estos con el Estado. De este modo se busca, entre otras cosas, evitar que esos daños produzcan conflictos que se resuelvan de otras maneras, incluso violentas. Sin embargo, para que la institución jurídica de la responsabilidad civil cumpla su función, es necesario que los ciudadanos puedan confiar en que, si son dañados, serán reparados, y también que puedan prever que, si dañan injustificadamente, deberán responder por ello. Y para que eso suceda es necesario que en la aplicación judicial de las normas reguladoras de la responsabilidad civil las consecuencias jurídicas previstas por estas se apliquen efectivamente a los hechos que son condición de aquellas. Por ello, aplicar correctamente el derecho exige la averiguación de la verdad sobre los hechos.

Un segundo modo en que los problemas de un mal razonamiento probatorio afectan a los derechos humanos es mediante su impacto en el derecho fundamental a la prueba. Tanto las cortes internacionales de derechos humanos como casi todas las cortes supremas y constitucionales nacionales de los países occidentales han considerado el derecho fundamental a la prueba como parte del derecho de defensa —a defenderse probando— y del debido proceso. Desde el punto de vista de su contenido, debe decirse que se trata de un derecho que incluye, a su vez, un haz de derechos más específicos, que se pueden concretar en: i) el derecho a proponer y a que sean admitidas todas las pruebas relevantes que puedan dar sustento a las pretensiones de las partes, ii) el derecho a que las pruebas presentadas y admitidas sean debidamente practicadas en juicio, iii) el derecho a una valoración racional de la prueba —tanto individual como de conjunto— y iv) el derecho a la motivación de las decisiones probatorias. Se trata, en general, de un derecho subjetivo instrumental para garantizar que, como señalaba en el párrafo anterior, la aplicación del derecho sea correcta y no arbitraria. Ahora bien, resulta evidente que, si las personas juzgadoras no tienen una buena formación en materia de razonamiento probatorio, pueden tomar malas decisiones que afecten a los

cuatro derechos específicos que integran el derecho a la prueba: i) pueden inadmitir infundadamente pruebas relevantes; ii) pueden dirigir inadecuadamente la práctica de la prueba, produciendo que de ella no se obtenga toda la información posible sobre los hechos; iii) pueden valorar erróneamente la fiabilidad de todas o de algunas de las pruebas presentadas y atribuir un grado de corroboración incorrecto a las distintas hipótesis fácticas en conflicto; y iv) pueden aplicar erróneamente las reglas sobre la decisión probatoria —en especial, presunciones, cargas de prueba y estándares de prueba— y dictar una sentencia infundada, sea por ausencia de justificación sustantiva o por un déficit en la explicitación del razonamiento.

Vale la pena abundar en el impacto ya mencionado de los déficits del razonamiento probatorio en el adecuado cumplimiento del debido proceso y, en especial, de una de sus garantías: la exigencia de motivación de las decisiones judiciales. Para que una decisión sobre los hechos esté justificada es condición necesaria que se muestre que la hipótesis que se declare probada alcanza un cierto grado de corroboración a partir de las pruebas presentadas en el proceso —y que la hipótesis que se declare no probada no lo alcanza—. Ello es siempre expresión de un complejo razonamiento inferencial en el que hay que tener en cuenta no solo las pruebas que están en el proceso sino también el peso probatorio de éstas, es decir, cuántas de las pruebas relevantes han sido aportadas al proceso y qué lagunas probatorias han quedado. También cuál es el valor probatorio —la fiabilidad— de cada una de las pruebas, individualmente y en conjunción con las otras. Finalmente, debe tomarse en cuenta el grado de corroboración que el sistema requiere para ese tipo de casos —previsto en el estándar de prueba aplicable— y justificar si éste se cumple o no. Como puede observarse, nada de todo esto puede realizarse cabalmente sin un adecuado razonamiento probatorio, por lo que la exigencia constitucional y convencional de motivación de las resoluciones judiciales queda seriamente puesta en peligro si las personas juzgadoras no son capaces de dominar ese razonamiento.

Este manual, como el propio razonamiento probatorio, parte de la asunción de los postulados de la denominada *concepción racionalista de la prueba*. Dicha concepción tiene como punto central, sobre el que pivotan todos los demás

postulados, la asunción de la averiguación de la verdad —como correspondencia con el mundo— como objetivo institucional de la prueba en cualquier tipo de proceso judicial. Ello no impide en absoluto que ese objetivo a veces se encuentre limitado por otros objetivos del proceso y del derecho que puedan entrar en conflicto con él, pero supone, sí, que no tiene sentido la institución probatoria si no es para averiguar la verdad sobre los hechos relevantes del caso.

A partir de esa asunción, el manual adopta una clasificación de las etapas procesales sobre la prueba, en función del tipo de actividad que se realiza en cada una de ellas. Esas etapas, o momentos de la actividad probatoria, pueden dividirse en tres. El primer momento corresponde a la conformación del conjunto de elementos de juicio o pruebas que luego se tomarán en consideración para decidir. Este momento incluye desde la proposición de prueba y su admisión hasta la práctica de las pruebas en el juicio oral. El segundo es el momento de la valoración de la prueba, que incluye la valoración individual de la fiabilidad de cada una de las pruebas admitidas al proceso y la valoración en conjunto de las pruebas a los efectos de determinar el grado de corroboración que otorgan a cada hipótesis fáctica sobre el caso. Finalmente está el momento de la decisión sobre los hechos, en el que la persona juzgadora debe decidir y motivar qué hipótesis pueden considerarse probadas y qué hipótesis, en cambio, no alcanzan esa consideración, sobre la base de las reglas procesales que regulen esa decisión —presunciones, cargas y estándares de prueba— y de las conclusiones sobre el grado de corroboración probatoria alcanzado. Con estas dos asunciones básicas —el objetivo de la averiguación de la verdad y la clasificación de los momentos de la actividad probatoria—, el manual pretende mostrar cómo debemos operar en cada uno de esos momentos de la actividad probatoria para maximizar las probabilidades de acierto de la decisión sobre los hechos —*i.e.*, la probabilidad de que lo que se declare probado coincida con la verdad—. La mayoría de la literatura en materia de prueba, especialmente en español, ha puesto el énfasis en la valoración de la prueba, y, menos, en el primero y el tercero de los momentos de la actividad probatoria. En cambio, una particularidad importante de este manual es que se pondrá una atención especial en el momento de la conformación del acervo probatorio. Permítaseme una metáfora culinaria que puede resultar gráfica para entender la razón de esa propuesta: si queremos cocinar un buen platillo, no basta con desarrollar una buena técnica de cocina, es fundamental disponer

de buenos ingredientes, elegir una excelente materia prima. Es en el momento de la conformación del acervo probatorio en el que se recolectan los ingredientes del platillo probatorio: si se conforma mal ese acervo, de forma pobre por cuanto a la cantidad y variedad de pruebas, o si no se extrae de las pruebas la información que pueden ofrecer durante su práctica, poco podrá hacerse posteriormente para aumentar la probabilidad de acierto de la decisión. Por eso, una parte importante del manual estará dirigido a ofrecer las herramientas necesarias para conformar un conjunto de elementos de juicio con alto peso probatorio y del que se extraiga la mayor información posible para su posterior valoración.

Se analizarán posteriormente las exigencias que la racionalidad impone en la fase de valoración de la prueba, distinguiendo entre valoración individual y de conjunto. Y, finalmente, se abordará la decisión probatoria y el papel de las reglas de decisión sobre los hechos, así como los requerimientos para una adecuada motivación en materia de hechos.

Una vez presentado el contenido básico que el lector encontrará en este manual, conviene realizar una advertencia acerca de lo que el libro no es: en efecto, este no es un texto de derecho probatorio mexicano; el objetivo principal del trabajo no es describir las normas procesales sobre la prueba ni tampoco la jurisprudencia al respecto. Sin duda, las autoras y autores de este libro no seríamos los más adecuados para una labor de ese tipo. Por eso, tanto la legislación como las decisiones judiciales mexicanas estarán presentes en el texto que sigue a corte de ejemplos de buenos o malos diseños procesales, de mejores o peores decisiones judiciales en materia probatoria, sin que para nosotros constituyan necesariamente un criterio al que apegarse.

No pretendemos que este manual sea una herramienta autosuficiente, pero sí que constituya un instrumento útil para la capacitación inicial del personal judicial y también para su formación continuada, sirviendo de apoyo para la docencia de capacitadores o de texto de consulta y referencia en el trabajo diario de las personas juzgadoras. Con ello, esperamos contribuir a la mejora de la formación de las y los juzgadores mexicanos y, en consecuencia, de la administración de justicia.

Jordi Ferrer Beltrán

Prueba, hechos y verdad

Daniel González Lagier*

* Catedrático de Filosofía del Derecho. Universidad de Alicante.

Prueba, hechos y verdad. I. ¿Qué es “probar” un hecho?; II. ¿Qué es un hecho?; III. ¿Es posible conocer los hechos?; IV. De nuevo sobre la finalidad de la prueba y la noción de verdad; V. ¿Cuándo un enunciado es verdad?; VI. Una propuesta de clasificación de los hechos; VII. La prueba y los “conceptos fácticos”; VIII. Peculiaridades de algunos tipos de hechos más relevantes para el Derecho.

I. ¿Qué es “probar” un hecho?

Las normas jurídicas pueden verse como instrumentos de los que dispone la o el juez para resolver los conflictos jurídicos que se le plantean. Tales normas tienen una estructura condicional que correlaciona un supuesto de hecho —que se refiere genéricamente a una clase o tipo de hechos— con una consecuencia jurídica. Las normas le dicen al juez qué decisión debe tomar si se produce un caso de un determinado tipo de hechos. Por ello, el juez debe establecer si estos hechos han tenido lugar, como paso previo para la resolución del conflicto. El Derecho, por tanto, tiene la pretensión de reaccionar con determinadas soluciones jurídicas —sanciones u otro tipo de efectos jurídicos— ante distintas situaciones que puedan darse en la realidad. Esta pretensión es fundamental para su función como guía de la conducta, resolución de conflictos y ordenación de la sociedad.

Al conjunto de actividades, inferencias, medios e instrumentos que se usan en el marco del proceso judicial para determinar si debe aceptarse que los hechos descritos en el supuesto de hecho de la norma han tenido lugar podemos llamarlo, genéricamente, *prueba judicial de los hechos*. La palabra “prueba”, como puede verse, tiene una fuerte ambigüedad; los juristas suelen usarla para referirse a varias cosas:

- A la actividad de probar algo.
- A los medios de prueba o *datos probatorios*; es decir, a los instrumentos y elementos de juicio que usamos para averiguar la verdad sobre los hechos del caso.
- Al resultado arrojado por los medios de prueba, esto es, a los hechos probados del caso.

Podemos decir, por ejemplo, que Ticio acusa a Cayo de haber matado a Sempromio; por lo que es a Ticio a quien le corresponde la prueba de esos hechos (prueba como actividad); para ello dispone de varias pruebas: declaraciones de testigos, informes periciales, etcétera (prueba como “medios de prueba”); y que como resultado de todo ello ha quedado probado que Cayo fue el culpable (prueba como resultado o los hechos probados). A estos sentidos hay que añadir un cuarto: para pasar de la información obtenida a través de los medios de prueba a los *hechos probados* es preciso un razonamiento, que puede ser muy complejo, al que en ocasiones también se le llama “prueba”. Para deshacer la ambigüedad, a este sentido de “prueba” podemos llamarlo *razonamiento probatorio*. Un razonamiento —o inferencia, o argumento— es un conjunto de enunciados que expresan razones que apoyan una conclusión. La prueba de un hecho, en este sentido, es el razonamiento —o el conjunto de razonamientos— que trata de mostrar que tenemos suficientes razones para aceptar que ese hecho ha ocurrido, que ha tenido lugar.

II. ¿Qué es un hecho?

Sea cual sea el sentido de “prueba” que estemos usando, estará estrechamente relacionado con la noción de “hecho”. Por tanto, un paso previo para entender el razonamiento probatorio, la actividad de probar o qué es un dato probatorio es esclarecer este concepto; no obstante, aunque en el trabajo y en las discusiones de los juristas hay implícito un concepto de “hecho”, no es fácil sacarlo a la luz de una manera precisa y clara.

1. Lo que han dicho los juristas

La definición clásica de los juristas de “hecho jurídico” lo define como todo aquél fenómeno o acontecimiento de la realidad, mencionado en el antecedente de una

norma jurídica, al que esta anuda ciertas consecuencias jurídicas. Pero estas aproximaciones sustituyen “hecho” por expresiones sin definir, como *fenómeno* o *acontecimiento*, por lo que no nos permiten avanzar mucho. Se trata, además, de una definición que pone el acento en qué es lo que hace que un hecho sea jurídico, más que en aclarar qué es un *hecho*.¹ Otras veces, se contraponen “hecho jurídico” a “acto jurídico”, señalando la diferencia entre aquello que nos sucede —hechos— y aquello que hacemos —actos—. Pero cuando hablamos de “la prueba de los hechos” nos referimos a un sentido más amplio de “hecho”, que no incluye solo a acontecimientos ajenos a la voluntad humana: **el objeto de la prueba puede ser tanto aquello que hacemos como aquello que nos sucede**. Los intentos de aclarar el concepto general de “hecho” de los juristas, por lo común, han sido muy limitados —a diferencia de sus esfuerzos para definir algunos tipos de hechos en particular, como las acciones o las omisiones—.

2. Lo que han dicho los filósofos

En la filosofía se han ocupado con mayor profundidad de este concepto. Una de las aproximaciones filosóficas —por supuesto, no unánimemente aceptada, como siempre ocurre en filosofía— que resulta más útil para entender el concepto de “hecho” que se presupone cuando hablamos de la *prueba jurídica* consiste en entender los **hechos como eventos**; esto es, como **aquello que sucede en el mundo en un momento y en un lugar determinados**.

Una aproximación de este tipo es la de Bertrand Russell.

Cuando hablo de un ‘hecho’ —no me propongo alcanzar una definición exacta, sino una explicación que les permita saber de qué estoy hablando— me refiero a aquello que hace verdadera o falsa a una proposición. Si digo ‘Está lloviendo’, lo que digo será verdadero en unas determinadas condiciones atmosféricas y falso en otras. Las condiciones atmosféricas que hacen que mi enunciado sea verdadero (o falso, según el caso), constituyen lo que yo llamaría un hecho. Si digo ‘Sócrates

¹ Cf. Aguiló, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, p. 52 y ss.

está muerto, mi enunciado será verdadero debido a un cierto suceso fisiológico que hace siglos tuvo lugar en Atenas.²

Por tanto, de acuerdo con esta concepción, debe trazarse una distinción entre, por un lado, el mundo y, por otro, el lenguaje y el pensamiento. Los hechos están en el mundo; nuestras creencias acerca de ellos forman parte del pensamiento —que expresamos por medio del lenguaje— y la relación entre los hechos y las creencias es una relación de verdad o falsedad, esto es, nuestras creencias —y las oraciones que las expresan— son verdaderas cuando se corresponden con los hechos a los que se refieren, y falsas si no se corresponden con ellos.

En definitiva, los hechos se caracterizan por los siguientes rasgos:

- Los hechos se sitúan en el mundo y no dependen de las creencias, en el sentido de que ocurren “lo crea alguien o no”.³
- Los hechos son lo que hace verdaderos o falsos a nuestros enunciados⁴ y, por tanto, son aquello a lo que nuestras creencias (y las proposiciones u oraciones descriptivas con las que las expresamos) se refieren y, también son lo que las fundamenta.

3. Hechos y objetos

La anterior definición implica que los hechos y las entidades u objetos son cosas distintas, porque los objetos no hacen verdaderas o falsas a nuestras creencias —salvo indirectamente en la medida en que están involucrados en los objetos—

Es preciso tener en cuenta que cuando hablo de un hecho no me refiero a una cosa particular existente, como Sócrates, la lluvia o el sol. Sócrates no hace por sí mismo ni verdadero ni falso a ningún enunciado [...] Cuando una palabra aislada alcanza a expresar un hecho, como ‘fuego’ o ‘el lobo’, se debe siempre a un contexto

² Russell, “La filosofía del atomismo lógico”, en *La concepción analítica de la filosofía*, p. 144.

³ Cf. Russell, *El conocimiento humano*, p. 156.

⁴ *Id.*

inexpresado, y la expresión completa de tal hecho habrá de envolver siempre una oración.⁵

En definitiva, lo anterior podría sintetizarse en el siguiente cuadro, donde la flecha representa la relación de verdad entre hechos, por un lado, y creencias y los enunciados que las expresan, por otro:

Mundo	Pensamiento y lenguaje
Hechos	→ Creencias y enunciados
Entidades u objetos	

Dado que los objetos no hacen por sí solos verdaderas o falsas a nuestras creencias o afirmaciones, y dado que la finalidad de la prueba —en los casos centrales— es establecer la probable verdad de ciertas afirmaciones, entonces **las cosas particulares, por sí mismas, no pueden ser el objeto de la prueba**. Lo que puede probarse es **la existencia de un objeto—que sí es un hecho— pero no, el objeto en sí**. Una pistola no puede probarse, pero sí que esa pistola estaba en posesión de un sujeto o que fue el arma utilizada para tal homicidio o que ha sido recientemente usada. Esto es, los hechos son acontecimientos que “les ocurren” a los objetos o propiedades que pueden predicarse de ellos.

Esta distinción entre “hechos” y “objetos” —o “cosas particulares— es importante y su olvido puede conllevar equívocos que conviene evitar. Por ejemplo, la doctrina procesal ha dicho con frecuencia que el objeto de la prueba no son los hechos, sino las afirmaciones sobre los mismos, y se ha argumentado que esto es así con el siguiente ejemplo: “Utilizando un ejemplo mencionado por el profesor Serra Domínguez podemos decir que si bien es imposible probar una mesa, por el contrario si una persona afirma que existe una determinada mesa en un cierto lugar y predica determinadas cualidades de la misma, es posible, entonces, la demostración de exactitud de dichas afirmaciones”.⁶ Pero, como es evidente, si

⁵ Russell, “La filosofía...cit.”, p. 145.

⁶ Miranda, *La mínima actividad probatoria en el proceso*, p. 34 y 35.

se tiene en cuenta la distinción entre “hechos” y “objetos” —y dado que una mesa es un objeto, y no un hecho— lo que demuestra el argumento es que no es posible probar objetos, no que no sea posible probar hechos. La posesión o no de las cualidades que se predicán de la mesa del ejemplo son hechos, y es precisamente lo que hay que probar.

4. Hechos genéricos y hechos individuales

También es importante deshacer una ambigüedad que surge cuando usamos la palabra “hecho”: esta puede usarse para referirse a “hechos genéricos” —esto es, clases de hechos, como erupciones volcánicas, descarrilamientos de trenes, batallas o dolores de muelas— o “hechos individuales” —esto es, el hecho particular ocurrido en un momento y un espacio determinado, como la erupción del Etna en julio del año 2001, el descarrilamiento del expreso de Irún, la batalla de Trafalgar o mi dolor de muelas toda esta semana—. ⁷ Cuando decimos que un hecho *ha sido probado*, o *debe ser probado*, en un proceso judicial, nos referimos al segundo sentido de hecho —hecho individual—. Cuando hablamos de los hechos descritos en las normas como desencadenantes de una consecuencia jurídica, nos referimos al primer sentido de hecho —hecho genérico—. Lo que se debe constatar en un proceso judicial es, en primer lugar, si un hecho individual ha tenido lugar y, en segundo lugar, si es un caso del hecho genérico descrito en una norma. El primer paso suele llamarse *prueba de un hecho* y el segundo *calificación normativa*.

5. Hechos brutos, hechos percibidos y hechos interpretados

Otra distinción importante, especialmente cuando nos planteamos la posibilidad de conocer cómo es realmente el mundo—eso es, de tener un conocimiento objetivo del mismo, cuestión que analizaremos más adelante—, es la que distingue

⁷ Esta distinción es una extensión de la distinción de G. H. von Wright entre “acciones genéricas” y “acciones individuales”. Von Wright, *Norma y acción. Una investigación lógica*, p. 45.

entre *hechos brutos*, *hechos percibidos* y *hechos interpretados*.⁸ Podemos llamar *hecho bruto* al hecho entendido como un puro acontecimiento empírico, realmente ocurrido, independiente de toda observación, esto es, desnudo de subjetividades e interpretaciones; *hecho percibido* al conjunto de datos o impresiones que el hecho bruto causa en nuestros sentidos y transmite a nuestro cerebro; y *hecho interpretado* a la descripción o interpretación que hacemos de tales datos sensoriales. Así, no es lo mismo el hecho real de que Juan agita su brazo, la percepción que un observador tiene de ese movimiento, esto es, los datos sensoriales que tal hecho externo causa en su cerebro, y la interpretación que hace de esos movimientos, como un saludo, una amenaza, un aviso de algún peligro, etcétera. Cuando se dice que los hechos son independientes del observador y sus creencias, nos referimos al primer sentido de “hecho”, esto es, a los hechos brutos.

6. Hechos naturales y hechos institucionales

Un tipo peculiar de hechos son los hechos *institucionales* o *normativos*.⁹ Se trata de hechos que son descritos o *interpretados* desde el punto de vista de un sistema de normas. Jugar al ajedrez, por ejemplo, es una acción que solo puede entenderse si se tienen en cuenta las reglas del ajedrez. Igualmente, “tener la mayoría de edad” o “estar casado” son estados de cosas que solo pueden entenderse desde el sistema de normas jurídicas: si no existieran normas que establezcan que la mayoría de edad se alcanza a los 18 años o cuáles son los requisitos para contraer matrimonio válido —y las consecuencias jurídicas de hacerlo—, no existirían estos tipos de hechos. Por el contrario, los hechos que son descritos con independencia de los sistemas normativos —como “cumplir 18 años” o “irse a vivir con su pareja”— se llaman hechos *naturales*. Tanto unos como otros pueden ser objeto de prueba, o constituir *pruebas* de otros hechos. La prueba de un hecho institucional requiere mostrar la validez de ciertas normas y el cumplimiento de estas. Por ejemplo, para probar que un sujeto ya está casado de acuerdo con cierto ordenamiento jurídico debe probarse la validez de las normas pertinentes en ese

⁸ Cf. González Lagier, *Quaestio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, cap. I.3.2.

⁹ Cf. Searle, *Actos de habla*, pp. 58-61.

sistema, y también que tales normas “se usaron” adecuadamente por los sujetos que pretendían contraer matrimonio.

III. ¿Es posible conocer los hechos?

1. Cognoscitivismo y escepticismo

Uno de los temas filosóficos recurrentes a propósito de los hechos es el de la posibilidad de su conocimiento: ¿Tenemos la posibilidad de conocer las cosas *como son*? ¿Tenemos un conocimiento fiable del mundo? ¿O, por el contrario, debemos ser escépticos sobre nuestras verdades, ponerlas en entredicho y dudar de ellas? Las distintas posturas que pueden adoptarse sobre estas cuestiones se sitúan entre lo que llamaremos cognoscitivismo ingenuo, por un lado, y escepticismo, por otro.

El *cognoscitivismo ingenuo* se basa en una imagen muy extendida acerca del mundo, probablemente la imagen de *sentido común*, de acuerdo con la cual los hechos —y, en general, la realidad— son plenamente objetivos y los conocemos porque “impactan” en nuestra conciencia por medio de nuestros sentidos. Esta concepción puede precisarse por medio de dos tesis:

- *Tesis de la objetividad ontológica*: El mundo es independiente de sus observadores. Esto es, las cosas son como son, con independencia de lo que sabemos de ellas y de cómo las vemos.
- *Tesis de la objetividad epistemológica*: Por medio de los sentidos normalmente tenemos un acceso fiel a esa realidad.

Para esta representación del mundo, los hechos son datos brutos, evidentes y no problemáticos ofrecidos por la realidad.¹⁰ Si dudamos acerca de si un hecho ocurrió, nuestra duda se deberá a un *problema de falta de información*: si no podemos establecer la verdad de la proposición “Cayo mató a Sempronio” es simplemente

¹⁰ Andrés Ibáñez, “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, en *Doxa*, p. 263.

porque carecemos de evidencias —no lo vimos o no encontramos las huellas de Cayo en el lugar del crimen—.

Para el *escepticismo radical* hacia los hechos, por el contrario, el mundo no es en absoluto independiente de los observadores —es decir, se niega la tesis de la objetividad ontológica— o bien, siendo independiente, resulta inaccesible a nuestro conocimiento, porque nuestra percepción e interpretación del mundo está cargada de subjetividad —negación de la tesis de la objetividad epistemológica—. El escepticismo puede tener raíces muy diversas. Se puede defender, por ejemplo, aludiendo a la circunstancia de que sabemos que nuestros sentidos nos engañan en ocasiones —como cuando tenemos alucinaciones— y no tenemos la seguridad de que no lo hagan siempre: el mundo, lo que creemos percibir de él, podría no ser más que un sueño o una alucinación. Pero el argumento que mayor repercusión ha tenido en la reciente filosofía de la ciencia consiste en sostener que el conocimiento objetivo es imposible, porque los hechos que percibimos, o tal y como los percibimos, están “cargados de teoría” y son relativos a nuestros esquemas conceptuales y valoraciones. Según estas teorías filosóficas, no hay hechos brutos o “puros”—o nos es imposible conocerlos, lo que en la práctica resultaría lo mismo—, sino solo hechos interpretados a partir de teorías y/o valoraciones. Para los más radicales, los hechos son completamente construcciones de quien observa.¹¹

2. El escepticismo (o no cognoscitivism) entre los juristas

No hay que pensar que el escepticismo es meramente una postura académica, filosófica, sin repercusión en otros ámbitos conectados con la práctica. Por el contrario, muchas concepciones de la doctrina jurídica y la jurisprudencia son manifestaciones de fuertes posturas escépticas. Veamos tres discusiones que pueden considerarse ejemplos de este escepticismo:

¹¹ V. Bunge, *Racionalidad y realismo*.

- A. *El objeto de la prueba*: Un primer ejemplo lo encontramos en la ya comentada discusión acerca de si el objeto de la prueba está constituido por los hechos o por las afirmaciones sobre los hechos. Muchas personas autoras niegan que lo que se prueba sean los hechos, con el argumento de que estos quedan fuera del proceso, pertenecen al pasado, y, por tanto, no pueden ser conocidos. Así, por ejemplo, se afirma que el objeto de la prueba está constituido,

no por los hechos en sí, los cuales son o no son y en consecuencia, a decir de Serra, no requieren ser probados, siendo así que, además, los hechos se caracterizan por ser fenómenos exteriores ya acontecidos, no presenciados, por tanto, por el juez ni susceptibles de volver a acaecer; el objeto de la prueba viene determinado por las afirmaciones que respecto de los tales hechos realizan las partes.¹²

Ya hemos visto que la falta de distinción entre hechos y objetos parece estar —al menos en parte— detrás de estas opiniones.

En sentido estricto, puede considerarse que el objeto *inmediato* de la prueba son las afirmaciones sobre los hechos y no los hechos mismos; esto es así simplemente porque en filosofía es bastante generalizado aceptar que los hechos mismos no son verdaderos o falsos y que “los portadores de verdad” son las oraciones, las proposiciones y las creencias. Cuando decimos que un hecho es falso no hablamos con propiedad. Lo que deberíamos decir es que el hecho no ha ocurrido y, por tanto, afirmar que sí ocurrió es una afirmación falsa. No obstante, esta precisión, si se asume la noción ordinaria de “verdad” como correspondencia entre las afirmaciones y los hechos, no tiene una gran relevancia práctica: lo que pretendemos con la prueba es mostrar que la afirmación acerca de cierto hecho —por ejemplo, que “Pedro tenía en su poder una pistola”— es probablemente verdadera, lo que es lo mismo que decir que probablemente ocurrió ese hecho. Decir que

¹² Asencio, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, p. 15.

una afirmación sobre un hecho es verdadera implica decir que ese hecho ocurrió de la manera que describe la afirmación. Es decir, no podemos afirmar “es verdad la afirmación de que ayer llovió” y añadir “pero eso no ocurrió” sin contradicción. De manera que no es posible probar una afirmación sin referirse también al hecho al que ella se refiere.

- B. *La finalidad de la prueba*: Este mismo escepticismo se muestra también en la tesis que niega que la finalidad de la prueba sea conocer la verdad de los hechos. La aceptación o no de esta finalidad permite distinguir entre teorías cognoscitivistas y no cognoscitivistas. Las primeras asumen que la prueba debe ir dirigida a establecer, en la mayor medida posible, la verdad de los hechos del caso y las segundas rechazan esta conexión.¹³ Las causas del rechazo de la verdad como finalidad de la prueba son variadas: a veces se aduce la imposibilidad de conocer los hechos, bien porque se asume un escepticismo general, bien porque las limitaciones propias del diseño del proceso judicial impiden perseguir ese objetivo; otras veces las razones esgrimidas son de carácter ideológico y se sostendrían en la idea de que la verdad no debe ser perseguida en el proceso porque no es un valor importante para él: lo importante sería, por ejemplo, la resolución autoritativa de un conflicto o la reafirmación de la autoridad de la norma infringida. En lugar de la búsqueda de la verdad, las teorías no cognoscitivistas o escépticas defienden que la finalidad de la prueba es meramente la *fijación formal* de los hechos del caso —dado que el proceso gira alrededor de hechos y que el juez debe tomar su decisión basándose en ellos, es necesario que la prueba cumpla el objetivo de determinar qué hechos pueden tomarse como fundamento de tal decisión, pero ello lo hace con independencia de si tales hechos ocurrieron o no en la realidad— o el convencimiento o persuasión del juez: de lo que se trata es de que las partes, por medio de la prueba, traten de convencer o

¹³ Cf. Gascón, *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, pp. 42 y ss.

persuadir al juez de que los hechos ocurrieron de tal o cual manera, con independencia de que realmente ocurrieran así.¹⁴ Pero, en realidad, la concepción cognoscitivista no niega que la prueba tenga también objetivos como la fijación formal de los hechos o el convencimiento del juez —por ejemplo, si se asume la perspectiva de las partes—. Lo que la concepción cognoscitivista añade es que tales fines han de estar conectados con un fin ulterior al que deben orientarse y que a la vez les sirve de límite: no toda fijación formal de los hechos es correcta y no todo convencimiento del juez está justificado. Solo lo son en el caso de que la prueba se haya guiado por criterios instrumentalmente adecuados para encontrar la verdad: los criterios que más adelante llamaremos criterios de racionalidad epistemológica. En caso contrario, si no se respeta este esfuerzo por alcanzar la verdad, no podemos estar razonablemente seguros de que el supuesto de hecho establecido por la norma se haya dado y, por tanto, que esta se esté aplicando correctamente. Por tanto, la pretensión del Derecho de resolver los conflictos jurídicos estableciendo determinadas soluciones como respuesta a ciertos hechos de la realidad y de guiar la conducta proporcionando motivos para actuar conforme a las reglas no podría satisfacerse.

- C. *La verdad procesal como distinta de la verdad material*: En ocasiones se dice que en el proceso se persigue la “verdad procesal”. Esta verdad sería la que surge en el proceso a partir de las afirmaciones de las partes, obtenida por los medios y a través del procedimiento previstos en el Derecho, y “certificada” autoritativamente por el juez.

Si por “verdad procesal” solo se quiere aludir al contexto en el que se persigue esta finalidad, no hay nada que objetar. Pero, en ocasiones, se considera que estas características convierten a la verdad procesal en un tipo distinto de verdad y se afirma que es la única que importa en el proceso. De esta manera, para el Derecho, “verdad” es lo que el juez declara que es verdad, con independencia de lo que ocurriera en realidad.

¹⁴ Cf. Asencio, *op. cit.*, p. 15.

Es cierto que el Derecho, al institucionalizar el procedimiento probatorio, limita las maneras de aportar datos al proceso.

La fijación judicial de los hechos [escribe Marina Gascón] se desarrolla en un marco institucionalizado de reglas (procesales) que condicionan la obtención del procedimiento y que se encaminan, bien a asegurar una respuesta más o menos rápida que en algún momento ponga fin al conflicto de manera definitiva (las reglas de `limitación temporal`, el efecto de `cosa juzgada`, y las que se enderezan a proveer una respuesta judicial en caso de incertidumbre constituyen ejemplos de estas reglas), bien a garantizar otros valores que, junto a la protección de la verdad, se consideran dignos de protección (algunas `limitaciones de prueba` son ejemplos de este tipo de reglas).¹⁵

Sin embargo, las restricciones de este tipo podrán influir en el grado de certeza que podamos alcanzar, pero es difícil fundamentar en ellas una distinción importante, cualitativa, entre la verdad procesal y la verdad material.

Otras veces se insiste en que la institucionalización de la averiguación de la verdad procesal trae consigo una característica fundamental y específica: la prueba judicial se resuelve por un acto revestido de autoridad; dicho de otra manera, el juez decide autoritativamente si un hecho ha sido probado, y esto no tiene contrapartida en otros contextos en los que se busca la verdad. Esto, si bien es cierto, solo quiere decir que los jueces deciden si un hecho, a la luz del procedimiento desarrollado en el proceso, tiene un grado de credibilidad suficiente como para considerarlo verdadero. Los jueces no “crean” ninguna verdad. Y, aunque su decisión llegue a ser inapelable, pueden estar equivocados. Como señalan Alchourrón y Bulygin, “poner punto final a la discusión de la verdad no hace verdadero el enunciado”.¹⁶ Si así fuera, los jueces serían infalibles y nunca podríamos decir de las decisiones

¹⁵ Gascón, *op. cit.*, p. 121.

¹⁶ Alchourrón y Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, pp. 309 y ss.

de un tribunal de última instancia que son equivocadas —y todo el mundo entiende qué se quiere decir con esto—.¹⁷

De nuevo, esta interpretación fuerte de la verdad “procesal” sería una manifestación más de escepticismo. Por ello, una noción de verdad procesal desconectada de la verdad material nos llevaría otra vez a la objeción que podía hacerse al no cognoscitivism o escepticismo en el ámbito de la prueba: Sin constatar —en la medida de lo posible— si los hechos ocurrieron o no realmente, no podemos aplicar correctamente la norma y desatendemos la pretensión del Derecho de que los jueces apliquen ciertas consecuencias jurídicas si se dan realmente determinados hechos.

3. ¿Es realmente posible tener un conocimiento objetivo de la realidad? El cognoscitivism moderado

Hemos visto que el no cognoscitivism o escepticismo choca con un presupuesto básico del Derecho: que es posible conocer, al menos con cierta aproximación, si ocurrieron, y cómo, los hechos que constituyen el supuesto de hecho de la norma. Ahora bien, esto, por sí solo, no sería un argumento contra el escepticismo, porque podría ser que el Derecho estuviera asumiendo un presupuesto equivocado —aunque de sentido común—. ¿Es posible un conocimiento objetivo de la realidad?

Tanto el cognoscitivism ingenuo como el escepticismo radical pueden verse como concepciones que tienen parte de razón, pero la llevan demasiado lejos. El escepticismo, al negar la posibilidad del conocimiento con cualquier mínimo de objetividad, se convierte en una postura paralizante que se aleja del sentido común. Se han esgrimido muchos argumentos contra el escepticismo o relativismo ontológico y/o epistemológico, pero la principal objeción que se le puede dirigir es que

¹⁷ V. Ferrer, *Prueba y verdad en el Derecho*.

la intuición de que conocemos parte de la realidad por medio de nuestros sentidos —siendo esta una parte lo suficientemente importante como para desarrollar nuestra vida— está tan arraigada en todas las personas, en nuestra manera de pensar, de actuar, de relacionarnos con los demás, de comunicarnos, de construir nuestras instituciones, etcétera, que no sería posible imaginar un mundo en el que esa tesis fuera completamente rechazada. Hume sostenía incluso que hay algún impedimento psicológico para tomarse realmente en serio el escepticismo radical y actuar en consecuencia.

El cognoscitivismo ingenuo, por su parte, al reducir los problemas sobre los hechos meramente a lo que hemos llamado problemas de información se olvida de otras dificultades que lastran nuestras posibilidades de un conocimiento plenamente objetivo. Para entender cuáles son estas dificultades resulta útil recurrir a la distinción entre hechos brutos, la percepción de un hecho y la interpretación de un hecho que ya hemos mencionado. Pues bien: **entre el hecho bruto y el hecho percibido pueden surgir *problemas de percepción*, y entre el hecho percibido y el hecho interpretado, *problemas de interpretación*.**

- A. Surge un *problema de percepción* cuando tenemos dudas acerca de si la percepción que tenemos de un hecho refleja fielmente las propiedades —o algunas propiedades— de dicho hecho; esto es, cuando nos preguntamos si nuestras percepciones son fiables. Podemos distinguir cuatro fuentes de duda acerca de la fiabilidad de nuestras percepciones:
 - i. *Su relatividad general respecto de los órganos sensoriales —y las circunstancias de la percepción—*. La primera fuente de duda tiene que ver con el hecho de que las características de nuestros órganos sensoriales condicionan la manera de percibir el mundo, por lo que no todos los animales tienen la misma imagen del mismo. El mundo percibido por un murciélago es probablemente muy diferente del percibido por nosotros.
 - ii. *La posibilidad de ilusiones*. Nuestra percepción de un hecho no es un todo unitario, sino que está constituida por un conjunto de

experiencias sensoriales de diversa naturaleza: visuales, táctiles, auditivas, etcétera. En algunas ocasiones, el conjunto de experiencias que esperamos que se refiera a un mismo hecho externo no es coherente en un determinado lapso de tiempo. Es lo que ocurre, por ejemplo, cuando vemos como doblado un lápiz con un extremo dentro de un vaso de agua. Si lo tocamos, podemos comprobar que el lápiz en realidad no está roto o doblado. En aquellos casos en los que las experiencias sensoriales que componen una percepción no son coherentes, se dice que sufrimos una *ilusión*.

- iii. *La posibilidad de alucinaciones.* En otras ocasiones, el problema de la percepción consiste en que el hecho percibido no parece corresponderse con ninguna propiedad del hecho externo. Hay algo que causa nuestra percepción, pero no es el hecho externo que creemos estar percibiendo. Esto es lo que ocurre en los casos de *alucinaciones*, como cuando estoy sediento por el desierto y creo ver un oasis.
- iv. *La interrelación percepción-interpretación:* La percepción y la interpretación de un hecho no son procesos totalmente independientes, sino que se condicionan mutuamente. Por un lado, las interpretaciones se basan en los datos sensoriales que recibimos de los hechos pero, por otro lado, nuestra red de conceptos, categorías, teorías, máximas de experiencia, recuerdos, etcétera *dirigen* de alguna manera nuestras percepciones y actúan como criterio de selección de los datos sensoriales que recibimos. Esta dependencia de la percepción respecto a factores socioculturales ha sido señalada frecuentemente por los psicólogos, que han demostrado que la percepción no depende solo de la naturaleza de los estímulos, sino que sobre ella influyen los estados y disposiciones del organismo. Al igual que todo proceso, la percepción resulta afectada por el aprendizaje, la motivación, la emoción y todo el resto de características permanentes o momentáneas de los sujetos. Así, por ejemplo, el tamaño con el que vemos un objeto y la velocidad

con la que lo reconocemos viene influido por el valor que le atribuimos.

- B. Los *problemas de interpretación*, por su parte, surgen cuando tratamos de atribuirle un sentido a los hechos que percibimos. Interpretar un hecho consiste en clasificar ese hecho en alguna de nuestras categorías, permitiéndonos entenderlo. En ocasiones, la interpretación es un proceso automático, una operación psicológica no consciente, pero en otras requiere la aplicación, o incluso la elaboración, de complejas teorías científicas, o de indagar en los motivos, razones e intenciones profundas de un agente. Un juez no solo debe asegurarse de que las percepciones de los testigos —o, en general, las recogidas en los medios de prueba— sean correctas, sino que también debe controlar sus interpretaciones, o bien elaborar su propia interpretación a partir de la información de los testigos, si quiere conocer lo que realmente ocurrió, si quiere *comprender* la situación. Ahora bien, este proceso de interpretación puede plantear dificultades. La principal fuente de duda acerca de la corrección de nuestras interpretaciones de los hechos tiene que ver con la relatividad de las interpretaciones respecto de la cultura, conocimientos, recuerdos, etcétera: si la interpretación de un hecho depende de la información previa que podamos tener, entonces no escapa a cierta subjetividad. Es obvio que no todas las culturas comparten exactamente los mismos conocimientos y manera de “ver el mundo”; incluso no lo hacen siquiera todos los individuos de una misma cultura. Nada nos asegura que sujetos distintos, pertenecientes a distintas culturas o incluso a una misma, hagan interpretaciones coincidentes de un mismo hecho.

Todas estas dificultades, las relacionadas con la percepción y las relacionadas con la interpretación de los hechos, constituyen escollos que el juez debe superar a la hora de valorar la prueba de los mismos. Por ejemplo, supongamos que Marco, un testigo con credibilidad, afirma que vio a Cayo golpeando a Sempronio; el juez, antes de inferir de esta afirmación que realmente Cayo golpeó a Sempronio, debe asegurarse de que Marco no sufrió ningún error de percepción —por ejemplo,

puede que en realidad no fuera Cayo el agresor, sino otro sujeto— ni ningún error de interpretación — puede que en realidad lo que estuvieran haciendo fuera solo jugar—. Pero, además, los problemas de percepción y de interpretación pueden afectar directamente al juez: es posible que el juez haya oído mal a Marco, o que interpretara mal lo que quería decir o los gestos con los que Marco representaba lo que creyó ver. En definitiva, los problemas de percepción y de interpretación plantean un problema al juez, al menos en dos momentos: por un lado, quien juzga debe asegurarse de que las percepciones y las interpretaciones de los hechos que se le presentan en el proceso son correctas; por otro lado, debe asegurarse de que sus propias percepciones e interpretaciones de las acciones realizadas por las partes para probar los hechos del caso son también correctas. Dicho de otra manera, la distinción entre hecho bruto, la percepción de un hecho y la interpretación de un hecho no solo se da entre la realidad y—por ejemplo— los testigos, sino también entre las declaraciones de los testigos —que, no olvidemos, son también hechos— y quien juzga.

A la vista de las anteriores dificultades para el conocimiento objetivo, la postura que parece más sensata frente a la pregunta por la posibilidad del conocimiento de los hechos es sostener un cognoscitivismo moderado, crítico, no ingenuo, que sea consciente de las dificultades para el conocimiento, pero que no caiga tampoco en la desilusión radical acerca de la posibilidad de aprehender datos —suficientemente— objetivos de la realidad. Por ello, el objetivista crítico debe someter a los hechos a un riguroso análisis para determinar en qué medida son independientes y en qué medida son construcciones del observador, así como en qué casos y en qué grado podemos conocerlos con objetividad.

Las anteriores consideraciones, en definitiva, no nos llevan a rechazar que sea posible establecer la verdad de los enunciados, sino a ser conscientes de que tal verdad es relativa a una red de conceptos y, por tanto, en este sentido, contextual.

IV. De nuevo sobre la finalidad de la prueba y la noción de verdad

Como hemos visto, para una concepción cognoscitivista la finalidad de la prueba es determinar si puede decirse que las afirmaciones sobre determinados hechos

son, a la luz de las razones que tenemos, probablemente verdaderas. Es decir, que la prueba es un procedimiento cuya finalidad —aunque se puede conceder que no la única— es averiguar la verdad sobre ciertos hechos, si ocurrieron de una u otra manera. Pero asumir un cognoscitivismo moderado lleva a hacer algunas matizaciones sobre la conexión entre prueba y verdad y la noción misma de verdad:

- En primer lugar, decir que un enunciado está probado no implica decir que es verdadero, sin más. Está diciendo algo menos comprometido: Cuando el juez declara “está probado p ”, lo que pretende es que, dada cierta información que ha obtenido de la manera prevista en el Derecho probatorio, lo *racional* es aceptar que p es verdadero. Obsérvese que puede ocurrir que sea racional aceptar que p es verdadero, a la luz de la información disponible, pero que sin embargo en realidad p sea falso. Un enunciado está probado cuando la información que tenemos justifica pensar que es verdadero. Ocurre lo mismo con las creencias: una creencia puede estar justificada, y ser racional, aunque en realidad sea falsa.

Supongamos, por ejemplo, que x ha desaparecido sin dejar rastro durante diez años, y lo último que se sabe de él es que viajaba en un barco que se hundió en altamar. Con esta información, diríamos que es correcto que el juez considere probado que x está muerto, pero puede ocurrir que en realidad no lo esté. En este sentido, los enunciados que declaran un hecho probado son *derrotables*, es decir, revisables si aparece nueva información —dejando de lado cuestiones institucionales y de seguridad jurídica que hacen que en ocasiones se consideren “la última palabra”—.

- En segundo lugar, cuando se dice que la finalidad de la prueba es determinar la verdad de ciertos hechos —o afirmaciones sobre hechos— no se quiere decir que la prueba sea un procedimiento matemático que nos lleve a una verdad más allá de toda duda. La verdad empírica es siempre una cuestión de probabilidad. Las afirmaciones sobre los

hechos nunca constituyen una verdad absoluta, sino aproximada y graduable. Esto es así se trate de hechos históricos, geológicos, físicos, etcétera. La convicción que tenemos sobre ellos es graduable y puede llegar a ser muy alta, pero nunca es absoluta. Por tanto, lo que el razonamiento probatorio nos ofrece no es tampoco una certeza lógica absoluta.

V. ¿Cuándo un enunciado es verdadero?

¿Qué queremos decir cuando afirmamos que un enunciado es verdadero? ¿Queremos decir que todos están de acuerdo? ¿Que es coherente con el resto de cosas que sabemos? ¿Que todo apunta a que los hechos ocurrieron tal como se afirma? Ha habido muchas discusiones en la filosofía acerca del concepto de verdad. Algunas de las teorías de la verdad más relevantes son la teoría de la *verdad como correspondencia*, la teoría de la *verdad como coherencia* y la teoría *pragmática* de la verdad.

De acuerdo con la primera teoría, decir que un enunciado o una afirmación es verdadera quiere decir que aquello que tal afirmación describe ha ocurrido en realidad. Este es el sentido en el que hemos usado la palabra “verdad” hasta ahora. La verdad sería, de acuerdo con esta concepción, una relación de correspondencia o conformidad entre el lenguaje, de un lado, y los hechos o la realidad, de otro. Si afirmo que “Cayo mató a Sempronio”, este enunciado será verdadero si ese hecho —la muerte de Sempronio a manos de Cayo— ocurrió realmente, y falso en caso contrario. Como dijo Aristóteles en la *Metafísica*: “Decir de lo que es que no es, o de lo que no es que es, es falso, mientras que decir de lo que es que es, o de lo que no es que no es, es verdadero”.

De acuerdo con la teoría de la verdad como coherencia, la verdad es una relación entre enunciados o sus significados. Un enunciado es verdadero, de acuerdo con esta teoría, cuando es coherente con otro conjunto de enunciados. “Coherente” no quiere decir aquí simplemente que no haya ninguna contradicción entre los distintos enunciados, sino que estos deben apoyarse y complementarse mutuamente. Por ejemplo, tomemos la declaración de cinco testigos —que no se han

puesto previamente de acuerdo—. El Testigo 1 afirma que vio a Cayo discutir con Sempronio acaloradamente; el Testigo 2 vio a Cayo comprar una daga, que es la que se encontró posteriormente en el lugar del crimen; el Testigo 3 vio a Cayo dirigirse a casa de Sempronio y el Testigo 4 oyó ruidos de lucha; finalmente, el Testigo 5 declara haber visto a Cayo huir de la ciudad esa misma noche. Todas estas declaraciones son coherentes entre sí porque el resultado de ellas es un relato plausible, que constituye una explicación que no violenta nuestra experiencia acerca de cómo suceden normalmente las cosas. Para la teoría de la verdad como coherencia, este relato sería, en la medida en que es narrativamente coherente, verdadero.

La teoría pragmática de la verdad, por su parte, considera que un enunciado o una creencia son verdaderos si resultan útiles. Pensemos, por ejemplo, en una teoría científica. Esta puede considerarse verdadera mientras sea útil para explicar ciertos fenómenos y predecirlos, o mientras sirva de fundamento para el desarrollo de alguna tecnología. De la misma manera, William James afirmaba que una religión es verdadera mientras sea útil para ciertos fines. También en el ámbito jurídico podemos encontrar argumentos que aluden a la utilidad como criterio para dar por probados —y por tanto, aceptar como verdaderos— ciertos hechos: en ocasiones se ha propuesto, a propósito de la prueba de los hechos psicológicos, que lo relevante no es tratar de averiguar una realidad psíquica a la que no tenemos un acceso objetivo, sino cómo es percibida socialmente la conducta enjuiciada: si socialmente la acción aparece como intencional, por ejemplo, o como expresiva de odio hacia un colectivo, entonces se debe considerar que existe dolo o esa motivación, con independencia de las actitudes psicológicas del agente. Esto se justifica en el hecho de que de esta manera se satisface mejor la función comunicativa de la sanción penal —esto es, mostrar la vigencia de la norma incumplida—. ¹⁸

En realidad, estas teorías —y alguna otra, como la del consenso, para la que un enunciado es verdadero si hay acuerdo, real o potencial, acerca de ella— no tienen

¹⁸ Cf. Jakobs, “Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos”, en *Estudios de Derecho penal*, p. 128.

por qué verse como teorías o concepciones incompatibles. La teoría de la verdad como correspondencia responde a la pregunta ¿qué quiere decir que un enunciado es verdadero? —decir que un enunciado es verdadero sería afirmar que se corresponde con la realidad— y el resto de teorías responden a la pregunta ¿cómo sabemos si un enunciado es verdadero? Así, la coherencia, la utilidad o el consenso serían, entre otros, indicios, síntomas o criterios de que un enunciado se corresponde con la realidad.¹⁹

VI. Una propuesta de clasificación de los hechos

Aunque nos referimos genéricamente a “la prueba de los hechos”, en realidad hay muchos tipos distintos de hechos, y la prueba de cada uno de esos tipos tiene sus peculiaridades. Probablemente resultaría infructuoso tratar de fijar de antemano qué hechos pueden tener relevancia para la decisión judicial —cualquier tipo de hecho podría tenerla—, pero se puede al menos ofrecer un esquema —sin ánimo de exhaustividad, ni siquiera, de rigor conceptual, sino meramente indicativo— que sirva para hacerse una idea de la diversidad de tipos de hechos que pueden plantearse. Tampoco puedo detenerme a ofrecer una noción de cada uno de ellos, aunque más adelante sí me ocuparé de algunos de los más relevantes.

- A) Hechos físicos:
 - 1. Independientes de la voluntad:
 - 1.1. Estados de cosas (“La puerta estaba abierta”).
 - 1.2. Sucesos (“La puerta se cerró”).
 - 1.3. Acciones involuntarias: actos reflejos (“Dio un manotazo dormido”) y omisiones involuntarias (“Se quedó dormido y no me despertó”).
 - 2. Dependientes de la voluntad:
 - 2.1. Acciones positivas:

¹⁹ Cf. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, p. 66.

- 2.1.1. Acciones intencionales (“Se compró un coche deportivo”).
 - 2.1.2. Acciones no intencionales (“Atropelló a un peatón por conducir excesivamente rápido”).
 - 2.2. Omisiones:
 - 2.2.1. Omisiones intencionales (“Cosimo decidió no bajarse del árbol y nunca más lo hizo”).
 - 2.2.2. Omisiones no intencionales (“Olvidó cerrar el grifo de la bañera mientras cocinaba”).
- B) Hechos psicológicos:
- 1. Estados mentales:
 - 1.1. Voliciones: Deseos (“deseaba ser rico”) e intenciones (“tenía la intención de matarlo para heredar su fortuna”).
 - 1.2. Creencias (“Creía que podría envenenarlo con pequeñas dosis de cianuro”).
 - 1.3. Emociones (“Sentía una gran animadversión hacia su vecino”).
 - 2. Acciones mentales (“calculó mentalmente las consecuencias”, “decidió hacerlo”).
- C) Relaciones de causalidad (“La ingestión de aceite de colza fue la causa del síndrome tóxico”).

Como podemos ver, el eje central de esta clasificación es la distinción entre los hechos físicos, los hechos mentales o psicológicos y las relaciones de causalidad. Los hechos físicos los conocemos a través de la observación empírica —y de inferencias a partir de ella—; los hechos psicológicos son subjetivos, en el sentido de que pertenecen de una manera especial al sujeto que los experimenta, y existe una asimetría entre la manera como son conocidos por este o por terceros: En primera persona, el conocimiento de los estados mentales o hechos psíquicos se realiza por medio de la consciencia o introspección, sin necesidad de observación; en cambio, en tercera persona, estos hechos se han de inferir a partir de la observación de la conducta externa del sujeto. Las relaciones de causalidad, por su parte, pueden darse entre hechos físicos, entre hechos mentales, o entre unos y otros.

Dentro de los hechos externos, resulta fundamental señalar la distinción entre hechos independientes de la voluntad —como los sucesos naturales— y hechos dependientes de la voluntad —acciones y omisiones—, entendiendo por “voluntad” la idea de que la acción es puesta en marcha por el propio sujeto, y no por sus estados mentales, y no por factores ajenos a tales estados.

VII. La prueba y los "conceptos fácticos"

Tener en cuenta la diversidad de hechos es fundamental, porque existe una conexión entre la prueba y el concepto correspondiente al tipo de hecho que hay que probar.²⁰ Por ejemplo, establecer si Cayo mató a Sempronio *intencionalmente* requiere determinar el concepto de intención. Si la intención se define como *conocimiento más voluntad* de producir el resultado, habrá que probar que el sujeto conocía las consecuencias de su acción y, además, que deseaba tales consecuencias; pero si *intención* se define solo como conocimiento de las consecuencias de la acción realizada, entonces la prueba de la intención no requiere que se determine si el sujeto deseaba tales consecuencias. Y probar si entre dos fenómenos hay una relación de causalidad requiere determinar el concepto de *causa*. En España, en el caso conocido como *caso de la colza* se investigó si la venta de aceite de colza adulterado con anilina fue la causa del llamado “síndrome tóxico” en aquellos que lo habían consumido. Parecía haberse comprobado que todos los que enfermaron habían consumido el aceite, pero no todos los que habían consumido el aceite habían enfermado. Es decir, el aceite de colza actuaba como una condición necesaria, pero no suficiente, del síndrome tóxico. ¿Es esto suficiente para afirmar que ha quedado probado que el aceite de colza fue la *causa* del síndrome tóxico? La respuesta depende de si se asume un concepto de causa como *condición necesaria de un hecho* o como *condición suficiente de un hecho*. Con los mismos elementos de juicio, la relación entre dos eventos puede interpretarse como una relación causal o no, dependiendo del concepto de causa que estemos presuponiendo.

Dada esta vinculación entre la prueba y la definición de los tipos de hechos que tratamos de probar, las definiciones y teorías conceptuales que asumimos ocupan

²⁰ Cf. González Lagier, *Las paradojas de la acción (Acción humana, Filosofía y Derecho)*, cap. 3.

un lugar relevante en el razonamiento probatorio. Por ello, es importante profundizar en estos conceptos. En lo que sigue haremos un análisis conceptual de los que pueden considerarse los cuatro tipos básicos de hechos —al menos, en relación con la responsabilidad jurídica—: las acciones, las omisiones, la intención y las relaciones de causalidad.

VIII. Peculiaridades de algunos de los tipos de hechos más relevantes para el Derecho

1. El concepto de acción²¹

En la gran mayoría de casos, el objeto de la prueba es una *acción* realizada por una persona. Ahora bien, el término “acción” es muy ambiguo: hablamos de acciones humanas —“La acción de Pedro no estuvo bien”—, de acciones de los animales— “La acción de las cigüeñas es buena para la agricultura”—, de acciones de objetos inanimados— “La acción del viento erosiona las montañas”—, de actos reflejos —como cuando Don Quijote le dice a Sancho que “los primeros movimientos no son en mano del hombre”—, de acciones mentales —“Calculó mentalmente las consecuencias”—, de “acciones procesales” —“Pedro tiene una acción procesal para reclamar su parte en la herencia”—. Aquí nos limitaremos a las acciones cuyo agente es un ser humano, externas —es decir, que pretendan producir un cambio en el mundo físico, externo, dejando de lado por tanto a las acciones mentales— y voluntarias —esto es, que exista una conexión entre la intención de producir un cambio y el movimiento corporal que realizamos para ello; con esto quedan excluidos casos como dar vueltas en la cama dormido o hablar en sueños, que no controlamos y, por lo tanto, suelen ser asimilados a los sucesos—.

El concepto de acción es sumamente complejo como para poder abordarlo en profundidad. Por lo anterior, una estrategia efectiva para aproximarse a este con-

²¹ Resumo aquí algunas de las tesis expuestas en González Lagier, *Quaestio Facti... cit.*, cap. V.

cepto consiste en reconducirlo a un esquema sencillo algunas de nuestras intuiciones acerca de qué ocurre cuando actuamos y analizar la estructura de los casos de acciones que pueden considerarse centrales o “típicos”.

Podemos partir de la idea intuitiva de que debemos distinguir entre las cosas que hacemos y las cosas que nos suceden. De acuerdo con esto, cuando actuamos somos *sujetos activos*: actuar consiste en producir —o intentar producir— “a voluntad” un cambio en el mundo. Si aceptamos esta aproximación, nos encontramos con que muchas de nuestras acciones se adaptan al siguiente esquema:

- El agente se forma la intención de producir un determinado cambio.
- Esta intención es llevada a la práctica por el agente a través de movimientos de su cuerpo.
- De alguna manera, la intención pone en marcha el cuerpo del agente, que realiza ciertos movimientos que sabe que se conectan —causalmente o de alguna otra forma— con el cambio pretendido, esto es, que son suficientes para producir el cambio, en circunstancias normales.

Por ejemplo, el agente tiene la intención de abrir una ventana, por lo que realiza ciertos movimientos de su cuerpo —girar la mano, presionar la manija de la ventana, etcétera— que producen la apertura de esta. Ahora bien, nuestros movimientos corporales, al poner en marcha una cadena de consecuencias, pueden dar lugar —en combinación con otros factores— a cambios que no habíamos querido y, quizá, ni siquiera previsto. Por ejemplo, al abrir la ventana puede que entre una corriente de aire y se desordenen los papeles que hay sobre la mesa. Probablemente siempre que actuamos iniciamos una cadena de consecuencias más o menos relevantes, aunque no siempre somos conscientes de ello.

Es importante tener en cuenta que rara vez hacemos referencia directa a los movimientos corporales cuando nos referimos a una acción. Normalmente, nuestras descripciones de la acción incluyen más información: describimos, individualizamos y nombramos a las acciones a la luz de sus efectos y de las circunstancias en las que tienen lugar. Una misma acción puede describirse como “apretar el

gatillo de un revólver” o “vengarse de una ofensa”. Que la describamos de una u otra manera depende de cómo la interpretemos, de qué sentido le atribuyamos.

Si examinamos estas intuiciones, podemos distinguir los siguientes elementos en las acciones:

- Una secuencia de movimientos corporales.
- Una serie de cambios o efectos en el mundo.
- Una conexión entre los movimientos corporales y tales cambios (y entre los cambios).
- Una intención.
- Una interpretación o significado.

Todo esto lo podemos presentar gráficamente como sigue (I representa la intención, MC los movimientos corporales y $C1, C2, C3... Cn$ los distintos cambios que pueden producirse):

$$I \rightarrow MC \rightarrow C1 \rightarrow C2 \rightarrow C3 \rightarrow \dots \rightarrow Cn$$

+

interpretación

Analicemos con algo más de profundidad estos elementos:

- A. *La secuencia de movimientos corporales.* Forman parte de una acción todos los movimientos corporales que es necesario realizar para producir el cambio vinculado a la acción. Desde el punto de vista de quienes observan, lo que en realidad vemos cuando un agente actúa es una secuencia de movimientos de su cuerpo y, quizá, los cambios que le siguen, que nosotros interpretamos de una u otra forma. Desde el punto de vista del agente, los movimientos corporales son el único medio que este tiene para generar acciones: realizar una acción consiste muchas veces en realizar una acción distinta que genera la primera acción. Enfrío la habitación *al* abrir la ventana, y abro la ventana

al mover la manija. El primer elemento de este proceso externo al agente —lo que Arthur Danto llama *acción básica*— son los movimientos corporales.²²

No todos los movimientos de nuestro cuerpo forman parte de las acciones. Si queremos excluir los actos reflejos, que no suelen considerarse acciones desde el punto de vista del Derecho, debemos centrarnos solo en los movimientos voluntarios —esto es, aquellos realizados con algún objetivo, con alguna intención—.

- B. *Los cambios*. Si actuar es producir intencionalmente un cambio en el mundo —que puede coincidir simplemente con la mera realización de los movimientos corporales—, todas las acciones se vinculan necesariamente con un cambio. De los distintos cambios que pueden producirse como consecuencia de nuestros movimientos corporales, seleccionamos uno de ellos —de acuerdo con ciertos criterios que luego veremos— para identificarlas como una acción de uno u otro tipo.

Como ya hemos visto, si queremos dar cuenta de la distinción entre acciones naturales y acciones institucionales, a la que ya he aludido, conviene distinguir dos tipos de cambios o efectos: los cambios naturales y los cambios institucionales. Los cambios naturales son aquellos que se describen con independencia de un sistema de reglas; los cambios institucionales son aquellos cuya producción depende de la existencia de una regla. La muerte de una persona es un cambio natural, porque es independiente de las reglas; estas pueden prohibir dar lugar a ese cambio, pero el cambio puede producirse con independencia de ellas. Ahora bien, matar a una persona en determinadas circunstancias constituye —esto es, puede interpretarse como— un homicidio o un asesinato. Haber cometido homicidio o asesinato es un cambio institucional.

²² V. Danto, *Acciones básicas*.

- C. *La conexión.* Entre los movimientos corporales y el cambio en el mundo debe existir algún *vínculo* o *conexión*. Este es otro elemento de las acciones. Cuando se trata de acciones naturales, el vínculo entre el movimiento corporal y el cambio consiste en una relación causal, que solo depende de la naturaleza. Cuando se trata de acciones institucionales, esto es, si el cambio en el mundo es un cambio institucional, la relación o vínculo que estamos examinando será una relación convencional o normativa. Las relaciones convencionales son *puestas* por reglas o convenciones —constitutivas—. Estas reglas vinculan la *ocurrencia* de cierto estado de cosas —en nuestro caso, en última instancia, la realización de ciertos movimientos corporales en ciertas circunstancias— con un determinado cambio institucional.
- D. *La intención.* La noción de intención es, al mismo tiempo, una de las más centrales dentro de la teoría de la acción y una de las más complejas. Es un concepto que plantea problemas que tienen que ver con cuestiones filosóficas de gran tradición —como la relación entre entidades mentales y entidades físicas—, que no pueden ser tratadas aquí.

Una intención puede verse como un tipo de deseo que tiene las siguientes características peculiares —entre otras—.²³

- i. Se refiere a una acción o un suceso que es posible producir —el contenido de un deseo puede ser una acción, una cosa, una persona, etcétera; el contenido de una intención es siempre una acción o un suceso que podemos producir con nuestras acciones—.
- ii. Expresa una actitud favorable hacia una acción que vence a posibles razones en contra —si tenemos la intención de hacer algo es porque pensamos que las razones para hacerlo son más fuertes que las razones para no hacerlo; en caso contrario, cambiamos nuestra intención—.

²³ Sobre las diferencias entre deseos e intenciones, V. Moya, *The philosophy of action. An introduction*.

- iii. Por lo anterior, la intención implica cierto compromiso con la acción —si alguien nos dice que tiene la intención de aprender a conducir y cada vez que tiene ocasión para hacerlo no lo hace y ni siquiera lo intenta, dejaríamos de creerle—.

La intención, por tanto, es el punto en el que comienza la acción —de acuerdo con nuestra presentación intuitiva— o, al menos, lo que le da sentido. Si el origen de una acción no puede ser explicado por referencia a una intención —o, al menos, a un hábito de conducta que surgió a partir de acciones intencionales— la consideramos un acto reflejo. Esto es así, incluso para las acciones no intencionales. Estas son simplemente consecuencias no queridas de nuestras acciones intencionales. La conexión entre nuestra intención —sea cual sea su contenido— y nuestros movimientos corporales es lo que permite que hablemos de acciones voluntarias —en uno de los sentidos de “voluntariedad”—.

- E. *La interpretación.* El último elemento del que nos ocuparemos es la interpretación o el significado de las acciones. El significado de la acción consiste en la posibilidad de clasificarla como uno u otro tipo de acción genérica o clase de acciones. Interpretar una acción, por tanto, es el proceso de subsunción de una acción individual en una acción genérica o clase de acciones. En otras palabras: decir de qué tipo de acción se trata.

La interpretación de la acción puede ser intencional o no intencional —y de esta interpretación depende la distinción entre acciones intencionales y no intencionales—. La interpretación intencional es la que se realiza asumiendo la perspectiva del agente que persigue un objetivo. De acuerdo con esta interpretación, la acción se describe e individualiza a partir del cambio que el agente quería producir —o como un intento de producirlo—. La interpretación intencional de una acción hecha por terceros que se ponen en el lugar del agente puede ser complicada, dado que se trata de reconstruir la intención a partir del

contexto en el que el agente actúa —piénsese en los problemas de prueba judicial que esto plantea: muchas veces el tipo de delito por el que se pena depende de si se prueba o no determinada intención; esto es lo que ocurre, por ejemplo, con la diferencia entre homicidio doloso o imprudente—.

La interpretación no intencional es la que hacemos cuando, de acuerdo con reglas y pautas sociales, existen ciertas circunstancias que hacen que la acción “desborde los límites de lo puramente privado”.²⁴ Cuando esto ocurre pierden importancia las intenciones para ponerse en primer plano los efectos no intencionales. La interpretación no intencional de la acción depende de criterios muy vagos y difíciles de tipificar, como la longitud de la cadena de efectos —cuanto más alejada esté la consecuencia del movimiento corporal, menor será nuestra disposición a identificar esa consecuencia con una acción atribuible al agente—, la previsibilidad de las consecuencias, la interposición o no de algún suceso que interrumpe o refuerza la cadena de consecuencias y, sobre todo, la relevancia social de la consecuencia —cuanta más relevancia tiene la consecuencia considerada, estamos dispuestos a aceptar mayor extensión en la cadena de efectos atribuibles al agente—. Esta importancia dependerá del sistema de reglas que se tome como referencia.²⁵

Una vez que se han determinado los elementos de las acciones y la distinción entre acciones intencionales y no intencionales, podemos inferir algunas conclusiones para la prueba de este tipo de hecho: La prueba de una acción *intencional* de provocar el cambio *CI* —por ejemplo, la muerte de una persona— requiere que queden acreditados los siguientes aspectos:

- Movimientos corporales: El sujeto realizó una secuencia de movimientos corporales.

²⁴ Cf. Cruz, “Origen y desembocadura de la acción: El sujeto inevitable”, en *Crítica*, p. 110.

²⁵ Cf. Guiborg, *El fenómeno normativo*, pp. 49 y ss.

- Cambio: Esos movimientos corporales fueron seguidos de una serie de cambios en el mundo, entre ellos, *C1*.
- Conexión: Entre los movimientos corporales realizados y *C1* existe una relación causal —si es una acción natural— o convencional —si es una acción institucional—.
- Intención: El sujeto realizó su acción con una determinada intención; esto es, la acción es voluntaria y no un mero acto reflejo involuntario.
- Interpretación: La intención del sujeto era la de dar lugar al cambio *C1*.

Supongamos que estamos tratando de probar que “Pedro mató intencionalmente a Juan”. Entonces, deberá quedar acreditado lo siguiente:

- Que Pedro hizo cierto movimiento corporal —apuntar y presionar el gatillo, por ejemplo, esto es, disparar—.
- Que Juan murió.
- Que entre el disparo de Pedro y la muerte de Juan existe una relación causal.
- Que Pedro disparó intencionalmente, esto es, con un propósito, y no accidentalmente.
- Que lo que Pedro pretendía al disparar era matar a Juan —esto es, que la intención con la que disparó era matar a Juan—.

Por su parte, la prueba de una acción no intencional —dar lugar al cambio *C2* de manera no intencional— requiere acreditar:

- La secuencia de movimientos corporales.
- Que se ha producido el cambio *C2*.
- Una relación causal o convencional entre los movimientos corporales y *C2*.
- Que el sujeto actuó con una intención, esto es, no se trataba de un acto reflejo, sino de una acción voluntaria.
- Que el sujeto no pretendía provocar el cambio *C2*, sino un cambio distinto.

Es importante señalar que, cuando decimos que estos son los aspectos que deben quedar acreditados, no quiere decir que haya que dirigir los esfuerzos probatorios o argumentativos a cada uno de ellos con la misma intensidad, sino a aquellos que son puestos en duda o problematizados. Algunos de estos elementos serán obvios a la luz del contexto, y otros serán más complicados de establecer. Por ejemplo, que la acción del agente era voluntaria —que no fue accidental, sino realizada conscientemente o con algún propósito— es algo que suele presumirse sin más —y es quien lo niegue el que debe probar la ausencia de voluntariedad en la acción—. En cambio, el contenido de la intención, el propósito con el que se actuó, requiere un razonamiento complejo. Más adelante le dedicaremos un apartado.

2. Las omisiones

Las consideraciones que hemos estado haciendo hasta ahora estaban centradas en las acciones positivas, es decir, en aquellos cambios que producimos en el mundo por medio de nuestros movimientos corporales. Sin embargo, es usual —en contextos de atribución de responsabilidad— referirse también a las omisiones como un tipo de acción. Por ejemplo, se nos censura por no ceder el asiento en el autobús a una persona mayor, por no prestar dinero a un amigo en apuros o por no evitar un accidente si está en nuestra mano hacerlo sin exponernos a ningún peligro. Todos estos son casos de omisiones. Algunas omisiones tienen relevancia jurídica: Por ejemplo, la omisión del deber de socorro se castiga con independencia de que se produzca o no algún resultado lesivo —en estos casos los penalistas hablan de omisiones propias o puras—; otras veces, lo que se castiga es “causar” un resultado lesivo por omisión, por ejemplo, no impidiendo, pudiendo hacerlo, que una persona tome un veneno —en estos casos, los penalistas hablan de comisión de un delito por omisión—.

Conviene distinguir el tipo de comportamiento que llamamos omisión de lo que llamamos “no hacer” algo. Dicho de otra manera: no todo aquello que *no hacemos* constituye una omisión. En condiciones normales, no son omisiones cosas como no ir a la luna, no escalar el Everest o no ir a la oficina los domingos. Para que un

comportamiento negativo pueda calificarse de omisión deben darse las siguientes circunstancias:

- Debe haber una oportunidad de actuar.
- Debemos tener la capacidad de realizar la acción que hemos omitido.
- Debe haber alguna razón para haber hecho la acción que, sin embargo, hemos omitido —o, al menos debe haberse generado la expectativa de que íbamos a realizar esa acción—.

En el caso de la omisión de ceder el asiento a una persona mayor, la oportunidad consistiría en estar sentados —obviamente, si estamos de pie, no podemos ceder nuestro asiento—, la capacidad dependería de que no tuviéramos ninguna disfunción que nos impidiera hacerlo, y la razón para ceder nuestro asiento sería la existencia de una norma, de cortesía o, incluso, moral, que nos obligara a hacerlo.

Las acciones —positivas— y las omisiones se han considerado las dos caras del comportamiento humano; sin embargo, el paralelismo entre unas y otras no es completo. Una manera de compararlas consiste en analizar la relación de las omisiones con cada uno de los elementos de las acciones:

- A. *Omisiones y movimientos corporales.* Aquí encontramos una diferencia importante entre las acciones y las omisiones. Lo característico de estas últimas es que el agente no ha realizado los movimientos corporales necesarios para producir la acción omitida, bien porque se ha permanecido en una situación de absoluta pasividad —si eso es posible—, bien porque estábamos realizando una acción distinta. Por ejemplo, si dejo el grifo de la bañera abierto hasta que el agua rebosa, he omitido cerrarlo tanto si he estado sentado sin hacer nada como si he estado preparando la cena. Lo importante no es si estaba haciendo o no otra cosa —ni si mi cuerpo se movió o no—, sino que no hice lo que tenía que haber hecho. De manera que lo característico de las omisiones consiste en una ausencia: el no haber puesto en marcha, por medio de nuestros movimientos corporales, los cambios que conducirían a la acción que ha sido omitida. Si las acciones son interferencias en la

serie de acontecimientos que se producen en el mundo, las omisiones consisten, por el contrario, en no interferir en tales acontecimientos.

- B. *Omisiones y cambios*. También las omisiones se vinculan con cambios o estados de cosas en el mundo: El estado de cosas que se imputa a mi omisión es precisamente el hecho que ha tenido lugar porque yo no lo he impedido —este hecho puede consistir en que se produce un cambio: la puerta se abre, por ejemplo; o no se produce: la puerta permanece cerrada—. Si al no impedir que una persona tome un veneno esta muere, la muerte es un cambio que se imputa a mi omisión.
- C. *Omisión y conexión causal*. En qué sentido puede existir una relación causal entre una omisión y el estado de cosas que se vincula con ella es una cuestión muy debatida. Sin embargo, si se asume la noción ordinaria de *causa* —que no coincide necesariamente con la que usan los científicos— y se distingue, como veremos más adelante, entre *contexto causal* —el conjunto de condiciones del estado de cosas— y *causa* —la condición que aparece como relevante porque es extraña en ese contexto—, entonces parece que esta cuestión puede explicarse satisfactoriamente. Para que se produzca un incendio hace falta que se dé un conjunto de condiciones —presencia de oxígeno en el aire, escasa humedad, un cigarro mal apagado, etcétera—. Todas ellas constituyen el contexto causal, pero solo consideramos como causa del incendio a una de ellas: aquella cuya presencia en el contexto sea anormal; en nuestro ejemplo, el cigarro mal apagado — obsérvese lo absurdo que sería decir en este caso que la causa del incendio es la presencia de oxígeno—. ²⁶ La condición que consideramos anormal en el contexto puede ser también una omisión: si se estropea el motor de mi coche porque viajo a un lugar muy frío sin poner líquido anticongelante en el sistema de refrigeración, la causa de la avería será mi omisión. Lo anormal en este escenario es la omisión de acuerdo con elementales reglas

²⁶ V. Feinberg, “Acción y responsabilidad”, en *La filosofía de la acción*; Cf. Nino. *Introducción a la filosofía de la acción humana*, pp. 114 y ss.

de precaución, no el hecho de que la temperatura bajara por debajo de 0° C. un día de frío invierno —que será sólo una condición dentro del contexto causal—.

- D. *Omisión e intención.* Las omisiones, como las acciones, pueden ser el contenido de una intención. El no realizar determinada acción que debo realizar puede ser el resultado de una decisión y, por tanto, ser plenamente intencional; o puede ser algo que me ha ocurrido por despiste, por haberme quedado dormido, etcétera. Normalmente, se considera que para que haya responsabilidad por una omisión, debe haber alguna posibilidad de vincular esa omisión con alguna intención o algún estado mental del agente. Por ejemplo, el guardavía que no se despierta a tiempo y omite bajar la barrera del paso a nivel cuando pasa el tren es responsable de su omisión —si podía haber evitado quedarse dormido—. Su omisión de bajar la barrera no fue intencional —no puede decirse que tuviera la intención de no bajar la barrera—, pero sí fue consecuencia de haberse ido a dormir sin tomar las precauciones necesarias para despertarse a tiempo.
- E. *Omisión e interpretación.* También en las omisiones hay un elemento interpretativo —quizá incluso más evidente que en las acciones—, que depende de nuestra perspectiva sobre ellas y de nuestra valoración de las circunstancias. Las omisiones se interpretan a la luz de las razones para realizar la acción omitida. Es decir, la identificación de la omisión requiere identificar primero la acción para la que había una razón. En el caso del Derecho la razón para actuar consiste en el deber jurídico de haber actuado, de manera que, siempre que hay un deber que se ha incumplido, podemos hablar de omisión —si se dan el resto de los requisitos señalados al comienzo de este epígrafe—. Pero en otros esta razón no necesariamente tiene que consistir en un deber o una norma. La razón para actuar puede consistir en una mera expectativa generada por un hábito —supongamos que tengo la costumbre de vestir de negro y un día no lo hago— o en alguna consideración acerca de lo que es racional —supongamos que tengo mucha prisa en llegar a determinada ciudad, pero sin ninguna razón escojo el medio de trans-

porte más lento—. En los casos en los que la razón para actuar consiste en un deber la omisión se valora negativamente, pero en los demás casos no. Es un error —bastante común— pensar que todas las omisiones requieren nuestra desaprobación. Como ocurre con las acciones, las omisiones pueden ser valoradas positivamente —como cuando decimos aliviados que Jack el Destripador omitió matar a un transeúnte con el que se cruzó una noche—, negativamente—como en los casos de omisión del deber de socorro— o bien ser indiferentes —como en el ejemplo del hábito de vestir de negro—. Una cosa es que el sentido de omisión dependiente de un deber sea el que resulta más relevante para el Derecho y la moral, y otra es que omitir sea siempre una conducta reprochable.

¿Qué debe quedar acreditado cuando tratamos de probar la omisión de la acción A?

- Ausencia de movimiento corporal: Pudiendo hacerla, el sujeto no realizó la actividad que hubiera conducido a la realización de la acción A.
- A consecuencia de no realizar A, ocurrió el suceso x.
- La ocurrencia de x puede imputarse causalmente a la inactividad del sujeto.
- El sujeto tenía el deber de realizar A.

A lo que habría que añadir la intención de dejar que ocurriera el suceso x, si se imputa una omisión intencional.

3. Los estados mentales; en especial, la intención²⁷

La prueba de los hechos psicológicos es especialmente compleja. Los hechos internos o estados mentales —como la intención, las sensaciones, las creencias o

²⁷ Resumo las principales tesis del título González Lagier, “La prueba de la intención y el principio de racionalidad mínima”, en *Jueces para la democracia*.

las emociones— tienen unas características peculiares que los distinguen marcadamente de los hechos externos. Por ejemplo: tenemos acceso a ellos por medio de la consciencia —es decir, un tipo de conocimiento al margen de la evidencia empírica— o de inferencias a partir de ella; y tienen un modo subjetivo de existencia —los dolores, temores, sensaciones, deseos, etcétera pertenecen al sujeto de una manera exclusiva y solo ese sujeto es consciente directamente de ellos—. Los hechos externos, por el contrario, solo pueden ser conocidos a partir de la observación empírica —y de inferencias a partir de ella— y son objetivos, en el sentido de que existen con independencia de su percepción por parte de los sujetos.

Como ha señalado la doctrina procesal y la jurisprudencia, al no ser observables, los hechos psicológicos deben ser inferidos —o presumidos— a partir de la conducta externa del agente al que se atribuyen y de las circunstancias del contexto. En esta línea, la jurisprudencia ha ido creando un catálogo de “indicios-tipo” o criterios objetivos para inferir los hechos psicológicos; por ejemplo, para inferir el dolo necesario para la receptación se considera indicio de la intención que el precio de adquisición sea notablemente inferior al valor real de la cosa, y para la distinción entre *animus necandi* y *animus laedendi* la idoneidad del arma usada o la importancia vital del lugar del cuerpo al que se dirigió el ataque. A la vista de estos criterios, se ha llegado a afirmar que la prueba del dolo —y lo mismo podría decirse de otros elementos subjetivos— no es en realidad una actividad cognoscitiva, sino una atribución o imputación a partir de los *indicios-tipo*. Esto es, *probar* los estados mentales no consistiría en la búsqueda de un tipo de realidad *interna*, sino en una operación normativa consistente en subsumir ciertas circunstancias de la conducta externa en tales reglas de presunción. En este proceso de *objetivización* de los hechos psicológicos o estados mentales, estos se convierten, más que en objeto de *prueba*, en objeto de *imputación*. Esto ocurre no solo con la intención o el conocimiento en los casos en los que hay que determinar la intencionalidad del agente, sino también en otros supuestos, como las emociones —el odio— en los delitos de odio o en los que exigen algún motivo especial, o para algunas agravantes o atenuantes relacionadas con las emociones —como el arrepentimiento, el arrebató, etcétera—.

Ahora bien, tratar la determinación de los estados mentales como una cuestión de imputación puede desvirtuar el sentido de la norma si esta exige que haya dolo o que esté presente algún tipo especial de motivación y conducir a una especie de responsabilidad objetiva, donde no se sancionaría a un sujeto de manera acorde con sus estados subjetivos, sino simplemente porque su conducta externa manifiesta ciertas circunstancias objetivas. Por ello, los criterios que se propongan para atribuir estos estados mentales deben tener, en última instancia, una función cognoscitiva: es decir, no deben ser arbitrarios o ir orientados a un objetivo que no sea tratar de asegurarse de que la atribución es correcta, en el sentido de que se corresponde con el estado mental que el sujeto realmente tuvo; al fin y al cabo los estados mentales, aunque sean de un tipo peculiar, son hechos, y la prueba de los mismos debe ir orientada también a descubrir la verdad sobre su concurrencia en el caso.

En el caso de la prueba de la intención, es necesario tener en cuenta que cuando decimos que alguien actúa con una determinada intención, estamos afirmando que actúa con un propósito, para tratar de conseguir un fin u objetivo. Probar la intención es encontrar ese fin u objetivo. Es un principio de racionalidad instrumental que, si alguien pretende alcanzar determinado objetivo, hace todo lo que considera necesario para lograrlo, esto es, elige los medios que le parecen más adecuados, a la luz de las circunstancias, para satisfacer su intención. Podemos llamar a este principio el “Principio de racionalidad mínima”, y puede enunciarse así: “Si un agente actúa intencionalmente, siempre realiza la acción que cree más adecuada para lograr el fin que persigue”.

Este principio está fundado conceptualmente —si el sujeto no elige el medio que cree más adecuado para el fin *F*, no diríamos que tiene la intención de conseguir *F*—, y también empíricamente —atribuimos intenciones exitosamente de manera cotidiana, de no ser así, la vida social, la coordinación con los demás, la comprensión de sus acciones, incluyendo sus acciones comunicativas, sería imposible—, esto es, no es un principio arbitrario, y podemos usarlo para la prueba de la intención por medio del siguiente esquema de razonamiento:

1. *Los agentes realizan la acción que creen más adecuada para lograr el fin que persiguen (PRM).*

2. *S creía que la manera más adecuada de conseguir F consistía en hacer A en las circunstancias C.*
3. *S hizo A en las circunstancias C.*
4. *Por tanto, S hizo A con la intención de conseguir E*

Este esquema, puede ser completado con las siguientes reglas:

- *Principio de no contradicción de las intenciones:* Si un agente tiene la intención de hacer A, y sabe que B es incompatible con A, no tiene la intención de hacer B.
- *Principio de transmisión de la intención a las consecuencias necesarias o previsibles:* Si el agente cree que la acción B se sigue necesariamente de la acción A, no puede tener la intención de A y no tener la intención de B.
- *Principio de transmisión de la intención a los requisitos causales o convencionales:* Si el agente tiene la intención de hacer B y cree que A es el único medio para dar lugar a B, tiene también la intención de hacer A.

4. La relación causa-efecto

El último de los tipos de hecho que vamos a tratar en este capítulo es el constituido por las relaciones de causalidad. Como es sabido, la aplicación de las normas jurídicas requiere, en no pocas ocasiones, atribuir efectos causales a determinadas acciones, a sucesos producidos por acciones o incluso a hechos que no son el resultado de acciones.

A la hora de entender las relaciones causales, normalmente asumimos dos presupuestos:

- Que la relación de causalidad es un tipo de relación que se da en la naturaleza. Por ejemplo, sabemos que, si calentamos un trozo de metal, este se dilata, y lo explicamos asumiendo que es una ley de la naturaleza o una necesidad física.
- Que es una relación que se da entre un evento —la causa— y otro —el efecto—. Sin embargo, esta manera de presentar el tema oscurece el carácter convencional y contextual de la causalidad.

Como señala Feinberg, en realidad, el suceso que llamamos “causa” rara vez es un suceso individual y aislado, sino más bien es un suceso o estado de cosas que se encuentra en conexión con otros, formando lo que se llama un *contexto causal* —o, si se quiere, *causa completa*—. Cada uno de los elementos del contexto causal no es por sí solo suficiente para producir el resultado, pero en conjunción con el resto de elementos del contexto causal se convierte en condición suficiente del mismo. Así, por ejemplo, cuando decimos que la causa de un incendio fue el cigarro que arrojamos al bosque, estamos suponiendo tácitamente que están presentes otras condiciones sin las cuales el efecto no se hubiera producido —por ejemplo, la presencia de oxígeno en el aire—. Si decimos que arrojar el cigarro ha sido la causa del incendio, y no decimos que la causa fue, por ejemplo, la presencia de oxígeno en el aire es porque individualizamos este suceso como el elemento *anormal* en el contexto. Es la normalidad o anormalidad en el contexto lo que señala a un elemento como causa y nos permite priorizarla frente al resto de condiciones. Pero esta normalidad o anormalidad depende de las circunstancias contextuales. En un experimento científico, en el que se crean condiciones de laboratorio, la presencia no querida del oxígeno sí puede ser considerada causa de un incendio.²⁸

De manera que hemos de distinguir entre *contexto causal*, es decir, el conjunto de condiciones que han de darse para que se produzca el efecto y *causa*, la condición concreta que seleccionamos a la luz de criterios sociales o —en sentido amplio— normativos. Cuando el juez da por probado p , siendo p una relación entre una causa particular —no el contexto causal completo— y un efecto, está presuponiendo lo siguiente.

1. Que p , junto con el resto del contexto, produce el efecto.
2. Que, en ausencia de p , el efecto no se produce, aunque se dé el resto del contexto.
3. Que p es el elemento anormal en dicho contexto.

²⁸ Feinberg, *op. cit.*, p. 163; Nagel, *La estructura de la ciencia*, p. 80. Para un resumen de algunas teorías acerca de la causalidad V. González Lagier, *op. cit.* Sobre la idea de necesidad natural, véase von Wright, *op. cit.*

Para determinar el punto 3, es obvio que el juez puede verse influido por las normas jurídicas, por ejemplo, si ha habido infracción de un deber al producir *p*. Esto último pone de manifiesto, por cierto, cómo en la prueba de algunos tipos de hechos —la relación de causalidad entre un evento y un resultado, pero también en las omisiones y en las acciones no intencionales— se entrelazan cuestiones fácticas y cuestiones normativas —la existencia de un deber, la relevancia normativa de un resultado, etcétera—.

Bibliografía

- Aguiló Regla, J. *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, Barcelona, 2000.
- Alchourrón C. y Bulygin, E., *Análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- Asencio Mellado, J. M., *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Trivium, Madrid, 1989.
- Bunge, M., *Racionalidad y realismo*, Alianza Universidad, Barcelona, 1985.
- Cruz, M., “Origen y desembocadura de la acción: El sujeto inevitable”, en *Crítica*, vol. XXII/Núm. 64, México, 1990.
- Danto, A., *Acciones básicas*, Cuadernos de Crítica, Instituto de Investigaciones Filosóficas, Ciudad de México, 1981.
- Feinberg, J., “Acción y responsabilidad”, en A. R. White, *La filosofía de la acción*, trad. de Sonia Block Sevilla, Fondo de Cultura Económica, México, 1976.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Barcelona, 1997.
- Ferrer Beltrán, J., *Prueba y verdad en el Derecho*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002.

- Gascón, M., *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004.
- González Lagier, D., *Las paradojas de la acción (Acción, Filosofía y Derecho)*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013.
- , “La prueba de la intención y el principio de racionalidad mínima”, *Jueces para la democracia*, núm. 50, 2004.
- , *Quaestio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Fontamara, México, 2013.
- Guiborg, R., *El fenómeno normativo*, Astrea, Buenos Aires, 1987.
- Ibáñez, Perfecto, A., “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, *Doxa*, núm, 12, Alicante, 1992.
- , “Sobre el valor de la inmediatez (Una aproximación crítica)”, *Jueces para la democracia*, núm. 46, 2003.
- Jakobs, G., “Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos”, *Estudios de Derecho penal*, UAM Ediciones-Civitas, Madrid, 1997.
- Miranda Estrampes, M., *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997.
- Moya, C. J., *The Philosophy of Action, An Introduction*, Polity Press, Cambridge, 1990.
- Nagel, E., *La estructura de la ciencia*, Paidós, Buenos Aires, 1981.
- Nino, C., *Introducción a la filosofía de la acción humana*, Eudeba, Buenos Aires, 1987.

Russell, B. “La filosofía del atomismo lógico”, en J. Muguerza (selección), *La concepción analítica de la filosofía*, Alianza Universidad, Madrid, 1981.

—————, *El conocimiento humano*, Orbis, Barcelona, 1983.

Searle, J., *Actos de habla*, trad. de Luis Valdés Villanueva, Cátedra, Madrid, 1980.

Taruffo, M., “*Note sulla verità dei fatti nel processo civile*”, Letizia Gianformaggio (coord.), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1993.

Von Wright, G. H., *Explicación y comprensión*, Alianza, Madrid, 1987.

—————, *Norma y acción. Una investigación lógica*, Tecnos, Madrid, 1970.

Los momentos de la actividad probatoria en el proceso

Jordi Ferrer Beltrán*

* Profesor titular de filosofía del derecho de la Universidad de Girona y director de la Cátedra de Cultura Jurídica y del Máster de Razonamiento Probatorio de la misma universidad. Codirector, junto con Diego Dei Vecchi, de *Quaestio facti*, *Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*.

Los momentos de la actividad probatoria en el proceso. I. Introducción; II. El momento de la conformación del conjunto de elementos de juicio o pruebas; III. El momento de la valoración de los elementos de juicio o pruebas; IV. El momento de la adopción de la decisión sobre los hechos probados; V. El derecho a la prueba y su impacto en cada uno de los momentos de la actividad probatoria.

I. Introducción

Como se señaló en el capítulo uno, el objetivo institucional de la prueba en el proceso judicial es —y no puede ser otro que— la averiguación de la verdad sobre los hechos. Un enunciado probatorio, como *Está probado que p*, significa que hay elementos de juicio suficientes a favor de *p* para aceptarlo como verdadero e incorporarlo como premisa al razonamiento judicial. Y un enunciado —*rectius*, una proposición— será verdadero si lo que afirma se corresponde con lo que sucede o ha sucedido en el mundo.

Esto no implica que el sistema no asuma otros objetivos, que circunstancialmente pueden entrar en conflicto con el de la averiguación de la verdad. Esa potencial conflictividad de los objetivos tampoco es extraña y se da en casi cualquier situación en la que tenemos una pluralidad de metas, intereses o derechos. Todos los juristas estamos acostumbrados, por ejemplo, a los conflictos de derechos fundamentales, que aunque sean compatibles en abstracto, pueden conflictuar en ciertas situaciones. Así ocurre, por ejemplo, con el derecho a la intimidad de uno con el derecho a la libertad de información de otros. Y resolvemos el conflicto dando prioridad, para ese tipo de casos, a un derecho sobre el otro, sin que ello signifique que el derecho que no ha sido priorizado deje de regir o haya sido derogado. Se trata, más bien, de ir encontrando, en las situaciones de conflicto de derechos,

intereses u objetivos, la mejor manera de maximizarlos todos ellos de modo compatible o, si eso no es posible, gestionar el conflicto priorizando alguno de ellos sin sacrificar en exceso a los demás.

Esta situación es la que se presenta en el marco del proceso entre la averiguación de la verdad, como objetivo institucional de la prueba, y otros objetivos del proceso, como pueden ser la protección de derechos fundamentales, la celeridad del procedimiento o la garantía de ciertos derechos procesales de las partes. El objetivo de la averiguación de la verdad no puede ser eliminado, porque es el que dota de sentido a la prueba en el proceso y su cumplimiento otorga al derecho capacidad de motivación de la conducta.¹ Pero sí se pueden adoptar decisiones, como la exclusión de algunas pruebas relevantes, que pueden tener un impacto en la probabilidad de que la decisión sobre los hechos se corresponda con la verdad. Eso supone que, en caso de conflicto entre objetivos diversos del proceso, hay que buscar la solución que equilibre de la mejor manera posible esos distintos objetivos.

Algunos autores clásicos, que han tenido gran impacto hasta nuestros días, señalaron que la existencia en los sistemas procesales de reglas que limiten las posibilidades de averiguación de la verdad tiene como consecuencia que no pueda ya sostenerse que ese es el objetivo de la prueba en el proceso judicial. Así, muy claramente sostuvo Carnelutti que:

basta un *límite mínimo* a la libertad de búsqueda del juez para que el proceso de búsqueda de la verdad degenera en un proceso formal de fijación; en otros términos, la medida del límite es indiferente para la naturaleza del proceso. La verdad es como el agua: o es pura o no es verdad. Cuando la búsqueda de la verdad material está limitada en el sentido de que esta no puede ser *conocida en todo caso y mediante cualquier medio*, con independencia de si el límite es más o menos riguroso, el resultado es siempre el mismo: *no se trata ya de una búsqueda de la verdad material sino de un proceso de fijación formal de los hechos.*²

¹ Puede verse un mayor desarrollo de la relación entre el objetivo de la averiguación de la verdad y la capacidad motivadora del derecho en Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, pp. 29 y ss.

² Carnelutti, *La prova civile*, pp. 33-34. Las cursivas son del autor.

Las tesis teóricas de Carnelutti, que acaban de citarse, han tenido una importantísima repercusión en la dogmática procesal italiana, así como también en la española y latinoamericana,³ y pueden también encontrarse fácilmente tesis análogas en la literatura anglosajona. Sin embargo, se trata de tesis que exageran mucho el impacto de las reglas procesales contraepistemológicas.⁴ Asumirlas sería tanto como decir, en realidad, que basta un límite mínimo al derecho fundamental a la libertad de información —para priorizar el derecho a la intimidad, por ejemplo— para que ya no pueda sostenerse que seguimos teniendo derecho a la libertad de información. No es ese el modo en que, razonablemente, reconstruimos el conflicto de derechos y tampoco parece razonable que lo utilicemos para reconstruir el conflicto de objetivos en el proceso.

Para observar mejor el impacto de la finalidad de la averiguación de la verdad en nuestros diseños procesales sobre la prueba conviene distinguir tres momentos fundamentales en ese proceso de toma de decisiones. Antes de identificarlos, no obstante, debo advertir que se trata de tres momentos lógicamente distintos y sucesivos, aunque en los procesos de toma de decisiones reales pueden presentarse entrelazados. Se trata de a) la conformación del conjunto de elementos de juicio sobre cuya base se adoptará la decisión, b) la valoración de esos elementos y c) propiamente, la adopción de la decisión.

Las fases o momentos de la actividad probatoria en el proceso son objeto de regulación en muchos ordenamientos y también de análisis por la doctrina procesal. En la medida en que esas clasificaciones sean de orden legal, pueden, además, variar de jurisdicción en jurisdicción, sin tener por qué coincidir, por ejemplo, en el proceso penal o en el civil. Sin embargo, la clasificación que propongo tiene una pretensión teórica que pone el foco en el tipo de actividad que se lleva a cabo con la prueba en cada fase. Así, en cada uno de los momentos cambia lo que hacen con las pruebas los agentes del proceso —las y los abogados, fiscales o jueces—.

³ V. una crítica de las tesis de Carnelutti en Sentís Melendo, *La prueba*, pp. 114 y ss.; y en Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, pp. 29-31.

⁴ Gascón distingue entre reglas epistemológicas, o garantías de verdad, y reglas contraepistemológicas, para dar cuenta de que no todas las reglas jurídicas sobre la prueba pueden entenderse como obstáculos epistemológicos impuestos por el derecho. V. Gascón, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, pp. 115, 125 y ss.

A partir de ahí, resultará de utilidad preguntarse qué exige el objetivo de la averiguación de la verdad para cada uno de esos momentos y, en qué medida, los límites que se impongan a ese objetivo en uno de los momentos pueden impactar en los demás.

Finalmente, antes de adentrarnos en el análisis de cada uno de los momentos, es importante realizar dos advertencias relevantes. En primer lugar, los tres momentos se presentan en un orden temporal, de manera que no podemos valorar la prueba sin haber conformado el acervo probatorio ni podemos adoptar la decisión sin valorar previamente la prueba. Pero esas tres actividades —conformación del acervo probatorio, valoración de la prueba y decisión sobre los hechos— pueden llegar a entrecruzarse o a desarrollarse de forma parcialmente solapada. Así, por ejemplo, es habitual que durante la práctica de la prueba ya se vaya realizando una especie de valoración *in itinere*, *prima facie*, por parte de la persona juzgadora, que perfectamente podrá revisar a la luz de otras pruebas que se vayan practicando. Y la valoración de la prueba puede también superponerse con la decisión sobre los hechos, aunque, como veremos, sean dos actividades distintas. En segundo lugar, es importante advertir que los tres momentos, con sus actividades probatorias, se dan respecto de todas las decisiones sobre los hechos que haya que adoptar en el procedimiento, sean estas finales, en sentencia, o intermedias, como las que resultan necesarias para adoptar medidas cautelares, abrir juicio oral y tantas otras.

II. El momento de la conformación del conjunto de elementos de juicio o pruebas

En cualquier ámbito de la vida, si queremos adoptar decisiones racionales sobre los hechos, lo primero que deberemos realizar es allegarnos toda la información relevante sobre estos que esté a nuestra disposición. Se trata, pues, de conformar un conjunto de elementos de juicio o pruebas⁵ que aporten información relevante

⁵ Evito, así, las distinciones entre pruebas e indicios, o entre datos de prueba, medios de prueba y pruebas, que se han usado para distinguir los elementos de juicio en función del momento procesal en que nos encontremos o de si se han practicado ya en contradicción en audiencia oral o no. Desde un punto de vista

y lo más fiable posible sobre los hechos del caso, a los efectos de adoptar posteriormente la decisión. El objetivo de la averiguación de la verdad impone en este momento la meta de conseguir un acervo probatorio que sea lo más rico y fiable posible, porque rige la máxima epistemológica de que cuanto más completa y fiable sea la información sobre los hechos de que dispongamos, mayor será la probabilidad de acierto en la decisión.

Es en este punto donde se da ya, en materia probatoria, una de las especificidades jurídicas de mayor calado, que puede resumirse en la máxima *quid non est in actis non est in mundo*; es decir, a los efectos de la decisión jurídica, el conjunto de elementos de juicio que podrá y deberá ser tomado en consideración está formado únicamente por las pruebas aportadas y admitidas al proceso;⁶ el órgano decisor no puede tomar en cuenta aquellas informaciones o elementos de juicio de los que disponga “privadamente”⁷ o aquellos que, habiéndose aportado al proceso, hayan sido excluidos, por ejemplo, por su carácter ilícito.⁸ Esta es, insisto, la clave de la especificidad de la prueba jurídica. Creo que puede decirse sin excesivo riesgo de error que, en todos los demás ámbitos del conocimiento, el conjunto de elementos de juicio que puede y debe ser analizado para adoptar una decisión racional es igual al total de las informaciones disponibles y relevantes para el caso.⁹ En el caso de

epistemológico todo son pruebas, practicadas o no: son elementos de juicio que aportan información sobre los hechos. Sucede que, hasta que las pruebas no se han practicado en contradicción, la información que nos aportan es menor y puede que menos fiable, del mismo modo que tenemos menos información sobre una fruta antes de abrirla y probarla. Pero eso no impide que un melón sea un melón aunque no lo hayamos abierto o que una naranja sea una naranja antes de ser exprimida. Por eso, usaré los términos *elementos de juicio* y *pruebas* como sinónimos y, en particular, prescindiré de la distinción entre datos de prueba, medios de prueba y pruebas, que Carmen Vázquez, en el mismo sentido, ha calificado de “absurda y confusa” —Cf. Vázquez, “Los retos de las pruebas periciales a partir del nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales. Apuntes desde la epistemología jurídica”, en *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, p. 344, nota 3—.

⁶ A las que habrá que añadir, en su caso, los hechos admitidos por todas las partes y los denominados «hechos notorios», de los que suele decirse que no necesitan prueba.

⁷ Cf. Stein, F., *El conocimiento privado del juez*, pp. 71 y ss., y 150 y ss.; y Damaška, *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*, pp. 30, 138 y 170-171.

⁸ Cf. Gascón, “Sobre la racionalidad de la prueba judicial”, en *Prassi giuridica e controllo di razionalità*, pp. 112-113; Miranda Estrampes, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, pp. 55 y ss.

⁹ Por ello, como he justificado con mayor detalle en Ferrer Beltrán, *Prueba y verdad en el derecho*, pp. 90 y ss. —y volveremos sobre ello en el capítulo 10 de este manual—, no puede explicarse el resultado de la valoración de la prueba en el derecho mediante la noción de convicción judicial o de creencia. La creencia, por decirlo de un modo simple, es siempre *all things considered*, mientras que el resultado de la valoración de la prueba es siempre contextual: su justificación es relativa a ese conjunto de elementos de juicio.

la prueba jurídica, en cambio, el conjunto de elementos a valorar es un subconjunto del conjunto formado por la totalidad de los elementos disponibles: aquellos que han sido incorporados al expediente judicial.

De este modo, adquiere una importancia destacada el estudio de los filtros para la admisión de pruebas en el proceso. Un primer filtro, de orden epistemológico, prescribe la admisión de toda prueba que aporte información relevante sobre los hechos que se juzgan.¹⁰ Una prueba es relevante si aporta apoyo o refutación de alguna de las hipótesis fácticas del caso a la luz de los principios generales de la lógica y de la ciencia.¹¹ Puede considerarse este filtro, en realidad, como un principio general de inclusión. Funcionaría, así, prescribiendo la admisión de toda prueba relevante que no deba excluirse por aplicación de alguno de los filtros adicionales impuestos por las reglas jurídicas. La diferencia con otros ámbitos de la experiencia es que en ellos es común que ese sea el único filtro. La particularidad jurídica es que se añade un buen número de reglas jurídicas de exclusión, que operan como filtros más finos que se aplican sobre las pruebas relevantes: no se admiten las pruebas obtenidas en violación de derechos fundamentales, no se admiten los testigos de referencia, no se admiten —con salvedades— las pruebas que no puedan practicarse en el curso del proceso con la debida aplicación del principio de contradicción, etcétera. En ocasiones, se explicitan listas tasadas de medios de prueba admisibles, no admitiéndose las informaciones que puedan obtenerse mediante las denominadas “pruebas atípicas”. Además, algunos sujetos cuentan con lo que la doctrina anglosajona denomina *privileges*, de modo que se les exime de aportar información relevante para el caso (abogados —respecto de la

¹⁰ Cf. Bentham, *Tratado de las pruebas judiciales*, p. 391; Taruffo, *La prueba de los hechos*, pp. 364 y ss.; y Gascón, *Los hechos en el derecho... cit.*, p. 115.

¹¹ Cf. Twining, *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, p. 179. El artículo 346 del Código Nacional de Procedimientos Penales distingue entre pertinencia y utilidad. Una prueba será pertinente si versa sobre hechos controvertidos, jurídicamente relevantes para la consecuencia jurídica pretendida. Será útil, en cambio, si contribuye al esclarecimiento de los hechos aumentando o disminuyendo la probabilidad de que sea verdadera alguna de las hipótesis fácticas en conflicto. Ambos criterios, pertinencia y utilidad, quedan recogidos ya en la noción epistemológica de relevancia de la prueba: una prueba será relevante si aumenta o disminuye la probabilidad de que sea verdadera una hipótesis sobre un hecho que, a su vez, sea relevante para la decisión.

información obtenida de sus clientes—, sacerdotes —respecto de la información obtenida en confesión—, cualquier sujeto respecto de la información que pueda incriminarlo, familiares directos —respecto de informaciones que puedan perjudicar o beneficiar a esos familiares—, etcétera). Finalmente, pero sin menor importancia, y sin ánimo de exhaustividad, conviene señalar que también los propios plazos procesales juegan un papel de regla de exclusión: se excluye toda información —aunque sea relevante— que se presente mediante pruebas aportadas fuera de los plazos expresamente previstos.

Como ya señaló Bentham,¹² buena parte de esas reglas que excluyen elementos de juicio relevantes se justifican en la protección por parte del derecho de valores distintos a la averiguación de la verdad: la intimidad y otros derechos fundamentales, la autonomía individual, las relaciones familiares, la celeridad del procedimiento. En otros casos, en cambio, se excluyen elementos de juicio por considerarlos de bajo valor epistemológico ante el peligro de que una mala valoración tienda a darles más valor del que tienen. Este es el caso, por ejemplo, de la exclusión del testigo de referencia. El número y el alcance de las reglas jurídicas que regulan la conformación del conjunto de elementos de juicio varía en función de los distintos ordenamientos y, dentro de ellos, en función de los tipos de proceso y jurisdicción. Quizás pueda decirse, de forma general, que son más abundantes y detalladas en los ordenamientos de *common law*, respecto de los que se ha desarrollado, además, una basta literatura. Damaška sostiene la tesis de que la falta de una exigencia jurídica de motivación del juicio sobre los hechos en los ordenamientos de *common law* explica la especial proliferación en ese ámbito de reglas jurídicas que excluyen pruebas que se considera que aportan información poco fiable para evitar que en la valoración de estas se les otorgue un peso excesivo.¹³ En algún sentido, estas reglas pretenden garantizar *ex ante* una mayor racionalidad general de las decisiones sobre los hechos a

¹² Cf. Bentham, *op. cit.*, pp. 391 y 395.

¹³ Cf. Damaška, *Evidence Law Adrift*, pp. 41-46. Pero no es este el único motivo que explica la tradicional proliferación de reglas de exclusión de pruebas en los sistemas de *common law*. Hay que añadir también, por ejemplo, la presencia generalizada —quizás en decadencia— de la institución del jurado compuesto exclusivamente por personas legas —*cf. ibid.*, pp. 53-54— como órgano decisor sobre los hechos del caso y al que se pretende instruir detalladamente sobre las reglas que deben guiar su función.

costa de excluir elementos de juicio que, aun con un valor relativamente escaso, pudieran aportar informaciones relevantes. En los ordenamientos de *civil law*, en cambio, es habitual que el control de la racionalidad de la decisión se realice *ex post* mediante la motivación. Así, por ejemplo, ante una prueba o un tipo de prueba de muy baja fiabilidad, el control de racionalidad podrá funcionar *a posteriori* siempre que se exija al decisor o decisoras sobre los hechos probados que justifique por qué ha declarado probados esos hechos y cuál ha sido el apoyo empírico en el que ha basado su decisión. Podrá comprobarse, entonces, si el decisor o decisoras ha otorgado un peso excesivo a una prueba cuya fiabilidad resulte cuestionada. En cambio, si no se exige motivación de la decisión sobre los hechos, el único modo de asegurar normativamente que no se tome la decisión sobre la base de pruebas poco o nada fiables es, directamente, excluirlas del conjunto de elementos de juicio disponibles.¹⁴

Sin embargo, debe cuestionarse si es razonable que todo el debate sobre la fiabilidad de las pruebas se traslade a la valoración de la prueba o si, en los casos más claros de falta de fiabilidad suficiente, las pruebas debieran ser excluidas en el trámite de admisibilidad —en la etapa intermedia, en los tipos de proceso que la tienen—. Esto último permitiría depurar el debate probatorio y sería una muy sana medida de economía procesal, al no permitir el ingreso de pruebas que pueden tener mayores efectos perjudiciales que la información relevante que puedan aportar.

En definitiva, resulta imprescindible proyectar una mirada epistemológica, centrada en el objetivo de maximizar la riqueza del acervo probatorio disponible, lo que, a su vez, redundará en la mayor probabilidad de acierto en la decisión sobre los hechos.¹⁵

¹⁴ A pesar de ello, en ausencia de motivación detallada no hay forma de comprobar las razones que se han usado para adoptar la decisión. Podrá solo controlarse si, a la luz de los elementos de juicio disponibles en el proceso, esa decisión resulta suficientemente justificada o no, realizando para ello una nueva valoración de estos.

¹⁵ Este punto será desarrollado oportunamente en el capítulo 4 de este manual.

La riqueza del acervo probatorio no depende únicamente, sin embargo, de cuántas sean las pruebas relevantes que se aporten al proceso o, por el otro lado de la moneda, de cuántas y cuán importantes sean las lagunas probatorias. Puede suceder que se disponga de pruebas capaces de aportar información relevante de las que no se obtenga toda la que pueden proporcionar. En términos de la analogía con la fruta a la que antes hice referencia, una cosa es haber comprado la fruta adecuada para un licuado y otra extraer de ella todo el jugo que nos puede dar y obtenerlo con las mejores propiedades nutricionales. Si queremos extraer de las pruebas toda la información que pueden dar sobre los hechos y sobre su propia fiabilidad, resulta crucial poner la mirada en la manera en que se practican las pruebas.

En este punto resultan fundamentales tres aspectos: 1) desarrollar de forma sostenida una política de inversión en recursos humanos y materiales que mejoren sustantivamente los laboratorios forenses y el trabajo de los peritos; 2) disponer de un buen diseño procesal sobre los modos en que deben practicarse las pruebas, especialmente las personales —testificales y periciales—; y 3) adoptar buenas prácticas por parte de todas y todos los operadores del proceso —personas juzgadoras, fiscales, defensoras, defensores y abogadas y abogados— en el contexto de la práctica de la prueba en juicio oral.

Por lo que hace a lo primero, es crucial que el país disponga de laboratorios forenses suficientes y bien equipados de acuerdo con la ciencia y la tecnología existentes en el momento; también, que los peritos tengan la capacitación adecuada y sean suficientes para el volumen de trabajo que se genere. Las pruebas periciales relevantes para acreditar un hecho serán de peor calidad, o directamente no se llevarán a cabo, si los laboratorios no están bien dotados, si el personal que trabaja en ellos no está bien capacitado o si el volumen de trabajo o el área de *expertise* de quienes realicen el peritaje no son los debidos. Así, por ejemplo, si el volumen de trabajo de las y los peritos forenses no permite dedicar ni por asomo el tiempo que requiere la realización cuidadosa de un cierto tipo de pericia psicológica, no podremos esperar que el resultado tenga la fiabilidad adecuada para disminuir el riesgo de error de la decisión sobre los hechos. Para seguir con la pericia psicológica, si la *expertise* de quienes realizan una pericia de credibilidad es en la psicología

clínica y no en la psicología del testimonio, por ejemplo, estaremos aportando al proceso una prueba teóricamente relevante pero cuya fiabilidad resultará más que discutible.¹⁶

En segundo lugar, se requiere una regulación procesal adecuada respecto de la práctica de las pruebas. Así, por ejemplo, hay que regular adecuadamente la forma de realizar ruedas de reconocimiento, de acuerdo con la información científica disponible acerca de la fiabilidad de cada forma de practicarlas.¹⁷ No debiera permitirse la identificación en la audiencia oral de quien supuestamente cometió un delito, por carecer de la más mínima fiabilidad. Debiera regularse adecuadamente la preconstitución en contradicción de pruebas testificales que permita obtener la información que el testigo pueda aportar en un momento más próximo a los

¹⁶ Baste otro ejemplo español de este tipo de problemas que resultará muy elocuente: en 2020 se abrieron diligencias penales a raíz de diversas querellas contra el delegado del Gobierno en Madrid y el director del Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias por haber autorizado una manifestación masiva de reivindicación de la igualdad de género con ocasión del 8 de marzo. La cuestión en debate era si habían primado en esa autorización razones de coincidencia ideológica del Gobierno español con las organizaciones convocantes por encima de la información epidemiológica disponible ya en esas fechas, que estaría indicando, en cambio, que esas manifestaciones masivas no deberían haberse realizado. En este último caso, sería relevante estimar el número de contagios a que pudieron dar lugar y, consiguientemente, los ingresos hospitalarios y las muertes que se produjeron y pudieron haberse evitado. La jueza encargada del caso pidió un informe pericial al médico forense adscrito al juzgado, quien concluyó que el conocimiento epidemiológico disponible en los primeros días de marzo de 2020 obligaba ya a tomar medidas que impidieran las concentraciones masivas. Sin discutir ahora el contenido del informe, resulta relevante destacar que el médico forense que realizó el informe sobre uno de los desafíos epidemiológicos más importantes de los últimos cien años está especializado en psicoterapia: no basta con disponer de un cuerpo de médicas y médicos forenses a disposición de los jueces, sino que este debe tener la formación y experiencia adecuadas para cada tipo de caso y debe ser designado en función de ellas.

¹⁷ La regulación prevista en los artículos 277-279 del Código Nacional de Procedimientos Penales será objeto de análisis en el capítulo 7, en el que se mostrarán algunas de sus deficiencias en relación con los conocimientos científicos adquiridos en la materia. En España, un paso adelante significativo en este sentido lo ofrecen los artículos 306 a 308 del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal: se prevé la exposición sucesiva de las personas que integran la rueda —no simultánea—, que el número de personas que integran la rueda sea al menos de seis, que la persona que dirija la rueda no conozca quién de los integrantes es la persona sospechosa, que si son varios los testigos que realizarán la identificación se haga por separado y de forma incomunicada entre ellos o que la diligencia se grabe íntegramente. Todas ellas son medidas que aumentan la fiabilidad del resultado. Una vez más, no basta con que se disponga de una prueba relevante en el procedimiento, sino que esta se practique de la forma más adecuada para que pueda arrojar información de la mayor fiabilidad posible.

hechos, valorando en qué casos conviene hacerlo así, no solo para los testigos menores.¹⁸ Es necesario prever normativamente soluciones adecuadas para afrontar de manera racional el desacuerdo entre peritos, adoptando técnicas como el *hot tubbing* para someter a estas expertas y expertos a un cierto tipo de careo. Todas estas técnicas y algunas otras serán abordadas en el capítulo 6 de este manual.

Finalmente, es necesario también cambiar algunas prácticas procesales que, aunque no están normativamente impuestas, anidan en la cultura jurídica de las y los operadores jurídicos y dificultan la adquisición de un acervo probatorio rico y fiable. Muchas de ellas están vinculadas a una ideología del proceso como competición entre las partes, que relegaría a la persona juzgadora a una posición pasiva y desempoderada del gobierno del proceso judicial. Esta ideología procesal supone una privatización del proceso y, a pesar de lo que suele decirse, no encuentra fundamento en un modelo adversarial bien entendido. La idea de que durante la práctica de la prueba el juzgador debe permanecer callado, porque solo así preserva su imparcialidad, desenfoca absolutamente lo que la imparcialidad requiere. Esta no exige que una jueza o un juez no realice preguntas aclaratorias a la persona experta cuando no comprendió el razonamiento del peritaje, o que no formule preguntas que le permitan obtener información, por ejemplo, sobre las ratios de errores de un cierto instrumento o una técnica utilizados en el peritaje. Si el juzgador o juzgadora no hace esas preguntas, acabará tomando una decisión sin la información necesaria, quizás defiriendo a ciegas en las conclusiones del peritaje o, lo que es muy común, llamando desde su casa a un amigo o conocido experto en la materia para que le explique lo que necesita saber.¹⁹ Pero, claro, en este último caso, la información que le pueda aportar el amigo no habrá sido controlada por las partes ni se les habrá dado la posibilidad de interrogar al “amigo-experto” ni de contradecirlo. El problema de la participación del juez o la jueza en la práctica

¹⁸ La no previsión en la regulación mexicana de la posibilidad de preconstituir la prueba es un grave déficit que empobrece el acervo probatorio y, en algunos casos, puede hacer imposible obtener prueba suficiente para acreditar los hechos. Conviene, pues, mejorar en este punto de forma sustancial el diseño procesal.

¹⁹ Para evitar esta situación, la persona juzgadora podrá usar, en el caso del proceso penal federal, la facultad que le otorga el artículo 372 del Código Nacional de Procedimientos Penales, según el cual “el Órgano Jurisdiccional podrá formular preguntas para aclarar lo manifestado por quien deponga, en los términos previstos en este Código”.

de la prueba no está en su participación misma, sino en el mal uso que pueda hacerse de ella, es decir, cuando su intervención es sesgada y, por tanto, parcial.

Lo mismo puede decirse de la aplicación desmedida de las denominadas *técnicas de litigación oral*, que en muchos casos van dirigidas a la destrucción de quien testifica o emite un peritaje a propuesta de la parte contraria, más que a aportar un genuino examen que permita obtener la información que las pruebas puedan dar y ponga en claro aspectos relevantes de estas que posibiliten la valoración sobre su fiabilidad. Las técnicas de interrogatorio cruzado consistentes en la formulación de preguntas sugestivas, en intercalar preguntas sobre hechos ocurridos en momentos distintos —yendo hacia delante y hacia atrás para confundir al testigo—, en exigir respuestas monosilábicas a preguntas complejas, etcétera, son claros ejemplos de ello.

Es evidente que las partes pueden legítimamente articular su estrategia procesal como consideren más conveniente, pero ello tiene también sus límites. Ni el derecho de defensa ni, para el proceso civil, el principio dispositivo amparan la destrucción de pruebas o la perversión de su práctica, impidiendo que se extraiga de ellas la información relevante que puedan aportar al proceso. En definitiva, una mejor comprensión de lo que requiere el objetivo de la averiguación de la verdad debería guiar no solo la legislación, sino también las inversiones públicas en el sector justicia y las prácticas de todos los actores del procedimiento.

III. El momento de la valoración de los elementos de juicio o pruebas

Una vez cerrada la composición del conjunto de elementos de juicio que deberá valorarse —con una simplificación quizás excesiva, pero elocuente: una vez declarado el proceso visto para sentencia—, se pasa al segundo momento. Debe ahora procederse a la valoración de los elementos de juicio disponibles en el proceso. También esa valoración puede estar guiada jurídicamente y hasta puede el derecho imponer un determinado resultado probatorio. Estaremos, en ese caso, ante un sistema de prueba legal o tasada —que puede ser más o menos estricto—. Ahora bien, si el sistema jurídico prevé para el caso la libre valoración de la prueba,

entonces deberá valorarse el apoyo que cada elemento de juicio aporta a las hipótesis fácticas en conflicto, de forma individual y en conjunto. Con ello, deberá obtenerse un resultado que nos permita saber el grado de confirmación del que dispone cada una de esas hipótesis.

Deben hacerse aquí dos observaciones importantes. En primer lugar, el resultado de la valoración de la prueba es siempre contextual, esto es, referido a un determinado conjunto de elementos de juicio. Si cambia el conjunto, por adición o sustracción de algún elemento, el resultado puede perfectamente ser otro.²⁰ En segundo lugar, la libre valoración de la prueba es libre solo en el sentido de que no está sujeta a normas jurídicas que predeterminen el resultado de esa valoración. La operación consistente en juzgar el apoyo empírico que un conjunto de elementos de juicio aporta a una hipótesis está sujeta a los criterios generales de la lógica y de la racionalidad.²¹ Puede advertirse que ese apoyo empírico ofrecerá un grado de corroboración que, como ya señalara Popper, nunca será concluyente, pero, como él mismo advirtió, “[a]unque no podamos justificar una teoría (...), podemos, a veces, justificar nuestra preferencia por una teoría sobre otra; por ejemplo, si su grado de corroboración es mayor”.²²

Si el primero de los momentos, la conformación del conjunto de elementos de juicio, acoge la gran mayoría de especificidades jurídicas, este segundo momento —siempre que estemos en el ámbito de la libre valoración de la prueba— es el momento de la racionalidad.²³ Se trata aquí, insisto, como en cualquier otro ámbito del conocimiento, de evaluar el apoyo empírico que un conjunto de elementos de juicio aporta a una determinada hipótesis o a su contraria. Por ello, negar la posibilidad de adoptar decisiones racionales en este momento, a pesar de las especificidades jurídicas que puedan regir en el primero y el tercero de los momentos de la prueba jurídica, supone necesariamente acoger argumentos escépticos generales ante la posibilidad del conocimiento o, más estrictamente, de la decisión racional.

²⁰ Cf. Ferrer Beltrán, *Prueba y verdad en el derecho*, cit., pp. 104 y ss.

²¹ Entre muchos otros, cf. Damaška, *Evidence Law Adrift*, cit., p. 21; Twining, *op. cit.*, p. 194; y Taruffo, “Modelli di prova e di procedimento probatorio”, en *Rivista di diritto processuale*, p. 429.

²² Popper, *Búsqueda sin término. Una autobiografía intelectual*, p. 140.

²³ Cf. Thayer, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, p. 275.

En otras palabras: no se puede negar la posibilidad de adoptar decisiones racionales en el ámbito de la prueba jurídica por razones específicamente jurídicas cuando no hay reglas jurídicas que limiten la libre valoración de la prueba.

Así pues, las limitaciones jurídicas que excluyen pruebas relevantes en el momento de la conformación del conjunto de elementos de juicio hacen que el conjunto sea epistemológicamente más pobre —aunque pueda haber buenas razones para hacerlo, basadas en otros objetivos del proceso—. Del mismo modo, inciden ahí otras notas definitorias del contexto de la prueba jurídica, como las limitaciones temporales, las limitaciones de recursos humanos y materiales, la falta de neutralidad de la intervención de las partes al aportar elementos de juicio, etcétera. También estas circunstancias producen, en general, que el conjunto de elementos de juicio disponible sea más pobre. Pero una vez ese conjunto está ya delimitado, la operación de valorar lo que de él se puede racionalmente inferir no difiere en nada de la que se puede realizar en cualquier otro ámbito de la experiencia y está sometida a los controles de la racionalidad general.²⁴ Supóngase, por ejemplo, que, después de un accidente en una central nuclear que esté produciendo vertidos altamente contaminantes al ambiente, el gobierno del país reúna de urgencia a un comité científico con los mayores expertos en energía nuclear, ingeniería, arquitectura, resistencia de materiales, etcétera. Constituido el comité, el gobierno les da 24 horas para que informen acerca de cuál es la mejor manera de atajar el vertido. Evidentemente, la finalidad práctica de la decisión que el comité debe tomar aconseja que esta sea muy rápida, y ello impacta en que quizás no puedan llegar a tener a su disposición toda la información relevante. Quizás, también, alguna información no pueda recabarse porque para hacerlo se pondrían en grave peligro vidas humanas —cuya protección es un objetivo del gobierno—. Todo ello puede hacer más pobre el conjunto de elementos de juicio con el que el comité deberá tomar su decisión, pero ello no impide que la valoración del conjunto efectivamente disponible deba hacerse con el objetivo de la averiguación de la verdad. De algún modo, lo que el gobierno encarga al comité científico es esto: a partir de la mejor

²⁴ Cf. Gascón, *Los hechos en el derecho*, cit., p. 49.

información que se pueda recabar en el tiempo otorgado, haga una valoración racional para determinar cuál es la hipótesis mejor fundada —*i. e.*, más probablemente verdadera— sobre cómo detener el vertido nuclear.

En diversas ocasiones hemos señalado ya que la actividad probatoria en el derecho está informada por diversos valores u objetivos. El principal de ellos, porque de él depende la capacidad motivadora del propio derecho, es la averiguación de la verdad, pero no es el único. Ahora vale la pena advertir que esos diversos valores juegan también en momentos distintos. Y el momento en que reina sin competencia el valor de la averiguación de la verdad es el de la valoración de la prueba, mientras que en el primero y en el tercero de los momentos de la actividad probatoria impactan, junto al objetivo de la averiguación de la verdad, otros valores u objetivos, como la celeridad, la protección de los derechos fundamentales, la eficiencia del procedimiento, etcétera.²⁵ En los capítulos 7 y 8 volveremos sobre la valoración individual y de conjunto de la prueba.

IV. El momento de la adopción de la decisión sobre los hechos probados

Por último, el tercer momento es el que corresponde a la toma de la decisión. La valoración de la prueba habrá permitido otorgar a cada una de las hipótesis en conflicto un determinado grado de confirmación que nunca será igual a la certeza absoluta.²⁶ Habrá que decidir ahora si la hipótesis *h* puede o no declararse probada con el grado de confirmación que haya alcanzado en el proceso a partir de las

²⁵ Por ello, tiene razón Miranda Estrampes cuando sostiene que la vigencia del principio de libre valoración de la prueba no incide en modo alguno en la cuestión de si deben ser o no utilizables en el proceso las pruebas ilícitas. La admisibilidad o no de las pruebas ilícitas es cuestión que se plantea en el momento de la conformación del conjunto de elementos de juicio, mientras que el principio de la libre valoración de la prueba rige, precisamente, en el momento de la valoración del conjunto ya formado. La objeción que me merece la tesis de Miranda Estrampes es que, para sostener esto, no es necesario en absoluto debilitar o negar la relación teleológica entre prueba y verdad, como él si supone. Basta, eso sí, con observar que la averiguación de la verdad no es el único valor que importa al derecho a la hora de regular los filtros que admiten o rechazan la incorporación de pruebas al conjunto. V. Miranda Estrampes, *op. cit.*, pp. 53 y ss., y la bibliografía allí citada.

²⁶ La certeza racional, o corroboración absoluta, es, como ya hemos dicho, inalcanzable en cualquier ámbito del conocimiento y, por tanto, también en el proceso. Por supuesto, ello no impide que la persona

pruebas aportadas. Para ello no basta ya con la valoración de la prueba: dos personas que otorguen la misma fiabilidad a las pruebas presentadas en el procedimiento, como resultado de su valoración individual de la prueba, y que atribuyan el mismo grado de corroboración a una hipótesis fáctica, como resultado de su valoración de conjunto, pueden aún discrepar racionalmente acerca de si ese grado de corroboración es suficiente o no para considerar la hipótesis como probada. Si esto es así, la valoración de la prueba subdetermina la decisión probatoria o, en otras palabras, no la determina por completo. Para hacerlo, falta incluir en la ecuación el estándar de prueba aplicable al caso. Un estándar de prueba es una regla jurídica que establece cuál es el umbral de exigencia probatoria para poder considerar como probada una hipótesis para ese tipo de decisión en ese tipo de procedimiento.

Así, por ejemplo, es muy usual sostener —especialmente en la cultura jurídica anglosajona— que en el ámbito civil opera el estándar de la prueba prevaleciente, de modo que una hipótesis estaría probada, a grandes rasgos, si su grado de confirmación es superior al de la hipótesis contraria.²⁷ En cambio, en el ámbito penal, operaría el estándar que exige que la hipótesis esté confirmada “más allá de toda duda razonable”. Es claro que aquí, de nuevo, la elección de uno u otro estándar es propiamente jurídica y se realiza en atención a los valores en juego en cada tipo de proceso.²⁸ Así, puede justificarse la mayor exigencia probatoria en los casos penales, por ejemplo, debido a la mayor gravedad de las consecuencias si la decisión condenatoria es errónea desde el punto de vista material. En efecto, al imponer un estándar de prueba más exigente en unos casos que en otros, el derecho cristaliza las valoraciones sociales acerca de cuán graves nos parecen las consecuencias de los distintos tipos de errores en el procedimiento: para simplificar, absoluciones falsas y condenas falsas. Como veremos en el capítulo 9, esas valoraciones son de

juzgadora pueda adquirir la certeza psicológica de que un hecho ha ocurrido, pero esa certeza es irrelevante desde el punto de vista justificativo de la decisión. Volveremos sobre este punto en el capítulo 10.

²⁷ No es claro cuál es el umbral que impone este estándar de prueba por la imprecisión de su formulación. Volveremos sobre este tema en el capítulo 9. Una exposición detallada puede verse también en Ferrer Beltrán, *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, pp. 210 y ss.

²⁸ V., entre otros muchos, Stein, A., *Foundations of Evidence Law*, pp. 121-122; y, extensamente, Ferrer Beltrán, *Prueba sin convicción, cit.*, pp. 150 y ss.

tipo político-moral. Pero lo importante aquí es que, si no conocemos cuál es el umbral de suficiencia probatoria, no es posible justificar de modo completo la decisión sobre los hechos.

Es importante destacar que las decisiones sobre los hechos que hay que adoptar en un procedimiento judicial no se reducen a la decisión final, a los efectos de la sentencia. Habrá que decidir, por ejemplo, si los elementos de juicio disponibles son suficientes para ordenar la entrada en domicilio a los efectos de un registro domiciliario, si son suficientes para adoptar una medida cautelar, si lo son para abrir juicio y si lo son para condenar. Aunque en un proceso civil las decisiones sobre la suficiencia probatoria son menos numerosas durante el procedimiento, también pueden ser diversas. Habrá que distinguir, por ejemplo, el umbral de exigencia probatoria para adoptar una medida cautelar o para sentenciar. Para tomar cada una de esas decisiones se requiere que esté determinado cuál es el umbral a partir del cual se entenderá que el grado de corroboración alcanzado con base en los elementos de juicio disponibles es suficiente. Vale la pena señalar que, en ocasiones, se niega que pueda hablarse de estándares de prueba para decisiones que deben adoptarse antes del juicio oral, puesto que se reserva el término *prueba* para los elementos de juicio una vez practicados en contradicción en la audiencia oral. Sin embargo, este es solo un debate terminológico que aquí poco importa: en todos los casos estamos ante decisiones en las que debe determinarse si tenemos información que corrobore suficientemente una hipótesis fáctica a los efectos de la decisión; que denominemos o no *pruebas* a esas informaciones y que, consiguientemente, a la determinación del umbral de suficiencia de aquella información fáctica la denominemos, o no, *estándar de prueba* no debe esconder que se trata del mismo fenómeno y el mismo tipo de reglas.

Solo si determinamos que no se alcanza el umbral de suficiencia probatoria respecto de ninguna de las hipótesis sobre los hechos en conflicto en el proceso adquiere relevancia la pregunta acerca de quién pierde si no hay prueba suficiente. Esta es la pregunta por la carga de la prueba —en sentido objetivo—. Por ello puede decirse con rotundidad que la carga de la prueba es subsidiaria a los estándares de prueba, puesto que solo después de justificar la insatisfacción del estándar de prueba aplicable cabrá traer a debate a quién perjudica la ausencia de prueba suficiente. Este

último aspecto puede estar determinado, aunque no es necesario, por reglas específicas sobre la carga de la prueba, pero en él también pueden incidir otro tipo de reglas sobre la decisión probatoria: las presunciones. Dedicaremos el capítulo 9 de este manual a esos tres tipos de reglas sobre la decisión probatoria: estándares de prueba, reglas sobre la carga de la prueba y presunciones.

V. El derecho a la prueba y su impacto en cada uno de los momentos de la actividad probatoria

Una intuición ampliamente compartida acerca del derecho es que una de sus funciones principales es dirigir la conducta de los destinatarios de sus normas. Así, se supone que lo que se pretende al promulgar normas jurídicas es que sus destinatarios realicen o se abstengan de realizar determinadas conductas, por ejemplo, pagar impuestos, matar, conducir por la derecha, etcétera.

Sin desconocer la presencia entre el material jurídico de disposiciones que no expresan prescripciones y que, por tanto, no dirigen directamente la conducta de nadie, puede decirse que la presencia de prescripciones entre ese material jurídico es consustancial a la idea de derecho. Es claro también que dirigir la conducta de los destinatarios no es la única pretensión que puede tener el legislador para dictar normas prescriptivas. Por supuesto, puede tener otras motivaciones políticas, como por ejemplo otorgar a la normativa dictada un carácter más bien simbólico. Sin embargo, aunque sean posibles otras motivaciones y estas se den frecuentemente, puede sostenerse que la pretensión de motivar la conducta de los ciudadanos es la finalidad principal del derecho, puesto que sin ella no se entendería el propio fenómeno.

Si esto es así, conviene partir de esa intuición fundamental para determinar la función que cumple el proceso judicial en el esquema general de funcionamiento del derecho. Se estará de acuerdo conmigo en que no habré aportado nada a la cultura jurídica si digo que el proceso judicial tiene como función básica la determinación de la ocurrencia de determinados hechos a los que el derecho vincula

determinadas consecuencias jurídicas y la imposición de esas consecuencias a los sujetos previstos por el propio derecho. Esto es, la función del proceso es la aplicación del derecho.

Aunque esta parezca una verdad banal, tiene importantes implicaciones teóricas respecto de la determinación judicial de los hechos. En efecto, ello conlleva que deba sostenerse que, *prima facie*, son las descripciones de esos hechos las que se incorporan al razonamiento judicial a los efectos de la aplicación de las normas. De otro modo, los ciudadanos no tendrían ninguna razón para comportarse conforme con lo prescrito por el derecho. En otras palabras, solo si de alguna forma es la descripción de las conductas de los destinatarios de las normas lo que se incorpora al razonamiento judicial, esas conductas resultarán relevantes para la aplicación de las consecuencias jurídicas previstas en las normas; en caso contrario, si la determinación de los hechos por parte de las personas juzgadoras fuera constitutiva de esos hechos, sin pretensión alguna de buscar la verdad sobre estos, no podría motivarse la conducta de los ciudadanos puesto que esta resultaría irrelevante al efecto de aquella aplicación.

Es en ese marco donde es posible comprender en toda su amplitud el alcance del denominado *derecho a la prueba*. No es casualidad que en general se considere que ese derecho es una especificación, un derivado, del derecho a la defensa y que este, a su vez, es parte del derecho al debido proceso.²⁹

La idea fundamental es que cualquier parte en un procedimiento judicial tiene derecho a “demostrar la verdad de los hechos en los que funda su pretensión” procesal.³⁰ En otras palabras, la parte tiene derecho a probar que se han producido, o no, los hechos a los que el derecho vincula consecuencias jurídicas. Solo de este modo puede garantizarse una correcta aplicación del derecho y una adecuada seguridad jurídica.

²⁹ Así lo ha reconocido la Suprema Corte de Justicia de la Nación en sentencia recaída en Amparo Directo en Revisión 2655/2010, que afirma claramente que “el derecho a la prueba es una vertiente o especificación del debido proceso o garantía de audiencia”.

³⁰ Taruffo, “Il diritto alla prova nel processo civile”, en *Rivista di diritto processuale*, pp. 77-78.

Si esto es así, conviene analizar más detalladamente en qué consiste ese derecho a la prueba y las implicaciones que tiene tanto para la propia noción de prueba judicial como para cada uno de los momentos de la actividad probatoria. Comprender adecuadamente el alcance del derecho fundamental a la prueba sitúa, pues, la averiguación de la verdad como un objetivo necesario para que tenga sentido ese propio derecho fundamental. Esto cambia completamente los términos del debate, porque ahora el objetivo de la averiguación de la verdad ya no resulta solo de una pretensión teórica, sino que deviene imprescindible para cumplir con lo impuesto por los derechos fundamentales en los niveles constitucional y convencional.

1. Elementos del derecho a la prueba

El derecho a la prueba es, en realidad, un derecho multifacético, compuesto por cuatro subderechos más específicos, que conjuntamente definen el alcance del derecho fundamental. Conviene, pues, analizar esos distintos elementos en que puede descomponerse el derecho a la prueba, no sin antes advertir que no son independientes entre sí: para que cada uno de ellos tenga sentido tiene que acompañarse de los siguientes. Se trata entonces de cuatro elementos enlazados que componen una unidad de sentido, en pos del objetivo de garantizar que las partes tengan la posibilidad de demostrar la verdad de los hechos en los que fundan su pretensión procesal.

1) El primer elemento es el derecho a utilizar todas las pruebas de que se dispone para demostrar la verdad de los hechos que fundan la pretensión. Por supuesto, se trata de un derecho subjetivo que solo puede ejercer el sujeto que es parte en un proceso judicial e impacta directamente en el primer momento de la actividad probatoria: la conformación del conjunto de elementos de juicio. La única limitación intrínseca a la que está sujeto es la relevancia de la prueba propuesta. De este modo, podría reformularse el propio derecho para acoger únicamente la utilización de las pruebas relevantes a los efectos de demostrar la verdad de los hechos alegados.

La debida protección de este derecho supone que se imponga a los jueces y tribunales el deber de admitir todas las pruebas relevantes aportadas por las partes,

es decir, deberán ser admitidas todas aquellas pruebas que hipotéticamente puedan ser idóneas para aportar, directa o indirectamente, elementos de juicio acerca de los hechos que deban ser probados.³¹ Por otro lado, supondría una violación del derecho a la prueba la limitación a la posibilidad de aportar pruebas relevantes impuesta, no ya por el órgano juzgador, sino legislativamente. En ese sentido, deben considerarse inconstitucionales aquellas limitaciones a la posibilidad de aportar pruebas que no resulten justificadas en la protección de otros derechos fundamentales en conflicto,³² como es el caso de las listas tasadas de medios de prueba utilizables en ciertos tipos de procedimiento.³³ Esto tiene también un claro impacto, como se verá en el capítulo 4, en lo que respecta a la exclusión de pruebas relevantes basadas en su ilicitud: puede decirse que, cuando una parte pretende incorporar al acervo probatorio del proceso una prueba relevante que ha sido obtenida en violación de derechos fundamentales, estamos ante una típica situación de conflicto de derechos. El derecho a la prueba determinaría el carácter debido de su admisión, mientras que la protección de otros derechos fundamentales, como la intimidad, el secreto de las comunicaciones o la inviolabilidad del domicilio, darían cobertura jurídica a la exclusión de la prueba. En esa situación, deberá optarse por priorizar alguno de los derechos en conflicto, ponderándolos. En el caso de México, ha sido el propio legislador constitucional quien ha establecido, en el artículo 20, A, fracción IX, la nulidad de las pruebas obtenidas en violación de derechos fundamentales, priorizando así la protección de estos frente al derecho

³¹ Cf. Taruffo, *Studi sulla rilevanza della prova*, pp. 54 y ss. Así ha sido reconocido también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos —Corte IDH—, en jurisprudencia que ha desarrollado y aplicado el artículo 8.2.f) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. V., por ejemplo, la sentencia del caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*, serie C, núm. 111. Conviene destacar que la dicción literal del artículo 8.2.f) se limita al proceso penal y a la utilización por la defensa de pruebas periciales o testificales. Sin embargo, no hay razones para limitar el alcance del derecho a la prueba a las pruebas personales, ni a una de las partes en el proceso penal y ni siquiera al proceso penal. Por ello, bien entendido, el derecho a la prueba es de aplicación general, para cualquier tipo de prueba, para cualquier parte y para todo tipo de procedimiento judicial en el que deba determinarse la ocurrencia de un hecho como condición de aplicación de una consecuencia jurídica.

³² Cf. Perrot, “Le droit a la preuve”, en *Effektiver Rechtsschutz und Verfassungsmässige Ordnung - Effectiveness of Judicial Protection and Constitutional Order*, pp. 96-100 y 110-111.

³³ Obsérvese que, en ese caso, si una de las partes dispone de medios de prueba no incluidos en la lista de pruebas típicas se puede encontrar impedida de demostrar los hechos en los que basa sus pretensiones, que es precisamente lo que quiere evitarse con el derecho a la prueba.

a la prueba en caso de conflicto.³⁴ Ahora bien, cuando la ilicitud de la prueba sea debida a la violación de cualquier otra norma jurídica infraconstitucional, que no involucre la protección de derechos fundamentales, habrá que estar a la mayor jerarquía, constitucional y convencional, del derecho a la prueba con la consecuencia de la admisión del medio de prueba en discusión.³⁵

2) El segundo elemento que integra el derecho a la prueba es el derecho a que las pruebas sean practicadas en el proceso, de modo que rige de nuevo en el momento de la conformación del conjunto de elementos de juicio. Resulta obvio que no tiene sentido la sola admisión de los medios de prueba propuestos por las partes si esta no va seguida de una efectiva práctica de la prueba. Así se ha manifestado reiteradamente la doctrina³⁶ y también la jurisprudencia.³⁷

Cabe añadir que una concepción robusta del derecho a la prueba no puede conformarse con cualquier forma de práctica de la prueba en el proceso. En ese sentido, deberá garantizarse la participación de las partes a través del principio de contradicción.³⁸ Es muy importante subrayar aquí que el principio de contradicción tiene un fundamento epistemológico, que se añade a su faceta de garantía o de derecho de las partes; es decir, el principal fundamento del principio de contradicción radica en que hace posible “verificar *in itinere* la calidad de la prueba”.³⁹

³⁴ Lo que ha sido refrendado también por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación —SCJN—. V. al respecto, por ejemplo, SCJN, Amparo Directo en Revisión 1621/2010, de 15 de junio de 2011.

³⁵ V., por ejemplo, Primer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Décimo Séptimo Circuito, Amparo en Revisión 192/2017. Ello no impide en absoluto que la ilicitud cometida pueda tener consecuencias administrativas —disciplinarias, por ejemplo—, penales o civiles —una indemnización por daños, por ejemplo—.

³⁶ Cf. Perrot, *op. cit.*, pp. 108 y ss.; Taruffo, “Il diritto alla prova”, *cit.*, pp. 92 y ss.; y Picó i Junoy, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, pp. 21-22.

³⁷ V. SCJN, Amparo Directo en Revisión 2655/2010, que considera que el derecho de defensa, del que deriva también el derecho a la prueba, incluye “la oportunidad de ofrecer y *desahogar* pruebas”. El Tribunal Constitucional español, por su parte, también ha dicho claramente que “el efecto de la inexecución de la prueba es o puede ser el mismo que el de su inadmisión previa (...)” —Tribunal Constitucional de España, STC 147/1987—.

³⁸ Cf. Taruffo, “Il diritto alla prova”, *cit.*, p. 98; y Picó i Junoy, *op. cit.*, p. 22.

³⁹ Taruffo, *La prueba de los hechos*, *cit.*, p. 430.

Sin pretensión de exhaustividad, puede decirse que el principio de contradicción opera permitiendo cuatro tipos de controles probatorios: 1) un control sobre la correcta aplicación de las reglas epistemológicas y jurídicas sobre la admisión de la prueba —i. e., el principio de admisión de toda prueba relevante y las excepciones establecidas por reglas de exclusión jurídicas—; 2) la práctica de la prueba de forma contradictoria, esto es, permitiendo la intervención de las partes en esta— 3) la posibilidad de proponer pruebas contrarias a las ofrecidas por la otra parte procesal, de modo que permita vencer a estas y/o corroborar una hipótesis fáctica distinta e incompatible—; 4) la posibilidad de proponer pruebas de segundo orden —o pruebas sobre la prueba— que impugnen la fiabilidad de otras pruebas.

La práctica de la prueba de forma contradictoria tiene su aplicación más clara en el caso de las pruebas denominadas *personales*, es decir, de las pruebas que consisten en la declaración de una persona física. En esos casos, por ejemplo, resulta útil epistemológicamente permitir el interrogatorio cruzado de los declarantes, de modo que las dos partes puedan preguntar sobre la información que pueda apoyar sus respectivas hipótesis y poner a prueba la fiabilidad de lo declarado y del declarante. Pero, como ya se señaló anteriormente, la importancia de dar espacio a la participación de las partes no conlleva que el gobierno de la práctica de la prueba quede en manos de las partes. Es imprescindible que la persona juzgadora conserve el *management* de la práctica de la prueba, para evitar que la intervención de las partes se dirija más a la destrucción del testimonio o del peritaje que a la obtención de la información relevante que puedan aportar, tanto sobre los hechos del caso como sobre la fiabilidad de sus propios dichos. También la persona juzgadora deberá controlar que no se introduzcan preguntas sugestivas y podrá, en su caso, formular preguntas aclaratorias.⁴⁰ Y es, en fin, muy recomendable

⁴⁰ El artículo 372 del Código Nacional de Procedimientos Penales parecería dar un margen muy estrecho al control del interrogatorio por parte de la jueza o el juez, al indicar que esta o este deberá “abstenerse de interrumpir dicho interrogatorio salvo que medie objeción fundada de parte”. Sin embargo, cabe entender en el sentido defendido en el texto la excepción a la necesidad de la iniciativa de parte prevista también en el mismo artículo, de modo que el juzgador podrá también interrumpir el interrogatorio cuando “resulte necesario para mantener el orden y decoro necesarios para la debida diligencia de la audiencia”. Dejando al margen la referencia al decoro, puede entenderse que la referencia al mantenimiento del orden no se limita al buen comportamiento de todos los agentes del proceso o del público durante la audiencia, sino que incluye el orden en la forma de conducir el interrogatorio, de

epistemológicamente que el interrogatorio inicie a instancias de la persona juzgadora, en el caso de los testigos, con un relato libre por parte de estos en que puedan expresar sus recuerdos sobre los hechos. Así se dota de total sentido al principio de inmediación, no ya como un modo de adquirir conocimiento sobre los hechos por contacto, casi por ósmosis, con la prueba, sino como un mecanismo para dar a la persona juzgadora el *management* de la práctica de la prueba, para que pueda garantizar su correcto desenvolvimiento y para permitirle su propia participación en la práctica en contradicción.

Es evidente, en cambio, que en la práctica de otros tipos de prueba, no personales, no es posible dar el mismo alcance a la implementación del principio de contradicción: obtención de huellas, pruebas documentales, registros domiciliarios, pruebas analíticas —de ADN, sangre—, etcétera. En esos casos resultan de especial importancia las posibilidades de proposición de pruebas contrarias y de proposición de prueba sobre la prueba —o pruebas de segundo orden—.

Resulta claro que estas dos últimas posibilidades tienen por finalidad enriquecer el conjunto de elementos de juicio disponibles al momento de adoptar la decisión sobre los hechos. Y ese enriquecimiento no es solo cuantitativo, sino cualitativo, por cuanto constituye, precisamente, oportunidades para el desafío de las respectivas hipótesis fácticas. La proposición de pruebas contrarias puede buscar directamente la falsación de una hipótesis o la corroboración de una hipótesis fáctica distinta incompatible con la anterior. La prueba sobre la prueba, por otro lado, supone un control sobre la fiabilidad de las pruebas existentes, que la confirme o la impugne. Se trata de pruebas que no versan directa ni indirectamente sobre los hechos del caso, sino sobre otras pruebas, y son esenciales en muchos casos para una correcta valoración individual de la prueba, en aras de determinar el grado de fiabilidad que ofrece. Se trata, por ejemplo, del careo entre testigos que realizan declaraciones contradictorias, del peritaje psicológico sobre los testigos

modo que el desahogo de la prueba sea compatible con el objetivo de averiguación de la verdad consagrado en el artículo 20, A, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Siendo así, la persona juzgadora podría ejercer la capacidad de dirección y control de la práctica de la prueba, limitando las actuaciones antiepistémicas de las partes.

o la víctima de un delito, de la prueba informática para determinar la autenticidad de la firma electrónica de un documento, de la prueba para determinar la autenticidad de una grabación de imagen o sonido, etcétera.

3) El tercer elemento definitorio del derecho a la prueba es el derecho a una valoración racional de las pruebas practicadas. Es habitual considerar que el derecho a la prueba no supone un derecho a un determinado resultado probatorio. Por ello, y por una exagerada devoción a la discrecionalidad de la jueza o juez en la valoración de la prueba, no es extraño que la doctrina y la jurisprudencia consideren, a menudo, que el alcance del derecho a la prueba se agota en los dos elementos anteriores. Sin embargo, esa limitación es manifiestamente insatisfactoria.

Como ha señalado Taruffo, el reconocimiento del derecho de las partes a que sean admitidas y practicadas las pruebas relevantes para demostrar los hechos que fundamentan su pretensión es “una garantía ilusoria y meramente ritualista si no se asegura el efecto de la actividad probatoria, es decir, la valoración de las pruebas por parte del juez en la decisión”.⁴¹

Esta exigencia de valoración racional de las pruebas puede descomponerse en dos elementos distintos: por un lado, se exige que las pruebas admitidas y practicadas sean tomadas en consideración a los efectos de justificar la decisión que se adopte; por otro lado, se requiere que la valoración que se haga de las pruebas sea racional. La primera de las exigencias es a menudo incumplida a través del recurso a una mal entendida “valoración conjunta de las pruebas”.⁴² Debe advertirse que, si bien una decisión sobre los hechos no puede realizarse sin esa valoración conjunta, esta no puede ser utilizada para evitar la valoración individual de cada una de las pruebas aportadas. Es más, solo después de valoradas individualmente las pruebas, podrá hacerse con rigor una valoración conjunta de estas. Por ello, deberían ser considerados como violaciones al derecho a la prueba los supuestos en que algunas de las pruebas admitidas y practicadas no hayan sido tomadas en consideración en el momento de la decisión.

⁴¹ Taruffo, “Il diritto alla prova”, cit., p. 106.

⁴² Picó i Junoy, *op. cit.*, p. 28.

Por otro lado, está claro que no basta con tomar en consideración todas las pruebas admitidas y practicadas. Es necesario también que la valoración de estas, individual y conjunta, se adecue a las reglas de la racionalidad. Solo así podrá entenderse que se respeta el derecho de las partes a probar, esto es, a producir un determinado resultado probatorio que sirva de fundamento a sus pretensiones. Es más, solo si se garantiza que los hechos probados a los que se aplicará el derecho han sido obtenidos racionalmente a partir de los elementos de juicio aportados al proceso puede garantizarse también un nivel mínimamente aceptable de seguridad jurídica.

4) Finalmente, el último elemento que permite dotar del alcance debido al derecho a la prueba es la obligación de motivar las decisiones judiciales. Aunque es poco común hacer referencia a este aspecto en términos de derecho subjetivo, no se encuentra razón alguna para no hablar de un derecho a obtener una decisión suficiente y expresamente justificada.⁴³ En el ámbito del razonamiento sobre los hechos, esa justificación deberá versar tanto sobre los hechos que la jueza o el juez declare probados como sobre los hechos que declare no probados.

La obligación de motivar expresamente las decisiones judiciales ha sido incorporada a algunas constituciones, como la mexicana —artículo 16—, y, como se verá en detalle en el capítulo 10, también ha sido extraída por la Corte IDH a partir del artículo 8 de la Convención. Se entiende, en definitiva, como ha hecho el Tribunal Constitucional español de forma reiterada —v., por ejemplo, STC 14/1991, 55/1988 o 13/1987—, que la obligación de motivar las sentencias expresa “la vinculación del juez a la ley”. En otras palabras, está en relación con la obligación de la jueza o juez de aplicar el derecho, que es, a su vez, como fue señalado al inicio, la función principal del proceso.

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional y ordinaria no ha sido muy exigente a la hora de controlar la falta de motivación en materia de hechos probados. Tampoco la doctrina procesal mayoritaria ha ido mucho más allá. Creo que ello se debe a tres tipos de razones. En primer lugar, a la falta de una teoría normativa que

⁴³ Taruffo, “Il diritto alla prova”, cit., p. 112.

establezca algunos criterios de racionalidad que rijan en el ámbito de la libre valoración de la prueba. A falta de esos criterios claros, se tiende a maximizar el carácter libre de la valoración, su vinculación a la íntima convicción de la jueza o juez, la discrecionalidad judicial en materia de valoración de la prueba —tendente a la arbitrariedad cuando están ausentes los controles—, etcétera. En segundo lugar, a la falta de determinación precisa de los estándares de prueba aplicables para cada tipo de decisión y proceso, de modo que quien realiza la función de juzgar no dispone de criterios de suficiencia probatoria, imprescindibles para motivar adecuadamente su decisión. Y, en tercer lugar, en consonancia con lo anterior, a que se opera con una noción de prueba y de hecho probado marcadamente subjetivista que no distingue entre que un hecho esté probado y que haya sido declarado probado por la persona juzgadora del caso.

Bibliografía

Bentham, J., *Tratado de las pruebas judiciales*, trad. de M. Ossorio, Comares, Granada, 2001.

Carnelutti, F., *La prova civile*, 2ª ed., Edizioni dell'Ateneo, Roma, 1947.

Damaška, M., *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*, Yale University Press, New Haven-London, 1986.

—————, *Evidence Law Adrift*, Yale University Press, New Haven-London, 1997.

Devis Echandía, H., *Teoría general de la prueba judicial*, tomo I, 5ª ed., Víctor P. de Zavalía editor, Buenos Aires, 1981.

Ferrer Beltrán, J., *Prueba y verdad en el derecho*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2005.

—————, *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

—————, *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, Marcial Pons, Madrid, 2021.

- Gascón, M., *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- , “Sobre la racionalidad de la prueba judicial”, en L. Triolo (ed.), *Prassi giuridica e controllo di razionalità*, Giappichelli, Torino, 2001.
- Miranda Estrampes, M., *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, 2ª ed., J. M. Bosch editor, Barcelona, 2004.
- Perrot, R., “Le droit a la preuve”, en *Effektiver Rechtsschutz und Verfassungsmässige Ordnung - Effectiveness of Judicial Protection and Constitutional Order*, Gieseking-Verlag, Bielefeld, 1983.
- Picó i Junoy, J., *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 1996.
- Popper, K. R., *Búsqueda sin término. Una autobiografía intelectual*, trad. de C. García Trevijano, Tecnos, Madrid, 2002.
- Sentís Melendo, S., *La prueba*, EJEA, Buenos Aires, 1979.
- Stein, A., *Foundations of Evidence Law*, Oxford University Press, Oxford, 2005.
- Stein, F., *El conocimiento privado del juez*, trad. de A. de la Oliva, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.
- Taruffo, M., *Studi sulla rilevanza della prova*, CEDAM, Padova, 1970.
- , “Il diritto alla prova nel processo civile”, en *Rivista di diritto processuale*, núm. 4, 1984.
- , “Modelli di prova e di procedimento probatorio”, en *Rivista di diritto processuale*, vol. XLV, núm. 2, 1990.
- , *La prueba de los hechos*, trad. de J. Ferrer Beltrán, Trotta, Madrid, 2002.

Thayer, J. B., *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, reed., Elibron Classics, Boston, 2005.

Twining, W., *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, 2ª ed., Northwestern University Press, Evanston, Illinois, 1994.

Vázquez Rojas, C., “Los retos de las pruebas periciales a partir del nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales. Apuntes desde la epistemología jurídica”, en *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 11, 2017.

Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

- *Ricardo Canese vs. Paraguay*, serie C, núm. 111, 31 de agosto de 2004.

Sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México

- Amparo Directo en Revisión 2655/2010, 23 de noviembre de 2011.
- Amparo Directo en Revisión 1621/2010, 15 de junio de 2011.

Primer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Décimo Séptimo Circuito

- Amparo en Revisión 192/2017, 29 de mayo de 2018.

Sentencias del Tribunal Constitucional de España

- STC 14/1991, 28 de enero de 1991.
- STC 55/1988, 24 de marzo de 1988.
- STC 147/1987, 25 de septiembre de 1987.
- STC 13/1987, 5 de febrero de 1987.

La conformación del conjunto de elementos de juicio I: proposición de pruebas

Jordi Ferrer Beltrán*

* Profesor titular de filosofía del derecho de la Universidad de Girona y director de la Cátedra de Cultura Jurídica y del Máster de Razonamiento Probatorio de la misma universidad. Codirector, junto con Diego Dei Vecchi, de *Quaestio facti*, *Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*.

La conformación del conjunto de elementos de juicio. I: proposición de pruebas. I. Introducción; II. Modelos de proceso; III. Los poderes probatorios del juez y de las partes; IV. Poderes probatorios e imparcialidad judicial.

I. Introducción

En el capítulo anterior presentamos, en una primera aproximación, los tres momentos de la actividad probatoria y el impacto que tiene en estos una concepción integral y robusta del derecho a la prueba. Vimos cómo el momento de la conformación del conjunto de elementos de juicio —o del acervo probatorio, como se prefiera— inicia, precisamente, con la proposición de prueba. Y señalamos también que el derecho a la prueba garantiza a las partes que puedan valerse de cuantas pruebas relevantes dispongan para probar los hechos que fundamenten sus pretensiones.

Sin embargo, una cosa es que las partes tengan un derecho fundamental que les garantice que puedan aportar al proceso las pruebas relevantes de que dispongan y otra, muy distinta, que puedan hacerlo en exclusiva. Esto nos sitúa de lleno ante la cuestión de si está justificado, y en qué términos, otorgar poderes probatorios al juez. En casi todos los países de Latinoamérica, así como en España e Italia, se han alzado voces radicalmente contrarias al otorgamiento de esos poderes y a su ejercicio, con un impacto importante en nuestra cultura jurídica.¹

¹ V., por todos, Montero Aroca, “Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)”, en *Cuadernos de Derecho Judicial. La prueba, y Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*.

Desgraciadamente, el debate se ha planteado en muchas ocasiones casi en términos de rivalidad deportiva: ¿eres del equipo de los favorables a los poderes probatorios del juez o de los contrarios? Y frecuentemente los argumentos utilizados han sido tan poco finos como en los debates futbolísticos. Sin embargo, no es mi pretensión analizar aquí los concretos argumentos de un autor o autora, sino mostrar más bien la insuficiencia de los argumentos habituales y señalar la necesidad de un debate que abandone instrumentos de trazo grueso y utilice, en cambio, el bisturí analítico, adoptando clasificaciones de poderes probatorios más precisas y tomando como punto de partida un debate sobre los modelos de proceso.

Lejos de usar el bisturí, las grandes críticas a los poderes probatorios de la persona juzgadora se caracterizan muy habitualmente por un tratamiento muy genérico de los problemas implicados, caracterizado por: i) una grosera confusión ideológica, y hasta histórica, que asimila los sistemas procesales que otorgan poderes probatorios a sistemas políticos autoritarios;² ii) un tratamiento unitario de los poderes probatorios de la persona juzgadora, habitualmente reducido a la capacidad de ordenar pruebas de oficio, al que se considera merecedor de un rechazo general; iii) la apelación a la pérdida de imparcialidad como argumento contra los poderes probatorios; y iv) la negación de la búsqueda de la verdad como objetivo para la prueba en el proceso judicial. Hemos ya analizado en los capítulos precedentes este último punto; en este capítulo haremos lo propio con los demás.

II. Modelos de proceso

Evidentemente, detrás de la discusión sobre la conveniencia de otorgar poderes probatorios a la persona juzgadora hay un modelo de juez y de proceso judicial que pocas veces se manifiesta expresamente y más raramente se justifica: un

Los poderes del juez y la oralidad; Alvarado Velloso, *Debido proceso versus pruebas de oficio* ; y, en Italia, Cipriani, “Il processo civile tra vecchie ideologie e nuovi slogan”, en *Rivista di diritto processuale*.

² V. Montero Aroca, “Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)”, en *Cuadernos de Derecho Judicial. La prueba*, p. 29 y ss. Una certera crítica al respecto puede verse en Oteiza, “El juez ante la tensión entre libertad e igualdad”, en *Revista de Derecho Procesal*, p. 220; y en Taruffo, “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”, en *La prueba*, p. 159 y ss.

modelo de proceso como competición entre las partes en el que la jueza o el juez debe ser el árbitro que determine el ganador sin que deba importarle quién sea, en nombre del principio dispositivo, en el proceso civil, y de la imparcialidad judicial, en el penal.³

Sin embargo, claro está, ese no es el único modelo de juez ni de proceso judicial. Mirjan Damaška⁴ presentó una dicotomía entre dos grandes modelos de proceso: aquel dirigido a la resolución de conflictos y aquel dirigido fundamentalmente a la implementación de políticas públicas mediante la aplicación del derecho previamente establecido por el legislador. El primero de ellos tiende hacia un ideal de justicia procedimental,⁵ en el que la persona juzgadora juega un papel de árbitro de una contienda de la que es espectador necesariamente pasivo, y en la que son las partes quienes gobiernan el proceso, determinando su objeto, estableciendo los hechos en disputa y los que quedan fuera del litigio, delimitando las pruebas sobre las que se tomará la decisión y determinando el resultado del proceso mediante su actuar procesal, especialmente en la práctica de las pruebas. Además, claro está, aunque no es incompatible con ella, resolver el conflicto no requiere como finalidad la búsqueda de la verdad sobre los hechos ocurridos.⁶

En cambio, si se pone en el centro de la mesa un modelo de proceso gobernado por el objetivo de la correcta aplicación de las consecuencias jurídicas previstas en la legislación sustantiva —sea esta civil, penal, laboral, etcétera—, esto exige de la institución probatoria que se dirija a la averiguación de la verdad. Solo si se atribuye la consecuencia jurídica prevista para quien cause daño a un tercero a quien lo haya causado realmente y no se aplica a quien no lo haya causado podrá decirse, en definitiva, que el proceso ha cumplido con su función de aplicar el

³ Se trata de lo que Roscoe Pound denominó en 1906 *concepción deportiva de la justicia*, cuya exageración consideraba una de las causas de la insatisfacción popular con la administración de justicia. V. Pound, “The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice”, en *Federal Rules Decisions*, p. 281.

⁴ Cf. Damaška, *The Faces of Justice and State Authority: a Comparative Approach to the Legal Process*, pp. 71 y ss.

⁵ Cf. *ibid.*, pp. 102-103; y, en el mismo sentido, Jolowicz, “Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure”, en *International and Comparative Law Quarterly*, p. 285.

⁶ Cf. Damaška, *op. cit.*, pp. 122-123.

derecho vigente⁷ y, de este modo, implementar las políticas públicas que el Estado busca conseguir a través del derecho.

Pero entonces la persona juzgadora ya no puede ser espectador pasivo de una competición entre las partes, de la que le sería indiferente quien gane. A la jueza o al juez le tiene que importar que gane el proceso quien deba ganarlo, de acuerdo con la regulación vigente y con los hechos acaecidos en el mundo.⁸ En otros términos, la imparcialidad exige indiferencia entre las partes, pero no neutralidad entre la verdad y la falsedad: exige que se busque la verdad con independencia de a qué parte beneficie.⁹

Es claro también que los dos modelos de proceso identificados por Damaška son en buena parte la traslación al diseño procesal de líneas ideológicas más generales: una visión liberal,¹⁰ o neoliberal si se prefiere, del Estado y una concepción

⁷ Como ha mostrado Caracciolo —“Justificación normativa y pertenencia. Modelos de decisión judicial”, en *Análisis filosófico*, p. 43—, no hay forma de “aplicar” una norma general a un hecho distinto del previsto en el propio antecedente de la norma y tampoco se aplica la norma cuando el enunciado fáctico que describe la ocurrencia del hecho es falso. En otros términos, en esos casos, la norma individual contenida en el fallo de la sentencia no está justificada por las premisas de partida.

⁸ En parecidos términos, respecto del proceso civil, se pronunciaba Liebman —*Manual de Derecho Procesal Civil*, p. 286—, para quien “el Estado aunque no esté interesado en el objeto de la controversia, no puede ser sin embargo indiferente al modo en que el proceso de desarrolla y se concluye”.

⁹ En el mismo sentido, cf. Abel Lluch —*Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, p. 160—, Picó i Junoy —*El juez y la prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*, p. 112— y Jolowicz, *op. cit.*, p. 286. Por su expresividad y por provenir de un país anglosajón con un modelo de proceso claramente adversarial, vale la pena mencionar lo dicho por la jurisprudencia australiana: “No se espera de los jueces modernos que permanezcan tan inescrutables como esfinges hasta el momento de pronunciar sentencia” (*Johnson vs. Johnson* —unreported, HC of A, Gleeson CJ, Gaudron, McHugh, Gummow, Kirby, Hayne, Callinan JJ, 7 de septiembre de 2000— párr. 13; citado a través de Epstein, “The Quiet Revolution in Australia -The Changing Role of the Judge in Civil Proceedings”, en *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, p. 200).

¹⁰ Es claro que en la literatura procesal se usa el término *liberal* para referirse a una ideología distinta y en buena parte opuesta a la que se hace referencia con el mismo calificativo en la filosofía política anglosajona. En este sentido, un autor paradigmático de la filosofía política liberal, como Rawls, se expresa en términos que lo sitúan en la concepción publicista del proceso judicial o como mecanismo de implementación de políticas públicas:

“Si las leyes se dirigen a personas racionales para guiar su conducta, los tribunales han de ocuparse de aplicar y dotar de vigencia a esas normas de un modo apropiado. Hay que hacer un esfuerzo para determinar cuándo se ha producido una infracción e imponer la pena correcta. Por ello, un sistema jurídico debe tomar medidas para garantizar que los juicios y audiencias se desarrollen adecuadamente y *debe*

de este como Estado social. La primera funda, a su vez, un modelo de proceso centrado en las partes, en la gestión de sus intereses y en la resolución de conflictos, mientras que la segunda da sustento a un modelo publicista del proceso, centrado en su función social.¹¹ El primero tiene a Wach entre sus antecedentes clásicos y el segundo a una tradición que enraiza en la obra de Klein y Chiovenda y llega hasta Taruffo.¹²

Partiendo del primer modelo de proceso, mucho se ha discutido acerca de las ventajas e inconvenientes de abordar la gestión y resolución de conflictos a través del proceso judicial o bien a través de los, por ello llamados, métodos *alternativos* de resolución de conflictos —ADR, por sus siglas en inglés—. Se analiza en esa sede si esos otros métodos —negociación, mediación, conciliación, y hasta el arbitraje— ofrecerían mejores soluciones y, en su caso, más estables, rápidas o eficientes que aquellas que puedan ser aportadas por el proceso judicial.

Si se asume el segundo modelo de proceso, en cambio, una forma promisorio de abordar el problema es considerar que es el derecho, y no el proceso, el que debe ser considerado un método de resolución de conflictos. Podríamos así concebir el derecho como un mecanismo social ideado para prevenir, gestionar y resolver conflictos sociales.¹³

Desde esta óptica debemos preguntarnos cuál es la diferencia, si la hay, entre ese método de resolución de conflictos que es el derecho y todos los demás métodos con los que generalmente se trabaja. Entender bien esa diferencia permitiría

contener normas sobre la prueba que garanticen unos procedimientos de investigación racionales. Aunque haya variaciones en dichos procedimientos, el Estado de Derecho requiere alguna forma de debido proceso: esto es, un proceso razonablemente diseñado para determinar la verdad, de forma compatible con los otros objetivos del sistema jurídico —Rawls, *A Theory of Justice*, p. 210—.

¹¹ Decía Calamandrei, en este sentido, que la concepción publicista del proceso —en referencia al civil— “es la antítesis de la concepción estrictamente individualista que reduce el proceso a una lucha encarnizada de egoísmos” —*Istituzioni di diritto processuale civile*, I, p. 224—.

¹² Puede verse una estupenda presentación histórica de la influencia del pensamiento de Klein y de Wach, especialmente centrada en el impacto en la procesalística civil italiana, en Carrata, “La funzione sociale del processo civile, fra XX e XIX secolo”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*.

¹³ Esto no es incompatible con otras tesis funcionales del derecho que pongan el acento en el control social, en la seguridad jurídica, en el monopolio de la violencia, etcétera. Todas ellas podrían ser, desde esta perspectiva, funciones secundarias que servirían al objetivo fundamental de prevenir, gestionar y resolver conflictos.

replantear de nuevo la discusión acerca de las ventajas e inconvenientes del derecho, no ya del proceso, y de los ADR como métodos de resolución de conflictos.

Cabe sostener que lo que caracteriza al derecho, por diferencia de cualquier otro método de ADR, es que aquel pretende resolver conflictos mediante normas generales y abstractas. Esto tiene importantes implicaciones, puesto que supone, por ejemplo, que los conflictos que aborda el derecho son conflictos genéricos y no individuales. Esto es, no un conflicto definido por coordenadas espacio-temporales —la muerte de Pedro el día X en el lugar Y—, sino una clase de conflictos definida por alguna propiedad común —los casos de muerte no natural a manos de un tercero—. Esto incide de forma crucial en qué va a ser considerado valioso a los efectos de calificar una solución como adecuada para un conflicto.

En efecto, trabajar mediante el mecanismo de las reglas generales y abstractas para abordar la prevención, gestión y resolución de conflictos genéricos supone poner el acento, en primer lugar, en la igualdad de soluciones para todos los conflictos individuales que pertenezcan a una misma clase. Eso no quiere decir, necesariamente, que se sostenga una fuerte ideología igualitarista en sentido material, sino más bien que la clasificación genérica de los conflictos y la atribución de soluciones por parte del derecho permite, en principio, asegurar la igualdad formal y la seguridad jurídica.¹⁴ Y esta última, entendida como posibilidad de prever las consecuencias jurídicas establecidas para las acciones de forma previa a su realización, ejerce la función de prevención de conflictos, a la vez que de garantía de la aplicación de las políticas públicas con las que se pretenden resolver esos conflictos.¹⁵

¹⁴ Carrata —*op. cit.*, pp. 87-90— identifica, en efecto, tres sentidos en los que, desde una concepción publicista del proceso, se le puede atribuir una función social: 1) como un mecanismo de tutela de los derechos, con pretensión de justicia, eficiencia y efectividad, de modo que garantice la seguridad jurídica de los ciudadanos; 2) como un mecanismo de promoción social de los desfavorecidos o de las partes más débiles, con el objetivo de conseguir una mayor igualdad material; y 3) como un mecanismo para favorecer el bienestar social —restableciendo la paz social, facilitando la mejora de la economía, etcétera—. Es claro que los tres sentidos no son incompatibles, pero pueden ser perfectamente sostenidos de forma independiente.

¹⁵ Debe advertirse que no es exclusivo del denominado derecho público que el proceso judicial sea, en este modelo, un mecanismo de aplicación al caso concreto de las políticas públicas implementadas por

En esa lógica, el juzgador de cada caso no puede tener autonomía para la atribución de soluciones individuales a los conflictos que se le planteen, divergentes de las soluciones genéricas previstas por las normas. Si así se hiciera —y cuando así se hace— fallaría la seguridad jurídica, de modo que fracasaría la previsibilidad de las soluciones. Por ello, resulta extraño a este método de resolución de conflictos el reconocimiento del valor del acuerdo de voluntades.

Los denominados ADR, en cambio, ponen el acento en el valor del acuerdo.¹⁶ Así, una solución para un conflicto es valiosa si ha sido adoptada por el acuerdo de las partes; la negociación, la conciliación, la mediación, etcétera, son solo los mecanismos para llegar a ese acuerdo. Con los debidos matices, no hay nada que objetar al acuerdo alcanzado si este es libremente asumido por las partes y resulta para ellas satisfactorio.

Como puede observarse, pues, las lógicas del derecho y de los ADR son absolutamente distintas, tanto desde el punto de vista de su técnica de resolución de conflictos como de los valores a los que se da preferencia. Eso no implica, por supuesto, que el derecho desconozca el valor de la autonomía individual y el valor del acuerdo para la solución de los conflictos. Implica, más bien, que el legislador adopta una decisión previa: deja a la autonomía las decisiones particulares que no le interesa regular y opta por la regulación jurídica para los conflictos que

el derecho. También a través del derecho privado se implementan políticas públicas, determinando el alcance de la autonomía individual, las consecuencias jurídicas del ejercicio de esa autonomía y, en ocasiones, preestableciendo la solución para determinados conflictos en los que el Estado decide no otorgar autonomía a los particulares. Sobre este punto puede verse, por ejemplo, aplicado al derecho de daños, Papayannis, *El derecho privado como cuestión pública*, pp. 203 y ss. Y aun si no se admite el carácter, al menos parcialmente, público del derecho privado, de ahí no se inferiría el carácter privado del proceso judicial de derecho privado. En otros términos, la disponibilidad del proceso, característica de la mayoría de los procesos de derecho privado, no lo exime del carácter público ni de su función de aplicación del derecho. En este sentido, entre otros muchos, puede verse Devis Echandía, “La iniciativa probatoria del juez civil en el proceso contemporáneo”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, p. 68; y Picó i Junoy, *op. cit.*, p. 104 y ss.

¹⁶ Salvo, claro está, el arbitraje. En ese caso, no obstante, la solución sigue siendo una solución individual para un caso o conflicto individual, de forma que la solución será valiosa si se adapta a las especificidades concretas del caso, cosa que no ocurre en las soluciones jurídicas. Por otro lado, conviene advertir que normalmente se matiza que no todo acuerdo es admisible para los ADR, sino solo acuerdos calificados por el respeto a ciertas condiciones de *fair play* procedimental, pero ello no obsta al punto esencial del argumento presentado, *i. e.*, que el criterio fundamental de corrección es el acuerdo entre las partes del conflicto individual y no la aplicación de reglas generales preestablecidas.

considera relevantes jurídicamente.¹⁷ Cabe, además, la posibilidad de que se reconozca eficacia jurídica a los acuerdos adoptados en uso de la autonomía individual allá donde el derecho calla sobre el fondo de los asuntos. Pero esa es solo una técnica secundaria de aseguramiento de la paz social. Lo relevante es si el legislador ha considerado necesario regular genéricamente una clase de conflictos, por ser estos de interés público, o bien los ha dejado al albur del acuerdo voluntario de las partes.

1. La búsqueda de la verdad

La posibilidad de implementar políticas públicas a través del proceso judicial, como se ha insistido en los dos capítulos precedentes y se mencionó más arriba, presupone que las consecuencias jurídicas a través de las que se desarrollan las políticas se apliquen a los casos previstos por el propio derecho. Si en el proceso se atribuye la responsabilidad civil al más fuerte y no al causante del daño o se sanciona a quien no cometió el delito o el ilícito administrativo, entonces quedará totalmente frustrada la pretensión de guiar la conducta e implementar políticas a través del derecho.

Si una de las funciones principales del derecho es la implementación de políticas a través de la regulación de la conducta, el cumplimiento de esta función requiere que en el proceso se apliquen las consecuencias jurídicas previstas en las normas si, y solo si, se han producido efectivamente los hechos condicionantes de esas consecuencias. Para ello, la prueba como actividad tiene la función de comprobar la producción de esos hechos condicionantes o, lo que es lo mismo, de determinar el valor de verdad de los enunciados que describen su ocurrencia. Y el éxito de la institución de la prueba jurídica se produce cuando los enunciados sobre los hechos que se declaran probados son verdaderos, por lo que

¹⁷ A veces también se adoptan soluciones intermedias, permitiendo a las partes —o a alguna de ellas— decidir si aceptan la aplicación de la regulación jurídica o prefieren una solución distinta. Es el caso, por ejemplo, de la regulación jurídica de la sucesión intestada —aplicable solo en el caso en que el causante no haya realizado testamento—, o de los delitos de acción privada —que solo se enjuician bajo el impulso procesal de quien afirma haber sido víctima del delito—.

puede sostenerse que la función de la prueba es la determinación de la verdad sobre los hechos.¹⁸

Pensemos por un momento en una alternativa radical a esta reconstrucción. Supongamos que la consecuencia jurídica prevista —la sanción, por ejemplo— se atribuyera aleatoriamente. Así, los órganos encargados de la adjudicación jurídica podrían realizar un sorteo para determinar cada mes quién debe ser sancionado, fijando un número de sanciones también aleatorio. Está claro que, en esa situación, al no haber ninguna vinculación entre las conductas de cada uno de los miembros de esa sociedad y la probabilidad de ser sancionado, no habría tampoco razón alguna para comportarse de acuerdo con lo establecido por las normas jurídicas. Dicho de otro modo, solo si el proceso judicial cumple la función de determinar la verdad de las proposiciones referidas a los hechos probados podrá el derecho tener éxito como mecanismo pensado para dirigir la conducta de sus destinatarios. Únicamente podrá influirse en la conducta de los hombres y mujeres para que no maten si, efectivamente, el proceso cumple la función de averiguar quién mató y le impone la sanción prevista por el derecho.

Por todo ello, la prueba como actividad procesal tiene la función de comprobar la producción de los hechos condicionantes a los que el derecho vincula consecuencias jurídicas o, lo que es lo mismo, determinar el valor de verdad de las proposiciones que describen la ocurrencia de esos hechos condicionantes.

2. Procesos centrados en las partes y centrados en la persona juzgadora

Es muy habitual plantear una correlación, cuando no una implicación, entre el modelo de proceso judicial dirigido a la averiguación de la verdad con el proceso inquisitivo y, a su vez, entre la negación de ese objetivo y el proceso adversarial.¹⁹

¹⁸ Cf. Taruffo, *La prueba de los hechos*, p. 400; y Andrés Ibañez, ««Carpintería» de la sentencia penal (en materia de «hechos»)», en *Poder judicial*, p. 395.

¹⁹ Cf. Montero Aroca, *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*, p. 116 y ss.

Sin embargo, como bien ha señalado Taruffo, esta asimilación esconde una destacable confusión en el uso del término *inquisitivo*, con una carga emotiva también reseñable, que lo vincula con el modelo propio de la Santa Inquisición, “en cuyos procesos la persona investigada no tenía ningún poder de defensa frente a un tribunal omnipotente (...), con la finalidad de generar una valoración negativa sobre todo aquello a lo que viene referido”.²⁰

No es esta la única caricaturización o deformación de la realidad que está en la base del rechazo a todo poder probatorio de la persona juzgadora. Una buena muestra la encontramos en la deformación del clásico brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*, por el muy distinto *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*, en el que se añade sin decirlo el requisito de que las alegaciones y pruebas sean de aportación de parte.²¹

Las cosas son, en cambio, mucho más difusas de lo que las etiquetas de sistema inquisitivo y adversarial parecen indicar. Así, basta ver, por ejemplo, que de las doce cuestiones que Andrews²² identificó que están bajo el control de las partes en un sistema adversarial, la gran mayoría de ellas también lo está en los sistemas habitualmente considerados como inquisitivos. La realidad más bien mostraría que no hay sistemas puramente adversariales ni puramente inquisitivos, sino más bien una gradación de sistemas más o menos adversariales o más o menos inquisitivos,²³ lo que hace muy poco útil el uso de esas etiquetas presentadas como dicotómicas.²⁴

²⁰ Taruffo, “Poderes probatorios de las partes... cit.”, p. 160.

²¹ Sobre la deformación del brocardo clásico en su recepción por la procesalística alemana y de ahí por la italiana, española y latinoamericana, v. el excelente estudio de Picó i Junoy —*op. cit.*, pp. 43 y ss.—; también, al respecto, Nieva Fenoll, “La cattiva reputazione del principio inquisitorio”, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, pp. 947 y ss.

²² Cf. Andrews, “The Adversarial Principle: Fairness and Efficiency”, en *Reform of Civil Procedure*, p. 169.

²³ Cf. Jolowicz, *op. cit.*, p. 281.

²⁴ V., en el mismo sentido, Damaška, *op. cit.*, p. 5; Summers, *Fair Trials. The European Criminal Procedural Tradition and the European Court of Human Rights*, pp. 3-10; Dondi, Ansanelli y Comoglio, *Procesos civiles en evolución. Una Perspectiva comparada*, pp. 28-35, 55 y ss.; y Aguirrezabal Grunstein y Pérez Ragone, “Aportes para una conducción colaborativa del proceso civil chileno: pensando una nueva justicia”, en *Revista de Derecho Privado*, pp. 298-9; entre otros muchos.

Por ello, estimo acertada la propuesta de prescindir de ese planteamiento, que tiende a la confusión y al abordaje de un problema delicado con trazos demasiado gruesos, y sustituirlo por una escala en cuyos extremos podríamos situar respectivamente un modelo de proceso exclusivamente centrado en la persona juzgadora y un modelo completamente centrado en las partes.²⁵

Evidentemente, el modelo de proceso como mecanismo de resolución de conflictos, vinculado a un rol pasivo del juez, se situaría en el extremo que dejaría la iniciativa y la conducción del proceso íntegramente a las partes. En cambio, el modelo de proceso como mecanismo de implementación de las políticas públicas contenidas en el derecho, o de la función social del derecho, supone el rechazo de un diseño procesal que esté centrado exclusivamente en las partes, aunque no está comprometido tampoco con el extremo opuesto y puede dar lugar a distribuciones distintas del poder de dirección del proceso en materia probatoria entre el órgano judicial y las partes.

El punto de partida, como no puede ser de otro modo, será siempre en quién queremos depositar la iniciativa de activar el proceso judicial. Dependiendo del tipo de proceso o jurisdicción en que nos encontremos, podemos optar por situarla enteramente en las partes —en aplicación del principio dispositivo— o en la persona juzgadora o en alguna combinación entre ellas. Pero una vez activado el mecanismo del proceso judicial, el modelo de proceso que aquí se ha defendido supone que este está guiado, por lo que a la prueba se refiere, por el objetivo de la averiguación de la verdad.²⁶ Por ello, deberemos preguntarnos cuál es el reparto de poderes probatorios entre las partes y la persona juzgadora que resulta más adecuado para la consecución de ese objetivo, sin dejar de prestar atención también a otros objetivos, como la celeridad del procedimiento o los costos económicos de este, para el Estado y para las partes.

²⁵ Cf. Taruffo, “Poderes probatorios de las partes... cit.”, pp. 109 y ss.

²⁶ Como bien señala Nieva Fenoll —*op. cit.*, pp. 947 y ss.—, conviene mantener separados el principio dispositivo y el principio de aportación de parte. El primero incluiría el poder de iniciar el proceso y de continuarlo, así como la determinación del objeto del proceso. El segundo, en cambio, supondría que solo las partes pueden aportar pruebas al proceso para acreditar sus alegatos fácticos. Es claro que las razones para fundar o rechazar cada uno de esos principios son diversas, pudiéndose perfectamente sostener uno sin el otro, lo que impone la necesidad de no confundirlos —*v. ibid.*, p. 952 y las referencias allí citadas—.

III. Los poderes probatorios del juez y de las partes

Para abordar la relación entre los poderes probatorios de las partes y del juez y el objetivo de la averiguación de la verdad es necesario evitar dos simplificaciones muy habituales. En primer lugar, debe rechazarse de plano la asimilación entre un modelo de proceso dirigido a la averiguación de la verdad y el proceso íntegramente centrado en la persona juzgadora. Por un lado, es evidente que permitir la aportación de pruebas de parte —sin por ello negar necesariamente poderes probatorios de oficio a la jueza o juez— es un buen mecanismo para mejorar la riqueza del acervo probatorio con el que se dirimirá el proceso, puesto que el conocimiento de las pruebas y el acceso a estas que las partes suelen tener pueden ser muy útiles para la averiguación de la verdad. Por el contrario, la persona juzgadora debería invertir esfuerzos y recursos en entrar en conocimiento de la existencia de esas pruebas y para acceder a ellas y ponerlas a disposición del proceso. Por otro lado, la participación de las partes en la práctica en contradictorio de las pruebas —que no excluye tampoco necesariamente la participación de la jueza o juez— es también un mecanismo cognoscitivo de gran valor para mejorar el conjunto de elementos de juicio del proceso, tanto cuantitativamente —mediante la presentación de pruebas sobre la prueba, por ejemplo— como cualitativamente —aportando información sobre la fiabilidad de pruebas ya incorporadas al expediente—. Todo ello permite concluir que un proceso completamente centrado en la persona juzgadora sería un sistema muy ineficiente para la satisfacción del objetivo de la averiguación de la verdad sobre los hechos.

Es evidente también que un sistema procesal que se situara en el extremo opuesto, es decir, que otorgara un exclusivo poder de dirección del proceso en materia probatoria a las partes, resultaría totalmente inadecuado como mecanismo para cumplir el objetivo de la averiguación de la verdad.²⁷ Muchas son las razones para ello, pero la idea principal es simple: la averiguación de la verdad es el obje-

²⁷ Cf. Jolowicz, *op. cit.*, p. 283; y Taruffo, “Poderes probatorios de las partes... cit.”, p. 175.

tivo institucional de la prueba en el proceso judicial, pero no necesariamente lo es también de las partes, o de todas las partes. Por otro lado, si atribuyéramos a las partes un poder exclusivo de dirección del proceso en materia probatoria, renunciaríamos a garantizar la igualdad de armas en el proceso, a obligar a una parte a poner a disposición de la otra o del proceso pruebas que están en su poder, a incorporar al acervo probatorio pruebas relevantes que no fueron propuestas por las partes por impericia, desidia, falta de recursos económicos o mala fe de alguna de ellas o de todas, etcétera. Atribuir una dirección exclusiva del proceso a las partes supondría, entonces, empobrecer el acervo probatorio y, con ello, disminuir la probabilidad de acierto en la decisión probatoria y, consecuentemente, de adoptar una decisión jurídica correcta.

Si esto es así, ninguno de los extremos de la graduación que va de los sistemas procesales íntegramente centrados en las partes a los sistemas exclusivamente centrados en la persona juzgadora resulta adecuado para hacer del proceso un mecanismo más eficiente para la toma de decisiones jurídicamente correctas y, sobre los hechos, materialmente verdaderas. Cuál sea entonces la distribución más adecuada de poderes probatorios entre la persona juzgadora y las partes dependerá de consideraciones muy diversas, entre las que pueden estar el tipo de jurisdicción y, más específicamente, de proceso para el que se plantee la cuestión y hasta las circunstancias sociales del país. Así, no es lo mismo diseñar un proceso en materia de competencia, en el que típicamente van a intervenir como partes instituciones públicas de defensa de la competencia y grandes corporaciones empresariales —ambas con gran capacidad de producir prueba, de disponer de excelentes abogados, etcétera— que diseñar un proceso en materia de consumo, en el que usualmente nos encontraremos con una importante desigualdad entre las partes.²⁸ Tampoco es lo mismo diseñar un proceso de familia en

²⁸ Es muy interesante también integrar en este punto la jurisprudencia que en materia de derecho del consumo ha desarrollado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: así, contra la imagen del juez pasivo, el Tribunal ha promovido la declaración de oficio por parte de las y los jueces de cláusulas abusivas no alegadas por las partes, siempre que ello resulte del expediente judicial —lo que limita incluso el poder exclusivo de las partes de delimitar el objeto del proceso—, en aras de la efectividad de las políticas públicas de protección de los consumidores. V., al respecto, una buena presentación y análisis en Nieva Fenoll, “La actuación de oficio del juez nacional europeo”, en *Diario La Ley*.

una realidad social con una gran discriminación por razón de género, donde será muy común que una de las partes esté desaventajada, que hacerlo para una sociedad igualitaria. O, por lo que hace a la defensa y representación procesal de las partes, tampoco es lo mismo diseñar un proceso para un país donde hay buena formación jurídica, controles de calidad para el acceso a la abogacía y capacitación continuada de los profesionales, o para un país con grandes desigualdades en la formación, miles de abogadas y abogados formados en malas facultades y sin controles de calidad en el acceso a la abogacía: un proceso centrado en las partes requiere disponer de buenos profesionales que lleven a cabo su defensa.

La segunda simplificación que debemos evitar es conceptual y tiene que ver con la propia noción de *poderes probatorios de la persona juzgadora*; así, a pesar del plural de la expresión, el debate al respecto suele centrarse en la facultad de ordenar de oficio la práctica de pruebas no solicitadas por las partes. Ello, en mi opinión, supone una reducción excesiva del tema en análisis, porque la conveniencia o no de otorgar esa facultad a la persona juzgadora no se debe considerar aisladamente, sino en el marco de un diseño procesal más complejo, que distribuya los poderes probatorios entre las partes y el juez o la jueza de la manera más eficiente para los objetivos del proceso. Resulta necesario, pues, poner en contexto esa potestad con otros poderes probatorios en el procedimiento.

Por ello, una vez rechazadas las dos simplificaciones mencionadas, conviene hacer un mapa de los poderes probatorios en el proceso judicial.²⁹ A partir de ahí, podrá y deberá estudiarse qué reparto de poderes probatorios entre las partes y la persona juzgadora es más adecuado para el objetivo de la averiguación de la verdad. No lo serán, desde luego, las opciones que se sitúan en los extremos:

²⁹ Una excepción al tratamiento reduccionista de los poderes probatorios del juez es el trabajo de Devis Echandía, “Facultades y deberes del juez en el moderno proceso civil”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, pp. 425-531. En ese artículo, el maestro colombiano identifica siete facultades probatorias que el juez podía ejercer de oficio en el proceso civil colombiano de la época. Una diferencia importante entre la interesante aproximación de su trabajo y la que abordo aquí es que el mapa que propongo no se limita a las facultades del juzgador o juzgadora, sino que incluye también las de las partes y, por lo que hace a la persona juzgadora, tampoco se limita a las facultades oficiosas.

ni un proceso que otorgue todos los poderes probatorios a la persona juzgadora ni uno que los atribuya por completo a las partes son los más aptos para la persecución del objetivo de la averiguación de la verdad. Desde el punto de vista del diseño procesal, el objetivo deberá ser la consecución de un reparto equilibrado de los poderes probatorios que maximice las probabilidades de averiguar la verdad sobre los hechos en el proceso —a la vez que atienda a otros objetivos como la celeridad, la contención de los costos, etcétera—. Habrá que determinar, pues, cuáles son los poderes probatorios en relación con la incorporación de pruebas al proceso y a qué sujetos se atribuye cada uno de ellos. Con ese objetivo, creo que será útil presentar una lista de poderes probatorios posibles, que nos sirva a modo de mapa para la distribución:³⁰

1. Facultad de las partes de proponer pruebas para su admisión al proceso.
2. Facultad de la persona juzgadora de admitir o inadmitir las pruebas propuestas por las partes.
3. Facultad de la persona juzgadora de realizar indicaciones probatorias a las partes respecto de los hechos a probar o las pruebas a aportar.
4. Facultad de las partes de llegar a acuerdos probatorios.
5. Facultad de la persona juzgadora de admitir o rechazar los acuerdos probatorios de las partes.
6. Facultad de la parte que propuso una prueba admitida de renunciar a ella antes de su práctica.
7. Facultad de la persona juzgadora de rechazar de forma sobrevenida una prueba admitida antes de su práctica.
8. Facultad de las partes de solicitar el nombramiento de un perito y de proponer los extremos del peritaje.

³⁰ Seguramente la lista no es exhaustiva, pero cuanto más completa sea la imagen de los poderes probatorios posibles, mejor nos guiará en su atribución y distribución. En todo caso, me limitaré aquí a los poderes probatorios relativos a la incorporación de prueba al proceso. En la misma línea de lo sostenido en este capítulo, he presentado en Ferrer Beltrán, “Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso”, en *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, p. 97 y ss., una lista de poderes probatorios del juez menos amplia por lo que respecta a la incorporación de pruebas, pero que incluye la práctica de la prueba y las decisiones sobre el resultado probatorio.

9. Facultad de la persona juzgadora de seleccionar al experto o experta que lleve a cabo un peritaje y determinar los extremos sobre los que deba pronunciarse.
10. Facultad de la persona juzgadora de ordenar pruebas de oficio.
11. Facultad de la persona juzgadora de invertir la carga de la prueba como mecanismo para incentivar la incorporación de pruebas por alguna de las partes.
12. Facultad de la persona juzgadora de imponer deberes de producción probatoria.

La regulación de cada tipo de proceso podrá contener todas o algunas de esas facultades, con mayor o menor alcance. Conviene, sin embargo, enfatizar que la conveniencia de atribuir alguna de ellas puede depender de las decisiones que se tomen respecto de la atribución de otras, en pos de realizar esa distribución adecuada de poderes probatorios a la que ya me referí anteriormente. Convendrá ahora analizar de manera sucinta cada una de las facultades.

1. La facultad de las partes de proponer pruebas para su admisión al proceso

Solo un modelo de proceso exclusivamente centrado en el juez negaría la atribución de esa facultad a las partes. Hacerlo, sin embargo, supondría la violación del derecho fundamental a la prueba, que ha sido presentado en el capítulo anterior. Para dar cumplimiento al derecho a la prueba, esta facultad de las partes debe entenderse solo limitada por la relevancia de la prueba³¹ para acreditar un hecho que sea, a su vez, jurídicamente relevante.³² Distinta es, en cambio, la cuestión

³¹ Diremos que una prueba es relevante para probar un determinado hecho si la prueba puede aumentar o disminuir la probabilidad de que la hipótesis de que ese hecho ocurrió sea verdadera. O, en términos de Taruffo —*La prueba*, p. 38— una prueba es relevante si, y solo si, se puede fundar en ella —por sí sola o conjuntamente con otras— una conclusión sobre la verdad del enunciado fáctico a probar.

³² Volveré enseguida sobre este punto, que será analizado también con mayor detalle en el capítulo 4 de este manual. En materia penal, al respecto puede verse el reconocimiento de la facultad de las partes en el artículo 262 del Código Nacional de Procedimientos Penales y los criterios de admisión en el artículo 346 del mismo Código.

acerca de los modos en que debe llevarse a cabo la proposición de prueba y el momento procesal en el cual realizarla. Es claro, respecto de este último aspecto, que la proposición de prueba debe realizarse en un momento muy inicial del procedimiento, pero queda por determinar si las partes tienen oportunidad de solicitar posteriormente, incluso en segunda instancia, la incorporación de nuevas pruebas debido a que no conocían su existencia anteriormente o no disponían de ellas, o si se admite la proposición de nuevas pruebas durante el desarrollo de la práctica de la prueba por razón de su relevancia sobrevenida. Casi todos los ordenamientos prevén la posibilidad para las partes de proponer la admisión de pruebas nuevas cuya existencia desconocían o de las que no disponían en el momento inicial de proposición de pruebas, lo que tiene un perfecto fundamento epistemológico en aras de enriquecer el acervo probatorio con el que se tomará la decisión sobre los hechos.

Por lo que hace al modo de proponer la incorporación de pruebas al proceso, es importante que se requiera a la parte proponente que ofrezca la información necesaria para poder evaluar su relevancia, en particular, qué hechos espera acreditar con cada prueba y qué información específica espera obtener de ella. Evidentemente, se trata solo de una previsión, que la práctica de la prueba podrá confirmar o no, pero es imprescindible para poder fundar sobre esa información el juicio hipotético de que, si la prueba efectivamente aporta la información esperada, será relevante para fundar una decisión sobre la ocurrencia del hecho en cuestión. Los datos que ofrezca la parte proponente para fundar la relevancia de la prueba deberán poder ser debatidos por la otra parte —o partes— en ejercicio del principio de contradicción.³³

Finalmente, con el objetivo de maximizar la riqueza del conjunto de elementos de juicio —o acervo probatorio—, es imprescindible también que las partes puedan contestar recíprocamente la prueba ofrecida por su oponente mediante pruebas contrarias o, en su caso, pruebas sobre la prueba —es decir, pruebas cuyo objeto es determinar la fiabilidad de otras pruebas—. Ello exige dinamicidad en

³³ Como se prevé, por ejemplo, en el artículo 6 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

el debate de la proposición de prueba: no se trata solo de que cada parte haga una exposición fundamentada de su proposición de prueba, sino de que puedan contestar la proposición de la parte contraria mediante alegaciones sobre su irrelevancia o proponiendo pruebas contrarias o pruebas que permitan cuestionar la fiabilidad de las pruebas de su oponente. Por ello, la forma más eficiente de organizar ese debate será una audiencia oral.

2. La facultad de la persona juzgadora de admitir o inadmitir las pruebas propuestas por las partes

En sentido opuesto a lo que se señaló respecto de la anterior facultad, solo un proceso irrestrictamente centrado en las partes excluiría la facultad de la persona juzgadora de decidir sobre la admisión de las pruebas propuestas por las partes. Sin embargo, esa facultad del juez o de la jueza puede ser más o menos discrecional en función de la mayor o menor precisión de los criterios que fijen la ley y la jurisprudencia para la admisibilidad de la prueba. Por supuesto, esa potestad puede estar reglada a través de criterios claros que no apelen a aspectos subjetivos de la persona juzgadora, en cuyo caso podríamos estar hablando aquí simplemente de una discrecionalidad en un sentido muy débil: aplicar los criterios al caso concreto exige siempre discernimiento para subsumir la situación planteada en el caso en los criterios generales. Sin embargo, en ocasiones la legislación o la jurisprudencia otorgan a la persona juzgadora una potestad discrecional en un sentido más fuerte, *i. e.*, la que resulta de la indeterminación del derecho. Un ejemplo del primer tipo es la potestad de inadmitir pruebas que, aunque tomadas aisladamente serían relevantes, son redundantes si se ponen en relación con las demás pruebas aportadas. Por supuesto, la aplicación del criterio de exclusión de la redundancia requiere de un análisis del conjunto de las pruebas propuestas que solo puede hacer la jueza o juez en el caso concreto.

En cambio, un caso de indeterminación en relación con la admisibilidad de las pruebas es, por ejemplo, el recurso a las necesidades de la persona juzgadora

como criterio para la admisión de pruebas periciales.³⁴ Un efecto parecido puede producirse cuando la ley menciona únicamente el *nomen juris* de diversos criterios de admisibilidad, sin que su contenido sea claro, sin aportar una definición de estos y sin que sea obvio siquiera que se trate de criterios distintos.³⁵ En cualquier caso, vale la regla general de que, cuanto mayor sea la discrecionalidad que la indeterminación de los criterios entregue a la persona juzgadora para decidir sobre la admisión de las pruebas, más limitada quedará la facultad de las partes de proponer prueba para su incorporación al proceso. O, en otros términos, las partes podrán proponer las pruebas que estimen convenientes, pero menos garantías tendrán de que sean admitidas e incorporadas al proceso.

Desde un punto de vista epistemológico, como ya ha sido mencionado en diversas ocasiones, el criterio que rige la admisibilidad de una prueba es el de su relevancia.³⁶ Este criterio determina también el alcance del derecho fundamental a la prueba, en tanto que derecho de las partes a que sean admitidas las pruebas relevantes que propongan. El mismo criterio opera como condición necesaria de admisibilidad, de modo que una prueba no deberá ser admitida al proceso si no es relevante,³⁷ puesto que su admisión introduciría al acervo probatorio pruebas inútiles y aumentaría los costos, el tiempo y aun la gestión cognitiva del material

³⁴ Evidentemente, si se interpreta el criterio en el sentido de que la prueba pericial será admisible cuando la persona juzgadora estime que necesita el conocimiento experto para decidir, ello deja en manos de la jueza o juez, y sin control posible alguno, la potestad de admitir o inadmitir la prueba a su entera voluntad. Un análisis de este criterio puede verse en Vázquez, “La admisibilidad de las pruebas periciales y la racionalidad de las decisiones judiciales”, en *Doxa*, pp. 119 y ss.

³⁵ Algo así sucede con lo previsto en el artículo 346 del Código Nacional de Procedimientos Penales. Así, por ejemplo, la letra b) del epígrafe 1º considera impertinentes los medios de prueba que versen sobre hechos no controvertidos, y la letra c) califica exactamente esas mismas pruebas como innecesarias. Puede verse un análisis de los criterios de admisibilidad de la prueba en el proceso penal mexicano en Vázquez, “Los retos de las pruebas periciales a partir del nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales. Apuntes desde la epistemología jurídica”, en *Problema. Anuario de filosofía y teoría del derecho*, pp. 358 y ss. Volveremos sobre ello en el capítulo 4.

³⁶ Así lo prevén también expresamente algunos ordenamientos procesales, como la Regla 401 de las Federal Rules of Evidence estadounidenses, que establece que “son relevantes los medios de prueba que tienden a hacer que la ocurrencia de algún hecho (...) sea más probable, o menos probable, de lo que sería sin esos medios de prueba”.

³⁷ También se establece así, expresamente, en algunos ordenamientos procesales, como es el caso de la Regla 402 de las Federal Rules of Evidence estadounidenses. Al respecto, v. Taruffo, *La prueba, cit.*, pp. 38-41. Lo mismo puede decirse del artículo 283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, aunque en este caso utilice la terminología de la impertinencia y la inutilidad de la prueba.

probatorio. Desgraciadamente, la regulación asimétrica de los recursos contra la decisión judicial sobre la admisibilidad de las pruebas —que en la mayoría de ordenamientos prevé la posibilidad para la parte que propuso una prueba de recurrir su inadmisión, pero no la de recurrir la admisión indebida— produce la mala práctica de que las o los jueces de la etapa intermedia tiendan a admitir pruebas irrelevantes como modo de evitar las impugnaciones, desplazando al momento de la valoración de la prueba lo que debería ser decidido en el de su admisión.

A ese criterio de admisibilidad de fundamento epistemológico cabe añadirle otros criterios jurídicos que operan para proteger objetivos diversos que el derecho ha considerado valiosos. El caso más claro es el de la exclusión de la prueba ilícita, previsto por el artículo 20 A) IX de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos y el 346.II del Código Nacional de Procedimientos Penales.

En cualquier caso, por lo que aquí importa, es la jueza o el juez quien tiene la facultad de decidir sobre la admisión de la prueba propuesta por las partes, aplicando los criterios legalmente determinados al efecto y con el margen de discrecionalidad que esos criterios le entreguen.

3. La facultad de la persona juzgadora de realizar indicaciones probatorias a las partes respecto de los hechos a probar o las pruebas a aportar

Algunos ordenamientos atribuyen a la jueza o juez, como parte de su poder de dirección del proceso, la facultad de hacer indicaciones a las partes sobre los hechos a probar o las pruebas a aportar. Así, por ejemplo, la Regla 32.1 de las *Civil Procedure Rules* inglesas establece que la persona juzgadora puede instruir a las partes acerca de qué hechos deben probarse, qué medios de prueba deben aportarse para probar esos hechos y cómo deben practicarse en juicio.³⁸

³⁸ Los poderes de dirección de proceso del juez inglés, a partir de las *Civil Procedure Rules* de 1998, son especialmente intensos e incluyen otros tantos aspectos no específicamente relacionados con la propo-

En otras ocasiones, se atribuye a la jueza o juez la capacidad de indicar a las partes lagunas probatorias que estas deberían integrar, e incluso de determinar qué concretas pruebas deberían aportar y no han aportado al procedimiento.³⁹ Esta posibilidad, que por ejemplo prevé la Ley de Enjuiciamiento Civil española —artículo 429.1—, tiene por finalidad aumentar el peso probatorio, *i. e.*, la cantidad de información relevante disponible en el expediente a los efectos de maximizar las probabilidades de acierto en la decisión probatoria. Así, una vez propuesta la prueba por las partes, la jueza o juez podrá señalarles la insuficiencia de las pruebas propuestas y las pruebas que conviene aportar para acreditar los hechos litigiosos, dando oportunidad a las partes para que amplíen su proposición de prueba. Se trata, evidentemente, de un poder probatorio de la persona juzgadora, menos intenso que el de ordenar directamente las pruebas de oficio, pero con una importante fuerza persuasiva hacia las partes.⁴⁰

A su vez, cabe diseñar esta facultad como un poder-deber, es decir, como un *deber* de la persona juzgadora de indicar las lagunas probatorias existentes en la proposición de prueba formulada por las partes —por no proponer pruebas que, en cambio, son necesarias para poder probar los hechos alegados— o bien como una *facultad* en sentido estricto, de modo que quede a la discreción de la jueza o el juez utilizarla o no. Ello tiene también importantes efectos procesales, pues, si se considerara un deber, pudiera abrir la puerta a la impugnación de la sentencia

sición de prueba —v., por ejemplo, la larga lista de facultades de dirección contenida en la Regla 1.4). Al respecto, v. Zuckerman, *Zuckerman on civil procedure. Principles of practice*, pp. 31-32; y “Court Control and Party Compliance: The Quest for Effective Litigation Management”, en *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, pp. 148 y ss. Una evolución parecida se puede registrar en la legislación procesal civil australiana, sobre la que puede verse Epstein, *op. cit.*, pp. 185 y ss.

³⁹ El concepto de *laguna probatoria* apela a la ausencia de pruebas relevantes: pruebas que deberían estar en el acervo probatorio del proceso y no han sido incorporadas.

⁴⁰ Literalmente, el artículo 429.1, párrafos tercero y cuarto, establece que “Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente.

En el caso a que se refiere el párrafo anterior, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal.”

si en ella se declarara la insuficiencia probatoria por efecto de lagunas probatorias no señaladas en su momento. Volveré más tarde sobre este punto.

4. La facultad de las partes de llegar a acuerdos probatorios

Como ejemplo paradigmático de un modelo de proceso relativamente más centrado en las partes —que es en buena medida correspondiente a la concepción liberal o privatista del proceso—⁴¹ se ha previsto en muchos ordenamientos jurídicos, tanto para el proceso civil como para el penal —con sus respectivas modalidades— la posibilidad de que las partes lleven a cabo acuerdos o negocios procesales de la más variada amplitud: acuerdos sobre el foro ante el que se planteará el proceso, sobre la renuncia a la doble instancia, sobre las costas judiciales, sobre el efecto suspensivo o no de la apelación, sobre la dispensa de caución para la ejecución provisional, sobre la renuncia o ampliación de plazos, etcétera. Y también esos acuerdos pueden tener por objeto la determinación de los hechos litigiosos o del procedimiento probatorio, incluyendo el tipo de pruebas que pueden admitirse o la consideración como ilícita de alguna prueba específica, la designación consensual de peritos y la determinación de los extremos del peritaje, la limitación del número de pruebas testificales admisibles, la carga de la prueba, etcétera.⁴²

⁴¹ En el mismo sentido, V., respecto de Estados Unidos, Davis y Hershkoff, “Contracting for Procedure”, en *William and Mary Law Review*, p. 525 y ss.

⁴² Para una oposición absoluta a este tipo de acuerdos, basada en la concepción publicista del proceso y una concepción racional de la prueba dirigida a la averiguación de la verdad como correspondencia, v. Taruffo, “¿Verdad negociada?”, en *La prueba*. También Picó i Junoy —“Repensando los pactos procesales probatorios desde las garantías constitucionales del proceso”, en *Revista Eletrônica de Direito Processual*, pp. 156 y ss.— se pronuncia en el mismo sentido y añade el argumento de que no serían admisibles los acuerdos probatorios que limiten el derecho fundamental a la prueba, en su faceta del derecho a aportar todas las pruebas relevantes de que se disponga, dado que, como derecho fundamental, es indisponible. Por ello, este autor solo entiende admisibles los acuerdos probatorios que “favorezcan o potencien” la actividad probatoria. Una oposición también matizada, que limita la posibilidad de realizar acuerdos probatorios al ámbito de lo disponible por las partes, puede verse en De Paula Ramos, “Convenções probatórias no processo civil. Negociando o que é negociável”, en *Justiça consensual: acordos penais, cíveis e administrativos*.

En el caso del proceso civil mexicano, la posibilidad de realizar negocios procesales sobre el procedimiento probatorio parece claramente vedada por el artículo 85 del Código Federal de Procedimientos

Es habitual que las posiciones más generosas respecto del posible alcance de los negocios procesales, en general, y de los probatorios, en particular, se concentren en el proceso civil, basándose en una muy amplia concepción del principio dispositivo. Sin embargo, conviene destacar, por un lado, que ello desemboca en una especie de procedimiento civil *a la carta*, difícilmente compatible con las teorías publicistas del proceso;⁴³ y, por otro lado, que otorgar a las partes una facultad irrestricta de realizar acuerdos sobre el procedimiento probatorio será también incompatible con el otorgamiento de otras facultades a la jueza o juez. Esto no es sorprendente, puesto que la lógica de un proceso muy centrado en las partes es incompatible, por ejemplo, con la atribución a la persona juzgadora de la facultad de ordenar la incorporación de pruebas de oficio al proceso.

Más allá de los acuerdos procesales en sentido estricto, que tienen por objeto negocial las características del procedimiento, hay un espacio para el acuerdo entre las partes que no es propiamente procesal pero que tiene un impacto directo en el proceso. Me refiero al acuerdo sobre los hechos. En el ámbito civil ello tiene como consecuencia directa que esos hechos dejen de ser objeto de prueba y que, en consecuencia, se acepten como dados y, en su caso, se proceda solo a la discusión acerca de las consecuencias jurídicas de su ocurrencia. En el proceso penal este tipo de acuerdos se han difundido en nuestros sistemas a través de la importación de la institución estadounidense del *plea bargaining*, que ha dado lugar a lo que en buena parte de Latinoamérica se denomina *juicios o procedimientos abreviados* y, en España, a las *sentencias de conformidad*. Se trata, en resumen, de acuerdos entre la fiscalía y la defensa mediante los cuales el imputado acepta la comisión del delito, tal como es descrito por la fiscalía, y esta última disminuye la petición de pena. Como ha mostrado Langer,⁴⁴ este tipo de procedimientos no

Civiles, que establece que “Ni la prueba, en general, ni los medios de prueba establecidos por la ley, son renunciables”.

⁴³ Precisamente por ello, de forma muy expresiva escribe contra esa posibilidad Judith Resnik: “Las cortes no están ‘al servicio’ de las partes; las cortes tienen independencia respecto de las partes, no solo para dar voz a los intereses de otras partes, sino como instituciones que expresan el interés público y responden ante él” —“Whose Judgment? Vacating Judgements, Preferences for Settlement, and the Role of Adjudication at the Close of the Twentieth Century”, en *UCLA Law Review*, p. 1527—.

⁴⁴ Cf. Langer, “La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado”, en *El procedimiento abreviado*, pp. 111-112.

son bien capturados por la dicotomía entre sistemas inquisitivos y adversariales o acusatorios;⁴⁵ en cambio, sí es claro que diseñan un proceso centrado en las partes desde el punto de vista de los poderes probatorios.

5. La facultad de la persona juzgadora de admitir o rechazar los acuerdos probatorios de las partes

Esta facultad del órgano judicial se configura como un límite, en el caso de existir, a la facultad de las partes de adoptar acuerdos probatorios. El alcance del límite y, como contracara, de la facultad de las partes dependerá no solo de que esta última esté condicionada a la validación u homologación judicial, sino también del carácter reglado o discrecional de esa homologación y de cuán precisas sean las condiciones que la regulación establezca para ese control judicial.

Las condiciones mínimas serían las propias de la validez de cualquier negocio jurídico privado: que el objeto del acuerdo sea disponible para las partes, que estas tengan capacidad bastante para el acuerdo y que lo adopten voluntariamente.⁴⁶ De hecho, si las condiciones son solo estas, puede decirse que en esos casos no hay propiamente una homologación judicial, sino solo el control de las condiciones de validez del acuerdo propias de cualquier escenario contractual.⁴⁷

Las cosas parecen distintas en el caso de los acuerdos probatorios en sede penal que dan lugar a un procedimiento abreviado. En el caso mexicano, ello es ya claro

⁴⁵ Langer distingue seis maneras en que se puede trazar la distinción entre sistemas inquisitivos y adversariales o acusatorios. Así, los procedimientos abreviados podrían entenderse como acusatorios en la medida en que la negociación entre las partes es un elemento natural de esos sistemas. En cambio, pueden ser considerados inquisitivos en la medida en que la admisión de la culpabilidad se obtiene mediante mecanismos coercitivos o porque no se desarrollan en audiencia pública y oral.

⁴⁶ Establecidos esos criterios, prevé el artículo 190 del Código Procesal Civil brasileño que “De oficio o a petición de parte, el juez controlará la validez de las convenciones previstas en este artículo, rechazando su aplicación solo en los casos de nulidad o de inclusión abusiva en contratos de adhesión o en los que alguna parte se encuentre en manifiesta situación de vulnerabilidad”.

⁴⁷ Cf. Nogueira, “Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro”, en A, *Negócios Processuais*, vol. 1, p. 111; y Cabral, *Convenções Processuais*, pp. 283 y ss.

a partir de la dicción de la fracción séptima del artículo 20, A): “(...) Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y *existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación*, el juez citará a audiencia de sentencia. (...)” —cursiva añadida—. Así pues, no es solo necesario un acuerdo libre de voluntades entre las partes para el reconocimiento de los hechos, sino que la jueza o juez de control deberá cerciorarse de que consten en la carpeta de investigación elementos de juicio suficientes para corroborar la imputación, al margen del reconocimiento del propio imputado. Insiste en la misma línea el artículo 203 del Código Nacional de Procedimientos Penales. Ello nos sitúa ante dos requerimientos de la mayor importancia: 1) responder a la pregunta acerca de cuál es el umbral de suficiencia, *i. e.*, el estándar de prueba, que debe satisfacer el acervo probatorio de cargo; y 2) que la jueza o juez del caso realice una valoración probatoria de ese acervo para controlar que cumple con el estándar de prueba requerido.⁴⁸ En cualquier caso, resulta claro que estamos aquí ante condiciones que van más

⁴⁸ La Suprema Corte de Justicia de la Nación —SCJN—, en cambio, ha negado persistentemente que sea necesaria la valoración de la prueba de cargo por parte de la persona juzgadora para determinar que “existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación”. V., por ejemplo, Amparo Directo en Revisión 6389/2015, Contradicción de Tesis 56/2016 y Amparo Directo en Revisión 950/2019. La misma tesis puede encontrarse, por ejemplo, en el Acuerdo Plenario del Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal peruano de 29-30 de abril de 2021-Tema 2. Como bien ha mostrado Veleda —“Decidir sin probar: acuerdos sobre los hechos en el proceso penal”, en *Manual sobre Derechos Humanos y prueba en el proceso penal*, pp. 341 y ss.—, no hay forma de controlar la suficiencia de los elementos de juicio si no es realizando esa operación que llamamos valoración de la prueba y aplicando posteriormente un estándar de prueba para determinar si el grado de corroboración alcanzado por la hipótesis acusatoria es suficiente. Temo que estamos aquí ante un efecto perverso de esa confusa clasificación de los elementos de juicio en datos de prueba, medios de prueba y pruebas del artículo 261 del Código Nacional de Procedimientos Penales: siendo que se denomina *prueba* en el Código a los medios de prueba ya desahogados en audiencia bajo los principios de inmediación y contradicción, por definición no hay pruebas en el procedimiento abreviado si este consiste, precisamente, en una terminación anticipada antes del juicio oral. Y si los elementos de juicio aportados por la fiscalía no pueden ser llamados pruebas, entonces parece que no podemos hablar de valoración de la prueba ni de la aplicación de un estándar de prueba. En cambio, lo que tenemos son elementos de juicio —datos de prueba, dice el artículo 203 del Código— que no han sido practicados, pero que aportan información sobre los hechos, y la jueza o el juez deberá valorar qué grado de corroboración de la hipótesis acusatoria aportan y si este es suficiente. Podemos no llamarlos pruebas, pero la operación intelectual es exactamente la misma. Como señalé en el capítulo anterior, la opción terminológica del Código Nacional de Procedimientos Penales equivale a no llamar *melones* a los melones sino hasta que los tenemos abiertos y servidos en la mesa: lo podemos hacer, pero corremos el riesgo de confundirnos y pensar que lo que tenemos antes y después de abrirlos son dos frutas distintas.

allá del acuerdo de voluntad de las partes e imponen, pues, límites a esos acuerdos que deberán ser objeto del control judicial.

6. La facultad de la parte que propuso una prueba admitida de renunciar a ella antes de su práctica

Aunque en muchas ocasiones esta facultad no está prevista legalmente de forma expresa, es lo más habitual que la doctrina y la jurisprudencia de la mayoría de los países consideren que la parte que propuso una prueba puede renunciar a ella hasta el momento de su práctica.⁴⁹ La facultad estaría restringida, claro, a aquellos medios de prueba que pueden propiamente practicarse o a aquellos que han sido propuestos y admitidos pero aún no se han incorporado efectivamente al proceso. Así, por ejemplo, al renunciar a una prueba testifical, la prueba en cuestión no llegaría a practicarse ni, por tanto, la información que pudiera aportar se incorporaría al acervo probatorio. La parte contraria, que no propuso la prueba, no podría tampoco conainterrogar al testigo. Todo ello se justifica habitualmente en los principios dispositivo y de aportación de parte: si son las partes quienes tienen la facultad de aportar las pruebas al proceso, debe estar también en su mano renunciar a ellas antes de que, mediante su práctica, queden cubiertas por el principio de adquisición procesal o de comunidad de la prueba.

Sin embargo, son varias las razones que parecen aconsejar una solución distinta, consistente en el no reconocimiento de esa facultad. Muñoz Sabaté⁵⁰ ha destacado que el reconocimiento a la parte proponente de la facultad de renuncia a la prueba

⁴⁹ Sí lo prevé expresamente, por ejemplo, el artículo 288.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española. En el ámbito penal, en cambio, no hay en España una previsión expresa de esa facultad de las partes, aunque ha sido reconocida jurisprudencialmente de forma continuada. Valga por todas la mención a la STS 1041/2000, en la que se puede leer: “La facultad de las partes a renunciar a las pruebas propuestas está reconocida por un uso forense inveterado y determina que deba dejar de practicarse la prueba renunciada, si no ha sido también solicitada por las otras partes” —F. J. 4º—. Por lo que hace a la doctrina, puede verse cuanto afirma Montero Aroca —*La prueba en el proceso civil*, p. 84—: “La proposición de un medio de prueba por una parte, e incluso su admisión por el juez, no obliga a la parte a practicar ese medio, siendo indudable que la parte puede renunciar al mismo antes de que se practique”.

⁵⁰ Cf. Muñoz Sabaté, *Fundamentos de la prueba judicial civil*, pp. 210-211.

no practicada puede dar lugar a una deslealtad procesal, puesto que la otra parte pudo no proponer la misma prueba, confiada en que ya había sido propuesta —y ya tendría la oportunidad de concontrainterrogar al testigo—, de modo que la renuncia posterior conllevaría un efecto sorpresivo y una indefensión para ella. A esa razón convendría añadir otra, más decisiva, de corte epistemológico: debe partirse de la constatación de que la prueba propuesta fue considerada relevante, razón por la cual fue admitida; la renuncia posterior, pues, supone la exclusión de una prueba relevante del proceso, lo que empobrece el acervo probatorio y disminuye la probabilidad de acierto de la decisión —porque cuanto más rico y fiable sea el conjunto de elementos de juicio que se utilice para decidir, mayor será la probabilidad de que la decisión que resulte fundada en ese conjunto se corresponda con la verdad—. Si estamos, pues, interesados en la corrección material de la decisión, no parece haber buenas razones para permitir la renuncia estratégica de las pruebas relevantes ya admitidas.⁵¹

La respuesta negativa a la posibilidad de atribución a las partes de la facultad *in comento* puede articularse también a través de una interpretación robusta del principio de adquisición procesal o de comunidad de la prueba. Cabe recordar que ese principio establece que una vez adquiridas procesalmente las pruebas, estas no benefician a quien las propuso sino al proceso, de manera que pueden servir perfectamente para fundar una decisión favorable a los intereses de una parte distinta de quien propuso la prueba —si el testigo, por ejemplo, acaba declarando algo distinto de lo que la parte proponente esperaba—. La cuestión determinante aquí es el momento en que se entiende que la prueba ha sido adquirida por el proceso. La interpretación dominante supone que, en el caso de las pruebas que se practican, la “adquisición” de la prueba por el proceso se produce, precisamente, en el momento de su práctica. Sin embargo, como ha mostrado

⁵¹ Puede suceder, por ejemplo, que el cambio de circunstancias, el paso del tiempo o la propia dinámica del proceso haga pensar a la parte que propuso una prueba que esta puede finalmente resultar perjudicial para sus intereses. En ese caso, claramente, se produce un conflicto entre los intereses de la parte proponente de la prueba y el objetivo procesal de la averiguación de la verdad, que no puede ser resuelto más que a favor de este último.

Picó i Junoy,⁵² sería mejor entender que la prueba se “adquiere” para el proceso en el momento de su admisión —por efecto de la decisión judicial al efecto—, perdiendo desde ahí la parte proponente la disponibilidad sobre esta.⁵³

A pesar de ello, cabe todavía la posibilidad de que la parte que propuso una prueba ya admitida pueda proponer su exclusión o desistimiento, justificando que la práctica probatoria ya desarrollada muestra su redundancia y, consiguientemente, que los costes de adquirir la prueba o de practicarla son mayores que su utilidad para la determinación de la verdad sobre los hechos. Recordemos que uno de los criterios que determinan la admisión o la exclusión de una prueba es la redundancia de esta respecto de otras pruebas también propuestas. Una prueba redundante es relevante si se toma en consideración de forma aislada, porque aumenta o disminuye la probabilidad de que una hipótesis sobre los hechos sea verdadera. Sin embargo, si se pone en relación con las otras pruebas propuestas y ya practicadas, es posible que se pueda hacer la previsión de que no aportará información adicional que justifique los costes cognitivos —de gestión de la información—, de tiempo y dinero que supondrían su adquisición y práctica. Frente a previsiones o juicios hipotéticos, cabe también la posibilidad de que esa conclusión no fuera evidente en el momento de la admisión de la prueba —lo que justificó su admisión—, pero que una vez practicadas otras pruebas ya resulte clara la redundancia. Si ese fuera el caso, seguir adelante con su adquisición y práctica pudiera representar un dispendio de recursos temporales, económicos y cognitivos. Del mismo modo que se requiere para la admisión de la prueba, conviene que este trámite esté también sometido a contradicción, de forma que la otra parte pueda pronunciarse al respecto, alegando a favor de la relevancia

⁵² Cf. Picó i Junoy, “El principio de adquisición procesal en materia probatoria”, en *Diario La Ley*, p. 1308.

⁵³ Así ha sido entendido, por ejemplo, por la Corte Suprema de Costa Rica para el proceso penal. Al respecto, puede verse la sentencia de la Sala Tercera de 11 de mayo de 2007, resolución 0045-2007, que afirma que “debe señalarse que en virtud del principio de comunidad de la prueba, aquella que ha sido aceptada para la fase de juicio se convierte en común a todas las partes, de manera que incluso el que se prescinda de ella por la parte que la ofreció, no significa su exclusión automática, pues puede revestir interés y habrá que escuchar el criterio de las restantes partes para tomar una decisión”.

de la prueba. Escuchadas las partes, la decisión final debería ser adoptada por la persona juzgadora sobre la base de si la prueba es o no redundante.⁵⁴

7. La facultad de la persona juzgadora de rechazar de forma sobrevenida una prueba admitida antes de su práctica

Una argumentación análoga a la presentada inicialmente en el punto anterior parecería fundar también una respuesta negativa a la posibilidad de atribuir esta facultad a la persona juzgadora. Si la jueza o el juez de admisión ya valoró la relevancia de la prueba positivamente y, en consecuencia, la admitió, parecería no tener sentido que más adelante ese mismo juzgador o uno distinto —si la admisión y el enjuiciamiento están encargados a sujetos diversos— la excluya del procedimiento.

Sin embargo, cabe también aquí una posibilidad que haría razonable la atribución muy limitada de esta facultad: si, una vez adquiridas y practicadas otras pruebas, la persona juzgadora estima de forma justificada que la práctica de una prueba inicialmente admitida no aportará información adicional que aumente o disminuya la probabilidad de que alguna de las hipótesis fácticas sea verdadera. En ese supuesto, razones de eficiencia y economía procesal aconsejarían que la jueza o juez pueda excluir una prueba cuya redundancia resulta evidente de forma sobrevenida.⁵⁵

⁵⁴ Muñoz Sabaté —*op. cit.*, p. 210— y Valmaña Cabanes —“El principio de adquisición procesal y su proyección sobre la prueba no practicada”, en *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*, p. 16— han propuesto, para el proceso civil, una solución intermedia, según la cual la parte que no propuso la prueba debería tener la oportunidad de hacerla suya ante el desistimiento de la parte proponente. Lo mismo sostiene, para el proceso penal, Talavera —*La prueba en el nuevo proceso penal*, p. 84—. Esta solución deja en manos de las partes —en plural, no solo de la proponente— el destino de la prueba. En mi opinión, en cambio, debería ser la autoridad judicial quien, al igual que respecto de la admisión de la prueba, se expida sobre su exclusión posterior una vez constatada su redundancia.

⁵⁵ La Regla 403 de las Federal Rules of Evidence estadounidenses prevé expresamente esa posibilidad, así como el artículo 209 del Código Procesal Civil italiano y, de forma mucho más amplia y discrecional, el artículo 149 del Código Procesal Civil francés.

En todo caso, conviene insistir una vez más en que la decisión de exclusión de la prueba por su redundancia se funda en un juicio hipotético según el cual su potencial resultado probatorio coincidirá con otras pruebas ya practicadas, lo que aconseja un uso muy cuidadoso y restringido a supuestos muy claros. En ningún caso se justificará usar esta facultad, por ejemplo, para excluir una prueba de descargo con el argumento de que la hipótesis de la culpabilidad —civil o penal— ya está suficientemente acreditada, porque la redundancia supone precisamente que las pruebas arrojen el mismo resultado probatorio y no el opuesto.

Aun cuando esta facultad no necesariamente debe ser ejercida a instancia de parte, sí es conveniente que el órgano judicial dé traslado a las partes de su valoración sobre la redundancia de la prueba para que, especialmente, pero no solo, la parte que la propuso pueda manifestar las razones por las que estima que la prueba puede aportar información no redundante y, consiguientemente, debiera adquirirse y practicarse.

8. La facultad de las partes de solicitar el nombramiento de un perito y de proponer los extremos del peritaje

El derecho a la prueba de las partes avala que estas puedan presentar las pruebas periciales de parte de que dispongan para fundar sus pretensiones fácticas. Sin embargo, en ocasiones se prevé un sistema indirecto, de tal modo que deba ser la jueza o el juez quien realice el nombramiento del perito, a instancia de parte, y fije los extremos sobre los que dicha persona experta deberá pronunciarse. En esos casos, cabe la posibilidad de que se otorgue a la parte proponente la facultad de identificar a la persona que estima adecuada para la tarea y proponer los extremos del peritaje.⁵⁶ También es posible que las partes consensuen la persona y los puntos a debatir o incluso que lleven a cabo un acuerdo probatorio al respecto.

⁵⁶ Esta es una de las interpretaciones posibles del artículo 103 del Código Nacional de Procedimientos Penales mexicano. La otra interpretación es que posibilita la designación de un perito de confianza de la jueza o juez. Al respecto, v. Vázquez, “Los retos de las pruebas periciales...”, cit., pp. 348-350. Idéntica situación se plantea en el caso previsto en el artículo 414 del mismo Código.

9. La facultad de la persona juzgadora de seleccionar al experto o experta que lleve a cabo un peritaje y determinar los extremos sobre los que deba pronunciarse

De forma complementaria con la facultad anterior, puede concederse al órgano judicial el poder de designar a un perito de confianza de la jueza o juez y determinar los extremos sobre los que debe pronunciarse, de modo que se puedan satisfacer las necesidades de conocimiento experto que el propio juzgador haya identificado que tiene para resolver adecuadamente. Conviene observar que en este caso la persona juzgadora no tiene propiamente el poder de ordenar de oficio un peritaje, supuesto que quedaría recogido por la facultad probatoria número 10). Aquí la prueba pericial debe haber sido solicitada por la parte, y la competencia del juzgador se limitará a la selección de quien realice el peritaje y a determinar los extremos de este.⁵⁷ Volveremos en el capítulo 4 sobre esta facultad y la anterior.

10. La facultad de la persona juzgadora de ordenar pruebas de oficio

Este es el supuesto en el que se piensa típicamente al hablar de los poderes probatorios del juez, pero es importante advertir que esta potestad tampoco es uniforme ni una cuestión categorial, de modo que solo quepa otorgarla o no otorgarla. Así, por un lado, existen ordenamientos que atribuyen a la persona juzgadora poderes generales de iniciativa probatoria de oficio, como el Code de Procédure Civil francés —artículo 10—, el Código Federal de Procedimientos Civiles mexicano —artículos 79 y 80—, o la Ley de Enjuiciamiento Criminal española —artículo 729.2—. Otros ordenamientos, en cambio, atribuyen a la persona juzgadora una potestad general de ordenar pruebas de oficio, pero con

⁵⁷ Un ejemplo de esta facultad es lo previsto en el artículo 414 del Código Nacional de Procedimientos Penales mexicano: “Si en el curso de la audiencia inicial, aparecen indicios de que el imputado está en alguno de los supuestos de inimputabilidad previstos en la Parte General del Código Penal aplicable, cualquiera de las partes podrá solicitar al Juez de control que ordene la práctica de peritajes que determinen si efectivamente es inimputable y en caso de serlo, si la inimputabilidad es permanente o transitoria y, en su caso, si esta fue provocada por el imputado. (...)”

ciertos límites, como en el caso del proceso civil alemán, en el que la jueza o juez puede ordenar de oficio cualquier tipo de pruebas, excepto las pruebas testificales; o el Código General del Proceso colombiano, que también atribuye a la persona juzgadora un poder general, con el límite de que solo podrá ordenar pruebas testificales si los testigos han sido nombrados o aparecen mencionados en otras pruebas o en cualquier acto procesal de las partes. Aún otros ordenamientos atribuyen específicamente algunas concretas facultades de iniciativa probatoria, como por ejemplo la regla 614.a de las Federal Rules of Evidence estadounidenses, que atribuye a la persona juzgadora la potestad de ordenar de oficio la adquisición y práctica de pruebas testificales no solicitadas por las partes; o la regla 706 de las mismas Federal Rules of Evidence,⁵⁸ que atribuye a la persona juzgadora la facultad para ordenar de oficio pruebas periciales, designando también a las personas expertas.⁵⁹

Así pues, la cuestión acerca de si el juzgador tiene la facultad de ordenar pruebas de oficio no admite una respuesta binaria y simple. En todo caso, el fundamento de la atribución de esa facultad, que hace bascular al proceso hacia un modelo más centrado en la persona juzgadora, es siempre la función pública o social del proceso y, ligado a ella, el objetivo de la averiguación de la verdad. Se considera, en definitiva, que otorgar la iniciativa probatoria de forma exclusiva a las partes deja sin protección ese interés público, que no tiene por qué coincidir con el de las partes ni garantiza la igualdad de armas entre estas.

En todo caso, si se otorga en alguna medida esta facultad, será importante determinar el momento procesal en que la jueza o el juez podrá ordenar la aportación y práctica de pruebas no propuestas por las partes: ¿solo en el momento de proposición y admisión de pruebas?,⁶⁰ ¿durante toda la fase probatoria?, ¿con qué límites? Conviene señalar que la relevancia de una prueba para la decisión del caso puede resultar evidente solo durante o después de la práctica de otras pruebas,

⁵⁸ Que, conviene recordar, son aplicables tanto al proceso civil como al penal.

⁵⁹ Una presentación de la regulación en un buen número de ordenamientos de nuestra área cultural puede verse en Parra Quijano, *Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio*, pp. 67-83.

⁶⁰ También puede ser de interés aquí tomar en consideración si, en el diseño procesal de que se trate, el juez de admisión de la prueba y el de juicio son el mismo o no.

ya sea porque un posible testigo fue mencionado en ellas, por ejemplo, o porque el desacuerdo entre peritos hace necesario adoptar nuevas medidas para resolverlo. Por ello, parece oportuno que la posibilidad de ordenar pruebas de oficio se extienda hasta la finalización de la fase de prueba del proceso.

Y, claro está, será importante que las partes tengan la posibilidad, no solo de participar en contradicción de la práctica de las pruebas ordenadas de oficio, sino que tengan también la posibilidad de proponer en ese momento procesal nuevas pruebas que puedan poner en cuestión la fiabilidad de la prueba adquirida de oficio. Una vez más, el principio de contradicción como mecanismo epistemológico indica que esa posibilidad siempre debe existir, de modo que se equilibre de nuevo el reparto de poderes probatorios.

11. La facultad de la persona juzgadora de invertir la carga de la prueba como mecanismo para incentivar la incorporación de pruebas por alguna de las partes

La capacidad de la persona juzgadora de alterar durante el desarrollo del proceso la carga de la prueba responde a la denominada *carga dinámica de la prueba*,⁶¹ cuya previsión se ha extendido como la pólvora en los sistemas jurídicos iberoamericanos. Para decirlo en las palabras que prefiere uno de los precursores de la institución, Jorge Peyrano:

La llamada doctrina de las cargas probatorias dinámicas puede y debe ser utilizada por los estrados judiciales en determinadas situaciones en las cuales no funcionan adecuada y valiosamente las previsiones legales que, como norma, reparten los esfuerzos probatorios. La misma importa un desplazamiento del *onus probandi*, según fueren las circunstancias del caso, en cuyo mérito aquél puede recaer, verbi-

⁶¹ Sobre la carga dinámica de la prueba se ha escrito mucho en estos últimos años. Por todos, v. Peyrano y Chiappini, “Lineamientos de las cargas procesales dinámicas”, en *El Derecho*, pp. 1005 y ss.; y Peyrano, *Cargas probatorias dinámicas*. Sin embargo, no se trata de una idea nueva en absoluto: ya fue incorporada al derecho danés, por ejemplo, a inicios del siglo XX, a raíz de la influencia de Tybjerg. Puede verse una presentación al respecto en Strandberg, “Standards of Evidence in Scandinavia”, en *Standards of Proof in Europe*, pp. 154 y ss.

gracia, en cabeza de quien está en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producirlas, más allá del emplazamiento como actor o demandado o de tratarse de hechos constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos.⁶²

Es decir, se atribuye a la persona juzgadora la potestad de alterar la carga de la prueba en el caso concreto en función de su evaluación sobre cuál de las partes tiene mejor acceso a la prueba o mayor facilidad para producirla. De este modo, estamos ante un poder probatorio del juez que pretende aumentar la riqueza del acervo probatorio de un modo indirecto: atribuyendo la carga de la prueba a la parte que está en las mejores condiciones para aportarla al proceso a modo de incentivo para que así lo haga.

Se trata, como puede fácilmente percibirse, de un poder probatorio de gran intensidad, puesto que afecta directamente a la distribución del riesgo probatorio entre las partes y, por ello, puede determinar directamente el resultado del proceso.⁶³

En mi opinión, la doctrina de la carga dinámica de la prueba ha tenido la virtud de poner el foco de atención en la importancia de extraer consecuencias jurídicas de la relativa facilidad o disponibilidad probatoria de cada una de las partes en el proceso, estableciendo incentivos a su colaboración procesal en la averiguación de la verdad. Sin embargo, a partir de este sano punto de partida se postula una consecuencia que en nada se sostiene en él. En efecto, los autores que han propuesto la doctrina no distinguen adecuadamente dos sentidos de la carga de la prueba, objetivo y subjetivo.

La carga de la prueba en sentido objetivo responde a la pregunta *¿quién pierde si no hay prueba suficiente?* La carga de la prueba en su dimensión subjetiva, en cambio, responde a la pregunta sobre qué parte *debe* aportar prueba al procedimiento.

⁶² Peyrano, *op. cit.*, pp. 19-20. Cursiva en el texto original.

⁶³ Además, ello puede tener también un importante impacto en la seguridad jurídica. Al respecto, v. De Paula Ramos, *La carga de la prueba en el proceso civil. De la carga al deber de probar*, pp. 53 y ss.; Ferrer Beltrán, “La carga dinámica de la prueba. Entre la confusión y lo innecesario”, en *Contra la carga de la prueba*, pp. 78-9. También la “Declaración del Instituto Panamericano de Derecho Procesal sobre la teoría de las cargas probatorias dinámicas”, en *Revista Latinoamericana de Derecho Procesal*.

Aunque no siempre fue así, hoy es común considerar la dimensión subjetiva como derivada —de algún modo no muy claro— de la objetiva, porque la parte que perderá el procedimiento si no hay prueba suficiente se verá compelida a producir esa prueba para evitarlo. Así, la carga subjetiva de la prueba resultaría ser una consecuencia de la carga objetiva de la prueba. Es claro que esa consecuencia no es de tipo lógico, pero parecería que a partir de la respuesta a la pregunta por la carga de la prueba objetiva —¿quién pierde si no hay prueba suficiente?— se podría formular la regla técnica según la cual la parte a quien se atribuyó la carga tendrá que producir prueba suficiente si no quiere perder la causa. Como todas las reglas técnicas, esta se basaría en la afirmación de una condición necesaria: es necesario que esa parte produzca prueba suficiente para que proceda el resultado de que se considere probada su hipótesis fáctica.⁶⁴

El punto es fundamental, porque recordemos que la facultad de invertir la carga de la prueba se plantea como un mecanismo para incentivar la producción de pruebas y, consiguientemente, la riqueza del acervo probatorio del proceso. Sin embargo, fallan tanto las bases teóricas como las empíricas que pretenden dar fundamento a la atribución de esa facultad: en primer lugar, las dos supuestas dimensiones o facetas de la carga de la prueba son, en realidad, reglas totalmente distintas, que se dirigen a sujetos diversos, tienen una fuerza normativa distinta y regulan actividades probatorias diferentes. Siendo así, ¿cómo se puede sostener que una de ellas, la subjetiva, es consecuencia de la otra, la objetiva? No hay ninguna razón que lo justifique. Por supuesto, puede sostenerse que la regla dirigida a la persona juzgadora produce indirectamente ciertos incentivos en las partes, del mismo modo que sucede con otras muchas normas procesales y sustantivas, pero ello habrá que demostrarlo y no justifica duplicar el concepto de carga de la prueba.

En segundo lugar, la idea de dar cuenta del tipo de *deber* implicado en la pregunta sobre quién *debe* aportar prueba al procedimiento a partir de la noción de

⁶⁴ Puede verse una exposición más detallada de estos dos sentidos de carga de la prueba y de los problemas de su vinculación en Ferrer Beltrán, “La carga dinámica de la prueba... cit.”, pp. 56-63; volveremos sobre ello en el capítulo 9 de este manual.

necesidad y de regla técnica, es ya hace tiempo un resabio histórico sin fundamento. Si hubo un momento en nuestros procesos en que la continuación del procedimiento exigía la aportación tasada de determinadas pruebas, de modo individualizado para cada una de las partes, hoy ya no es así en ningún caso. La vigencia generalizada del principio de adquisición procesal o de comunidad de la prueba ha acabado con esa situación.⁶⁵ Así, en virtud de este principio, una vez que las pruebas se aportan al procedimiento importa únicamente lo que de ellas se infiera sobre los hechos a probar, con independencia de quién las haya aportado. De este modo, el grado de exigencia probatoria previsto para considerar como probado un hecho se satisface, o no, en función de lo que se infiere del conjunto de las pruebas aportadas al procedimiento —por todas las partes y por la persona juzgadora, si tiene poderes para allegar pruebas no solicitadas por las partes—. Un hecho extintivo, por ejemplo, cuya carga de la prueba objetiva recaería en el demandado puede resultar probado por efecto de pruebas presentadas por el actor —de hecho, no son infrecuentes los testigos que no declaran lo que la parte que los ha propuesto espera de ellos, ni los peritos que formulan conclusiones distintas de las esperadas o que realizan manifestaciones perjudiciales para la parte que los propuso en el examen oral del peritaje, etcétera—, por efecto de pruebas ordenadas de oficio por la jueza o el juez —si tiene poder para ello— o aportadas por un codemandado que actúa con su propia defensa técnica. Ahora bien, si esto es así, no se puede sostener ya la necesidad de que la parte en quien recaiga la carga de la prueba aporte prueba suficiente sobre la ocurrencia del hecho para poder obtener un resultado probatorio favorable. Ese resultado puede obtenerse perfectamente de la actividad de otros agentes en el proceso. Con ello, la noción de carga subjetiva de la prueba, construida —como pudimos ver más arriba— sobre la base de la noción de necesidad para obtener un fin, y

⁶⁵ El principio de adquisición procesal fue formulado por primera vez a principios del siglo XX por Chiovenda, para quien “del hecho de que las actividades procesales pertenecen a una relación única deriva también otro principio importante, y es que los resultados de las actividades procesales son comunes entre las partes (adquisición procesal). En otras palabras, cuando la actividad de una parte es perfecta y completa para producir sus efectos jurídicos, estos pueden ser utilizados por la otra parte” —Chiovenda, *Principios de derecho procesal civil*, II, pp. 215-216—. Aunque el principio de adquisición procesal no se limita, obviamente, a la prueba, tiene en ella una directa aplicación, lo que implica que los resultados de la actividad probatoria de una parte no le pertenecen, y pueden perfectamente beneficiar los intereses y pretensiones de cualquier otra parte en el proceso.

la caracterización de las reglas que atribuirían las cargas probatorias subjetivas como reglas técnicas se derrumban como un castillo de naipes.

Queda por determinar si, a pesar de los problemas teóricos señalados, la inversión de la carga objetiva de la prueba puede ser un mecanismo efectivo para producir los incentivos para que la parte que tiene mejor acceso a una prueba relevante la aporte al procedimiento. Ello es especialmente importante en el caso de que la parte que saldría beneficiada por la insuficiencia de la prueba sobre algún hecho específico disponga de pruebas relevantes a favor de la hipótesis sobre los hechos formulada por la parte contraria. Imaginemos, por ejemplo, al médico demandado por responsabilidad civil médica que dispone de pruebas relevantes para probar su negligencia. En esos casos, invertir la carga de la prueba, atribuyéndosela al médico demandado, no sería en absoluto un incentivo para que esas pruebas sean allegadas al procedimiento. En esa situación, lo que es esperable es que el médico no aporte esas pruebas y, en cambio, allegue al proceso otras que pudieran ser útiles para eximirle de su responsabilidad. La inversión de la carga objetiva de la prueba no funciona en absoluto en esos casos para establecer los incentivos adecuados para maximizar que las pruebas relevantes se aporten al proceso.⁶⁶

Los supuestos en que se observa claramente que la inversión de la carga de la prueba no es capaz de producir los incentivos adecuados para la aportación al proceso de las pruebas relevantes a disposición de las partes pueden multiplicarse. Mencionaré solo uno más, que es síntoma de un problema importante. Supóngase la situación en que ambas partes tienen a su disposición pruebas relevantes para el proceso. En esos casos, evidentemente situar la carga de la prueba en una u otra de las partes siempre tendría el efecto, de acuerdo con los defensores de la carga dinámica de la prueba, de no incentivar a quien no la tuviera, lo que haría igualmente inútil su inversión. De nuevo, habrá que buscar

⁶⁶ En otros términos, si lo que se busca con la inversión dinámica de la carga de la prueba es equilibrar la debilidad de una parte frente a la fortaleza de la otra, que dispone de las pruebas que la primera necesita, este es un mecanismo totalmente inadecuado para ello y puede producir incluso el efecto contrario al buscado.

aquí otros mecanismos más eficientes para producir los incentivos adecuados para maximizar que se alleguen al proceso las pruebas relevantes. La inversión de la carga objetiva de la prueba no funciona para ello en estos casos, puesto que las dos partes disponen de pruebas relevantes para el proceso y conceptualmente es imposible atribuir la carga a las dos.⁶⁷

12. La facultad de la persona juzgadora de imponer deberes de producción probatoria

Se trata en este caso de una facultad judicial aparentemente similar a la anterior, pero muy diversa si se observa con cuidado. En uso de la facultad de imponer deberes de producción probatoria, la persona juzgadora podrá atribuir a una u otra parte obligaciones —en sentido estricto— de aportar al proceso pruebas que tengan a su disposición o que les resulte relativamente más fácil producir. Se utilizan, pues, aquí los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria como presupuestos de la asignación de un verdadero deber de aportación de pruebas, que no hay que confundir con la atribución de la carga de la prueba.⁶⁸ Así, por ejemplo, en un proceso por negligencia médica podrá ordenarse al galeno o al hospital que aporte el expediente médico, puesto que son estos quienes disponen de él, pero esa disponibilidad no justifica en absoluto que se revierta la carga de la prueba en el sentido de quién pierde si no hay prueba suficiente. Si el médico o el hospital aportan el expediente, tendrá perfecto sentido que quien siga cargando con el riesgo de la insuficiencia probatoria sea el demandante.

Quedará por determinar también cuál sea la consecuencia del incumplimiento del deber de aportar la prueba impuesto por la persona juzgadora. De ello dependerá en buena medida la capacidad que tenga esta facultad probatoria de generar incentivos efectivos a las partes para que aporten las pruebas relevantes que estén a su disposición, aunque puedan resultar perjudiciales para sus intereses. De cual-

⁶⁷ Ello equivaldría a decir que, en caso de insuficiencia probatoria, pierden las dos partes, lo que claramente no tiene ningún sentido.

⁶⁸ Respecto de esta confusión, v. De Paula Ramos, *La carga de la prueba...* cit., pp. 61 y ss.; y Ferrer Beltrán, “La carga dinámica... cit.”, pp. 77 y ss.

quier modo, al ser este un deber en sentido estricto, la consecuencia jurídica no puede ser otra que una sanción: por un delito de desacato, una sanción pecuniaria o sanciones procesales, como la de soportar una presunción en su contra o directamente perder el procedimiento —no ahora como resultado del razonamiento probatorio una vez producidas las pruebas, sino como consecuencia del incumplimiento de un deber impuesto por la persona juzgadora—. ⁶⁹ Cuáles sean las sanciones debería ser objeto de regulación legislativa, pero también cabe que se otorgue el poder probatorio a la persona juzgadora para que sea esta, de forma proporcional al caso, quien determine la sanción, que debería ser en todo caso señalada en el momento de establecer el deber de aportación de una prueba para la parte.

Siendo así, podríamos perfectamente mantenernos en una doctrina clásica y estática de la carga de la prueba, en el sentido de quién pierde si no hay prueba suficiente, de modo que sea establecida por el legislador y no se integre en los poderes probatorios de la persona juzgadora. En cambio, sería más efectivo atribuirle, por mor de fomentar la obtención del acervo probatorio más rico posible, la potestad de imponer deberes de producir prueba a cualquiera de las partes —en función de la accesibilidad y facilidad probatoria de cada una de ellas respecto de cada prueba—, con independencia de en cuál de ellas recaiga la carga de la prueba.

IV. Poderes probatorios e imparcialidad judicial

Llegados hasta aquí, conviene recapitular e ir concluyendo. Dos han sido las tesis principales sobre las que se ha basado el análisis de este capítulo: 1) cualquier respuesta que se dé a la cuestión de la distribución de poderes probatorios entre

⁶⁹ Es muy clara en este sentido la sentencia 9193-2017 de la Corte Suprema colombiana, que interpreta el artículo 167.2 del Código General del Proceso. Esto es, dicho sea de paso, lo que en mi opinión ocurre en la mal llamada *presunción de paternidad* cuando el demandado en un proceso civil de determinación de la paternidad se niega a prestar muestras para hacer una prueba de ADN: es el demandado quien dispone de la muestra y por ello se le impone la obligación de ofrecerla, con la sanción de la pérdida del proceso y, por tanto, la atribución de la paternidad, si se niega.

las partes y la persona juzgadora depende del modelo de proceso que se adopte. Aquí se ha defendido una concepción publicista del proceso, según la cual este tiene como función básica la implementación a los casos concretos de las opciones de política pública que han sido decididas en sede legislativa —incluyendo la constitucional y convencional—. Ello permite también cumplir a través del proceso una función social, pero para ello es imprescindible que la prueba esté dirigida a la averiguación de la verdad; y 2) acerca de los poderes probatorios para la proposición y admisión de la prueba, no son de utilidad las miradas reduccionistas que fijan únicamente su atención en la facultad judicial de ordenar pruebas de oficio: conviene tener en mente el mapa de facultades probatorias posibles y juzgar a partir de él cuáles de estas se estiman apropiadas y cuál es su distribución más equilibrada entre la persona juzgadora y las partes a los efectos de maximizar las posibilidades de tener un conjunto de elementos de juicio rico y fiable, de modo compatible con la mayor celeridad, menor coste y mayor eficiencia del proceso.

He presentado una lista, seguramente no exhaustiva, que incluye doce facultades de distintos agentes intervinientes en un proceso judicial relativas a la proposición de pruebas. De ellas, dos parecen claramente injustificadas y no deberían formar parte de la distribución de poderes probatorios que se realice para cada tipo de proceso: la facultad de la parte proponente de una prueba ya admitida de renunciar a esta antes de su adquisición o práctica y la facultad de la persona juzgadora de invertir la carga de la prueba como mecanismo para incentivar la aportación de pruebas. Otras dos podrían admitirse, aunque muy limitadamente: la facultad de la persona juzgadora de excluir de forma sobrevenida una prueba ya admitida, antes de su práctica, y la facultad de las partes de realizar acuerdos probatorios —que debería limitarse a aquellos que faciliten la incorporación de pruebas relevantes al proceso y no afecten a derechos o aspectos del proceso indisponibles—. La limitación de esta última puede hacer innecesaria, por otro lado, la facultad de la persona juzgadora de homologar los acuerdos probatorios de las partes.

Finalmente, hay un grupo de tres facultades “sospechosas” que podrían atribuirse a la juzgadora o juzgador, que suscitan a menudo oposición por su posible

afectación a la imparcialidad judicial, a pesar de ser útiles para el objetivo de enriquecer el acervo probatorio del proceso. Se trata de la facultad de realizar indicaciones probatorias a las partes respecto de los hechos a probar y/o las pruebas a aportar, la facultad de ordenar la incorporación al proceso de pruebas de oficio y la facultad de imponer deberes de producción de pruebas a las partes. Prestaré atención a este problema como cierre del capítulo.

En muchas ocasiones, la imputación de pérdida de la imparcialidad si la persona juzgadora dispone de las facultades indicadas y hace uso de ellas depende, en realidad, de la asunción previa de un modelo de proceso como mecanismo de resolución de conflictos entre las partes, un modelo privatista —también para el proceso penal— en el que la persona juzgadora debería asumir una posición completamente pasiva como espectador de un combate que se produce entre las partes.⁷⁰ De manera sorprendente, quienes sostienen esta concepción no manifiestan normalmente las mismas dudas frente a la falta de criterios precisos que regulen decisiones judiciales como la admisión de la prueba propuesta por las partes o los estándares de prueba. Una y otra situación dejan un gran margen de discrecionalidad y de activismo poco o nada controlados a las personas juzgadoras, lo que puede ser un caldo de cultivo para las decisiones parciales. En cualquier caso, si la objeción está fundada en el modelo de juez y de proceso, es ese modelo el que deberá discutirse. Expresé mi posición al inicio del capítulo y no volveré ahora sobre ella.

Si se quiere analizar autónomamente el impacto que las mencionadas facultades puedan tener en la imparcialidad judicial, al margen del modelo de proceso que se sostenga, habrá que iniciar por determinar cuál es el concepto de imparcialidad que se sostiene. La cuestión es, desde luego, importante, porque la garantía de un juez independiente e imparcial ha sido consagrada como derecho de todo ciudadano en legislaciones, constituciones y tratados internacionales de derechos humanos, como el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos o

⁷⁰ En el mismo sentido, v. Bachmaier Winter, “Editorial dossier «Sistemas procesales penales e imparcialidad del juez»: Imparcialidad y prueba en el proceso penal – reflexiones sobre la iniciativa probatoria del juez”, en *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, pp. 505 y 523-524.

el 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pues bien, la idea general es que la imparcialidad judicial exige que las decisiones que la persona juzgadora adopte se funden en los hechos del caso y sean conformes a derecho, sin que importen a la motivación judicial los intereses de una u otra parte.⁷¹ En este sentido, se sostiene que la persona juzgadora debe ser extraña, es decir, un tercero, respecto de los intereses en conflicto, puesto que de otra manera estaría decidiendo en causa propia. Por contraposición, sostiene Bachmaier Winter, hay dos tipos de elementos que permitirán identificar una decisión como parcial: 1) La influencia de elementos subjetivos y ajenos al caso en el desarrollo del proceso o en la decisión judicial; y 2) que, sobre la base de esos elementos, se confiera o tienda a conferir un trato desigual a las partes al margen del estricto sometimiento a la ley.⁷²

Se suele distinguir entre una noción objetiva y una subjetiva de imparcialidad. La primera apunta a la ausencia de relaciones de parentesco, amistad, enemistad, etcétera, entre la persona juzgadora y las partes o a si su situación, sus actuaciones judiciales previas o intereses personales pudieran introducir dudas sobre su carácter de tercero sin intereses en la causa. La noción subjetiva, en cambio, se fija en la conducta de la persona juzgadora durante el proceso a los efectos de determinar si estuvo libre de prejuicios y sesgos que le hicieran favorecer de modo jurídicamente indebido a una de las partes.

A partir de aquí, podemos distinguir una perspectiva preventiva de una perspectiva reactiva ante la parcialidad. Esta última será la adoptada cuando nos interese en si en un caso concreto se dan circunstancias que muestran la parcialidad de la persona juzgadora o que hacen sospechar de ella, por ejemplo, a los efectos de recusarle o de impugnar una decisión judicial por la parcialidad mostrada por la conducta judicial. Desde una perspectiva preventiva, en cambio, el énfasis se situará en el diseño de instrumentos y reglas procesales que eviten o minimicen

⁷¹ Cf. Papayannis, "Independence, impartiality and neutrality in legal adjudication", en *Revus, Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, p. 39.

⁷² Cf. Bachmaier Winter, *op. cit.*, p. 511. En un sentido muy parecido se expide el Código Modelo de Conducta Judicial de la American Bar Association, accesible en castellano aquí: <https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/professional_responsibility/mcjc_migrated/spanish.pdf>.

las situaciones que pueden dar lugar a la parcialidad.⁷³ Esto es particularmente importante puesto que los sesgos y prejuicios que pueden dar lugar a la parcialidad pueden actuar también de forma inconsciente, en cuyo caso son muy difíciles de evitar por la persona juzgadora en el caso concreto.⁷⁴ Y es aquí donde tiene sentido preguntarse si otorgar a las personas juzgadoras las facultades 3, 10 y 12, que he calificado como “sospechosas”, produce un contexto en el que aumenta considerablemente el riesgo de parcialidad judicial y si, en ese caso, sería una buena medida preventiva prescindir de esas facultades.

Es claro, sin embargo, que la minimización preventiva del riesgo de parcialidad debe hacerse compatible con el cumplimiento de los propios objetivos del proceso judicial. De otra forma, podría llegarse a la absurda conclusión de que la mejor manera de prevenir que no se tomen decisiones judiciales parciales es impedir que se tomen decisiones.⁷⁵ Por eso, partiendo de la asunción de que la atribución de esas facultades probatorias a las personas juzgadoras tiene un fundamento epistémico, porque puede ayudar a aumentar la riqueza del acervo probatorio de los procesos judiciales, será imprescindible evaluar 1) si la ganancia epistémica es mayor o menor que el riesgo de parcialidad en el uso de esas facultades; 2) si es posible regular el uso de esas facultades probatorias por parte de las personas juzgadoras, de manera que se minimice el riesgo de parcialidad a la vez que se preserve la potencial ganancia epistémica que puedan generar las facultades probatorias; y, finalmente, 3) si es posible controlar *a posteriori* el uso parcial de esas facultades, puesto que, cuanto más difícil sea ejercer ese control, mayor será el incentivo para adoptar medidas preventivas más radicales.

⁷³ La prevención de la parcialidad —en forma de sesgos o prejuicios de la persona juzgadora—, está en el fundamento de un buen número de reglas procesales, como por ejemplo las que establecen la necesaria iniciación del proceso a instancia de parte, la selección de la jueza o juez predeterminado por la ley o la atribución a personas distintas de las labores de instrucción, admisión de la prueba y enjuiciamiento en los procesos penales. V., al respecto, Bachmaier Winter, *op. cit.*, p. 504. Ese es el fundamento también de las reglas que regulan la abstención y la recusación judicial, sobre las que puede verse Jiménez Asensio, *Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial*, pp. 77 y ss.

⁷⁴ Cf. Papayannis, “Independence, impartiality... cit.”, pp. 36-37; Vázquez, “La im/parcialidad pericial y otras cuestiones afines. Confiabilidad, desacuerdos y sesgos de los expertos”, en *Isonomía*, p. 97; e *id.*, “La imparcialidad, la independencia y la objetividad pericial. Los factores humanos de los expertos”, en *La prueba pericial a examen. Propuestas de lege ferenda*, pp. 21-27.

⁷⁵ Cf. Taruffo, “La cultura de la imparcialidad en los países del *Common Law* y del derecho continental, en *Estudios de Derecho Judicial*, p. 111.

Con ese esquema en mente, podemos ahora analizar las tres facultades probatorias “sospechosas” —recordemos: la facultad de realizar indicaciones probatorias a las partes respecto de los hechos a probar y/o las pruebas a aportar, la facultad de ordenar de oficio la incorporación al proceso de pruebas y la facultad de imponer deberes de producción de pruebas a las partes—.

La facultad de realizar indicaciones probatorias a las partes y la facultad de imponer deberes de aportación de pruebas a las partes producen, claramente, beneficios epistémicos en la mejora del acervo probatorio. La necesidad del ejercicio de la primera facultad judicial disminuirá en la medida que la calidad del trabajo probatorio de las partes sea mejor; para eso es fundamental preocuparse por mejorar el acceso a la justicia —en su faceta de acceso a las pruebas periciales, por ejemplo— y la formación en materia probatoria de las personas que ejercen la abogacía, la fiscalía, la defensoría, etcétera. En cualquier caso, es importante que desde la posición de tercero, que caracteriza a la persona juzgadora imparcial, sea posible indicar a las partes lagunas probatorias, por ejemplo, y darles la oportunidad de aportar las pruebas necesarias para colmarlas. Es claro que esas indicaciones judiciales pueden ser el vehículo por el que se manifieste una parcialidad de la persona juzgadora si, por ejemplo, realiza indicaciones que permiten colmar lagunas probatorias a una de las partes pero no a la otra. Por ello, conviene preguntarnos si es posible regular el ejercicio de esa facultad de manera que se minimice el riesgo de utilización parcial y si es posible controlar su ejercicio parcial *a posteriori*. Las respuestas, en mi opinión, son afirmativas: se podría, por ejemplo, precisar si el ejercicio de la competencia judicial de hacer a las partes las indicaciones sobre las lagunas probatorias es facultativo o debido. Esta última opción permitiría impugnar jurídicamente los casos en que la persona juzgadora omitiera hacer a una de las partes las correspondientes indicaciones, a pesar de que resultarían ya perfectamente identificables las lagunas probatorias en ese momento.⁷⁶ Finalmente, la parcialidad en el ejercicio de esta facultad es perfectamente identi-

⁷⁶ Hay, además, buenas razones de economía procesal para un régimen de este tipo: ¿qué sentido tiene que empleemos recursos y tiempo en la continuación de procesos con acervos probatorios deficientes, cuyas lagunas eran detectables desde el inicio y conducirán muy probablemente a resultados de ausencia de prueba suficiente?

ficable y podría ser objeto de control *a posteriori* y ser reconocida como causa bastante para fundar un recurso.

La facultad de imponer deberes de aportación probatoria tiene un fundamento epistémico claro: evitar que el comportamiento autointeresado de una parte, que dispone de una prueba relevante que pudiera beneficiar a la otra, abuse de su posición de dominio sobre la prueba y la sustraiga del proceso. Aquí la mejora de la regulación jurídica del ejercicio de esa facultad debería centrarse en la determinación del tipo de sanciones que la persona juzgadora podría imponer en caso de incumplimiento del deber: dejar las sanciones a la total discrecionalidad de la jueza o juez es un caldo de cultivo que favorece la parcialidad y la inseguridad jurídica, lo que puede dar lugar también a sanciones muy diversas para casos de incumplimientos iguales. En todo caso, estamos también aquí ante una facultad judicial respecto de la que es posible y no especialmente complejo el control *a posteriori* de la imparcialidad de su ejercicio.

Finalmente, el supuesto de la facultad judicial de ordenar pruebas de oficio es algo más delicado. Se trata, por un lado, de una facultad con evidentes beneficios epistémicos, puesto que permite mejorar la riqueza del acervo probatorio, incorporando pruebas relevantes que no fueron aportadas por las partes. También en este caso la mejora del trabajo probatorio de las partes debería tener la consecuencia de disminuir la necesidad de ejercer esta facultad. Y también el ejercicio de las potestades judiciales de dar indicaciones probatorias a las partes y de imponer deberes de producción de pruebas debería servir para disminuir aún más las ocasiones en que resulte epistémicamente necesario ordenar pruebas de oficio. Por ello, si funcionaran bien esas medidas, la facultad de ordenar la incorporación al proceso de pruebas de oficio podría ser de ejercicio muy limitado y residual —aunque podría resultar decisiva en algunos casos—. Como el mundo real está lejos de corresponderse con el ideal en muchas ocasiones, disponer de esta facultad puede ser de gran utilidad.

Un mal uso o un abuso de esta facultad, en cambio, puede dar lugar a decisiones judiciales parciales, porque de manera deliberada la persona juzgadora únicamente ordene pruebas que pudieran tener un resultado probatorio favorable a

una de las partes.⁷⁷ Esto es poco común y resulta fácilmente controlable *a posteriori*. Además, en la mayoría de los casos no es tan simple “hipotizar” el resultado probatorio de una prueba al momento de ordenarla, por lo que no se puede dar por descontado a qué parte beneficiará.⁷⁸ Sin embargo, el ejercicio desmedido de esta facultad de ordenar pruebas de oficio puede dar lugar a otro tipo de parcialidad más difícilmente controlable, porque es inconsciente: la asunción de una posición investigadora por parte de la persona juzgadora que la haga susceptible de asumir sesgos —como el de la confirmación— que hagan que tienda a sobrevalorar las pruebas favorables a su hipótesis investigadora respecto de las que la contradigan. Para evitar ese tipo de sesgos, muchos ordenamientos han optado por atribuir las funciones de instrucción y enjuiciamiento a personas distintas. Cuando la prueba de oficio haya sido ordenada por la jueza o el juez de control o de admisibilidad de la prueba, siempre que sea una persona distinta de la de enjuiciamiento, el diseño procesal otorgaría ya bastante protección ante el peligro. Sin embargo, la relevancia de una prueba puede hacerse evidente durante o después de la práctica de otras pruebas y, en ese momento, sería ya el órgano encargado del enjuiciamiento quien podría ejercer la facultad de ordenar una prueba de oficio. Para esas situaciones, es conveniente también tener criterios legales claros para el uso de la facultad en comento que minimicen el riesgo de parcialidad inconsciente.

Picó i Junoy ha propuesto al efecto que el ejercicio de la facultad de ordenar pruebas de oficio debería estar sometido a tres condiciones: a) las pruebas ordenadas oficiosamente “deben, necesariamente, limitarse a los hechos controvertidos o discutidos por las partes, en virtud de los principios dispositivo y de aportación de parte”; b) “es necesario que consten en el proceso las fuentes de prueba sobre las cuales tiene lugar la posterior actividad probatoria del Juez”; y c) “en tercer lugar, es necesario que se respete, en todo momento, el principio

⁷⁷ Como ya comenté respecto de la facultad judicial de indicar lagunas probatorias, un buen profiláctico contra el uso parcial de la facultad de ordenar pruebas de oficio puede ser configurar el ejercicio de esa facultad como un deber para la persona juzgadora. Así se establece, por ejemplo, en el artículo 170 del Código General del Proceso colombiano: “El juez deberá decretar pruebas de oficio (...) cuando sean necesarias para esclarecer los hechos objeto de la controversia”.

⁷⁸ Cf. Taruffo, “La cultura de la imparcialidad... cit.”, p. 115.

de contradicción que cualquier litigante posee en el desarrollo de la prueba, por lo que debe permitírsele proponer nuevas pruebas y, evidentemente, participar en la práctica de toda la actividad probatoria”.⁷⁹

Como ya mencioné, un sistema que apueste por la mejor formación probatoria de las personas que ejercen la defensa de las partes en juicio, de manera que sus propuestas probatorias sean mejores, que permita a la persona juzgadora realizar indicaciones probatorias a las partes y que posibilite también imponerles deberes de aportación de pruebas, debería limitar mucho la necesidad de ordenar pruebas de oficio. Si, además, el ejercicio de esta última facultad se somete a los tres límites propuestos por Picó i Junoy, creo que el peligro de parcialidad queda razonablemente minimizado frente a la utilidad epistémica de la facultad.

Una estrategia de distribución equilibrada de poderes probatorios entre la persona juzgadora y las partes, con regulaciones más precisas sobre las condiciones de ejercicio de las facultades probatorias y adecuados controles *a posteriori* de ese ejercicio, es la mejor opción para maximizar las posibilidades de disponer de acervos probatorios ricos y fiables en el proceso, a la vez que minimizar el riesgo de parcialidad. En cambio, la ausencia de facultades probatorias de la persona juzgadora y la pasividad de esta —simple espectadora de un proceso completamente centrado en las partes— no son un buen mecanismo tampoco para garantizar su imparcialidad. Si, como hemos visto, la parcialidad es un estado mental, consistente en la disposición a favorecer a una parte o en sesgos o prejuicios que producen esa misma tendencia, el ejercicio de facultades probatorias judiciales no hace caer en ella necesariamente. Por el contrario, puede ser un buen instrumento

⁷⁹ Picó i Junoy, *El juez y la prueba... cit.*, pp. 117-118. Una posición muy parecida ha sido adoptada por el Tribunal Constitucional español, al sostener que “en relación con la cuestión que aquí nos ocupa, la iniciativa probatoria de oficio, la garantía de la imparcialidad objetiva exige, en todo caso, que con su iniciativa el juzgador no emprenda una actividad inquisitiva encubierta. Sin embargo, esto no significa que el juez tenga constitucionalmente vedada toda actividad procesal de impulso probatorio, por ejemplo, respecto de los hechos objeto de los escritos de calificación o como complemento para contrastar o verificar la fiabilidad de las pruebas de los hechos propuestos por las partes” —Tribunal Constitucional de España, Sala Segunda, STC 188/2000, F. J. 2º—. Respecto de la exigencia de posibilitar la contradicción de las partes, es muy claro el artículo 170 del Código General del Proceso colombiano, que prevé expresamente que “[l]as pruebas decretadas de oficio estarán sujetas a la contradicción de las partes”.

para detectar esa disposición mental y someterla al propio control de las partes y, en su caso, de órganos judiciales superiores. Tener a la persona juzgadora callada y pasiva no impide la enfermedad de la parcialidad, sino que en muchas ocasiones puede simplemente esconderla e impedir su detección.⁸⁰

⁸⁰ Aunque no es objeto de este capítulo, la misma reflexión puede plantearse respecto de la participación de la persona juzgadora en la práctica de la prueba: se debe valorar si es preferible que la parcialidad de la jueza o el juez se explicite en su participación en la práctica de la prueba, de modo que pueda ser incluso motivo de recurso de la posterior decisión, o bien que se mantenga oculta sin esa posibilidad de control. En mi opinión, resulta preferible la primera opción, por lo que tampoco el posible abuso parcialmente dirigido de la participación de la persona juzgadora en la práctica de la prueba es razón para impedir esa participación. Un claro ejemplo de ello puede encontrarse en el caso que ha dado lugar a una reciente condena a España por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos —TEDH—: el caso *Otegui Mondragón y otros vs. España*. La condena trae causa de la inadmisión de la recusación por parte de los demandantes de la presidenta de la Sección Cuarta de la Audiencia Nacional en un procedimiento por pertenencia a banda armada. La presidenta del tribunal había integrado, a su vez, el tribunal que juzgó un caso previo de enaltecimiento del terrorismo que se siguió contra uno de los demandantes, Arnaldo Otegui. En ese caso previo, la presidenta del tribunal preguntó al acusado si condenaba el terrorismo, a lo que él se negó a contestar. Ante la negativa a responder, la presidenta comentó “ya sabía [yo] que no me iba a responder a esa pregunta”. El acusado fue condenado y la defensa recurrió la condena alegando que el comentario de la presidenta del tribunal permitía albergar dudas respecto de su imparcialidad. El Tribunal Supremo español, en sentencia de 2 de febrero de 2011, acogió el argumento de la defensa y afirmó que “[l]a pregunta formulada por la Presidenta del Tribunal y, muy especialmente, su reacción al negarse el recurrente a contestar, pueden interpretarse, desde perspectivas objetivas, como una expresión de una opinión ya formada, previamente o al inicio del juicio, acerca del significado que cabría otorgar a las palabras pronunciadas por el recurrente” y de una idea preconcebida de su culpabilidad. Por ello, el Tribunal Supremo anuló la sentencia y ordenó la repetición del juicio con otra composición del tribunal.

En el caso posterior que da origen a la condena del TEDH, en cambio, la defensa solicitó la recusación de esa misma presidenta del tribunal por las dudas que el mencionado antecedente introducía respecto de su imparcialidad para juzgar de nuevo a los mismos imputados, ahora por otros delitos. Esa recusación fue inadmitida y los acusados fueron condenados. Ello dio origen al recurso ante el TEDH, que condenó a España, al considerar que las buenas razones por las que prosperó la recusación en el caso precedente debieron aplicarse también en el segundo caso. Lo interesante para el punto que estoy tratando es que fue el hecho de que la magistrada pudiera formular preguntas y lo hiciese lo que permitió detectar una posible parcialidad. Dicha parcialidad no se originó en las preguntas formuladas ni en el comentario posterior, sino que estaba ya subyacente y fueron las preguntas las que permitieron precisamente detectarla.

Esta parece ser también la doctrina que asume el Tribunal Supremo español, que, en una reciente sentencia —STS 129/2021, FJ. 1º— se refiere a la autorrestricción con la que las y los jueces y tribunales deben afrontar los poderes probatorios, sin que ello impida su participación en la práctica de la prueba. Así, en el caso de la prueba personal, “el juez no puede mostrarse pasivo cuando, por ejemplo, no alcanza a entender las conclusiones o las bases metodológicas de los dictámenes periciales o determinadas afirmaciones o descripciones de los testigos. En estos casos, la intervención aclaratoria del juez deviene obligada”, después de lo cual acaba concluyendo que “[n]eutralidad y pasividad no son conceptos equiparables pues entrañan valores o concepciones del proceso muy diferentes”.

Bibliografía

- Abel Lluch, X., *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, Bosch editor, Barcelona, 2005.
- Aguirrezabal Grünstein, M. y Pérez Ragone, Á., “Aportes para una conducción colaborativa del proceso civil chileno: pensando una nueva justicia”, en *Revista de Derecho Privado*, núm. 35, 2018, pp. 293-326.
- Alvarado Velloso, A., *Debido proceso versus pruebas de oficio*, Temis, Bogotá, 2004.
- Andrews, N., “The Adversarial Principle: Fairness and Efficiency”, en A. Zuckerman y R. Cranston, *Reform of Civil Procedure*, Oxford University Press, Oxford, 1995.
- Andrés Ibáñez, P., “«Carpintería» de la sentencia penal (en materia de «hechos»)”, en *Poder judicial*, núm. 49, 1998, pp. 393-428.
- Bachmaier Winter, L., “Editorial dossier «Sistemas procesales penales e imparcialidad del juez»: Imparcialidad y prueba en el proceso penal – reflexiones sobre la iniciativa probatoria del juez”, en *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 4, núm. 2, 2018.
- Cabral, A. do Passo, *Convenções Processuais*, 2ª ed., Juspodivm, Salvador de Bahía, Brasil, 2018.
- Calamandrei, P., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, 2ª ed., Cedam, Padua, 1943.
- Caracciolo, R. (1988), “Justificación normativa y pertenencia. Modelos de decisión judicial”, en *Análisis filosófico*, vol. VIII, núm. 1, 1988.
- Carrata, A., “La funzione sociale del processo civile, fra XX e XIX secolo”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, vol. 71, núm. 2, 2017.

- Chiovenda, G., *Principios de derecho procesal civil, II*, trad. de J. Casais y Santalló, Reus, Madrid, 1977.
- Cipriani, F., “Il processo civile tra vecchie ideologie e nuovi slogan”, en *Rivista di diritto processuale*, vol. 58, núm. 2, 2003, pp. 453-466.
- Damaška, M., *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*, Yale University Press, New Haven, 1986.
- Davis, K. E. y Hershkoff, H., “Contracting for Procedure”, en *William and Mary Law Review*, vol. 53, núm. 2, 2011.
- De Paula Ramos, V., *La carga de la prueba en el proceso civil. De la carga al deber de probar*, trad. de L. Criado Sánchez, Marcial Pons, Madrid, 2020.
- _____, “Convenções probatórias no processo civil. Negociando o que é negociável”, en De Resende Salgado, R. Pinheiro de Queiroz y L. F. Schneider Kircher, *Justiça consensual: acordos penais, cíveis e administrativos*, Salvador de Bahía, 2022.
- Devis Echandía, H., “La iniciativa probatoria del juez civil en el proceso contemporáneo”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. IV, 1967.
- _____, “Facultades y deberes del juez en el moderno proceso civil”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1968.
- Dondi, A., Ansanelli, V. y Comoglio, P., *Procesos civiles en evolución. Una Perspectiva comparada*, trad. de J. M. Salgado, Marcial Pons, Madrid, 2017.
- Epstein, J. A., “The Quiet Revolution in Australia -The Changing Role of the Judge in Civil Proceedings”, en N. Trocker y E. Varano, *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, Giappichelli, Torino, 2005.
- Ferrer Beltrán, J., “Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso”, en *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, núm. 36, 2017.

—————, “La carga dinámica de la prueba. Entre la confusión y lo innecesario”, en J. Nieva Fenoll, J. Ferrer Beltrán y L. J. Giannini, *Contra la carga de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2019.

Instituto Panamericano de Derecho Procesal, “Declaración del Instituto Panamericano de Derecho Procesal sobre la teoría de las cargas probatorias dinámicas”, en *Revista Latinoamericana de Derecho Procesal*, núm. 9, mayo de 2017.

Jiménez Asensio, R., *Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial*, Aranzadi, Madrid, 2002.

Jolowicz, J. A., “Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure”, en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 52, 2003.

Langer, M. (2001), “La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado”, en J. B. Maier y A. Bovino, A. (comps.), *El procedimiento abreviado*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2001.

Liebman, E. T., *Manual de Derecho Procesal Civil*, trad. de S. Sentís Melendo, EJE, Buenos Aires, 1980.

Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 2002.

—————, “Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)”, en *Cuadernos de Derecho Judicial. La prueba*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

—————, *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

Muñoz Sabaté, L., *Fundamentos de la prueba judicial civil*, Barcelona, Bosch, 2001.

Nieva Fenoll, J., “La cattiva reputazione del principio inquisitorio”, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. 68, núm. 3, 2014, pp. 943-970.

—————, “La actuación de oficio del juez nacional europeo”, en *Diario La Ley*, núm. 9000, Sección Doctrina, 14 de junio de 2017.

Nogueira, P. H., “Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro”, en A. do P. Cabral y P. H. Nogueira (eds.), *Negócios Processuais*, vol. 1, 4ª ed., Juspodivm, Salvador de Bahía, 2015.

Oteiza, E., “El juez ante la tensión entre libertad e igualdad”, en *Revista de Derecho Procesal*, núm. extraordinario, 2002.

Papayannis, D. M., *El derecho privado como cuestión pública*, Universidad Externado, Bogotá, 2016.

—————, “Independence, impartiality and neutrality in legal adjudication”, en *Revus, Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, núm. 28, 2016.

Parra Quijano, J., *Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio*, Temis, Bogotá, 2004.

Peyrano, J. W. y Chiappini, J. O., “Lineamientos de las cargas procesales dinámicas”, en *El Derecho*, tomo 107, 1984.

—————, *Cargas probatorias dinámicas*, Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires, 2008.

Picó i Junoy, J., “El principio de adquisición procesal en materia probatoria”, en *Diario La Ley*, núm. 6404, 20 de enero de 2006.

—————, *El juez y la prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*, Bosch editor, Barcelona, 2007.

_____, “Repensando los pactos procesales probatorios desde las garantías constitucionales del proceso”, en *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. 21, núm. 1, 2020.

Pound, R., “The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice”, en *Federal Rules Decisions*, 35, 241, 1964.

Rawls, J., *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1971.

Resnik, J., “Whose Judgment? Vacating Judgements, Preferences for Settlement, and the Role of Adjudication at the Close of the Twentieth Century”, en *UCLA Law Review*, núm. 41, 1994.

Strandberg, M., “Standards of Evidence in Scandinavia”, en L. Tichý, *Standards of Proof in Europe*, Mohr Siebeck, Tubinga, Alemania, 2019.

Summers, S. J., *Fair Trials. The European Criminal Procedural Tradition and the European Court of Human Rights*, Hart Publishing, Oxford, 2007.

Talavera, P., *La prueba en el nuevo proceso penal*, Academia de la Magistratura, Lima, 2009.

Taruffo, M., *La prueba de los hechos*, trad. de J. Ferrer Beltrán, Trotta, Madrid, 2002.

_____, “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”, en M. Taruffo, *La prueba*, trad. de R. Gama, Marcial Pons, Madrid, 2008.

_____, “¿Verdad negociada?”, en M. Taruffo, *La prueba*, trad. de A. Bordalí, Marcial Pons, Madrid, 2008.

_____, *La prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

_____, “La cultura de la imparcialidad en los países del *common law* y del derecho continental”, en *Estudios de Derecho Judicial*, 151, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009.

Valmaña Cabanes, A. (2012), “El principio de adquisición procesal y su proyección sobre la prueba no practicada”, en *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2012.

Vázquez, C., “La admisibilidad de las pruebas periciales y la racionalidad de las decisiones judiciales”, en *Doxa*, núm. 38, 2015.

_____, “Los retos de las pruebas periciales a partir del nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales. Apuntes desde la epistemología jurídica”, en *Problema. Anuario de filosofía y teoría del derecho*, núm. 11, 2017.

_____, “La im/parcialidad pericial y otras cuestiones afines. Confiabilidad, desacuerdos y sesgos de los expertos”, en *Isonomía*, núm. 48, 2018.

_____, “La imparcialidad, la independencia y la objetividad pericial. Los factores humanos de los expertos”, en J. Picó i Junoy (dir.), *La prueba pericial a examen. Propuestas de lege ferenda*, Bosch editor, Barcelona, 2020.

Veleda, D., “Decidir sin probar: acuerdos sobre los hechos en el proceso penal”, en P. Rovatti (coord.), *Manual sobre Derechos Humanos y prueba en el proceso penal*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2021.

Zuckerman, A. A. S., *Zuckerman on civil procedure. Principles of practice*, 3ª ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2003.

_____, “Court Control and Party Compliance: The Quest for Effective Litigation Management”, en N. Trocker y E. Varano, *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, Giappichelli, Torino, 2005.

Sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México

Primera Sala

Amparo Directo en Revisión 950/2019, sentencia de 3 de julio de 2019. Ponente: ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo.

Amparo Directo en Revisión 6389/2015, sentencia de 30 de noviembre de 2016. Ponente: ministro José Ramón Cossío Díaz.

Contradicción de Tesis 56/2016, sentencia de 22 de febrero de 2016. Ponente: ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

Sentencias del Tribunal Constitucional de España

- STC 188/2000, de 10 de julio de 2000. Ponente: Carles Viver Pi-Sunyer.

Sentencias del Tribunal Supremo de España

- STS 129/2021, de 17 de marzo de 2021. Ponente: Javier Hernández García.
- STS 1041/2000, de 14 de febrero de 2000. Ponente: José Antonio Marañón Chávarri.

Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de Colombia

- 9193-2017, de 28 de junio de 2017. Ponente: Ariel Salazar Ramírez.

La conformación del conjunto de elementos de juicio: admisión de pruebas

Carmen Vázquez*

Mercedes Fernández López**

* Profesora agregada en la Universitat de Girona y Coordinadora académica del máster en razonamiento probatorio de la Universitat de Girona y la Università degli Studi di Genova. (Autora de los apartados *I.* y *III.* de este capítulo).

** Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Alicante. (Autora del apartado *II.* de este capítulo).

La conformación del conjunto de elementos de juicio: admisión de pruebas.

I. Criterios generales de admisibilidad de las pruebas; II. Criterios no epistémicos de admisión de pruebas; III. Admisibilidad de la prueba pericial.

I. Criterios generales de admisibilidad de las pruebas

Si hay algo que distingue la prueba jurídica de cualquier otro ámbito del razonamiento es que “el conjunto de elementos de juicio que podrá y deberá ser tomado en consideración está formado únicamente por las pruebas *aportadas* y *admitidas* al proceso”.¹ Paradójicamente, sin embargo, la admisión de las pruebas es quizá la etapa probatoria menos “puesta en práctica” en nuestros sistemas de justicia. El funcionamiento habitual de la admisión ha sido, por un lado, que los y las abogadas simplemente enlisten todos los criterios previstos en el ordenamiento, sin hacer mayor esfuerzo argumentativo sobre cómo cada una de las pruebas que ofrecen los satisfacen; y, por otro lado, las personas juzgadoras parecen haber asumido una actitud de *laissez faire*, admitiendo todo lo ofrecido y, en el mejor de los casos, desplazando al momento de la valoración probatoria lo que debería ser decidido en el de la admisión de la prueba.² La única excepción es el criterio de licitud de la prueba, que no solo se ha debatido en la admisión, sino que incluso ha dado lugar a la creación del “juez de control” o “de garantías” en materia

¹ Ferrer, *La valoración racional de la prueba*, p. 42.

² Por supuesto que no pueden obviarse los incentivos que podrían tener los jueces para asumir esta actitud, entre ellos, por ejemplo, evitar que las partes retrasen el procedimiento presentando algún recurso disponible en el sistema jurídico para cuestionar una decisión de exclusión de alguna prueba.

penal, con el objetivo de dejar fuera del juicio oral la información obtenida en violación de garantías fundamentales; sin contaminar así, a quien debe tomar la decisión final sobre el caso.

El descuido referido anteriormente ha generado un tratamiento pobre de los criterios de admisión, que se refleja incluso en la legislación que gobierna esta etapa procesal. En materia penal, por ejemplo, el artículo 346 del Código Nacional de Procedimientos Penales —CNPP— intitulado “Exclusión de medios de prueba para la audiencia del debate”, establece:

Una vez examinados los medios de prueba ofrecidos y de haber escuchado a las partes, el Juez de control ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidos en la audiencia de juicio, aquellos medios de prueba que no se refieran directa o indirectamente al objeto de la investigación y sean útiles para el esclarecimiento de los hechos, así como aquellos en los que se actualice alguno de los siguientes supuestos:

I. Cuando el medio de prueba se ofrezca para generar efectos dilatorios, en virtud de ser:

a) Sobreabundante: por referirse a diversos medios de prueba del mismo tipo, testimonial o documental, que acrediten lo mismo, ya superado, en reiteradas ocasiones;

b) Impertinentes: por no referirse a los hechos controvertidos, o

c) Innecesarias: por referirse a hechos públicos, notorios o incontrovertidos;

II. Por haberse obtenido con violación a derechos fundamentales;

III. Por haber sido declaradas nulas, o

IV. Por ser aquellas que contravengan las disposiciones señaladas en este Código para su desahogo.

En el caso de que el Juez estime que el medio de prueba sea sobreabundante, dispondrá que la parte que la ofrezca reduzca el número de testigos o de documentos,

cuando mediante ellos desee acreditar los mismos hechos o circunstancias con la materia que se someterá a juicio.

Asimismo, en los casos de delitos contra la libertad y seguridad sexuales y el normal desarrollo psicosexual, el Juez excluirá la prueba que pretenda rendirse sobre la conducta sexual anterior o posterior de la víctima.

La decisión del Juez de control de exclusión de medios de prueba es apelable.

Lo primero que podría comentarse sobre este artículo es que sufre de una mala técnica legislativa, que no solo lo hace confuso, sino que incluso literalmente dice que hay que excluir pruebas útiles, lo cual es un flamante error. Aunado a lo anterior, probablemente se podría plantear alguna cuestión de constitucionalidad en lo referente al punto IV, pues la exclusión de pruebas que contravengan disposiciones de un código podría afectar el derecho fundamental a la prueba derivado del artículo 20 constitucional.³ En todo caso, más allá de las deficiencias del artículo, me interesa hacer un análisis de los criterios que rigen la admisión en general y, para hacerlo, asumiré que una mejor redacción de ese texto normativo podría ser:

No son susceptibles de prueba los hechos notorios y los hechos no controvertidos por las partes. Se excluirán los medios de prueba irrelevantes (o impertinentes) e inútiles, así como aquellos obtenidos en violación de los derechos fundamentales o que hayan sido declarados nulos.

En lo que sigue, explicaré los elementos de esta propuesta, al final se abordarán también cuestiones atinentes a la prueba ilícita.

1. Hechos que se deben probar y cómo probarlos

En primer lugar, en el ofrecimiento y la admisión de pruebas es necesario distinguir entre dos preguntas:

³ También plantea un debate muy interesante sobre las llamadas “pruebas prohibidas” cuando especifica que no se admitirá ninguna información relacionada con la conducta sexual de una (supuesta) víctima de delitos sexuales.

- ¿Qué hechos se deben probar? (¿y qué hechos no requieren prueba?)
- ¿Con qué información se prueban los hechos?

Responder la primera cuestión nos lleva ante todo a preguntarnos por la relevancia jurídica o relevancia de los hechos; en cambio, responder la pregunta sobre con qué información se prueban los hechos nos aboca ante todo a la relevancia probatoria o relevancia de las pruebas —o, como suele ser identificado en muchos códigos procesales, la pertinencia de las pruebas—. ⁴

La relevancia jurídica de los hechos es lo que los anglosajones denominan “materiality” y se hace referencia a ella también con expresiones como “hecho constitutivo”, “hecho principal”, “supuesto de hecho”, “*thema probandum*”, etcétera. Como el lector habrá inferido ya, responder a qué hechos deberán ser probados para la toma de decisión supone atender a lo establecido previamente por el legislador en el derecho sustantivo.

Si atendemos al delito de feminicidio, por ejemplo, los códigos penales estatales prevén muy diversos hechos jurídicamente relevantes. Algunos de estos hechos están presentes en varios de ellos —abusos sexuales o mutilaciones en el cuerpo de la víctima, etcétera— y otros presentes en solo algunos de ellos —como la privación de la libertad de la víctima—. El Código Penal del Estado de Guanajuato establece como supuesto “que la víctima haya sido incomunicada” o que “su cuerpo sea expuesto o arrojado a un lugar público”, en cambio ninguno de estos dos está previsto en el Código Penal del Estado de Nuevo León; por ello, el hecho de que la víctima haya sido incomunicada sería *jurídicamente irrelevante* para perseguir un feminicidio en Nuevo León y, en cambio, es *jurídicamente relevante* en Guanajuato.

Una vez establecida la regla general de que son los hechos jurídicamente relevantes los que deben probarse, hay que mencionar dos excepciones que identifican hechos (jurídicamente relevantes) que *no es necesario probar*: los hechos notorios

⁴ Aunque hay autores que distinguen entre relevancia probatoria y pertinencia, V. por ejemplo, Dei Vecchi, “Admisión y exclusión de pruebas: índice para una discusión”, en *Pensar la prueba*, p. 36.

y los hechos no controvertidos. El CNPP hace alusión a ambos; aunque, a decir verdad, poca luz nos aporta sobre su significado, por lo que es necesario hacer alguna especificación más aquí.

Una buena referencia para tratar los hechos notorios son las *Federal Rules of Evidence* estadounidenses—en adelante, FRE—, concretamente la regla 201, que establece:

El tribunal puede declarar un hecho como notorio [*judicial notice*] si ese hecho no es susceptible de una disputa razonable debido a que:

(1) es ampliamente conocido [*generally known*] dentro del ámbito territorial del tribunal del juicio

o

(2) puede ser determinado de forma acertada y fácilmente de fuentes cuya fiabilidad no puede ser razonablemente cuestionada.

A partir de dicho artículo, se podría decir que hay dos tipos de notoriedad en la categoría de “hechos notorios”: la *conocida* y la *cognoscible* de forma fácil y fiable. El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado sobre el primer tipo de notoriedad en la siguiente tesis de jurisprudencia:

HECHOS NOTORIOS. CONCEPTOS GENERAL Y JURÍDICO. Conforme al artículo 88 del Código Federal de Procedimientos Civiles los tribunales pueden invocar hechos notorios, aunque no hayan sido alegados ni probados por las partes. Por hechos notorios deben entenderse, en general, aquellos que por el conocimiento humano se consideran ciertos e indiscutibles, ya sea que pertenezcan a la historia, a la ciencia, a la naturaleza, a las vicisitudes de la vida pública actual o a circunstancias comúnmente conocidas en un determinado lugar, de modo que toda persona de ese medio esté en condiciones de saberlo; y desde el punto de vista jurídico, hecho notorio es cualquier acontecimiento de dominio público conocido por todos o casi todos los miembros de un círculo social en el momento en que va a pronunciarse la decisión judicial, respecto del cual no hay duda ni discusión; de manera que al ser notorio la ley exime de su prueba, por ser del

conocimiento público en el medio social donde ocurrió o donde se tramita el procedimiento.⁵

Que se consideren determinados hechos como “notorios”, no puede olvidarse, constituye una decisión judicial que no depende de información proporcionada por las partes; como dice Taruffo, depende de la cultura o el conocimiento del juez.⁶ Es decir, aquello que el juez conoce sobre el mundo y que de alguna manera no es solo su propia experiencia, sino que se trata de hechos cuya ocurrencia es indiscutible o conocida por otras tantas personas. Por supuesto, hay un conjunto de hechos que fácilmente podrían caer dentro de estas características, por ejemplo, el día en que estalló la Revolución Mexicana, la existencia de la ley de la gravedad, que en la Ciudad de México se vive una congestión vehicular, quién es actualmente el presidente de la República, etcétera. En términos generales, el punto clave es que este hecho no sea susceptible de discusión razonable; por lo que, en caso de que las partes lo discutan, el juez *tendrá que argumentar* sobre la razonabilidad de ello para seguir teniéndolo como notorio o no. Volveremos sobre este punto más adelante.

Quizá la categoría que más problemas genera sería la que la corte identifica como “circunstancias comúnmente conocidas en un determinado lugar, de modo que toda persona de ese medio esté en condiciones de saberlo”; o, en su caracterización del “hecho notorio desde el punto de vista jurídico”, la exigencia de que sea “conocido por todos o casi todos los miembros de un círculo social”. Como bien dicen Anderson, Schum y Twining, “en una sociedad dinámica, multicultural y con múltiples clases, no es posible suponer un consenso cognitivo extensivo a través de las clases o culturas, o incluso dentro de las culturas. La idea de un consenso cognitivo que comprende un acervo común de conocimientos o creencias es altamente problemática”.⁷ Entre los problemas que se presentan podemos identificar:

⁵ Tesis: P/J. 74/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Registro Digital: 174899.

⁶ Cf. Taruffo, *La prueba*, p. 144. Por supuesto, dicho conocimiento tiene una función innegable en el razonamiento probatorio. Como dice Zuckerman “No importa si un juez está valorando pruebas circunstanciales o la credibilidad de los testigos, no puede sino utilizar su propio conocimiento y experiencia del mundo”. Cf. Zuckerman, *On Civil Procedure. Principles of Practice*, p. 1035.

⁷ Anderson, Schum y Twining, *Analysis of evidence*, p. 335.

- Cuán precisas deben ser las proposiciones que van a ser asumidas como hecho notorio.
- Cuál es exactamente la base empírica que debe considerarse.
- Cuán general debe ser el conocimiento del hecho en la sociedad de referencia.
- Si el objeto de conocimiento general se limita a proposiciones fácticas o puede incluir también algún tipo de evaluación.

Veamos estos problemas a partir de un ejemplo: imaginemos que se quiere asumir como hecho notorio que son las mujeres quienes realizan las tareas de cuidado de otras personas. Se trata de una proposición algo imprecisa dado que no se especifica, por ejemplo, a qué tareas de cuidados se refiere y, precisamente por ello, puede ser susceptible de mayor cuestionamiento razonable. En cambio, cuanto más precisamente se formule la afirmación —por ejemplo, “son las mujeres quienes realizan las labores de cuidado de enfermos en la familia”—, menos cuestionable será.

Por otro lado, podría cuestionarse cuál es la base empírica que el juez debe considerar para asumir la notoriedad. En el ejemplo que estamos usando, podrían tomarse en cuenta al menos dos opciones: “que las personas crean x con algún grado de certeza” o “el estatus de verdadero o falso del contenido proposicional”. Evidentemente se trata de cuestiones bien diferentes.

En tercer lugar, habría que ver cuál es el nivel de generalidad exigido, es decir, qué parte de la población deberíamos tomar como referencia. La Suprema Corte alude, por ejemplo, a “los miembros de un círculo social”, pero habría que determinar exactamente qué se entiende por “círculo social”: ¿un grupo de personas con un determinado poder adquisitivo?, ¿un grupo de personas con un nivel de formación?, ¿un grupo de personas que viven en una determinada ubicación geográfica? De hecho, esto último había sido tradicionalmente el criterio empleado, la ubicación geográfica, pero habría que preguntarse si sigue teniendo sentido en la era de Internet, que trasciende claramente esos límites geográficos. En todo caso, siguiendo con el ejemplo, deberíamos preguntarnos cuál sería el círculo social a considerar si se quisiera establecer como hecho notorio que las mujeres asumen el rol de cuidadoras —o cuestiones más concretas en función de las respuestas que se den a los puntos anteriores—.

Finalmente, por supuesto, queda la cuestión de si los hechos notorios deben ser cuestiones puramente fácticas o también podrían considerarse cuestiones fácticas mezcladas con ciertas valoraciones. Por ejemplo, imagínese que se quiera asumir como hecho notorio que la mayoría de los miembros de ese círculo social creen que las mujeres tienen “naturaleza” de cuidadoras o que deben ser cuidadoras, más allá de si *de hecho* la mayoría de las mujeres entre los miembros de un círculo social se dedican a las labores de los cuidados. Evidentemente, los dos primeros tienen componentes evaluativos importantes, a diferencia de este último que más bien describiría una situación.⁸

Las anteriores cuatro cuestiones problemáticas no son insalvables o lo suficientemente complejas como para dinamitar la figura de los hechos de notoriedad conocida. Por el contrario, podríamos, y deberíamos, argumentar respecto de cada una de ellas cada vez que se pretenda identificar determinado hecho como notorio, siendo conscientes de las dificultades que enfrentamos con la categoría en comento.

Ahora bien, si, como decía Taruffo, la determinación de un hecho como notorio depende de la cultura del juzgador, entonces a lo anterior habría que sumar los posibles problemas de la pobreza o riqueza cultural de las personas juzgadas que tienen que decidir. En la época actual, no obstante, quizá es demasiado restrictivo hacer que los hechos notorios dependan de la cultura de un juez, considerando nuevamente que estamos en la era de Internet y que ahí se podría identificar información de notoriedad cognoscible. Esta situación nos lleva a la segunda categoría de notoriedad antes identificada.

Sobre los hechos de notoriedad cognoscible encontramos varias tesis de los órganos del Poder Judicial Federal ante la invocación por parte de los jueces federales de versiones electrónicas de resoluciones almacenadas y capturadas en el Sistema Integral de Seguimiento de Expedientes —SISE—. Así, por ejemplo, la siguiente tesis aislada, refiriéndose a esa facultad judicial, dice:

⁸ Otra cosa es, desde luego, la explicación de por qué sería el caso de que, en una sociedad determinada, la mayoría de las mujeres se dedicara a las labores de los cuidados. Claramente hay razones de género que explicarían esa circunstancia.

Empero, en forma alguna dicha potestad autoriza al juzgador para indagar más allá de lo públicamente cognoscible y disponible con motivo de su función judicial, pues hacerlo implicaría que la información obtenida no constituya propiamente un hecho notorio, *sino el fruto de una pesquisa injustificada*.

[...] cuando el Juez cite como hecho notorio determinaciones que obran en expedientes diversos sometidos a su jurisdicción —por ejemplo, para verificar la firma del quejoso en otra demanda de amparo—, dicho ejercicio debe regirse por el principio de razonabilidad y limitarse a circunstancias fácticas de conocimiento accesible, indubitable y sobre el cual no se advierta discusión...⁹

Aunque hay muchas tesis sobre la materia, esta llama la atención precisamente porque hace alusión a las pesquisas injustificadas y sus frutos y, también por qué nos lleva a preguntarnos dónde está el límite de la cognoscibilidad. Desafortunadamente, parece que esta tesis establece demasiados límites: disponibilidad con motivo de la función judicial, accesibilidad, que sean indubitables y la ya antes mencionada “que no se advierta discusión”. Es comprensible que, dado que el criterio está haciendo referencia a las resoluciones almacenadas en el SISE, se haga alusión a la accesibilidad debido a la función judicial, ¿pero hasta dónde llegaría ese límite? No parece ir muy lejos si consultamos otras tesis que consideran otros tipos de hechos notorios, por ejemplo, el salario mínimo,¹⁰ las condiciones generales de trabajo publicadas en las páginas electrónicas de los organismos públicos¹¹ y los datos de las páginas electrónicas oficiales que las entidades de gobierno utilizan para poner sus servicios a disposición del público. Los tres ejemplos comparten el hecho de ser datos publicados por el Estado y, por tanto, más bien accesibles a todo interesado y no solo a la función jurisdiccional. Ahora, en este

⁹ Tesis: I.9o.P16 K (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, Registro Digital: 2022122.

Las cursivas son añadidas.

¹⁰ Como ejemplo puede verse la tesis aislada en materia laboral Tesis: III.4o.T.60 L (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, Registro Digital: 2022523.

¹¹ Cf. La tesis aislada en materia laboral intitulada “Contratos colectivos de trabajo. Cuando se encuentran publicados en medios electrónicos de las empresas productivas del estado o sus sindicatos, tienen el carácter de hechos notorios y no son objeto de prueba, aunque no se hayan exhibido en el juicio respectivo.” Tesis: VII.2o.T.311 L (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Tribunales Colegiados de Circuito, Undécima Época, Registro Digital: 2023616.

punto, en cambio, vale la pena atender a otro de los criterios mencionados antes, el de la fiabilidad de las fuentes de información. Al respecto, veamos la siguiente tesis:

Por tanto, si la información cargada en el portal aludido está regulada por la Ley de Operación e Innovación Digital para la Ciudad de México, cuyo objeto consiste en implementar un “gobierno abierto” en el que la información de interés general sea transparente y se difunda a todo interesado; aunado a que su artículo 5, fracciones VI y XVIII, establece como principios rectores los de “certeza y seguridad jurídica” que garantizan que la información se extraja de la fuente originaria la cual no ha sido modificada ni alterada, y el de “calidad” que estatuye que la información ahí cargada se integra con datos ciertos, que son conservados de forma permanente, salvo sus actualizaciones, y que mantienen disponibles las versiones históricas que les precedieron; se colige que ese hecho notorio es útil para acreditar que el bien raíz litigioso ha sido utilizado para fines de interés público, como parte de la infraestructura de la red de transporte público de dicha ciudad, pues *proviene de una fuente fidedigna que, al estar normada, hace prueba plena de la fiabilidad de su contenido*.¹²

En mi opinión, la tesis citada comete el error de inferir la “fiabilidad” del “carácter regulado”. Aunque haya una regla que establezca que un sitio web *debe ser* fiable —entre otras características—, ese sitio podría *de hecho* no serlo; pasar del deber ser al ser —o viceversa— constituye la bien conocida falacia naturalista. Es comprensible que, por *mor* de la eficacia del Estado, se quiera asumir que la información que publica en sus sitios web es fiable; pero si ello es lo que se quiere, entonces este debe ser el argumento explícito y no esconderlo detrás de la genuina calidad de las fuentes de información. No puede dejar de observarse que esta asunción pone en las partes la carga de probar lo contrario y, por tanto, argumentar que no opera la figura de hecho notorio. Ahora, tal como refería la citada FRE 201, la fiabilidad de las fuentes consultadas para conocer un hecho que va a ser considerado como notorio no debe poder ser *razonablemente cuestionada*. Si, siguiendo la tesis en comento, alguien tuviera buenas razones para cuestionar una página

¹² Tesis aislada en materia civil; Tesis: I.3o.C.450 C (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Tribunales Colegiados de Circuito, Undécima Época, Registro Digital: 2023779.

Las cursivas son añadidas por la autora.

del gobierno, el argumento de la normatividad que la rige cancelaría de pleno derecho una cuestión que corresponde a los hechos.

Hay un último punto al que vale la pena aludir sobre los hechos notorios y es que una de las condiciones fundamentales para la aceptabilidad de la decisión judicial que asume un hecho como notorio es que no resulte controvertible para las partes o no sea motivo de disputa razonable. Ello tiene total sentido si consideramos que el derecho a la prueba faculta a las partes a presentar cuantos elementos de juicio relevantes consideren para defenderse, obviamente tomando en cuenta el *thema probandum*. La cuestión radicará obviamente en el criterio de “razonabilidad”, sobre el que tendría que pronunciarse explícitamente el juzgador que pretenda asumir como notorio determinado hecho que alguna de las partes quisiera controvertir. Como dice Zuckerman, “el *test* de no ser susceptible de discusión es clave para identificar cuándo un juez puede adecuadamente prescindir de las formalidades de la prueba”.¹³ Y precisamente por el derecho a la prueba, diría que la regla de decisión en estos casos debería ser flexible a las partes que argumentan que un hecho debe ser objeto de prueba.

Una vez vistos los hechos notorios, vale la pena hacer algunas mínimas consideraciones sobre los “hechos incontrovertidos” a los que se refiere el legislador mexicano en el CNPP y que tampoco serían objeto de prueba. Si no queremos atribuirle al legislador cierta reiteración con los hechos notorios que son incontrovertidos, debemos asumir que la referencia es a hechos *no alegados* por las partes o que han sido admitidos por ellas. Si esto es así, uno podría decir que el legislador incorpora aquí de alguna manera una concepción privatista del proceso penal, pues deja a las partes el control sobre qué hechos se debaten.¹⁴ No se habla en el CNPP del principio dispositivo, típicamente civilista, pero sí de los acuerdos probatorios. El artículo 345 del ordenamiento procesal establece:

Los acuerdos probatorios son aquellos celebrados entre el Ministerio Público y el acusado, sin oposición fundada de la víctima u ofendido, para aceptar como probados alguno o algunos de los hechos o sus circunstancias.

¹³ Zuckerman, *op. cit.*, p. 1036.

¹⁴ Sobre las concepciones privatista y publicista del proceso, me remito al capítulo 3 de este manual.

Si la víctima u ofendido se opusieren, el Juez de control determinará si es fundada y motivada la oposición, de lo contrario el Ministerio Público podrá realizar el acuerdo probatorio.

El Juez de control autorizará el acuerdo probatorio, siempre que lo considere justificado por existir antecedentes de la investigación con los que se acredite el hecho.

En estos casos, el Juez de control indicará en el auto de apertura del juicio los hechos que tendrán por acreditados, a los cuales deberá estarse durante la audiencia del juicio oral.

Los acuerdos probatorios conforman un tema amplio sobre el que cabría realizar un trabajo independiente —poniendo énfasis en la legitimidad de la figura, o en la necesidad de que se tenga un descubrimiento probatorio en condiciones para que la aceptación del acuerdo sea racional, o en los incentivos perversos que ha generado para las fiscalías la posibilidad de negociar con el sospechoso o acusado, entre un largo etcétera—. ¹⁵ En este espacio simplemente me interesa llamar la atención sobre una suerte de paradoja que se produce a partir de la acertada disposición legislativa que obliga a los jueces a autorizar los acuerdos si, y solo si, los considera justificados *a la luz de los antecedentes de investigación que acreditarían el hecho*. ¹⁶ ¿Cuál es la paradoja? Que supuestamente estamos hablando de hechos que no requieren prueba, pero, en cambio, se exige a los jueces un análisis de la información presentada por la acusación para autorizar un acuerdo probatorio.

Caben dos posibilidades para argumentar que no se plantea la paradoja antes mencionada: la primera sería afirmar que no se trata de pruebas, sino de “medios de convicción”; y la segunda que el juez no valora tal información, sino que hace otras operaciones. Como sabemos, el legislador mexicano distingue entre datos

¹⁵ V. un estupendo trabajo al respecto en Veleda, “Decidir sin probar: acuerdos sobre los hechos en el proceso penal. Sobre la justificación epistémica de la condena, el control judicial de los acuerdos y el derecho al recurso”, en *Manual de derechos humanos y prueba en el proceso penal*.

¹⁶ Consideración que tiene nivel constitucional, pues el artículo 20 de la Carta Magna, apartado A, fracción VII, también se refiere a los acuerdos probatorios que podrían llegar incluso a la terminación anticipada del proceso judicial.

de prueba, medios de prueba y pruebas propiamente dichas; más allá de lo confuso que resultan estas distinciones en el mismo CNPP, parecería que la diferencia relevante es que se trata de información que es sometida a controles distintos en diferentes etapas, pero a final de cuentas, es información que sustenta una u otra decisión. Si asumimos que “prueba” es toda información relevante para la toma de una decisión, entonces, con independencia de las formalidades del código, estaríamos ante una prueba o conjunto de pruebas que deberían analizarse para validar un acuerdo.¹⁷

Sobre la segunda línea argumental, es decir, que no se *valora* la información en juego, la SCJN se ha pronunciado en varias ocasiones a efectos de establecer cómo debe interpretarse la obligación judicial en la validación de los acuerdos probatorios. Valga como ejemplo de esos pronunciamientos el siguiente:

[l]a frase `existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, contenida en el artículo 20, apartado A, fracción VII, de la Constitución Federal, se traducía en la obligación del juzgador de revisar la congruencia, idoneidad, pertinencia y suficiencia de los medios de convicción reseñados por el Ministerio Público, para sustentar la acusación, como uno de los requisitos previos a la admisión de la forma de terminación anticipada del proceso penal acusatorio. Así, en caso de existir una inconsistencia sustancial de estos datos de prueba, el juzgador podía rechazar la tramitación del procedimiento abreviado, al no cumplirse con los requisitos necesarios para su apertura, lo que dependía de la eficacia y coherencia en la formulación de la acusación, y no de la valoración de los elementos de convicción para acreditar los elementos del delito atribuido y la responsabilidad penal del inculgado en su comisión.¹⁸

La SCJN considera que los jueces no valoran los elementos de convicción, sino que solo revisan su “congruencia, idoneidad, pertinencia y suficiencia”. El punto crítico es que valorar la prueba precisamente consiste en analizar la congruencia existente entre la información que constituye el conjunto probatorio, cuán completo

¹⁷ Como ya se dijo también en el capítulo 3, p. 105.

¹⁸ Tesis aislada en materia penal; Tesis: 1a. CCXII/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Primera Sala, Décima Época, Registro Digital: 2012313.

es ese conjunto atendiendo a si incorpora la mayoría de las pruebas pertinentes y si es suficiente al nivel de corroboración exigido.¹⁹ Entonces, la corte debería explicar en qué cree que consiste la valoración probatoria o, en su caso, asumir claramente que el juez de control valorará la información disponible para validar un acuerdo. Evidentemente la información en juego es menor, en cantidad y calidad, dado que no ha sido sometida a contradicción; pero ello no obsta para que los jueces puedan —y deban— valorarla.

Más allá de los problemas analizados sobre qué hechos deben probarse —o no—, vale la pena enfatizar la importancia de la fijación de los hechos controvertidos, que no solo permitirá una simplificación de lo que será objeto del juicio oral propiamente,²⁰ también impactará en la decisión sobre la admisión de pruebas relevantes, permitiendo tomar decisiones correctas al respecto. Y, precisamente entrando ya en los hechos que sí requieren prueba, veamos ahora la relevancia probatoria o pertinencia de los elementos de juicio. La relevancia de las pruebas es precisamente el criterio fundamental para poder decidir cuestiones de admisibilidad.

2. Relevancia probatoria o pertinencia

Decir que cierta información es relevante para probar determinadas afirmaciones fácticas supone considerar que nos brinda razones epistémicas para aceptar como verdadero o falso determinado hecho. En palabras de Taruffo, un elemento de prueba puede ser considerado relevante si, y solo si, permite fundar en él —por sí sólo o junto con otros elementos— una conclusión sobre la verdad del enunciado fáctico a probar.²¹

De lo anterior podemos desprender al menos tres cuestiones que es necesario desarrollar:

¹⁹ Los criterios de idoneidad y pertinencia son más bien atinentes a la admisión de pruebas y, por ello, serán tratados en el próximo apartado.

²⁰ Solo de esta manera se puede dar cumplimiento al llamado “principio de concentración” de la audiencia del juicio oral.

²¹ Taruffo, *La prueba*, *op. cit.*, p. 38.

- La determinación de la relevancia de la prueba es objeto de una decisión judicial.
- Se exige analizar la relación entre dos o más proposiciones sobre los hechos.
- Se requiere conjeturar cuán informativa es de la verdad de una de ellas.²²

En primer lugar, vale la pena recordar que la determinación de la relevancia de una prueba no puede hacerse en abstracto, sin considerar el contenido de la información que esa prueba contenga. Por eso, para que la persona juzgadora pueda decidir sobre la relevancia de la prueba de un modo racional, será necesario que se expliciten de la manera más precisa posible el contenido de las pruebas: si es una pericial, por ejemplo, mediante el informe pericial y si es una testifical mediante la justificación de la parte proponente de lo que espera obtener de ese testimonio.

Lo anterior exige que las personas juzgadoras analicen cada uno de los diversos elementos de prueba y por ello se dice que esta decisión es *individual*. No obstante, ello no supone necesariamente una suerte de atomismo mediante el que se aísle una prueba del resto, por el contrario, a veces es necesario hacer razonamientos holistas en los que se considere cómo se impactan mutuamente las pruebas ofrecidas entre sí. Por ejemplo, cuando se ofrecen las llamadas “pruebas sobre la prueba”, que no están directamente relacionadas con los hechos del caso, pero sí que pretenden cuestionar una prueba que podría estar directamente relacionada con los hechos del caso. Si no consideramos esa otra prueba, podría tildarse de irrelevante una prueba sobre la prueba.²³

El juicio de relevancia es también *relacional*, es decir, una proposición probatoria no es relevante o irrelevante en sí misma, sino en función de su relación, directa

²² Como dice Ferrer Beltrán, *op. cit.*, p. 69: “el juicio [de relevancia] consiste en conjeturar si la prueba, en el caso de resultar exitosa, tendrá o no incidencia en la probabilidad de la hipótesis”.

²³ El razonamiento holista en la admisión de las pruebas ha sido objeto de discusión: por ejemplo, V. Haack, *Filosofía del derecho y de la prueba*. El debate gira en torno al famoso caso en materia de prueba pericial *Daubert vs. Merrell Dow*, en donde el tribunal excluyó pruebas periciales por considerar que en sí mismas no satisfacían un criterio de admisibilidad, cuando en realidad tuvo que haberlas tomado en su conjunto para decidir.

o indirecta, con los hechos jurídicamente relevantes.²⁴ Dado que podrían cambiar los hechos jurídicamente relevantes o las proposiciones fácticas con las que se relaciona indirectamente determinada información, debemos decir que el juicio de relevancia también es *dinámico*, pues depende de las circunstancias concretas de cada caso existentes al momento de determinar la admisibilidad.²⁵

Ahora bien, ¿cómo puede relacionar la persona juzgadora las informaciones que aportan las pruebas con las hipótesis sobre los hechos a los efectos de decidir sobre la relevancia de las primeras? La respuesta, tan simple como compleja, es la siguiente: a través de su conocimiento del mundo. Ese conocimiento del mundo se refleja, nuevamente, en el uso de *generalizaciones empíricas*. Siguiendo a Anderson, Schum y Twining, las generalizaciones pueden tener como fuente el conocimiento científico, el conocimiento general aceptado como bien establecido en una comunidad, la experiencia de primera mano personal o compartida en una comunidad y las creencias —sin base experiencial—. ²⁶ Nótese, en todo caso, el papel determinante que tiene el conocimiento del mundo del sujeto que decide sobre la relevancia. Que una prueba parezca relevante para una persona, como dice Haack, depende de su *background*, que puede estar conformado por proposiciones verdaderas o falsas;²⁷ por generalizaciones empíricas bien fundadas o por prejuicios y estereotipos. Que sea una cosa o la otra determinará la corrección de la decisión judicial sobre la relevancia probatoria.

Por ejemplo, a partir de las generalizaciones científicas, y ahora también de conocimiento general aceptado como bien establecido en nuestras comunidades, sabemos que podemos identificar si X es el padre de Y a través de su ADN compartido y, por ello, en los casos de reconocimiento de paternidad identificamos como relevante la realización de una prueba de ADN al respecto. En cambio,

²⁴ Cf. Muffato, “Materiales para un análisis de los conceptos de relevancia probatoria y causal”, en *Causalidad y atribución de responsabilidad*, p. 46: “la relevancia es una propiedad *relacional*. Algo, un ítem x, es relevante no por (para o en) sí mismo, sino en relación con un ítem distinto (x es relevante *para* y)”.

²⁵ A esta característica Muffato la identifica como “propiedad relativa” y dice: “la variable x es relevante a la luz o en virtud de un contexto C y con referencia a ciertos criterios [...]: un cambio de contexto (*context shift*) o de criterios afecta directamente la relevancia de una premisa”. Cf. Muffato, *op. cit.*, p. 48.

²⁶ Cf. Anderson, Schum y Twining, *op. cit.*, p. 326.

²⁷ Cf. Haack, *Evidence and Inquiry: Towards Reconstruction in Epistemology*, p. 87.

sabemos que la prueba de ADN es irrelevante si lo que se quiere es conocer a quién pertenece una huella dactilar encontrada en la escena del delito. Por supuesto, una cosa es la relevancia de una prueba de ADN o de identificación por huella y otra su fiabilidad.²⁸ En todo caso, es esperable que este tipo de generalizaciones conformen el *background* de los jueces, pero quizá es menos esperable que lo integren otro tipo de generalizaciones científicas menos conocidas por la comunidad y hasta menos consolidadas en un área de conocimiento. Es tarea de los abogados argumentar sobre la relevancia de las pruebas que ofrecen y, en esa línea, dar cuenta de este tipo de generalizaciones que permitirían hacer un juicio de relevancia probatoria adecuado.

Quizá las generalizaciones más problemáticas son aquellas que dependen de experiencias de primera mano y de creencias individuales, puesto que pueden ser prejuicios o meras intuiciones sin mayor fundamento o justificación. Anderson, Schum y Twining ponen como ejemplo la creencia compartida por muchas personas de que “todos los individuos que han cometido un delito regularmente huyen de la escena de tal delito”.²⁹ Si usamos esa generalización, evidentemente para probar que *X* cometió un robo, consideraremos relevante que *M* vio a *X* huyendo del lugar. O, como sucedió recientemente en un caso peruano, si creemos que la vestimenta de una víctima de violación nos brinda información sobre si las relaciones sexuales fueron consentidas o forzadas, entonces se considerará como relevante que la mujer llevaba puesta una tanga roja.³⁰ Obviamente esas creencias son falsas, ni todos los que se van de la escena de un delito están “huyendo” ni todos los que huyen de una escena delictiva son los perpetradores de

²⁸ Tanto en términos genéricos (“las pruebas de ADN tienen una altísima fiabilidad”), como en su aplicación al caso (“esta prueba de ADN en este caso específico es altamente fiable”). La fiabilidad de los tipos de pruebas, como la prueba pericial o la testifical, será abordada en los capítulos 6 y 7 de este mismo manual.

²⁹ Anderson, Schum y Twining, *op. cit.*, p. 267.

³⁰ La sentencia del tribunal de Ica (Perú) señala: “La supuesta personalidad que presenta la misma (tímda) no guarda relación con la prenda íntima que utilizó el día de los hechos, pues por la máxima de la experiencia, este tipo de atuendo interior femenino suele usarse en ocasiones especiales para momentos de intimidad, por lo [que] conlleva a inferir que la agraviada se había preparado o estaba dispuesta a mantener relaciones sexuales con el imputado”.

ese delito y muchos menos la vestimenta de una mujer dice algo sobre su consentimiento a mantener relaciones sexuales.

El ejemplo anterior nos debe permitir ver que es posible introducir información como relevante a un proceso judicial que es solo producto de creencias equivocadas o de sesgos y prejuicios. Obviamente ese tipo de “información” no debe entrar al proceso judicial, quizá mucho menos por medio del background de los jueces. Por ello, la formación judicial que permita modificar esas creencias falsas es fundamental desde esta etapa probatoria inicial. Cuando no se hace un correcto juicio de relevancia de las pruebas e ingresa información irrelevante los resultados pueden ser fatales: a veces no solo se pierden recursos en la práctica de pruebas que no brindan razones epistémicas sobre los hechos del caso, sino que pueden ser activadoras de sesgos para los abogados, los fiscales, el tribunal de enjuiciamiento, etcétera.

En este contexto, a veces el legislador establece lo que la doctrina llama “prueba prohibida”, es decir, elementos de juicio que por disposición normativa no pueden ser aducidos como relevantes. En el CNPP el ejemplo es la exclusión de información sobre la conducta sexual anterior o posterior de la víctima. Una disposición como esa excluye la prueba, prescindiendo del juicio de relevancia de la información para evitar “malos usos” de la misma y, con ello, evita caer en actos de revictimización. A veces, por el contrario, el legislador establece con qué prueba deberá probarse determinado hecho y a eso se le ha conocido como “conducencia” de la prueba o “idoneidad legal”; por ejemplo, imagine que el derecho sustantivo ordena que cualquier compraventa de un inmueble debe celebrarse mediante escritura pública, entonces cuando un particular quiera presentar un documento privado para demostrar una compraventa, al no ser el instrumento previsto por el derecho, ese documento es inconducente para probar la compraventa. En las legislaciones actuales hay pocas disposiciones como el ejemplo presentado, más bien se habla de “libertad probatoria” en el sentido en que las partes son libres de decidir con qué pruebas quieren demostrar sus afirmaciones. Y, precisamente por ello, no tiene sentido que en ausencia de normas que establezcan cómo probar los hechos, los abogados y hasta los jueces aludan a la “conducencia” de una prueba en sus escritos o decisiones.

Ahora bien, no basta con identificar qué generalización permitiría considerar como relevante una proposición fáctica para la prueba de determinados hechos, sino que —como dice la FRE 401— hay que ver si la prueba hace más o menos probablemente verdadera la proposición que afirma que un hecho ocurrió o que no ocurrió de lo que lo sería sin esa prueba.³¹ En este sentido, puede decirse que la relevancia es gradual: una prueba es más o menos relevante, en función de su impacto mayor o menor en el aumento o disminución de la probabilidad de que sea verdadera la proposición que afirma la ocurrencia de un hecho; no obstante, a efectos procesales la decisión jurídica es categórica, de todo-nada, dado que el resultado de calificar a una prueba como relevante o irrelevante solo puede ser su admisión o su exclusión.

¿Cuánto debe una prueba impactar la probabilidad de la hipótesis para ser admisible? Es una cuestión que la relevancia misma no responde, de modo que se requieren otras reglas de decisión sobre esta cuestión. Como, por ejemplo, la regla de exclusión de prueba superflua o sobreabundante. A diferencia de la relevancia, que se trata de un juicio individual —es decir, sobre cada uno de los elementos de prueba—, para considerar si determinada información es superflua o sobreabundante necesitamos hacer un juicio *comparativo* entre la probabilidad de que sea verdadera o falsa la hipótesis sobre los hechos a partir del acervo probatorio, incluyendo esa información y sin incluirla. Esto es así porque la redundancia supone que ya se *cuenta con información* —mediante otras pruebas del mismo tipo y de distinto tipo— sobre el hecho en cuestión y, por tanto, el impacto en la probabilidad de la o las hipótesis sobre los hechos puede ser mínimo. Precisamente por ello, atendiendo a un juicio costo-beneficio tal información resulta *inútil*.³²

Por ejemplo, imaginemos que una parte quiere traer a diez peritos de la misma especialidad que afirman exactamente lo mismo para probar un hecho o a 20

³¹ Dei Vecchi, *op. cit.*, p. 35; se centra precisamente en esta cuestión cuando dice que “una prueba es relevante si tenerla en cuenta cambia el estatus de justificación epistémica de la proposición en cuestión”.

³² El juicio costo-beneficio deberá tomar en consideración el costo de admitir y practicar la prueba (que puede ser económico, de tiempo y también de gestión del aumento de información) y el beneficio epistémico que esa prueba pueda aportar. Utilidad y superfluidad o sobreabundancia son conceptos diferentes, pero coextensivos.

testigos que afirman exactamente lo mismo o casi lo mismo. Evidentemente, el testimonio de todas esas personas es relevante porque aumenta la probabilidad de que un hecho haya ocurrido o no, pero el aumento que generaría el testigo o el perito número diez es tan ínfimo que debería excluirse por inútil una vez que se han aceptado a otros peritos o testigos que declaran sobre el mismo hecho. Algunos códigos para evitar esto han previsto que las partes solo pueden presentar, por ejemplo, uno o dos peritos en total o un número determinado de testigos. No obstante, me parece que este tipo de disposiciones son erróneas porque apuntan simplemente al número de pruebas de un mismo tipo, sin considerar si son sobre el mismo hecho (en el caso de los testigos) o de la misma disciplina (en el caso de los peritos): bien podría ser que convenga admitir a todos los testigos, porque con ellos se pretendan acreditar hechos distintos, o que se necesite más de un experto porque se requieren conocimientos de diversas áreas. En ese contexto, estaríamos pues antes una cuestión que no debería ser decidida *a priori*, sino en el caso concreto.

Por otro lado, si consideramos que un conjunto de elementos de juicio será más completo cuántas más pruebas relevantes sobre los hechos lo conformen y que cuánto más completo sea mayor será la probabilidad de acercarnos a lo que realmente sucedió, entonces hay que adoptar una suerte de regla pro-admisión.³³ Si tenemos esa regla, ante una duda sobre la relevancia de determinada información, lo mejor sería admitirla y no excluirla.

En este punto vale la pena hacer una matización, atendiendo al llamado “peligro de desborde” de la información para una persona ante un conjunto de pruebas sobreinclusivo. Si pensamos en seres humanos reales, no ideales, hay que tomar en cuenta las limitaciones humanas para el procesamiento de información en un tiempo limitado. También por ello algunos ordenamientos prevén la exclusión de pruebas relevantes si su valor probatorio es menor que el peligro de generar prejuicios, confusión, pérdida de tiempo u otras razones.³⁴ Este tipo de disposiciones normativas tienen sentido cuando hay un juez que decide la admisión de

³³ Cf. Ferrer Beltrán, *op. cit.*, p. 69.

³⁴ Como lo prevén las FRE, concretamente la regla 403.

pruebas diferente al juez o jueces que deciden el caso, puesto que se tiene como objetivo eliminar potenciales contaminaciones en el proceso de análisis de la información.³⁵ Probablemente el peligro de desborde admita algún matiz puesto que, aunque fuera el mismo juez el que admite y decide, la información presente en la admisión y la que se obtendrá en la práctica de las pruebas idealmente será muy diferente, pues en esta última se “exprimirán” todos los detalles de las pruebas generando más información.

En definitiva, como hemos visto, para determinar la relevancia de una prueba es crucial la información de que se disponga sobre los hechos a probar y sobre la relación de cada una de las pruebas con esos hechos. En este punto, podemos encontrarnos en escenarios muy distintos: la persona juzgadora puede tener que decidir si una prueba es relevante o no sin saber sobre qué se va a pronunciar un testigo y cómo se relaciona eso con la hipótesis que la parte que lo ofrece quiere defender o incluso con la hipótesis que la contraparte señala —como sucede algunas veces en los procedimientos escritos y en los que las partes poco o nada dicen sobre sus pruebas, más allá; y otro contexto muy diferente se da, en cambio, cuando las partes establecen clara y detalladamente toda la información señalada anteriormente e incluso tienen la posibilidad de debatir al respecto en una audiencia oral. En este segundo contexto, obviamente, se tienen más elementos para tomar decisiones adecuadas con los criterios de admisión previstos legislativamente.

Para cerrar este apartado, hay que decir que la relevancia de las pruebas es condición necesaria para la admisión de un elemento de juicio ofrecido, pero no es condición suficiente. Así, todo elemento probatorio admitido debe ser relevante, pero no todo elemento relevante es jurídicamente admisible, aun cuando, en principio, epistemológicamente y hasta constitucionalmente —en observancia al derecho a la prueba— habría razones para admitirlo. En este contexto, existen diversos criterios jurídicos de exclusión de pruebas que han pasado el filtro de la relevancia, lo que ha dado pie históricamente a un debate sobre si tales criterios de exclusión deberían permanecer o no.

³⁵ V. una crítica a esta regla en Laudan, *Truth, Error and Criminal Law*, 47 y ss.

Desde Bentham, en su *Teatrise on Judicial Evidence*, ya se afirmaba que “[n]o hay que excluir ninguna prueba, ningún testimonio solo por temor a ser engañado. [...] Habría que] sustituir el principio de exclusión por el de suspicacia”. Más recientemente Laudan en tono irónico dice que

[e]xiste un acuerdo universal, *fuera del derecho*, en el sentido de que aquellos que están encargados de tomar decisiones pueden desempeñar tal encargo de la mejor y más informada manera si tienen conocimiento de tanta información relevante como sea posible. [...] Excluir pruebas relevantes, y no redundantes, [...] disminuye la probabilidad de que personas, en principio, racionales lleguen a conclusiones correctas.³⁶

Y, efectivamente, si hay algo que caracteriza la prueba en el ámbito jurídico es que *no necesariamente* tomamos las decisiones fácticas con toda la información relevante disponible.³⁷ Ello es explicable porque en el derecho no solo tenemos el objetivo de determinar correctamente los hechos, sino de hacerlo de manera tal que sea compatible con otros derechos de las personas. La discusión, entonces, debería centrarse en a cuáles de las reglas de exclusión que actualmente tienen nuestros sistemas jurídicos, o el mexicano en particular, tienen sentido en el balance entre los objetivos de aplicar las consecuencias jurídicas solo cuando *realmente* hayan pasado los hechos previstos en esas normas y la manera en que podemos respetar otros derechos.³⁸

³⁶ *Ibid.*, p. 46.

³⁷ *Cf.* Ferrer, *op. cit.*, p. 42.

³⁸ Un ejemplo interesante en este debate se ha dado en el contexto de la violencia de género en España, con la regla de la dispensa de declarar a los cónyuges prevista por la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su artículo 416. Si bien no es propiamente una regla de exclusión, sí que deja fuera información relevante para el caso. En lo que aquí importa, como dice la “Guía de actuación con perspectiva de género en la investigación y enjuiciamiento de los delitos de violencia de género”: El carácter perverso de la dispensa a no declarar en los delitos de violencia de género se pone de manifiesto diariamente en el servicio de guardia, durante la investigación del hecho delictivo y en la celebración del juicio. Esta excepción del deber de declarar del testigo nació para dar solución al conflicto en el que se colocaba a los testigos/familiares del presunto autor de un hecho delictivo al obligarles a declarar bajo juramento de decir la verdad contra ellos frente el deber de colaborar con la justicia y los deberes de solidaridad familiar. La dispensa ha de entenderse como un beneficio para el testigo, si bien en muchos casos se utiliza como una garantía o se ejerce en interés del inculpado. De esta forma se consolida como un instrumento de revictimización, presión y coacción silenciosa para la víctima, quien se acoge a la dispensa, por miedo, presión o por razones distintas de la primacía de la solidaridad familiar”.

Además de estos criterios generales que aquí se han tratado, nuestros sistemas jurídicos prevén otros criterios no epistémicos de admisibilidad de las pruebas y, por supuesto, criterios sobre la admisión de pruebas específicas. En lo que sigue abordaremos ambas cuestiones.

II. Criterios no epistémicos de admisión de pruebas

El Código procesal penal mexicano establece en el artículo 346 los criterios de admisión de la prueba. En él, se presentan tanto los de naturaleza epistémica —analizados en el apartado anterior de este capítulo— como aquellos otros —en particular, los relativos a las pruebas ilícitas, nulas y a las que contravengan ciertas reglas estipuladas en el propio código— que podemos calificar genéricamente como criterios no epistémicos de admisión de la prueba. Debe hacerse, no obstante, una advertencia previa, puesto que tal denominación podría conducir a pensar que tales criterios carecen de todo fundamento epistémico, cuando lo que en realidad se pretende destacar con esta terminología es que se trata de criterios que no responden inicialmente a razones epistémicas, sino de otra índole, pero sin que ello suponga necesariamente desconocer que la exclusión de pruebas basada en estos criterios puede encontrar también un fundamento —más indirecto— en la fiabilidad del material probatorio que accede al proceso y, por tanto, una razón de ser también cercana —o, al menos, no opuesta— a la epistemología. Este apartado está dirigido a analizar las exclusiones probatorias que pueden ampararse en este tipo de criterios y sus efectos sobre la admisión de las pruebas y sobre el principio general de admisibilidad de toda prueba relevante.

Junto a otras reglas propias del marco institucional en el que se desarrolla la actividad probatoria, como sucede con los plazos procesales³⁹ —y, específicamente, los que marcan el principio y el fin de la actividad probatoria— o con los límites relativos a quiénes pueden proponer pruebas, conviven otro tipo de límites que afectan a la conformación del conjunto de elementos probatorios y, en particular, impiden que cierta información llegue a incorporarse al proceso. En efecto, una vez

³⁹ Específicamente los que marcan el principio y el fin de la actividad probatoria.

cumplido el criterio temporal —la prueba debe proponerse en plazo— y el de la relevancia —la prueba debe proporcionar información pertinente y útil para el esclarecimiento de los hechos—,⁴⁰ la prueba propuesta debe superar también los filtros relativos a los límites y prohibiciones que tienen por objetivo proteger intereses que manifiestamente pueden colisionar con la pretensión de descubrir la verdad, como sucede con la protección de relaciones familiares o afectivas, de relaciones profesionales o de información considerada reservada.

La conformación del conjunto de elementos probatorios a partir de los que el órgano judicial va a pronunciarse sobre los hechos es, indudablemente, uno de los momentos procesales más críticos. De él dependerá, en una parte muy importante, la corrección de la decisión judicial e incluso podría concluirse que también gran parte de su legitimidad, pues solo sobre la base de elementos de juicio relevantes, fiables y obtenidos lícitamente cabe construir la decisión sobre los hechos, dado que la función jurisdiccional no se legitima exclusivamente por razón del cargo de quien la ejerce, sino “acto a acto”.⁴¹ Apuntala esta idea Andrés Ibáñez cuando manifiesta que la presunción de inocencia es una opción de fondo del proceso penal y, en consecuencia, representa un compromiso del Estado constitucional. En particular —prosigue el autor— “es el que se concreta en la exigencia de que la aplicación del *ius puniendi* —tan abierto a usos abusivos como se sabe— para ser legítima, vaya asociada a la previa determinación de una verdad fáctica de calidad, siguiendo un curso procesal que, *inexcusablemente*, deberá discurrir dentro de un exigente marco de garantías jurídicas”.⁴²

En efecto, el juzgador encargado de la admisión de pruebas asume la responsabilidad de seleccionar —entre los que las partes proponen— los medios de prueba a través de los que la información accederá al proceso, y lo hará bajo el prisma de los principios generales de admisibilidad y relevancia. Las limitadas facultades revisoras de los órganos de apelación en materia de prueba —amparadas solo

⁴⁰ En palabras de Taruffo, que ofrezca “una base cognitiva para establecer la verdad de un hecho en litigio”. Cf. Taruffo, *op. cit.*, p. 38.

⁴¹ Andrés Ibáñez, *Justicia penal, derechos y garantías*, pp. 28 y 29.

⁴² Andrés Ibáñez, “En materia de prueba: sobre algunos cuestionables tópicos jurisprudenciales”, en *Quaestio facti*, p. 78.

formalmente y en gran medida en la ausencia de intermediación— sugieren que el acceso a la prueba estaría en manos exclusivamente del órgano de enjuiciamiento,⁴³ el que ha presenciado su práctica, mientras que los órganos revisores —y las partes recurrentes— deben limitarse al mero control de la racionalidad de la motivación.⁴⁴ Si se entiende el principio de intermediación, se pone de manifiesto la incoherencia que supone que el tribunal enjuiciador valore información relevante proporcionada en fase de investigación que, por razones de irrepitibilidad, sortea la necesidad de ser practicada en el propio acto del juicio oral —como sucede frecuentemente con las declaraciones testificales practicadas de forma anticipada—. ⁴⁵ Como se ha visto en páginas anteriores, el criterio general en torno al que el órgano judicial va a decidir sobre la admisión de las pruebas propuestas es el de permitir el acceso al acto de juicio de todas las que sean consideradas relevantes. Debe entenderse la relevancia en términos de adecuación o pertinencia de la información aportada respecto de los hechos objeto de prueba.⁴⁶ De ahí que se hable de un principio general de inclusión de todas las pruebas relevantes⁴⁷ y que en la práctica judicial sea habitual —con todos los problemas de fiabilidad que ello puede suscitar— que los jueces sean muy flexibles a la hora de admitir como pruebas todas aquellas que, *a priori*, proporcionen información sobre los hechos; siendo muy escasos los supuestos en los que se estipulan reglas que limiten la admisión de fuentes de información. Ello sucede, exclusivamente, cuando existen otros intereses cuya protección se estima preferente a la búsqueda de la verdad en el contexto procesal.

⁴³ Con los matices que deben tomarse en consideración en el sistema mexicano, donde la decisión sobre la admisión de la prueba corresponde al juez de la audiencia preliminar y no al competente para el enjuiciamiento.

⁴⁴ Cf. Andrés Ibáñez, *Tercero en discordia*, p. 259.

⁴⁵ Una muy reciente reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española ha dado el paso de regular la declaración de los menores de catorce años y de personas con discapacidad en los procesos dirigidos al enjuiciamiento de delitos contra las personas como prueba anticipada, lo que supone que debe practicarse antes del juicio y con la asistencia del letrado de la defensa para garantizar la contradicción; V. LECrim, nuevo art. 449 ter. Lo que era una posibilidad que no excluía automáticamente la comparecencia del declarante en el juicio oral, se convierte ahora en la regla general, a la que no se prevé excepción alguna.

⁴⁶ Cf. Ferrer Beltrán, *op. cit.*, p. 42 y Taruffo, *La prueba de los hechos*, pp. 337 y ss.

⁴⁷ Cf. Ferrer Beltrán, *op. cit.*, pp. 42 y 43.

Y es que, no cabe duda, uno de los presupuestos de los que debemos partir es la idea de que la búsqueda de la verdad es uno de los principales fines del proceso. No podría ser de otro modo si estamos de acuerdo en la necesidad de adoptar un modelo procesal y probatorio de tipo cognoscitivista,⁴⁸ el único que permite dar cuenta de forma razonable —con todos los matices que sea necesario incorporar— de cómo deben adoptarse las decisiones judiciales. A diferencia de lo que sucede en otros ámbitos de conocimiento, como el científico y el histórico, en el ámbito judicial nos encontramos en un contexto institucionalizado sometido a límites que no siempre contribuyen a alcanzar dicho fin o que incluso chocan frontalmente con él. Tales límites o restricciones responden a la protección de ciertos valores sustantivos en unos casos y, en otros, a la protección de garantías procesales y derechos fundamentales. Solo mediante el justo equilibrio entre ambos fines —el de la búsqueda de la verdad o el de la protección de otros fines social o constitucionalmente relevantes— cabe legitimar el ejercicio del *ius puniendi*. En consecuencia, la concurrencia de ambos tipos de fines supone la necesidad de aceptar que el sistema de Justicia penal caerá en errores derivados de la existencia de límites a la búsqueda de la verdad, si bien el alto estándar de prueba fijado en este ámbito supondrá que tales errores caigan del lado de la absolución de culpables y no de la condena inocentes.

La convivencia de ambos tipos de fines no es, desde luego, pacífica. No podemos olvidar que el proceso judicial contradictorio cuenta ineludiblemente con una doble vertiente: la jurídica, que establece las garantías propias del enjuiciamiento, y la epistémica o relativa a la comprobación de los hechos. Ambas vienen a confluír en la presunción de inocencia, que actúa como principio protector del investigado, pero también como criterio orientador en la búsqueda de la verdad.⁴⁹

⁴⁸ Cf. Gascón, *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales para la prueba*, pp. 47 y ss.

⁴⁹ Cf., Andrés Ibáñez, *Justicia penal...cit*, pp. 24-29. La naturaleza epistémica del derecho a la presunción de inocencia fue objeto de discusión en los trabajos de Atienza, “Sobre la argumentación en materia de hechos. Comentario crítico a las tesis de Perfecto Andrés Ibáñez”, en *Jueces para la democracia*, pp. 88-89 y Andrés Ibáñez. La dimensión epistémica de las garantías procesales es compartida por Ramírez Ortiz, “Verdad, proceso y Derecho penal (interrogatorios en la habitación 101)”, *Jueces para la democracia*, p. 23, que destaca que ello se pone de manifiesto en dos realidades procesales de índole metodológico que coadyuvan en la búsqueda de la verdad, pues su vigencia determina, por un lado,

De ahí que el sistema de admisión de pruebas deba lograr un adecuado equilibrio entre, por un lado, la incorporación al proceso de toda suerte de información que pueda resultar relevante para el enjuiciamiento, en tanto arroje luz sobre los hechos —principio general de inclusión— y, por otro lado, los límites impuestos al acceso de parte de dicha información al proceso motivados por la protección de otros valores distintos a la búsqueda de la verdad. No en vano, el derecho a la prueba, íntimamente conectado con el derecho de defensa, también incluye el derecho a la admisión de todos los medios de prueba que sean relevantes, de modo que en caso de inadmisión de un medio de prueba, el juez deberá explicitar los motivos que la justifican, que nunca podrán amparar la exclusión de pruebas que pudieran suponer un cambio sustancial en el resultado probatorio alcanzado por el tribunal.⁵⁰

En definitiva, el necesario equilibrio entre la obtención de información útil para el proceso y la protección de otros valores, pasa por reducir esta última, como señala Taruffo, “a unos pocos casos especialmente importantes”.⁵¹ Por tanto, los límites deben ser los mínimos imprescindibles, pero sin que ello provoque una desviación hacia la verdad como fin único que nos sitúe ante un proceso orientado a maximizar la eficacia en detrimento de las garantías de los ciudadanos frente al Estado, que en semejante trance dejarían de ser ciudadanos para convertirse en enemigos a batir por el sistema penal.⁵² Un sistema procesal excesivamente orientado a la protección de las garantías perdería su eficacia como instrumento de control social y mecanismo de imposición reglada de castigos, mientras que un procedimiento excesivamente enfocado a la búsqueda de la verdad —y, por tanto, escasamente comprometido con las garantías penales y procesales— podría llegar a ser altamente eficaz en términos de condenas de culpables y absolución de inocentes, pero a costa de asumir un desmesurado riesgo de cometer graves atropellos a los derechos de los ciudadanos, lo que redundaría en la pérdida de

que la acusación reciba el tratamiento de mera hipótesis (objeto, pues, de confirmación) y, por otro lado, que toda la actividad probatoria deba someterse a contradicción.

⁵⁰ En la sentencia del Tribunal Constitucional español núm. 91/2021, de 22 de abril, puede verse una síntesis de su interpretación del derecho fundamental a la prueba.

⁵¹ Taruffo, *op. cit.*, p. 58.

⁵² Cf. Andrés Ibáñez, “En materia de prueba...*cit*”, p. 79.

legitimación democrática del sistema de Justicia.⁵³ Sin duda, esta es la idea que subyace a los postulados de la teoría penal y procesal del enemigo, inicialmente formulada para afrontar fenómenos delincuenciales de extrema gravedad y que, poco a poco, de manera silenciosa y apartándose cada vez más de ese justo equilibrio entre verdad y garantías, se está instaurando peligrosamente como única manera de entender la actividad probatoria y, en último término, como respaldo de quienes apuestan por la epistemología como criterio último y casi único que debe determinar el resultado de la prueba y del proceso. Acuñada sugerentemente por Ubertis como “epistemología inquisitiva”,⁵⁴ esta manera de entender la prueba y el método probatorio, escorada hacia la verdad material o sustancial y que pretende ignorar —en su versión más extrema— los límites impuestos por las garantías procesales y otros valores dignos de protección, responde a una concepción autoritaria del proceso que muy difícilmente puede engranarse con las exigencias del debido proceso que sí son respetadas en una —bien entendida— verdad formal dimanante de la actividad probatoria desarrollada en este marco institucional.⁵⁵ Es muy revelador que quienes adoptan una perspectiva crítica del garantismo parten de la distinción entre acusados culpables y acusados inocentes, un presupuesto metodológico en frontal oposición al que adoptamos quienes situamos a la presunción de inocencia en la cúspide del sistema de garantías penales y probatorias que debe amparar por igual a todos los ciudadanos sometidos a un proceso penal.⁵⁶

En definitiva, el análisis de la prueba en el contexto procesal debe partir de la relación inescindible entre garantías y verdad. Como señala Ramírez Ortiz, “no

⁵³ Este es el modelo de justicia penal que defiende Laudan, *op. cit.*

⁵⁴ Ubertis, Elementos de epistemología del proceso judicial, p. 109.

⁵⁵ Cf. Ferrajoli, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, pp. 44 y 45.

⁵⁶ V. las tesis de Laudan, “The presumption of innocence: material or probatory?”, en *Legal Theory*, p. 339; estas son uno de los principales ejemplos de esta corriente crítica, por cuanto el autor parte expresamente de la distinción entre inocente *material* (quien no ha cometido los hechos) e inocente desde el punto de vista *probatorio* (aquel cuya culpabilidad no ha sido demostrada) y entre sus correlativos culpable *material* (autor del delito) y culpable desde el punto de vista probatorio (aquel respecto del que se ha alcanzado el estándar de prueba exigido para considerarle autor de los hechos). Asumen este mismo enfoque Aguilera García y Calixto Contreras, “Aportaciones al mejoramiento de la investigación del delito para promover la averiguación de la verdad y apuntalar el respeto al derecho de presunción de inocencia”, en *Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística*, pp. 141 y ss.

hay espacios de verdad en el proceso al margen de las garantías”.⁵⁷ Y es que, lejos de ser mera retórica del garantismo, como algunos la denominan peyorativamente, la existencia de un marco constitucional de garantías penales y procesales es un presupuesto irrenunciable para el legítimo desempeño de la función jurisdiccional, por cuanto tales garantías abonan la verdad de la hipótesis acusatoria.⁵⁸

1. Dispensas y privilegios probatorios

Los límites que generalmente imponen restricciones al acceso de información al proceso y, consecuentemente, a la práctica y valoración de ciertas pruebas, suelen ser de dos tipos. Un primer grupo estaría integrado, por un lado, por la existencia de ciertos sujetos que, por razón de su parentesco con las partes o con ocasión del ejercicio de su profesión, están dispensados del deber de colaborar con la justicia⁵⁹ y, por tanto, de prestar declaración. Un segundo grupo es el integrado por supuestos muy heterogéneos, pero que responden a una misma idea: la exclusión de algunos hechos del objeto de la prueba, de modo que tal exclusión va a suponer una reducción de la información que va a acceder al proceso, en este caso, no por razón del sujeto que dispone de ella, sino como consecuencia de la naturaleza misma de tal información —en el caso, por ejemplo, de secretos oficiales— o de los deseos de las partes de excluirla de la prueba —por ejemplo, al alcanzar acuerdos probatorios—, que van a provocar la inadmisión de las pruebas

⁵⁷ Ramírez Ortiz, *op. cit.*, 24.

⁵⁸ Cf. Guzmán, *La teoría del estándar objetivo de prueba y el garantismo penal: dos perspectivas*, pp. 91 y 92.

⁵⁹ Laudan los califica como “clase privilegiada de testigos” y, respecto de ellos, señala que “se trata de prácticas probatorias [que] obstaculizan la posibilidad de que el jurado llegue a veredictos correctos, pues le impiden el acceso a pruebas relevantes, a menudo sumamente relevantes [...]. En todo caso [...] estas reglas incrementan la probabilidad de llegar a veredictos erróneos en global, absoluciones falsas y condenas falsas, a diferencia de lo que haría un conjunto de reglas menos favorables a las absoluciones”; Cf. Laudan, *op. cit.*, pp. 198-199. Sobre ello se extiende especialmente en las páginas 230 a 236 y concluye considerando que la eliminación de este privilegio acabaría por provocar que los acusados no se sincerasen con sus cónyuges o sus abogados (cosa que, en este último caso, los acusados culpables al parecer de Laudan, ya hacen). Yo diría más bien que la eliminación o restricción de este privilegio más allá de lo necesario para proteger las relaciones de confianza en las que se basa terminaría por incrementar exponencialmente el número de falsos testimonios y de sanciones por incumplimiento del deber de colaboración con la justicia y por tanto no redundaría en un significativo aumento de sentencias ajustadas a la realidad de los hechos.

propuestas. En cualquier caso, el efecto de unos y otros es el mismo: la limitación de las pruebas disponibles.

Las exclusiones probatorias basadas en supuestos pertenecientes al primer grupo y amparadas en ciertas condiciones de los declarantes, las llamadas “dispensas del deber de declarar”, protegen vínculos de naturaleza familiar en unos casos y de naturaleza profesional en otros, y plantean especiales dificultades probatorias. Las exclusiones probatorias basadas en supuestos pertenecientes al segundo grupo son muy heterogéneas, pero todas ellas suelen consistir en vetar la utilización de pruebas generalmente documentales —como sucede con información relativa al secreto de negociaciones o acuerdos llevados a cabo entre las partes del proceso; por ejemplo, en el contexto de un intento de mediación—, informaciones relativas a secretos empresariales, secretos de Estado, acuerdos probatorios, etcétera. El resultado de la obtención de información en supuestos en los que existe una dispensa o privilegio debe ser la exclusión de tal información al obtenerse violentando una norma procesal imperativa, pero los problemas no se plantean especialmente en este ámbito, sino en relación con la interpretación y alcance de la propia dispensa o privilegio. Me referiré especialmente a las dispensas, pues son las que plantean más interrogantes, aunque las conclusiones relativas a ellas pueden extenderse a los privilegios relativos a la admisión de pruebas documentales.

En el caso de las dispensas probatorias, artículos como el 90 del Código Federal de procedimientos civiles, el 361 de Código Nacional de procedimientos penales —en relación con el artículo 222 del mismo texto— o, en España, los artículos 416 y 707.I de la Ley de Enjuiciamiento Criminal —LECrim—,⁶⁰ estipulan los sujetos que pueden acogerse a ellas. Particularmente problemático es el derecho de la víctima del delito a no declarar contra el denunciado cuando existe entre ellos o ha existido un vínculo familiar o análoga relación afectiva. La posibilidad de acogerse a este derecho en las diversas declaraciones prestadas —ante la policía, en la fase de investigación y en el juicio oral—, origina situaciones en las que la

⁶⁰ Reformado por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio con el objetivo de reducir drásticamente su operatividad en el ámbito de las relaciones familiares, lo que no deja de plantear problemas en relación con los supuestos en los que el declarante se ve privado de la dispensa y movido por ello a prestar un testimonio falso.

persona llamada a declarar comparece en diversas ocasiones, pero en cada una de ellas puede comportarse de forma distinta: en unas, prestando una declaración inculpativa; en otras, acogiendo a su derecho a no declarar y en otras cambiando su declaración para exculpar al acusado, sin que sea posible predetermined cuál de las declaraciones prestadas debe contar con mayor valor probatorio, no solo porque su contenido no sea coincidente, sino porque no todas ellas se han prestado rodeadas de las garantías que aseguren su fiabilidad y, en particular, bajo el estricto cumplimiento del principio de contradicción, en su doble condición de garantía procesal y criterio epistémico de atendibilidad.⁶¹ En efecto, la ausencia de la debida contradicción y su práctica ante autoridades públicas distintas a la que dicta la sentencia son razones últimas que justifican la imposibilidad —al menos, en línea de principios— de conferir valor probatorio a las actuaciones procesales y pre procesales, y ello aunque se hayan obtenido con respeto a los derechos fundamentales.⁶² No se trata —no solo— de un problema de fiabilidad de la información —aunque, sin duda, la falta de contrastación mediante debate contradictorio permite cuestionar su valor—, sino también de las garantías propias del marco institucional en el que se desarrolla la actividad probatoria: permitir con carácter general el acceso de tal información al acervo probatorio sobre el que se sustenta la resolución judicial haría de este un conjunto más nutrido de elementos a valorar por el órgano jurisdiccional, pero no necesariamente más certero y útil para acreditar los hechos, e incluso podríamos decir que, a pesar de disponer de más información en ese caso, podría incrementarse el margen de error judicial, puesto que carecería de control sobre el modo en el que se obtuvo y el órgano jurisdiccional encargado de valorarlo no habría dirigido —ni presenciado siquiera— su obtención. De ahí que su valor sea el de meras diligencias dirigidas a determinar si los indicios disponibles frente al encausado permiten abrir el

⁶¹ Bachmaier Winter, “Principios de intermediación y confrontación: paralelismos, diferencias y tendencias en la prueba testifical”, en *Fundamentos de Derecho probatorio en materia penal*, p. 287. Sobre las consecuencias de la ausencia de confrontación (*confrontation clause*) en el sistema judicial americano, el alcance de la regla de exclusión del *hearsay* y, por último, los límites a la regla de exclusión basados en la fiabilidad del testimonio no sometido a confrontación, se extiende la autora en las páginas 295 a 301.

⁶² Se trata de actuaciones en las que la contradicción se encuentra fuertemente limitada, al no existir todavía una acusación formal ni se conoce todavía el resultado definitivo de las investigaciones, V. al respecto Ramírez Ortiz, *La prueba en los delitos contra la indemnidad sexual*, p. 23.

juicio oral o, por el contrario, no alcanzan un umbral probatorio mínimo y, por tanto, resultan insuficientes para sostener la acusación.

Volviendo al alcance de la dispensa basada en vínculos familiares con el acusado, lo cierto es que quien afirmar ser víctima del delito o ha podido ser testigo de este dispone de información relevante para el conocimiento de los hechos, de modo que entender este tipo de dispensas con carácter absoluto y al margen de toda la casuística que se puede plantear supondría llevar dicha facultad mucho más allá de lo deseable y dejar en manos del testigo o de la víctima, en muchos casos, la absolución del acusado.⁶³ Por esta razón, conviene no perder de vista su fundamento —la protección de la conciencia del familiar-testigo, su integridad personal y la protección de la vida privada y familiar—,⁶⁴ que resulta claramente desdibujado en presencia de una situación de hecho en la que el vínculo afectivo haya quedado disuelto con anterioridad a los hechos e incluso al procedimiento penal. Asimismo, es razonable esperar una actuación coherente de la víctima, de modo que si se encuentra personada —o lo ha estado— como parte en el proceso penal, carece de toda lógica que pueda acogerse a la facultad de no declarar contra el acusado. Sobre ello se ha pronunciado en reiteradas ocasiones el Tribunal Supremo español. Entre las últimas, en la sentencia 389/2020, de 10 de julio. En ella, el Tribunal hace un clarificador recorrido por la evolución que ha sufrido la interpretación jurisprudencial del artículo 416 LECrim, en particular, en relación con la posición de la víctima, y es la que dio origen a la profunda reforma legal que ha sufrido dicho precepto en 2021. A la luz de la extraordinaria problemática que ha suscitado la dispensa en la práctica judicial, el Tribunal Supremo limita al máximo el derecho de la víctima a acogerse a ella, circunscribiéndolo exclusivamente a los supuestos en los que, aun amparada por el vínculo familiar, que le autoriza a negarse a declarar, no haya renunciado a ese derecho anteriormente y no esté ni haya estado personada en el procedimiento con anterioridad —puesto

⁶³ Cf. Montesinos, “Especificidades probatorias en los procesos por violencia de género”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, p. 135.

⁶⁴ Cf. Maravall Buckwalker, “El derecho del niño a acogerse a la dispensa del deber de declarar. Reflexiones desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, p. 6.

que lo contrario, habitual en la práctica hasta la última reforma, suponía permitirle actuar en contra de sus propios actos—. ⁶⁵

Esta nueva lectura de la dispensa, sumamente restringida —y, por tanto, alineada con el principio general de admisión y práctica de pruebas relevantes—, no elimina por completo los problemas epistémicos que se suscitan en torno a su uso, que siguen residiendo en la existencia de distintas declaraciones con contenido diverso, quedando supeditadas las que pueden resultar más fiables y los elementos probatorios que las corroboren a que la víctima o el testigo decida no retractarse o incluso no declarar. De ahí que deba reflexionarse seriamente sobre la conveniencia de practicar como prueba anticipada aquellas declaraciones que suelen tener lugar al inicio de las actuaciones —generalmente más espontáneas—, de modo que, al ser practicadas con suficiente garantía de contradicción, puedan alcanzar valor probatorio al margen de la voluntad posterior de la víctima de acabar con el procedimiento, perdonar al investigado, modificar su testimonio para no perjudicarlo o incluso, más allá de lo que la dispensa le permite, no comparecer al llamamiento judicial. ⁶⁶

En definitiva, partiendo de la idea de que estas dispensas suponen una fuerte limitación al acceso de información relevante al proceso, es preciso realizar una lectura lo más restringida posible de los supuestos en los que pueden invocarse. De ahí que deba destacarse que, si llega a prestarse, la declaración debe ser evaluada para determinar su fiabilidad, y ello porque la dispensa no ampara al declarante que realiza una declaración falsa. El sentido de la dispensa es permitir al beneficiado por ella guardar silencio para no perjudicar su relación personal o familiar, pero

⁶⁵ Una problemática que está muy presente en la práctica judicial y de difícil solución hasta que la reforma del artículo 416 LECrim ha puesto coto (al menos, formalmente) al impedir al testigo acogerse a la dispensa cuando está o ha estado personado en el procedimiento como acusación particular. Un detallado e interesantísimo análisis de este tema realiza del Moral García en un trabajo sobre un voto particular de su autoría a una sentencia en la que se discutía sobre esta cuestión. Cf. Del Moral García, “Derecho a no declarar contra un pariente y ejercicio de acusación particular: ¿derechos incompatibles?”, en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, pp. 387 y ss.

⁶⁶ En este mismo sentido, Cf. Cabiale y Cueto, “La necesidad de revisar la jurisprudencia sobre las consecuencias del empleo de la dispensa en el juicio (especialmente en materia de violencia doméstica y de género)”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Acompañada de la escrupulosa investigación en las causas en las que la principal información pueda venir de la mano de un familiar del acusado. Cf. Montesinos García, *op. cit.*, p.165.

se extiende exclusivamente a la facultad de no declarar —incluida la prohibición de utilizar como prueba la información que ofrezca para justificar la existencia de vínculo familiar que justifique la aplicación de la exención—, no amparando la incomparecencia o el contenido mendaz de su declaración. En efecto, de no acogerse a la dispensa, debe declarar en los mismos términos en los que lo haría cualquier otro testigo o víctima y, por tanto, con obligación de decir verdad y bajo apercibimiento de las consecuencias en caso de incurrir en falso testimonio.⁶⁷

Por lo que se refiere a la dispensa del deber de declarar por parte de profesionales amparados por el derecho-deber de guardar secreto profesional, son destacables algunas semejanzas en su régimen jurídico respecto de la dispensa basada en lazos familiares. Al igual que en este caso, debe realizarse una lectura lo más restringida posible que permita articular de forma equilibrada las relaciones entre el secreto profesional y la relación de confianza que este protege, por un lado, y el acceso a información relevante como medio para llegar a una sentencia ajustada a la realidad de los hechos y legítima, por otro. En primer lugar, quien ha tenido conocimiento de unos hechos en el ejercicio de su profesión, no solo puede, sino que debe en todo caso hacer valer ese deber deontológico y jurídico por el que, sin excepción, se le prohíbe desvelar dichas informaciones. De lo contrario, esto es, de existir situaciones en las que cediera tal deber frente a otras circunstancias que pudieran considerarse de mayor peso, se quebraría la relación de confianza que fundamenta ese deber de secreto y que da sentido a servicios públicos esenciales que, de otro modo, quedarían desprovistos de su principal salvaguarda. Es el caso, por ejemplo, del secreto profesional en el ámbito sanitario, del secreto del abogado o del secreto que deben guardar traductores e intérpretes en el ejercicio de sus funciones. Es preciso destacar que la dispensa o privilegio de no declarar no alcanza a la información de la que estos profesionales hayan tenido conocimiento por medios ajenos a la relación de confianza que la justifica, por lo que el deber de colaboración se extiende siempre a tal información. En consecuencia, la negativa a declarar en estos casos podría ser objeto de sanciones disciplinarias o penales.

⁶⁷ CNPP, art. 361. No se dice expresamente en el artículo, pero se entiende como deber implícito en el de contestar a las preguntas si el declarante decide no acogerse a la dispensa. V. también LECrim, art 416; en el caso español, este artículo permite al declarante que se acoge a la dispensa hacer constar las manifestaciones que considere oportunas, en el bien entendido que lo hace sometido al deber de veracidad.

Por el contrario, deben considerarse nulas todas las diligencias de investigación —intervención de comunicaciones y registros domiciliarios y de despachos profesionales— que se realicen sin las debidas garantías de control judicial y violentando el secreto que ampara las relaciones profesional-cliente.

Mención especial merecen dos supuestos, por cuanto carecen de la especial salvaguarda del secreto profesional en el ámbito procesal y no pueden justificar un régimen excepcional al deber de colaboración. El primer supuesto es el de los abogados que forman parte de la estructura empresarial (*in-house counsel*). Con independencia de que el ordenamiento de cada país pueda establecer un estándar mayor de protección, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos —en adelante TEDH— consideró en un primer momento que los ordenamientos jurídicos que no amparan el secreto de estos profesionales no vulneran el Convenio Europeo de Derechos Humanos —CEDH—⁶⁸ al realizar una interpretación restrictiva del secreto profesional, limitándolo a los casos en que el letrado no desempeña funciones de defensa procesal —ámbito exclusivo en el que surge el deber de guardar secreto—, sino únicamente de asesoría, al margen de las responsabilidades que pudieran derivarse en el ámbito disciplinario y penal por su colaboración en la aportación de información. En especial, en su sentencia de 6 de diciembre de 2012, *Michaud vs. Francia*, el TEDH basó el deber de colaboración del *in-house counsel* en razones formales, vinculadas exclusivamente a su condición de abogado de empresa. Sin embargo, se ha entendido, con buen criterio, que debe atenderse más bien al tipo de actividad desarrollada, de modo que debiera resultar amparado por el deber-derecho de secreto cuando realice labores de defensa procesal, mientras que el desempeño de las que puedan calificarse de mera asesoría jurídica o de gestión empresarial escaparía de dicha protección y se encontraría sometido al deber de colaboración con la justicia.⁶⁹ Más recientemente, en su sentencia de 4 de febrero de 2020 —*Kruglov y otros vs. Rusia*—, el TEDH ha matizado su postura y ha considerado, en esta línea, que el ejercicio de funciones de asesoramiento legal —por tanto, el que realizan habitualmente los abogados

⁶⁸ TEDH, *Michaud vs. Francia*.

⁶⁹ Cf. Goena Vives, “El secreto profesional del abogado *in-house* en la encrucijada: tendencias y retos en la era del *compliance*”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, pp. 7,8,11 y ss.

in-house, así como abogados en prácticas que participan del conocimiento de asuntos relativos a clientes de los despachos en los que desarrollan su actividad— debe realizarse con las necesarias salvaguardas para el ejercicio de su trabajo de asesoramiento, por lo que, sin perfilar demasiado sus contornos, parece extender a estos profesionales el derecho a guardar silencio en relación con la información y documentación que los clientes les hayan hecho llegar.⁷⁰

El segundo supuesto al que aludía por su especialidad y carácter excepcional, por cuanto escapa de la dispensa y de sus privilegios, es el relativo a la participación del profesional protegido por el secreto profesional en la comisión del delito. En estos casos, es su condición de investigado y no la dispensa la que le permite acogerse al derecho a no declarar, pero tal condición no impide, como es lógico, que pueda ser sometido a medidas y actos de investigación que limiten sus derechos fundamentales y que permitan obtener información sobre los hechos objeto de las actuaciones penales —registros en domicilios y despachos profesionales, intervención de las comunicaciones, etcétera—.

En definitiva, este tipo de reglas de exclusión de pruebas deben interpretarse restrictivamente, por cuanto suponen verdaderos límites a la búsqueda de la verdad en el proceso —y, por tanto, también al derecho a la prueba de las partes—, pero siguen siendo necesarias por su valor instrumental al servicio de los valores que están llamadas a proteger.

2. Hechos relevantes excluidos del objeto de la prueba

Otro de los criterios de admisión no epistémicos —o no necesariamente epistémicos— es el relativo a la exclusión de pruebas sobre hechos relevantes —que conforman la pretensión acusatoria— amparados por ciertas reglas presuntivas o por acuerdos de las partes. Generalmente, en estos casos no estamos ante exclusiones propiamente contra epistémicas, sino ante exclusiones que modifican el

⁷⁰ Cf. Rodríguez Lainz, “Sobre el alcance del secreto profesional en las profesiones jurídicas ante la jurisdicción penal; a propósito de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del caso Kruglov y otros v. Rusia”, en *La Ley*, p. 9.

objeto de la prueba y, por tanto, determinan la exclusión de todas aquellas pruebas que se encuentren dirigidas a acreditar tales hechos.

A. Hechos objeto de un razonamiento presuntivo

Por lo que se refiere al efecto que producen las presunciones sobre el derecho a proponer pruebas, es preciso señalar que no todas las presunciones provocan el efecto de limitar el acceso de información al proceso y son contrarias, por tanto, al principio general de admisibilidad de la prueba relevante. Por ello, se debe partir de lo que se ha denominado “concepción plural” de las presunciones para dar cuenta de las importantes diferencias que se dan entre ellas. Gama Leyva distingue los siguientes tipos de presunciones en atención a sus efectos: presunciones legales absolutas, presunciones legales relativas, presunciones jurisprudenciales y presunciones judiciales.⁷¹ Me centraré en los dos primeros tipos.

Las presunciones legales *absolutas* y las presunciones legales *relativas* se identifican con las que se conocen como presunciones legales *iuris et de iure* y presunciones legales *iuris tantum*. Ambas cuentan con una estructura idéntica, integrada por tres elementos básicos: el hecho base o indicio, el hecho presumido y el nexo o relación existente entre ellos. La diferencia entre las presunciones *iuris et de iure* (o absolutas) y las presunciones *iuris tantum* (o relativas) se encuentra, pues, no tanto en su estructura,⁷² sino en la posibilidad de practicar prueba que las desvirtúe, solo prevista para el caso de las segundas.⁷³ Por ello, se ha querido ver en las presunciones *iuris et de iure* una suerte de las ficciones jurídicas que actuarían en el momento de valoración de la prueba y que, en virtud de la voluntad del legislador —generalmente movido por el interés de tutelar la seguridad jurídica u otros bienes o valores jurídicos—, limitan la prueba respecto del hecho al que van referidas, puesto que conllevan una prohibición de prueba en contrario. Por

⁷¹ Gama Leyva, “Concepciones y tipología de las presunciones en el derecho continental”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, pp. 76 y ss.

⁷² La misma en ambos casos: “Si X (o probado X), entonces (debe entenderse probado) Y”.

⁷³ En el caso de las presunciones legales relativas, su estructura completa sería “Si X (o probado X), entonces (debe entenderse probado) Y, salvo prueba en contrario”.

tanto, los hechos presumidos *iuris et de iure* están excluidos del objeto de prueba —dejando a salvo los hechos que constituyen el hecho base o los indicios base de la presunción, que conforman la condición de aplicación que ha de quedar acreditada para que pueda concluirse que existe el hecho presumido—. Puede afirmarse, pues, que las presunciones *absolutas* o *iuris et de iure* —aunque no sea esta su finalidad principal— tienen el efecto de evitar que la parte a la que le correspondería probar el hecho presumido tenga que probarlo, pero sin eximirle de probar el antecedente —o el estado de cosas que actúa como antecedente o *ratio*—,⁷⁴ por lo que se limitan a facilitar la prueba de los hechos y tienen, por tanto, un efecto directo sobre la admisión de pruebas.

Con este tipo de presunciones, poco usadas en la práctica por la rigidez de sus consecuencias, se persigue vincular al juez decisor a la aplicación de una consecuencia jurídica determinada basada en un razonamiento presuntivo —con finalidad no necesariamente epistémica— formulado previamente por el legislador.⁷⁵ Como ha destacado Gama Leyva, al igual que las ficciones jurídicas, las presunciones absolutas realizan una equiparación entre hechos y estados de cosas,⁷⁶ a lo que podría añadirse que, a diferencia de las presunciones *relativas* o *iuris tantum*, persiguen finalidades que pocas veces tienen que ver con el descubrimiento de la verdad.

El problema que plantean estas presunciones —y el origen de su escasa incidencia práctica— es, por tal circunstancia, el de su inderrotabilidad. Piénsese que su finalidad principal no es la búsqueda de la verdad e, incluso, en algunas ocasiones, esa finalidad puede ser contra epistémica, al estar orientada a la satisfacción de otros fines o protección de otro tipo de valores,⁷⁷ lo que hace de ellas una técnica legislativa poco aconsejable si se analizan desde la perspectiva del derecho de defensa y del derecho de las partes a desarrollar una actividad probatoria dirigida a la comprobación o refutación de las distintas hipótesis que se discuten en el proceso.

⁷⁴ *Ibid.*, p.79.

⁷⁵ *Id.*

⁷⁶ *Id.*

⁷⁷ Cf. González Lagier, “Presunción de inocencia, verdad y objetividad”, en *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho. Debates sobre abducción*, p. 97.

Por lo que respecta a su incidencia sobre la admisión de pruebas relevantes, no hay diferencias sustanciales entre los efectos de las presunciones legales y las presunciones judiciales. De hecho, puede considerarse que las presunciones legales se limitan a recoger —generalmente sin carácter excluyente— indicios que habitualmente se utilizan en el razonamiento judicial, siempre que se trate de presunciones con una finalidad epistémica —la propia de las presunciones *iuris tantum*—. No es una técnica legislativa que se haya utilizado con frecuencia, pero no plantea especiales problemas siempre que los indicios legales de culpabilidad no se apliquen automáticamente —poniendo *al acusado* en condiciones de tener que acreditar su inocencia—, no impidan la aplicación de otros indicios que los jueces puedan considerar relevantes y apropiados para el caso, se encuentren plenamente probados y que su aplicación sea objeto de motivación en la sentencia. El problema epistémico lo ocasionan en mayor medida las presunciones absolutas o *iuris et de iure* que, como hemos visto, fijan la existencia de un hecho sin permitir prueba en contrario, pues su relación con la verdad tiende a ser muy reducida o incluso inexistente, por cuanto protegen principalmente otro tipo de valores. En cualquier caso, las presunciones legales —tanto las *iuris tantum* como las *iuris et de iure*— llevan aparejado un cambio en el objeto de prueba y, por tanto, van a condicionar el resultado del proceso de admisión de medios probatorios.

Sobre el uso de las presunciones legales se ha manifestado el TEDH, que en 1988 avaló su utilización bajo ciertas condiciones. En la sentencia de 7 de octubre de 1988 —caso *Salabiaku vs. Francia*—, estimó que la aplicación de presunciones en el ámbito penal no contraviene *per se* el artículo 6.2 del Comité CEDH. En dicha sentencia, declaró la legitimidad del artículo 392.1 del Código de aduanas francés, que estipulaba que la mera tenencia de mercancías prohibidas importadas implica la culpabilidad por un delito de contrabando, y concluyó que las presunciones no son contrarias al derecho a la presunción de inocencia, siempre si se aplican dentro de unos límites razonables que atiendan a la gravedad de la pena y a los intereses generales afectados por el delito, que no limiten el derecho de defensa y que mantengan la carga de la prueba en la acusación. El TEDH tuvo ocasión de confirmar esta doctrina en la sentencia de 30 de marzo de 2004 —caso *Radio France vs. Francia*—, en la que declaró conforme al artículo 6.2 del Comité CEDH y el artículo 93-3 de la Ley de 29 de julio de 1982, sobre comunicación audiovisual,

que establece la responsabilidad penal del director de una publicación cuando se hayan emitido unas declaraciones difamatorias realizadas de mala fe y de las que el medio de comunicación haya tenido conocimiento con anterioridad a su difusión, ya que el precepto permite al director del medio de comunicación aportar pruebas en su defensa. El 30 de junio de 2011 —caso *Klouvi vs. Francia*—, el TEDH volvió a aplicar la misma doctrina, pero en esta ocasión concluyó que Francia había violado la presunción de inocencia de la demandante. En 1994, la Sra. Kluovi presentó una denuncia contra un superior por acoso sexual y violación. El acusado fue absuelto e inició un procedimiento penal contra ella por denuncia falsa, logrando la condena de la Sra. Klouvi a pena de prisión y al pago de daños y perjuicios, sentencia que fue confirmada en apelación y sobre la que el Tribunal Supremo francés no llegó a pronunciarse al inadmitir el recurso. Como parte del proceso por denuncia falsa, se hizo una aplicación estricta del artículo 226-10 del Código Penal francés, que dispone que la falsedad de una denuncia se deriva necesariamente de la sentencia absolutoria o del sobreseimiento en el que se declare que el hecho no se ha cometido o no lo ha cometido el acusado. En efecto, en primera instancia se consideró que de la absolución del Sr. P. en el procedimiento del que traía causa el de denuncia falsa se derivaba necesariamente la falsedad de las acusaciones mantenidas por la denunciante. Además, al haber sostenido de manera persistente la denuncia por hechos que no pudieron acreditarse, el tribunal consideró que la señora Kluovi no podía ignorar la falsedad de estos hechos y, en consecuencia, que debía presumirse el elemento intencional necesario para la consumación del delito de denuncia falsa, interpretación que fue confirmada en apelación al considerarse que la aplicación de la presunción de intencionalidad se mantuvo dentro de límites razonables y de acuerdo con el principio de un juicio justo. Sin embargo, el TEDH consideró que la Sra. Kluovi sufrió los efectos de una doble presunción —la primera, de carácter legal, contenida en el artículo 226-10 del Código Penal, y la segunda, de naturaleza judicial, al aplicar el órgano sentenciador la doctrina sobre la presunción relativa al elemento intencional del delito de denuncia falsa—, y ello redujo significativamente la eficacia de sus derechos del artículo 6 de la CEDH. La demandante, por tanto, no tuvo oportunidad de presentar pruebas antes de la decisión, ya que ambas presunciones se aplicaron de manera automática y sin posibilidad de realizar objeciones o practicar pruebas en con-

trario,⁷⁸ por lo que, a juicio del TEDH, la Sra. Kluovi no pudo disfrutar de su derecho a un juicio justo.

Un ejemplo muy ilustrativo de lo que se viene señalando sobre el efecto que las presunciones causan sobre el objeto de la prueba —y, en definitiva, sobre la admisión de pruebas relevantes— nos lo proporciona la regla presuntiva que encierra el delito de enriquecimiento ilícito, presente en muchos códigos penales. Una de las dificultades más importantes en la persecución de los delitos económicos vinculados al sector público es la obtención de pruebas. Precisamente, el delito de enriquecimiento ilícito se plantea como medio para sortear dichas dificultades al exigir que se acredite el carácter desproporcionado del enriquecimiento y que, a partir de él, pueda concluirse razonablemente el carácter ilícito de su origen. Al tratarse de un delito con un único elemento típico que, además, puede ser relativamente fácil acreditar —incremento patrimonial desproporcionado respecto de los ingresos lícitos declarados—, su prueba plantea menos problemas que otros tipos penales, ya que permite castigar hechos que, de otra manera, quedarían impunes si no se pudiera acreditar el acto ilícito del que traen su causa. Esta es la razón principal que ha motivado que se haya promovido su tipificación en muchos países,⁷⁹ siendo América Latina el ámbito donde ha encontrado un mayor respaldo mediante su introducción en la gran mayoría de códigos penales.

En el caso mexicano, el artículo 224 del Código Penal Federal señala que

Se sancionará a quien con motivo de su empleo, cargo o comisión en el servicio público, haya incurrido en enriquecimiento ilícito. Existe enriquecimiento ilícito cuando el servidor público no pudiere acreditar el legítimo aumento de su patrimonio o la legítima procedencia de los bienes a su nombre o de aquellos respecto de los cuales se conduzca como dueño [...]. No será enriquecimiento ilícito en caso de que el aumento del patrimonio sea producto de una conducta que encuadre

⁷⁸ En julio de 2010, se aprobó una ley que modifica el texto de la sección correspondiente del Código Penal y en la actualidad es necesario que la persona haya sido absuelta por sentencia firme.

⁷⁹ En el ámbito latinoamericano, V. Convención Interamericana contra la corrupción, art. IX, suscrita en Caracas el 29 de marzo de 1996 y en vigor desde el 6 de marzo de 1997.

en otra hipótesis del presente Título. En este caso se aplicará la hipótesis y la sanción correspondiente, sin que dé lugar al concurso de delitos.

Este tipo penal se basa en una presunción de ilicitud derivada de la verificación de la existencia de bienes o ingresos extraordinarios no declarados, de manera que también podría enunciarse del siguiente modo: “Si está probado el incremento patrimonial desproporcionado (Y) y no está probado su origen lícito (-Q), se presumirá que se trata de un enriquecimiento ilícito (Q)”. Es por ello por lo que la regulación del delito de enriquecimiento ilícito no plantea inversión de la carga de la prueba alguna, ya que la acusación debe acreditar en todos los casos la conducta típica, es decir, el enriquecimiento real e injustificado a partir de los datos de los que dispone, pero sin necesidad de aportar pruebas sobre el origen ilícito de tal enriquecimiento. Sí supone, sin embargo, una modificación relevante del objeto de la prueba, por cuanto se tendrá que acreditar el hecho base —incremento patrimonial— y no el hecho presumido —enriquecimiento ilícito—.

B. Hechos no discutidos y acuerdos probatorios

Un último comentario merece la inadmisión de pruebas fundada en su condición de pruebas relativas a hechos no controvertidos, puesto que el alcance de la fijación mediante admisión de hechos o a través de acuerdos probatorios⁸⁰ responde a ese criterio final no epistémico al que se refiere el artículo 346 del CNPP. Sin duda, la existencia de acuerdos de este tipo supone un verdadero límite a la búsqueda de la verdad, al sustraer de la actividad probatoria hechos relevantes para la decisión del caso —de común acuerdo o, en el caso del reconocimiento de hechos, unilateralmente por el acusado—. Carnelutti describía con claridad sus consecuencias procesales: “las partes pueden, bien callando un hecho real o bien afirmando acordes un hecho imaginario, constreñir al juez a poner en la sentencia una situación de hecho diversa de la realidad”.⁸¹ Se trata de situaciones que en modo alguno se traducen en establecer la existencia del hecho no discu-

⁸⁰ Por ejemplo, en los términos del CNPP, art. 345.

⁸¹ Carnelutti, *La prueba civil*, p. 9.

tido, sino que este permanece dentro de los límites de lo incierto. Como señala Taruffo, genera un importante margen de error considerar que el juez tiene que dar el hecho no discutido por cierto, lo que hace que, particularmente en el ámbito penal, no sean asumibles las consecuencias de incorporar este tipo de exigencias y limitaciones a la prueba, dado el evidente interés público en el descubrimiento de los hechos y la importancia de la verdad como medio de legitimación de la decisión.⁸² Reglas de este tipo solo pueden ser explicadas desde la necesidad de lograr salidas rápidas al proceso —no digamos cuando se trata de fórmulas de terminación anticipada de las actuaciones por los acuerdos alcanzados con la fiscalía, como el *plea bargaining* americano o la conformidad española—, por cuanto lo simplifican y favorecen la descongestión de los tribunales, pero redundan en una evidente pérdida de justicia de la decisión judicial⁸³ y, podríamos añadir, de la legitimación del sistema judicial en su conjunto. De ahí que, supuestos como los acuerdos probatorios y la admisión de hechos, deban interpretarse en el sentido de relevar a la parte proponente de los hechos de la carga de probarlos, pero sin que ello impida que se aporten pruebas sobre su falsedad o incluso que el juez cuestione su veracidad cuando entren en contradicción con otros hechos que hayan resultado probados.⁸⁴

En estos supuestos, las previsiones normativas que extienden su aplicación muy por encima de lo deseable solo se justifican si se analizan en términos de eficiencia y economía procesal en la resolución de asuntos penales, sin anclaje alguno en la realidad de los hechos y, en muchos casos, desgraciadamente, de espaldas a ellos.⁸⁵ De ahí que los órganos jurisdiccionales deban ser extremadamente restrictivos en su aplicación y ejercer una exhaustiva labor de control sobre estos acuerdos a fin de detectar posibles vulneraciones de los términos legales que los regulan. En particular, en el caso mexicano, el propio artículo 345 del CNPP requiere que

⁸² Cf. Taruffo, *op. cit.*, pp. 147-150.

⁸³ *Ibid.*, pp. 147 y 148.

⁸⁴ *Ibid.*, pp. 149 y 150.

⁸⁵ Al respecto, resultan sumamente interesante las valoraciones de Gascón Inchausti y Lascurain Sánchez relativas a las circunstancias que envuelven la aceptación de acuerdos con la fiscalía y que, lejos de lo que pudiera pensarse, no se encuentran necesariamente relacionadas con la autoría de los hechos. V. Lascurain Sánchez, y Gascón Inchausti, “¿Por qué se conforman los inocentes?”, en *Indret. Revista para el análisis del Derecho*.

el acuerdo probatorio venga avalado por elementos de juicio obtenidos durante la fase de investigación, de modo que la falta de corroboración probatoria fiable debiera suponer su no aprobación y el sometimiento a prueba de los hechos a los que se refiere. Ese control debiera ir más allá incluso y extenderse al examen de las circunstancias del acuerdo a fin de garantizar que las prácticas del Ministerio Público no supongan una coacción para el investigado, que ha de suscribir tales acuerdos de forma plenamente voluntaria.⁸⁶

3. Pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales

Un tercer grupo de límites a la admisión de la prueba es el integrado por todos aquellos supuestos en los que la información que pretende incorporarse al proceso se ha logrado violentando derechos fundamentales. La obtención de información al precio de sacrificar bienes jurídicos de la más alta consideración —aquellos que se encuentran reconocidos en los textos constitucionales y en los acuerdos internacionales sobre derechos humanos— plantea interrogantes relativos a la delimitación de las conductas que pueden calificarse como pruebas ilícitas, a la gravedad de la afectación que las mismas tienen sobre los derechos fundamentales violentados y, al tiempo, a la fiabilidad de la información que proporcionan y a las consecuencias —procesales y de otra índole— que deben derivarse de su obtención. Más allá de la complejidad de este tipo de cuestiones, lo cierto es que las mismas se proyectan en el momento de la admisión de la prueba, puesto que el órgano jurisdiccional debe excluir todas aquellas que se hayan obtenido en tales condiciones.

⁸⁶ Se recomienda la lectura del trabajo de Bachmaier Winter, “Justicia negociada y coacción. Reflexiones a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Revista General de Derecho Procesal*. En él, se realiza un análisis particularmente crítico de la sentencia del TEDH *Natsvlshvili y Togonidze vs Georgia*, en la que el Tribunal avaló la renuncia a las garantías probatorias que supone la aceptación de un acuerdo con la acusación silenciando las evidentes muestras de coacción que soportó el investigado para aceptar la pena propuesta por la fiscalía. El caso, relativo al acuerdo alcanzado en un proceso penal en Georgia, puede extrapolarse, en mayor o menor grado, a cualquier otro país en el que este tipo de acuerdos se buscan por todos los medios para alcanzar una sentencia condenatoria rápida.

El artículo 346 del CNPP es parco al establecer los supuestos en los que debe inadmitirse la prueba propuesta, por lo que es preciso acudir a otros preceptos del código que vienen a completar sus disposiciones. En particular, por lo que se refiere a la prueba ilícita, el artículo 357 establece que las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales —aquellas que se entienden como pruebas ilícitas en sentido estricto— no pueden surtir efectos, de modo que la advertencia legislativa no solo prevé su exclusión en la audiencia intermedia, sino que alcanza también a aquellos supuestos en los que la declaración de ilicitud no se ha producido en ese momento y, por tanto, la prueba ha logrado superar el filtro de la etapa intermedia ante el juez de control y ha alcanzado el juicio oral, situación en la que el precepto prohíbe que la sentencia se fundamente en tal prueba.

En los últimos tiempos, frente a quienes sostienen la exclusión probatoria como consecuencia inherente y automática de la ilicitud probatoria,⁸⁷ han recobrado fuerza las teorías tendentes a promover la posibilidad de utilizar la información obtenida ilícitamente, limitando la exclusión a aquellos supuestos en los que la ilicitud haya afectado a la fiabilidad del material probatorio.⁸⁸ Para ello, se propone que la infracción sea objeto de sanción disciplinaria o penal y que el sujeto que haya sufrido tal violación de derechos pueda ser indemnizado por los daños causados. No es una tendencia nueva. En 1986, Pastor Borgoñón se expresaba en términos idénticos:

Frente a las posturas extremas que proclaman la inadmisibilidad procesal de cualquier fuente de prueba obtenida de forma ilícita, por un lado, y las de los que afirman la total irrelevancia que, desde el punto de vista del proceso, tiene el modo en que se haya conseguido la prueba que trata de incorporarse al mismo, por otro, parece mucho más razonable la de sostener que el tema debe resolverse ponderando los intereses en conflicto, para determinar cuál de ellos ha de prevalecer.

El interés público en la averiguación de la verdad y el derecho a la tutela judicial, en el que se incardina el derecho de las partes a la prueba, son bienes jurídicos que se

⁸⁷ V. Asencio, “La STC 97/2019, de 16 de julio. Descanse en paz la prueba ilícita”, en *La Ley*; Cf. Ibáñez, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, pp. 181-205.

⁸⁸ V. Laudan, *op. cit.*

protegen en nuestro ordenamiento como derechos fundamentales. En consecuencia, las fuentes de prueba obtenidas con violación de bienes jurídicos de menor entidad deben ser admitidas al proceso, sin perjuicio de las sanciones de orden civil, administrativo o incluso penal, que puedan proceder contra la persona responsable.⁸⁹

Y, respecto de las pruebas derivadas de la prueba ilícita, señalaba:

La responsabilidad civil, administrativa y penal que puede derivarse de una actuación atentatoria contra derechos fundamentales es lo suficientemente grave como para disuadir al investigador de una conducta con estas características, que no pretenda recoger fuentes de prueba, sino únicamente conseguir unas eventuales informaciones. Por otro lado, el carácter de inviolable que nuestro ordenamiento asigna a los derechos fundamentales, tiene como consecuencia la nulidad de los actos atentatorios contra ellos —y ello ya es bastante grave—, pero no está nada claro que se deriven también efectos respecto a actos que, jurídicamente, son totalmente independientes de los primeros; no admitir un medio de prueba al proceso porque el acto de recogida de la fuente es nulo es una cosa, pero no admitirlo por el hecho de que, siendo totalmente válida la conducta de recogida de la fuente probatoria, la información que pudo haberla motivado se haya obtenido como consecuencia de una actuación atentatoria contra un derecho fundamental es otra muy distinta. Los procesos mentales o las fuentes de información del investigador no pueden ser rastreados indefinidamente hacia atrás hasta comprobar su absoluta «pureza», o dicho de otra forma, el efecto anulatorio derivado del carácter inviolable de los derechos fundamentales no puede mantenerse indefinidamente, sin que importen los actos interpuestos.⁹⁰

El ejemplo paradigmático de quienes en la actualidad son partidarios de limitar las consecuencias de la ilicitud al ámbito sancionador es el de Laudan, que en su empeño por construir una teoría epistemológica para el proceso penal, realiza manifestaciones como la que sigue:

⁸⁹ Pastor Borgoñon, “Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas (a propósito de la sentencia núm. 114/1984 de 29 de noviembre (BOE de 21 de diciembre de 1984), dictada por el Tribunal Constitucional en el recurso de amparo 167/1984”, en *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, pp. 355 y 356.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 361.

Para muchos de nosotros ésta [la regla de exclusión] es un ultraje no solo a la búsqueda de la verdad sino a los principios básicos de igualdad procesal de las partes y de protección al inocente. Esta regla ofrece garantías muy amplias a aquel que es probablemente culpable, mientras hace muy poco o nada para salvaguardar los intereses de quien es probablemente inocente. Peor aún, supuestamente está regida por la preocupación de impedir actos ilegales de la policía; sin embargo, no sanciona de forma alguna tales comportamientos cuando se dirigen hacia cualquier otro que no es el acusado.

Nadie cuestiona que muchas de las pruebas incautadas en registros ilegales puedan ser sumamente relevantes, esto es, que fortalecerían la creencia de una persona razonable en la probabilidad de que el acusado ha cometido el delito que se le imputa. Y tampoco hay dudas de que muchos de los culpables de delitos graves caminan libremente gracias a esta regla de exclusión (Se ha estimado que la exclusión de pruebas ilícitas socava, lo que de otra manera sería un enjuiciamiento efectivo, aproximadamente el 5 por 100 del total de los casos de delitos graves y aproximadamente un 30 por 100 de los casos de droga). Por tanto, la eliminación de esta regla es muy conveniente, siempre y cuando estemos un tanto preocupados por la verdad y ampliamente preocupados por la justicia. Si tomamos seriamente la idea [...] respecto a que el juzgador de los hechos debe conocer todas las pruebas relevantes, entonces se debe abandonar la exclusión de pruebas que se han obtenido ilegalmente.⁹¹

Sin duda, el punto de partida de su construcción teórica, consistente en la existencia, *a priori*, de acusados culpables y acusados inocentes, impide que sus tesis encuentren buena acogida, por cuanto sus presupuestos niegan de plano la necesaria existencia de un conjunto de garantías procesales idénticas para todas las personas sometidas a un proceso penal que salvaguarden al conjunto de los ciudadanos de las falsas condenas. Su empeño en reducir el error está enfocado exclusivamente en proteger a los ciudadanos que no han cometido hechos delictivos, como si antes del ejercicio del *ius puniendi* y del desarrollo de las investigaciones fuera posible determinar quiénes se encuentran en esa situación y quienes son *verdaderos* culpables y, por tanto, no merecen la protección de las garantías procesales.

⁹¹ Laudan, *op. cit.*, pp. 259 y 260.

A pesar de que la postura de Laudan ha sido considerada paradigma de un supuesto garantismo moderado,⁹² muy poca vinculación tiene con el garantismo, por cuanto desconoce totalmente la trascendencia de las reglas y garantías procesales conquistadas y pretender liberar al proceso penal de lo que, en sus construcciones teóricas, son pesados lastres con forma de límites que, según sus palabras, son un ultraje para la búsqueda de la verdad. Ese garantismo “moderado” pretende contribuir a reducir el riesgo al que se somete a los ciudadanos de ser objeto de delitos graves cuando el proceso penal acumula un número excesivamente alto de falsas absoluciones y deja de tener eficacia como instrumento de prevención general.⁹³ Pasa por alto, en definitiva, el enorme e irrenunciable valor político y democrático de las garantías procesales, por cuanto no suponen más que obstáculos para su objetivo de lograr la verdad casi a cualquier precio.

En posiciones intermedias se sitúan quienes, partiendo de la nulidad de las pruebas de cargo así obtenidas, entienden aceptable que se utilicen las que proporcionen información favorable para el acusado como manifestación del efecto disuasorio de la regla de exclusión;⁹⁴ y quienes entienden que, en ciertas circunstancias —por ejemplo, cuando son particulares quienes obtienen las pruebas ilícitamente, aunque sin la intención de hacerse con pruebas para un proceso judicial—, debe permitirse su utilización, pues el efecto disuasorio alcanza exclusivamente a las autoridades y funcionarios públicos —jueces, ministerio público y policía—. ⁹⁵ Sea como fuere, la exclusión se impone como consecuencia necesaria en aquellos sistemas en los que el propio Código procesal, como sucede con el mexicano,⁹⁶ prevé dicha consecuencia, al margen de la necesidad

⁹² Este garantismo “más medurado” estaría representado por las tesis de Larry Laudan frente al garantismo “extremo” de Luigi Ferrajoli, en palabras de Aguilera García, “¿Garantismo extremo o medurado? La legitimidad de la función jurisdiccional penal: construyendo el debate Ferrajoli–Laudan”, en *Isonomía*, pp. 61-93.

⁹³ *Ibid.*, pp. 89 y ss.

⁹⁴ Cf. Beltrán Núñez, “La prueba de defensa”, La prueba en el proceso penal II, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, pp. 469 y ss; Estrampes, “La regla de la exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación”, en *Jueces para la Democracia*, p. 65; o De la Oliva Santos, “Sobre la ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas”, en *Tribunales de Justicia*, p. 10.

⁹⁵ Es la doctrina asumida por el Tribunal Supremo español desde 2017 a partir del famoso caso *Falciani*, STS 116/2017, que ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional, STC 97/2019.

⁹⁶ Y, con mayor razón, cuando así se estipula en un texto constitucional, V. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, art. 20, apartado A, fracción IX.

de contar con otras respuestas sancionadoras que puedan reforzar el efecto disuasorio de la regla de exclusión, que viene a sumarse —por cuanto no son incompatibles— a su indiscutible carácter de regla que respalda la supremacía de los derechos en el ordenamiento jurídico y, por tanto, también en el marco del proceso penal.

III. Admisibilidad de la prueba pericial

El tema de la admisión de la prueba pericial en los últimos años ha cobrado gran interés académico gracias al impacto que ha tenido la bien conocida decisión de la Corte Suprema estadounidense en el caso *Daubert*.⁹⁷ En ese caso civil, la corte estableció cuatro criterios para valorar la calidad de las pruebas periciales a efectos de que los jueces decidan su admisión o exclusión al proceso judicial. Más allá de esos criterios, llama la atención en primer lugar la decisión de establecer dichos criterios para valorar la calidad de las pruebas periciales *en la etapa de admisión*. ¿Qué razones habría para tratar de esta manera diferente a este tipo de elementos de juicio?⁹⁸ Como respuesta a esta pregunta se han desarrollado al menos tres líneas argumentativas:

- Evitar que entre *junk science* al proceso judicial.
- Proteger al juzgador de los hechos de información de nula o baja calidad.
- Satisfacer las exigencias de un diseño normativo como el estadounidense.

⁹⁷ Para una descripción detallada del caso y un análisis al respecto V. Vázquez, *De la prueba científica a la prueba pericial*.

⁹⁸ Para responder a esta cuestión, V. Schauer, “Is Expert Evidence Really Different?”, en *Notre Dame Law Review*; a su vez, Schauer se pregunta si la prueba pericial es diferente del resto de elementos de juicio en el sentido en que se generan más riesgos para su sobrevaloración y, por ello, su admisión debe ser distinta al resto. Por otra parte, V. Allen, “The Conceptual Challenge of Expert Evidence”, en *Law and Economic Series*; donde Allen se pregunta por el encaje de la prueba pericial en sistemas donde las pruebas deben ser comprendidas, procesadas y deliberadas por quien debe tomar la decisión del caso y, en este modelo, argumenta que es necesario ir más allá de la admisión.

Dado que *Daubert* era un caso de responsabilidad civil en contra de la farmacéutica *Merrell Dow*, por los supuestos efectos teratógenos que causaba su fármaco Bendectin, la decisión judicial giraba en torno al conocimiento científico. En ese contexto, al hablarse de pruebas científicas, se desarrolló el argumento de que para evitar que al proceso judicial entrara ciencia basura (*junk science*) se deberían establecer criterios de admisibilidad más rígidos.

El término “*junk science*” en EUA fue popularizado por Peter Huber en su obra “*Galileo’s revenge: Junk science in the Courtroom*”. Huber consideraba ahí que la “*good science*” sería la ciencia del consenso y la revisión por pares; mientras que la *junk science* sería el “espejismo de la ciencia real, muy parecida en la forma, pero sustancialmente muy diferente”. Esta suerte de propuesta de Huber supone que la ciencia tiene ciertas características diferenciadoras de otras áreas o actividades. Precisamente este supuesto ha llevado la discusión sobre la “ciencia basura” a la distinción más amplia entre lo que es ciencia y lo que no es ciencia, o el estatus de científicidad de determinado conocimiento, método, teoría, etcétera.⁹⁹ Así, bajo el presupuesto de que todo lo científico y solo lo científico es fiable, se supone que bastaría con analizar o determinar si un método o conocimiento, etcétera es ciencia.

En filosofía de la ciencia se ha debatido desde hace mucho sobre si hay una línea clara de demarcación que nos permita distinguir la ciencia de la no-ciencia. A esa empresa se le ha llamado “el problema de la demarcación”. Y actualmente hay un consenso en catalogarlo como un pseudoproblema,¹⁰⁰ pues no solo no hay una línea de demarcación que nos permita claramente hacer la distinción que se buscaba, sino que es un error considerar “ciencia” y “fiabilidad” como términos coextensivos. En otras palabras, no todo lo que pudiera ser identificado como

⁹⁹ Cf. Haack, “Six Signs of Scientism”, en *Logos and Episteme*. Haack, asumiendo una actitud crítica ante esta cuestión, alude al “cientifismo”, como una actitud deferencialista ante aquello que se presenta como científico.

¹⁰⁰ V. al respecto, Laudan, “The Demise of the Demarcation Problem”, en *Physics, Philosophy and Psychoanalysis*. También V. un análisis de Laudan sobre un caso anterior a *Daubert* en donde se discute sobre la científicidad del conocimiento materia de un proceso judicial. Laudan, “Science at the Bar: Causes of Concern”, en *Science, Technology & Human Values*.

científico tiene el mismo nivel de fiabilidad y no solo lo científico es fiable.¹⁰¹ Con lo cual, si nuestro interés es saber cuál es la calidad de determinada teoría, método, etcétera, no se requiere saber si es o no científico.

Entonces, lo máximo que podríamos buscar con el establecimiento de criterios más rígidos de admisibilidad es evitar que al proceso judicial entre conocimiento de baja o nula fiabilidad. De hecho, la cuestión es más compleja porque la fiabilidad es una cuestión gradual, con lo que se debería decidir cuán fiable debería ser un método, técnica o teoría para que pueda ser usada en un proceso judicial.¹⁰² En todo caso, más adelante veremos los criterios que la corte estadounidense estableció sobre la fiabilidad y cuál ha sido el resultado.

La otra línea argumental para implantar una etapa de admisibilidad más exigente fue la protección al jurado lego de sus malas decisiones respecto el conocimiento científico. Bajo el presupuesto de que los jurados son incapaces de valorar adecuadamente el conocimiento experto, se dice, hay que protegerlos evitando que escuchen aquel de nula o baja calidad. Y, para ello, se pueden identificar al menos tres estrategias:

- Que el juzgador de los hechos no tenga conocimiento alguno de la existencia de ciertas pruebas.
- Que, aunque conozca de su existencia, no tenga contacto con ellas, i.e., no conozca la información que aportan.

¹⁰¹ Recientemente se ha traducido al castellano un fantástico trabajo de Haack donde desarrolla sus argumentos para no considerar que científicidad y fiabilidad son términos coextensivos. V. Haack, “El largo brazo del sentido común. En lugar de una teoría del método científico”, en *Ciencia y Justicia. El conocimiento experto en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Suprema Corte de Justicia de la Nación*.

¹⁰² Un ejemplo al respecto que ha sido históricamente debatido en los tribunales son los llamados “detectores de mentiras”, en muchos países la jurisprudencia ha prohibido su uso como prueba. Un trabajo que describe el tratamiento jurídico de estos instrumentos en diversos sistemas jurídicos es el de Villamarín, *Neurociencia y detección de la verdad y del engaño en el proceso penal. El uso del escáner cerebral (fMRI) y del brainfingerprinting (P300)*. Vale la pena notar que hay distintos detectores, desde los viejos instrumentos de medición de meras respuestas fisiológicas hasta los modernos instrumentos supuestamente basados en la neurociencia que registran ciertos movimientos cerebrales.

- Que, teniendo conocimiento de su existencia y contacto con ellas, se indique al juzgador de los hechos el valor probatorio que le debe asignar.

Evidentemente la primera de las estrategias es la más contundente, al eliminar cualquier posibilidad de “contaminación” para quien va a decir el caso.¹⁰³ Ahora, esta línea argumental, como se ha dicho, supone que efectivamente hay alguien a quien proteger de sus malas decisiones y, por ello, se le ha llamado “paternalismo epistémico”, en analogía al paternalismo tradicional.¹⁰⁴ Fue Goldman el primero en sugerir que si el jurado era incapaz de decidir adecuadamente con conocimiento experto, entonces tendríamos que apartarlo de sus malas decisiones:

Si, en opinión de los legisladores, una cierta categoría de elementos de juicio suele inducir al jurado a error, ellos están facultados para exigir o permitir que tales pruebas se mantengan fuera del alcance de los jurados. Este es un ejemplo de lo que llamo paternalismo epistémico. [...] El tribunal sustituye con su propia expectativa sobre el error del jurado la expectativa del jurado mismo.¹⁰⁵

Se podría discutir si la etiqueta “paternalismo epistémico” es adecuada o no para tratar esta cuestión, fundamentalmente porque a quien se protegería sería al ciudadano y no al jurado incapaz.¹⁰⁶ No obstante, creo que vale la pena decir que se han hecho investigaciones empíricas sobre la capacidad del jurado para valorar

¹⁰³ Vale la pena llamar la atención sobre el hecho de que en sistemas que obligan al juzgador a motivar sus decisiones, la supuesta contaminación aún podría ser controlable sin necesidad de excluir elementos de juicio por ello. Esto obviamente presupondría un correcto funcionamiento de la motivación, es decir, que de hecho los jueces justifiquen sus decisiones y no que únicamente expliquen el íter mental que los llevó a tomar una decisión o, peor aún, que únicamente hagan una especie de resumen con el contenido las pruebas, etcétera.

¹⁰⁴ Para un análisis exhaustivo y también crítico del paternalismo, V. Maniaci, *Contra el paternalismo jurídico*.

¹⁰⁵ Cf. Goldman, “Epistemic Paternalism: Communication Control in Law and Society”, en *Journal of Philosophy*, *passim*.

¹⁰⁶ Cf. Dei Vecchi, “A modo de colofón: De la ciencia a la teoría general de la prueba jurídica, pasando por la prueba pericial”, en *Anuario de la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social*, p. 115 y ss. Dei Vecchi desarrolla esta crítica a Goldman.

pruebas periciales y sus resultados no son en absoluto concluyentes.¹⁰⁷ Si esto es así, no contamos con datos que permitan mostrar efectivamente la *necesidad* epistémica de tener una etapa de admisión más rígida en atención a la calidad de las decisiones de los jurados.

En nuestros sistemas, donde tenemos jueces profesionales, esta línea argumentativa sería muy complicada, pues si dudamos de la capacidad del tribunal de enjuiciamiento para decidir racionalmente con conocimiento experto, ¿por qué podríamos confiar en que el juez de garantías lo haría bien, considerando que ambos tienen el mismo tipo de formación? Aún más, en nuestros sistemas no se han hecho estudios empíricos para analizar cuán bien deciden los jueces cuando hay conocimiento experto de por medio, solo tenemos datos anecdóticos o experiencias personales. En todo caso, dudar sistemáticamente de la capacidad de *todos* los jueces para esta labor debería conllevar a un giro copernicano en el diseño de nuestros sistemas jurídicos; por lo que antes de ello, quizá lo más adecuado sería mejorar la formación de los jueces en materia de razonamiento probatorio y la prueba pericial.

La tercer y última línea argumentativa para implantar una etapa de admisión más exigente para la prueba pericial tiene que ver propiamente con el diseño normativo del sistema estadounidense, concretamente con que en el *pretrial* las partes tienen la llamada carga de producción de pruebas. Esta estructura supone la división de funciones del juez profesional y del jurado, donde el primero se encarga de las cuestiones de derecho y el segundo de las cuestiones de hecho.¹⁰⁸ Siendo

¹⁰⁷ Un estudio interesante es el de Freckelton, *et.al.*, donde muestran cómo la formación que tienen los ciudadanos impacta en el desempeño de los jurados, que son una muestra de aquellos. Por lo que los estudios que pudieran hacerse sobre la capacidad de los jurados para decidir racionalmente con ciencia dependen también de esta variable. Así, por ejemplo, en Australia el 74,1% de los jurados que fueron encuestados en el estudio referenciado tenía conocimientos en ciencias o matemáticas gracias al énfasis en dichas áreas en la educación básica. V. Freckelton, Goodmanm, *et.al.*, *Expert Evidence and Criminal Jury Trials*.

¹⁰⁸ Aquí vale la pena ir con cuidado, dado que, como afirman Allen y Pardo, entre otros, no hay una distinción nítida entre ambas cuestiones. Allen y Pardo, "The Myth of the Law-Fact Distinction", en *Northwestern University Law Review*, p. 1770.

[s]ólo hay diferencias pragmáticas. [...]o que inició como una defensa de una distinción "analítica" entre el derecho y los hechos acabó en la disolución de toda diferencia, dado que toda determinación de los hechos es implícitamente una determinación normativa y, por ello, en ese sentido, jurídica. Esto

la admisión de pruebas una cuestión de derecho es competencia del primero, así el juez profesional decide sobre la conformación del conjunto de pruebas.

La *burden of production* consiste en la exigencia a las partes de producir pruebas suficientes sobre los hechos que consideran litigiosos *a efectos de* que el juez profesional decida si dada la información presentada en esa etapa inicial hay un caso que deba ser decidido por un jurado o, si por falta de pruebas, es clara la decisión en esa etapa. El *quid* radica entonces en si la información disponible en el *pretrial* es suficiente como para que una persona racional *podiera* considerar que se alcanzarían las exigencias probatorias establecidas por el estándar de prueba aplicable. En caso negativo, el juez de la causa resuelve el caso adoptando alguna de las *preclusive motions* previstas y el proceso termina antes de la completa práctica de todas las pruebas ante el jurado.

De hecho, en el caso *Daubert*, la exclusión de las pruebas periciales presentadas por los demandantes supuso la no satisfacción de su *burden of production* sobre la relación causal entre la ingesta de Bendectin y las deformaciones congénitas; y, por ello, el caso terminó en el *pretrial*, otorgándole a Merrell Dow una sentencia sumaria.¹⁰⁹ Esta dinámica procesal, en términos abstractos, adquiere total sentido a efectos de ahorrar recursos judiciales si el asunto no podrá ser decidido de una forma distinta *al nivel de prueba exigido* dada toda la información disponible en el caso. Sin embargo, el punto clave radica, precisamente, en si esa información está disponible para tomar una decisión como la que supone el establecimiento de cargas de producción de pruebas a las partes.

Para entender mejor es necesario fijarnos en un panorama más amplio del sistema estadounidense, concretamente la suma de su adversarialismo, el *discovery*,

no significa que la distinción doctrinal ente 'derecho' y 'hechos' no sea importante; sólo significa que debe ser decidida de forma funcional y no por referencia a supuestas diferencias ontológicas, epistemológicas o analíticas entre dichos conceptos.

¹⁰⁹ En los procesos civiles estadounidenses el estándar de prueba es la preponderancia de las pruebas. En los casos donde estaba en juego la prueba de una causación específica, desde 1982 en el caso *Cook vs. United States*, tal estándar se ha interpretado como "un incremento del riesgo en más del doble". Es decir, si tomamos como ejemplo el caso *Daubert*, diríamos que se tenía que probar que la ingestión materna del Bendectin aumentó en más del doble la probabilidad de que los niños hubiesen nacido con defectos congénitos. Para un análisis muy detallado sobre estas cuestiones, V. Haack, "Risky Business". en *Causalidad y atribución de responsabilidad*.

los *pre-hearings* y la concentración del juicio oral en una sola audiencia. Si bien es cierto que, *qua* sistema adversarial, las partes tienen el control de la información con la que se tomarán las decisiones, más importante aún es que tienen mecanismos para acceder a la información que consideran relevante para defender su caso y que esta debe ser presentada no solo resumidamente en los escritos correspondientes, sino que es explicada en una audiencia ante el juez profesional, quien tiene discrecionalidad para gestionar esta etapa procesal de manera tal que luego pudiese ser posible —fáctica y racionalmente— la concentración de todo el caso en una sola audiencia para su decisión final. Todos los mecanismos e incentivos anteriores, en su conjunto, suelen tener como resultado un cúmulo de información lo suficientemente amplio como para que el juez de la causa pueda decidir racionalmente la satisfacción de la carga de producción de pruebas y si el caso continúa o no a la siguiente etapa procesal.

¿Qué pasa en los sistemas con una dinámica diversa, donde no hay cargas de producción acompañadas por un mecanismo de descubrimiento de información relevante entre quienes tienen la facultad —y obligación— de presentar las pruebas o, dónde aun habiéndolos, es deficiente la información que se presenta o donde el ejercicio de las facultades probatorias del juez puede impactar seriamente en los planteamientos o estrategias de defensa de las partes? La respuesta sería que establecer una admisibilidad de pruebas rígida resultaría sumamente peligrosa, pudiendo potencialmente dejar sin prueba o sin caso a las partes, por lo que no sería aconsejable en términos abstractos.

Una vez que hemos visto las tres líneas argumentales sobre la implementación de una etapa de admisión más rígida, veamos ahora cuáles son los criterios que la corte estadounidense dictó en el caso *Daubert* y que, además, han sido también usados en algunas tesis de la SCJN, aunque trasplantados como criterios de valoración, no de admisión.¹¹⁰

¹¹⁰ La jurisprudencia de la SCJN introdujo los criterios *Daubert* en la contradicción de tesis 154/2005-PS. Es curioso advertir que la litis del caso resuelto por la corte era la constitucionalidad de dictaminar como medida de apremio una prueba pericial de ADN en un caso en el que el demandado en un juicio de reconocimiento de paternidad se negara a hacerse dicha prueba. Por ello no es claro la relevancia de la pregunta que se plantea la corte al introducir estos criterios, “¿qué tipo de hallazgos científicos pueden aceptar los jueces?”

1. Criterios para la admisión de pruebas periciales en atención a su calidad

El caso *Daubert* fue resuelto por la Corte Suprema estadounidense en 1993, quien lo atrajo para resolver cuáles debían ser los criterios de admisión que deberían observarse en materia de prueba pericial. No hay que olvidar que estamos hablando de una cuestión de derecho y que, por tanto, se buscaba dar cierta seguridad jurídica sobre los criterios de admisión que iban a aplicarse en los juicios federales, lo que no era nada claro.¹¹¹

Una de las primeras decisiones que explicitó la corte es que la decisión de admisión debía concentrarse en los principios y la metodología subyacentes a la prueba en cuestión y no en sus conclusiones. Este punto es importante sobre todo para quienes han trasplantado los criterios *Daubert* a la valoración de la prueba pericial suponiendo que con ellos se satisface tal tarea. Es importante porque ninguno de los cuatro criterios nos informa sobre *cómo ha sido aplicado* un método o técnica al caso concreto y, al ser esta una cuestión fundamental en la valoración de la prueba pericial no puede obviarse. En efecto, un método o técnica tan ampliamente fiable como los empleados en las pruebas de ADN pudiesen ser aplicados de forme equivocada y, por tanto, no ameritar ningún valor probatorio pese a su validez y fiabilidad genérica.

Hasta aquí se ha mencionado en varias ocasiones el término “fiabilidad” y en el párrafo anterior se introduce también “validez”. Ambos términos son un tecnicismo en el ámbito científico y nos informan los resultados de diversos procesos de medición de la calidad actual de métodos, técnicas, etcétera. En términos muy simples, un método sería válido si efectivamente mide lo que pretende medir; ahora, ese método válido puede medir mejor o peor eso que pretende medir y, por tanto, ser más o menos fiable. Quizá un ejemplo puede ilustrar este punto; imaginemos los viejos detectores de mentiras que funcionaban bajo la teoría de que mentir suponía un esfuerzo consciente que se traducía en un aumento de la

¹¹¹ Había una suerte de controversia sobre los criterios aplicables dada la promulgación de las *Federal Rules of Evidence* y en las que nada se decía sobre la “aceptación general de la comunidad experta” que estaba siendo usado como criterio de admisión. Para más detalles de este debate V. Vázquez, *op. cit.*

presión sanguínea y, por tanto, había que medirla.¹¹² ¿Qué es lo que se pretende medir? Que alguien miente o dice la verdad, entonces: ¿el aumento de la presión sanguínea nos informa algo al respecto? No, el instrumento empleado solo mide la presión sanguínea y es el sujeto que lleva a cabo el análisis quien infiere a partir de ello si una persona miente o dice la verdad. No es pues un instrumento válido para medir si alguien miente; y, por tanto, ya no podemos preguntarnos cuán bien lo mide.

¿Cómo se conoce si un instrumento o método o técnica es válido y su nivel de fiabilidad? Fundamentalmente mediante estudios empíricos controlados en los que bajo ciertas condiciones se pone en funcionamiento el procedimiento que se quiere medir para poder conocer *cómo de hecho* está funcionando.¹¹³ Claramente este tipo de actividades e información no es de naturaleza jurídica, es una de las tareas que deben realizar las comunidades expertas. Veremos este punto al desarrollar los criterios Daubert.

Pues bien, propuestos por el magistrado J. Blackmun y aceptados por la mayoría de los entonces miembros de la Corte Suprema estadounidense, se indicaron los siguientes cuatro factores de fiabilidad probatoria:

¹¹² En nuestro país, se siguen empleando los viejos detectores de mentiras en las llamadas “evaluaciones de control de confianza” y tal uso ha sido avalado por la SCJN como constitucionalmente válido. Cf. SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 83/2015. En tal decisión se dice, no obstante que su “falibilidad, desde un punto de vista aislado, hace que el contenido de los dictámenes relativos constituyan un mero indicio para evaluar la conducta de los sujetos examinados, pero de ningún modo son elementos decisivos, y mucho menos el único que pueda dar soporte constitucional a la determinación de la autoridad de separar al servidor público de su cargo; toda vez que, se insiste, su valoración se adminicula con otras evaluaciones, a saber, la patrimonial y de entorno social, psicométrica y psicológica, médica, y demás que establezcan las normas aplicables”.

No se especifica qué información se toma en cuenta para pronunciarse sobre su fiabilidad y menos aún se dice cuán fiable está siendo considerado un detector de mentiras. No puedo dejar de enfatizar la existencia de varios estudios empíricos que cuestionan incluso su validez científico-técnica, con independencia de lo que resuelva cualquier tribunal.

¹¹³ En México tenemos un buen ejemplo de ello (aunque también es una experiencia tragicómica) con los llamados *Detectores Moleculares GT200* (popularmente conocidos como “la ouija del diablo”). Que son una suerte de pistolita con una antena giratoria que fue utilizada por el ejército mexicano para supuestamente detectar e identificar drogas y explosivos. En octubre de 2011 se llevó a cabo un experimento doble ciego para comprobar su eficacia y resultó que, en diecisiete de veinte intentos, “el GT200 falló en las más de 1.600 píldoras de anfetamina y cuatro balas escondidas en una caja de cartón elegida al azar de entre ocho cajas idénticas distribuidas en un salón de baile de 90m20m”. No obstante, con esos aparatos inválidos y no fiables se encarceló a ciudadanos. Cf. “Effectiveness of the GT200 Molecular Detector: A Double-Blind Test”, en *IEEE Technology and Society Magazine*, p. 1.

- Si la teoría o técnica puede ser —y ha sido— sometida a prueba, lo que constituiría un criterio que comúnmente distinguiría a la ciencia de otro tipo de actividades humanas.
- Si la teoría o técnica empleada ha sido publicada o sujeta a la revisión por pares.
- Si se trata de una técnica científica, el rango de error conocido o posible, así como la existencia de estándares de calidad y su cumplimiento durante su práctica.
- Y, finalmente, si la teoría o técnica cuenta con una amplia aceptación de la comunidad científica relevante.¹¹⁴

La corte hizo una matización nada desdeñable sobre estos cuatro criterios. Dijo que se trataba de una mera recomendación o sugerencia; y, por tanto, explícitamente señaló la posibilidad de usar cualquier otro criterio emitido por los tribunales estadounidenses¹¹⁵ o propuesto por la literatura jurídica.¹¹⁶ Se apuntó, entonces, que el listado no era exhaustivo ni definitivo, sino ilustrativo y flexible.

¹¹⁴ La corte consideró que una técnica que sólo contase con una aceptación mínima en la comunidad de referencia tendría que verse con escepticismo (Cf. Supreme Court, 509 U.S. 579, 113 S. Ct. 2786, p. 81). Sin embargo, se puede observar una ligera modificación cuantitativa entre el criterio *Frye* de la “aceptación general en la comunidad de referencia” y el criterio de “una amplia aceptación de la comunidad” del caso *Daubert*.

¹¹⁵ Como un ejemplo se puede citar, entre tantos otros, el caso *Christophersen vs. Allied – Signal Corp.*, 939 F.2d 1106, donde se alegaba que la exposición al níquel había causado el mortal cáncer de colon del esposo de la actora. En ese caso, el tribunal formuló cuatro criterios para valorar la admisión de pruebas científicas: a) la cualificación del perito como experto; b) si los hechos considerados por el experto son del mismo tipo de hechos que considerarían otros expertos en la materia; c) si para llegar a su conclusión el experto empleó una metodología bien fundada; y, d) el perjuicio que su potencial valoración inadecuada pudiera causar.

¹¹⁶ Explícitamente la corte citó, por un lado, el “Weinstein’s Evidence Manual” de Weinstein y Berger, donde se sugieren como criterios de admisibilidad: La aceptación general de la técnica empleada; la preparación del experto y su nivel académico; el uso de la técnica en el caso concreto; el potencial rango de error; la existencia de literatura especializada; su grado de innovación o novedad, y la dependencia de los resultados de la interpretación subjetiva del experto. Y, por otro lado, citó el título “Scientific Evidence: Defending a New Approach to Admissibility” de McCormick, sugiriendo como criterios: el grado potencial de error de la técnica empleada; la existencia y el cumplimiento de estándares durante su uso; la existencia, dentro de las características de la técnica, de ciertas precauciones; su analogía con otras técnicas científicas cuyos resultados son admisibles; la aceptación de la técnica en su correspondiente comunidad científica; la naturaleza y amplitud de la inferencia realizada; la claridad y simplicidad con las que la técnica es descrita y sus resultados explicados; la posibilidad de que el tribunal y el jurado puedan verificar los “basic data”; la viabilidad de que otros expertos puedan probar y evaluar la técnica;

Los cuatro criterios *Daubert* han sido interpretados de formas muy diversas por los distintos tribunales estadounidenses —y traducidos también de distintas maneras a diversos idiomas por tribunales y estudiosos del derecho de otros sistemas—. ¹¹⁷ Sin embargo, hacer aquí un recuento de todo ello, además de sobrepasar los límites de este trabajo, es de poco interés para nuestros objetivos. Si queremos considerar la potencialidad de *Daubert* como criterios de admisión que valoran la calidad de las pruebas periciales, resulta más relevante analizar brevemente cada uno de los criterios que lo conforman.

El primer criterio *Daubert*, “si la teoría puede ser (y ha sido) sometida a prueba”, ha sido considerado como un criterio eminentemente filosófico; incluso porque la corte hizo varias citas a filósofos de la ciencia. Una de sus citas principales fue Karl Popper y, por ello, se ha interpretado como un criterio popperiano que aludiría a la *posibilidad* de que las teorías científicas sean refutadas mediante enunciados contrastadores. ¹¹⁸ Pero ello supondría un problema puesto que Popper solo se compromete con algún tipo de *potencial* sometimiento a prueba y no con una justificación epistémica vigente, para lo cual sería necesario algún tipo de juicio retrospectivo sobre la hipótesis o la teoría o la afirmación respectiva. Por ello, la apelación a Popper en el ámbito probatorio podría tener como consecuencia que una prueba que bajo dicho criterio fuera considerada científica debiera ser admitida como tal aun cuando se demuestre de hecho falsa o cuando ni siquiera se tenga información sobre si de hecho superó, o no, los *test* a los que fue sometida en el área de conocimiento correspondiente. ¹¹⁹

su valor probatorio en las circunstancias del caso; y, la corrección que observó el experto en la aplicación de la técnica.

¹¹⁷ En México, en la contradicción de tesis la jurisprudencia 154/2005-PS, fueron traducidos como: “Que la evidencia científica sea fidedigna, esto es, que se haya arribado a ella a través del método científico, para lo cual se requiere, generalmente, que la teoría o técnica científica de que se trate:

- a. Haya sido sujeta a pruebas empíricas, o sea, que la misma haya sido sujeta a pruebas de refutabilidad;
- b. Haya sido sujeta a la opinión, revisión y aceptación de la comunidad científica;
- c. Se conozca su margen de error potencial, y
- d. Existan estándares que controlen su aplicación.

¹¹⁸ Para una crítica a la utilidad de este criterio para los fines de la corte, V. Haack, *Filosofía del derecho...* cit., pp. 203 y ss.

¹¹⁹ Peor aún, la filosofía de la ciencia de Popper resulta inadecuada para lo que se pretende porque él explícitamente afirma que el grado de corroboración de una teoría no dice nada acerca de su fiabilidad.

La cita de Popper quizá podría reconstruirse con el giro que también se ha señalado en su propia teoría, pensando más bien en el “carácter empírico” de los enunciados. Así, jurídicamente diríamos que una prueba científica debería admitirse cuando pueda tenerse información *empírica* sobre su verdad o falsedad.¹²⁰ Como bien señala Haack, considerar si el testimonio ofrecido ha sido sometido a alguna prueba es un buen criterio cuando el supuesto experto no ha hecho esfuerzo alguno para comprobar o demostrar la solidez de sus afirmaciones.¹²¹ En este sentido, serviría como una especie de recordatorio para que los jueces, en el hipotético caso de lo que no lo hubiesen considerado, exijan al perito que fundamente *empíricamente* sus afirmaciones.¹²²

El segundo criterio *Daubert*, si la teoría o técnica empleada ha sido publicada o sujeta a la revisión por pares, alude a una dinámica de la comunidad experta consiste en someter a cierto debate sus ideas, sus métodos y sus conclusiones. Ello se hace también a efectos de publicar en ciertas revistas o editoriales; así, en términos generales, podemos distinguir entre publicaciones que han sido sometidas previamente a una revisión crítica por parte de otros expertos y publicaciones que no lo han sido. Por ello, las primeras se consideran de mucho mayor calidad que las segundas, precisamente por los filtros que han pasado previos a su publicación. Obviamente, habría que considerar los detalles de la revisión para tener una idea más concreta sobre los exactos filtros a los que se sometieron. En un escenario ideal, tal revisión serviría para dejar pasar solo los buenos trabajos, permitiría revelar errores o incluso abonaría a su corrección.

Además, también dice que el hecho de que una teoría hubiese sido corroborada, incluso ampliamente, nada dice sobre su verdad, ni siquiera sobre su probabilidad. Y el grado de corroboración en un tiempo dado depende del número y la severidad de los *test* a los que fue sometida para falsarla, por lo que la corroboración sería únicamente un reporte del pasado. Cf. Popper, “Objective Knowledge. An Evolutionary Approach”, en *Conocimiento objetivo*, pp. 29-34.

¹²⁰ El problema que surge aquí, al menos al interior de la teoría de Popper, es que utilizaba el término “prueba” (e “investigación” y “conocimiento”) sin referencia alguna a la verdad. Cf. Haack, *Evidence and inquiry...cit.*, p. 97.

¹²¹ *Ibid.*, p. 171.

¹²² Empíricamente, no teóricamente; es decir, no se trata sólo de que los peritos *expliquen* sus supuestos fundamentos, sino que presenten *información empírica* sobre el funcionamiento actual de lo que afirman. Sobre este punto, véase Vázquez, *op. cit.*, pp. 198 y ss.

Pero, más allá de lo anterior, las publicaciones permiten hacer públicas las ideas, los métodos, las teorías que desarrolla un investigador, y esa publicidad, en el mejor de los casos, permitiría que otros expertos se pronunciasen sobre lo publicado o incluso buscasen reproducir lo que aquel dice haber hecho. Cuando ese control público sucede, su importancia es mayor que la mera revisión por pares, sobre todo cuando se trata de un público extenso y especializado. Así pues, es lo que sucede *después de la publicación* lo que nos brinda más y mejor información sobre la calidad de lo afirmado en esta:¹²³ ¿qué críticas ha recibido la publicación en cuestión que, por ejemplo, revelen errores o defectos metodológicos? ¿existen otras publicaciones que confirmen, los experimentos realizados?, etcétera.

Ahora bien, todo lo anterior, evidentemente tiene lugar al interior del área de conocimiento misma, son los propios expertos quienes tienen un mejor acceso a esta información y quienes son capaces de valorar las consecuencias respectivas. Pero ¿es útil para la valoración judicial de la calidad de las pruebas periciales?, ¿cómo podría un lego, como el juez, evaluar las consecuencias de tales críticas para las afirmaciones del experto?

No hay una respuesta única o definitiva para la pregunta anterior, dependerá de varias cuestiones; entre ellas, por ejemplo, de la complejidad del conocimiento experto en juego o del resto de información disponible en el caso que le sea útil al juzgador para poner en contexto la crítica respectiva, etcétera. Esto muestra cómo un criterio, como la publicación o la revisión por pares, tiene que ir acompañado de herramientas o mecanismos que permitan al juzgador explotarlo, entre ellos la práctica de las pruebas en contradicción o el careo entre los expertos. Mediante estos mecanismos el juez pudiera tener mayores posibilidades de comprender los alcances reales del hecho de que el método, la técnica o, en general, el conocimiento experto subyacente a una prueba pericial haya sido publicado o revisado por la comunidad experta.

El tercer factor Daubert, “el rango de error conocido”, es sumamente novedoso en el ámbito probatorio.¹²⁴ Para empezar porque reconoce explícitamente la

¹²³ Para un desarrollo estupendo sobre este punto Cf. Haack, *Filosofía del derecho...cit.*, pp. 237 y ss.

¹²⁴ Como afirma Mayo, en el contexto del conocimiento experimental, conviene “aprender cuáles son los diferentes tipos de error, qué es lo que específicamente se aprende cuando se reconoce un error,

falibilidad de los métodos o técnicas científicas, lo que es un gran paso en la carente cultura jurídica que sigue exigiendo certezas y considerando la infalibilidad como una característica de la ciencia.¹²⁵ Ahora bien, como señalan Meixner y Seidman (2014: 1070), la corte no especificó si este factor *Daubert* debería interpretarse de forma restrictiva a las tasas de error *cuantitativas* que pueden ser identificadas mediante los estudios empíricos controlados de los que ya hemos hablado.¹²⁶

En todo caso, una tasa de error cuantitativa tiene dos valores: la tasa de error de falsos positivos —consistente en la posibilidad de que una prueba de un resultado positivo cuando debió ser negativo— y la tasa de falsos negativos —la posibilidad de que una prueba de un resultado negativo cuando debió ser positivo—. Si usamos como ejemplo la identificación de las huellas dactilares, un falso positivo ocurriría si mediante una técnica concreta se concluye que dos huellas tienen una misma fuente pero, de hecho, no la tienen; y un falso negativo ocurre si mediante la técnica concreta en cuestión se concluye que las dos huellas no tienen una misma fuente cuando, de hecho, sí la tienen.¹²⁷ Para obtener la *ratio* respectiva habría que hacer una operación consistente en dividir los falsos positivos entre el número de muestras comparadas que tienen fuentes diferentes; y los falsos negativos entre el número de muestras comparadas que tienen fuentes coincidentes.

Obsérvese que la *ratio* de errores de la que se habla es una medición realizada sobre *una técnica* empleada por diversos sujetos, no sobre diversas técnicas y,

cómo se identifica precisamente cuándo es culposos, cómo crece nuestra habilidad para detectar y corregir errores, y cómo está relacionado este conocimiento con el crecimiento del conocimiento científico”; Cf. Mayo, *Error and the Growth of Experimental Knowledge*, xii. O, en el propio contexto de las pruebas periciales, la National Academy of Science estadounidense en su *Report on Forensic Science*, p. 188, afirma: “una agenda de investigación completa debe incluir estudios para establecer las fortalezas y limitaciones de cada procedimiento, fuentes de sesgos y variación, cuantificación de las incertezas creadas por estas fuentes, mediciones del rendimiento, los pasos procedimentales en el proceso de analizar pruebas forenses y los métodos para continuar monitoreando y mejorando los pasos de tal proceso”.

¹²⁵ A ello “colaboran” también algunos peritos que caen en esto.

¹²⁶ Cf. Meixner y Seidman, “The Hidden Daubert Factor: How Judges Use Error Rates in Assessing Scientific Evidence”, en *Wisconsin Law Review*, p. 1070.

¹²⁷ Según el informe del PCAST, en las impresiones latentes “la tasa de falsos positivos pudiera llegar a ser tan alta como de 1 error cada 306 casos de acuerdo con el estudio del FBI y de 1 error cada 18 casos según un estudio realizado por otro laboratorio criminalístico”.

sobre todo, no respecto el uso que hace *cada uno* de esos sujetos de la técnica en análisis —aunque esto también podría medirse, es comprensible que las áreas de conocimiento se ocupen menos de ello—. Desgraciadamente, como se ha mostrado, en las ciencias forenses particularmente,¹²⁸ este tipo de información empírica muchas veces no se tiene, es más, la única información sobre la fiabilidad de algunos métodos o técnicas periciales parecería ser el hecho de que se ha usado de forma continuada en los procesos judiciales;¹²⁹ un hecho que en sí mismo *nada* dice sobre su fiabilidad.

El cuarto, y último, criterio *Daubert*, “la aceptación de la comunidad experta”, constituye también un gran paso en la mejora de la calidad de las pruebas periciales pues nos saca de cierta dinámica tradicional consistente en valorar casi de manera exclusiva al perito en particular y nos exige ampliar la mirada hacia sus colegas, a su área de conocimiento.¹³⁰ Con esa mirada amplia, entonces, el criterio exigiría conocer si una comunidad experta acepta o no determinado método o técnica o teoría. Aunque, habría que ir más allá y no conformarnos solo con saber si la aceptan o no, sino *por qué la aceptan*, qué fundamentos se tiene para ello.

En el contexto de los fundamentos que se podrían identificar para que un experto acepte un método o técnica, podríamos trazar una suerte de escala de evidencia análoga a la que se presenta en la llamada *Evidence Based Medicine* —medicina basada en la evidencia—¹³¹

¹²⁸ Dos informes demoledores sobre esto han sido el conocido como NAS report y el PCAST report. El primero, de 2009, “Strengthening Forensic Science in the United States: A Path Forward” del Committee on Identifying the Needs of the Forensic Sciences Community, perteneciente al National Research Council de Estados Unidos. El segundo, de 2016, “Forensic Science in Criminal Courts. Ensuring Scientific Validity of Features Methods Comparisons” del President’s Council of Advisors on Science and Technology.

¹²⁹ Al respecto, V. Edmond, “Cuando el derecho es poco fiable: respuestas jurídicas a la prueba de huellas dactilares latentes”, en *Quaestio Facti*.

¹³⁰ Aunque este gran paso, en el sistema estadounidense, se dio desde 1923 en el caso *Frye*. Al respecto, V. Vázquez, *op.cit.*

¹³¹ Esta concepción de la medicina fue adoptada en SCJN, Amparo en Revisión 1049/2017. Se trata de una muy novedosa decisión en el ámbito de la responsabilidad médica, donde generalmente sólo se alude solo a los llamados “documentos de consenso”, que han tenido un gran impacto en la determinación de los casos, pero sin considerar los fundamentos de dichos documentos. Al respecto, V. Vázquez, “El estándar de diligencia en la responsabilidad médica. La medicina basada en la evidencia y los

- Información empírica disponible que avala su validez y fiabilidad.
- Consensos de una comunidad experta que avalan su validez y fiabilidad.
- Acuerdos de un grupo de expertos.
- La experiencia personal de un experto.

Hay diferentes tipos de agrupaciones de expertos, desde los colegios profesionales, pasando por sindicatos u otras organizaciones con ciertos fines bien delimitados. Por ello, habría que decir que no toda agrupación puede ser considerada como una “comunidad científica” o “comunidad experta”. Por ejemplo, Quesada considera que los investigadores que comparten todo lo siguiente forman una comunidad científica: “experiencias, formación, conocimientos, valores metodológicos y estratégicos y objetivos con otros colegas, leyendo las mismas publicaciones, participando en los mismos congresos, etc.”¹³² Si bien es cierto que las nociones que emplea Quesada pueden ser algo vagas, me parece que la intuición de fondo es correcta: una comunidad científica debe compartir implícita o explícitamente —en grados diversos— presupuestos de distintos tipos —teóricos, experimentales, metodológicos, etcétera— y espacios de debate o discusión de las cuestiones atinentes de su ámbito de conocimiento. Por ello, no serían una comunidad experta aquellos grupos que se conformen solo pagando cuotas de pertenencia o por cumplir ciertos requisitos formales o por compartir intereses laborales. Así, aunque es verdad que algunos de los criterios pueden ser cumplidos con relativa facilidad por muchos grupos que no necesariamente se reconozcan como comunidad, también es cierto que nos marca una pauta mínima para evaluar qué grupos podrían serlo.

¿Por qué es importante reconocer una comunidad experta? Fundamentalmente porque son ellas quienes tienen la estructura y formación necesaria para realizar los estudios empíricos que se exigen para conocer la validez y fiabilidad de los métodos y técnicas que usan los peritos individuales y, en ausencia de ellos, determinar parámetros de corrección intersubjetivamente controlables. Lo anterior, no

patrones vs. las circunstancias del acto médico y la *expertise*”, en *Ciencia y Justicia. El conocimiento experto en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*.

¹³² Quesada, *Saber, opinión y ciencia*, p. 263.

puede de ninguna manera ser superado por la experiencia individual de un experto cuyo parámetro de corrección es lo que él piensa o hace; y, aunque el acuerdo de un grupo de expertos pudiera ser mejor sobre lo que piensa un único individuo, es verdad que los intereses en juego que pudieran tener podrían colapsar con el interés en el correcto funcionamiento de los métodos o técnicas. De hecho, una crítica muy habitual que se hace al criterio de la “aceptación general de la comunidad experta” es que si se preguntara a la “comunidad” de lectores de pozos de café si su método es válido y fiable, obviamente dirían que sí.¹³³

Como puede verse, los criterios *Daubert* tienen importantes cuestiones que pudieran representar un problema para identificar la fiabilidad de los métodos y técnicas empleados por los peritos. En su mejor versión, no se trata de criterios que sean directa y fácilmente aplicables como si de una suerte de receta de cocina se tratase. Aunque no puede negarse que *Daubert* nos brinda algunas pautas mínimas, por un lado, sobre el fundamento empírico que deben presentar los expertos y la importancia que tiene la comunidad experta para avalar esos fundamentos empíricos; y, por otro lado, brindan un par de criterios que podrían ser útiles en algunos casos para algunas pruebas periciales, como las publicaciones o el rango de error. Pero, más allá de esto, lo que vale la pena resaltar es la incidencia que esos criterios han tenido en la cultura jurídica y científica del mundo anglosajón, preocupándose por desarrollar o identificar los fundamentos empíricos correspondientes y estableciendo estrategias para la mejora del conocimiento experto que llega a los tribunales.

Finalmente, para cerrar este apartado, no hay que olvidar que si alguno de estos, u otros, criterios son considerados adecuados para llevar a cabo una admisibilidad más rígida, entonces deberían estar previstos explícitamente en el ordenamiento respectivo, los jueces no pueden sacar de su chistera criterios no previstos legislativamente. Y, precisamente en esa línea, corresponde ahora ver cuál es la situación en el ordenamiento mexicano.

¹³³ Cf. Faigman, *Legal Alchemy: The Use and Misuse of Science in the Law*, pp. 62 y 63.

2. Los criterios tradicionales

En el ordenamiento mexicano en general encontramos como criterios aplicables a todo elemento de juicio, la relevancia y la no-redundancia, mientras que los aplicables a la prueba pericial serían claramente las credenciales del experto y que no tenga alguna causal de impedimento.

Ya antes tratamos el tema de la relevancia probatoria, por lo que no hace falta ahondar más en ello. No obstante, sí vale la pena insistir en que, para poder juzgar adecuadamente la relevancia de una prueba pericial se debe contar con información suficiente sobre el caso que se está presentando y para ello la completitud de los escritos de las partes es clave. Pero, a su vez, el acceso a la información es fundamental para que las partes puedan ofrecer escritos lo suficientemente informativos.

En algunos países, además de la relevancia, se ha considerado la *necesidad* del conocimiento experto. Esto surge de una interpretación literal del texto normativo cuando, como en el caso mexicano, se dice:

Podrá ofrecerse la prueba pericial cuando, para el examen de personas, hechos, objetos o circunstancias relevantes para el proceso, fuere *necesario* o conveniente poseer conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, técnica u oficio.

Esa partícula “fuere necesario” se ha interpretado como una necesidad epistémica de *un* juzgador concreto respecto de los conocimientos expertos que se supone suministraría una prueba pericial. La siguiente vieja sentencia del Tribunal Supremo español lo ejemplifica muy bien:

[...] el Juez puede sustituir al perito cuando se considere suficientemente informado por sí según su preparación para conocer y apreciar el objeto o la cuestión litigiosa que hubiera necesitado la intervención de otra persona que tenga los conocimientos científicos, artísticos o prácticos requeridos por las circunstancias del caso.¹³⁴

¹³⁴ Tribunal Supremo, Sala 1ª, fundamento jurídico 4º (RJ 1994/848).

Entiéndase bien, no se refiere a la necesidad de la información *dada la cuestión* a resolver,¹³⁵ sino a la necesidad de la información *según el agente* concreto que va a resolver. Algunas tesis mexicanas podrían ser interpretadas también en este sentido, como la siguiente:

si se ha recurrido a los peritos es, precisamente, porque el Juez no posee los conocimientos especializados suficientes para esclarecer la situación concreta por sí; entonces no puede, luego que ha conocido las conclusiones del especialista, dejarlas de lado sin razones válidas.¹³⁶

A *contrario sensu*, podría decirse entonces que si el juez posee los conocimientos especializados suficientes no habría que recurrir al perito. Esta interpretación subjetiva de “necesidad” tiene varios problemas. Uno de ellos es distinguir entre (i) el juez *cree* que no la necesita y (ii) el juez *de hecho* no la necesita. Claramente podría darse el caso de que la autoevaluación del juez fuese errónea, creyendo que no requiere de un experto para tomar la decisión, cuando en realidad sí lo requiere. Pero hay problemas aún más importantes, ¿esto resulta compatible con el derecho a la prueba de los ciudadanos?, ¿qué implicaciones tendría para una potencial segunda instancia?, ¿cómo podrían saber las partes que ofrecen la prueba pericial si el juzgador la necesitará —cuando al ofrecerla podrían desconocer quién les juzgará—?

Por todo esto, en mi opinión, condicionar la admisión de una prueba pericial presentada por las partes a las necesidades cognitivas de un juzgador resulta insostenible. En cambio, hay otra forma más prometedora de interpretar dichas necesidades epistémicas y que pasa por relacionarlas con la actividad o la función de *los jueces*, no de un juez concreto, en materia de valoración de las pruebas —tanto en lo individual como en conjunto—. Y es que cualquier inferencia sobre la verdad o la falsedad de los hechos debe ser realizada por el juzgador, y no por un perito; por

¹³⁵ Lo que hace suponer una diferencia con el criterio de relevancia y también con el criterio de la redundancia.

¹³⁶ SCJN, Tesis 98/2008.

ello, debe inadmitirse una prueba pericial sobre la credibilidad de un testigo que concluye, por ejemplo, que lo dicho por el testigo es verdadero —o falso—.

Por otro lado, las credenciales del experto son una cuestión fundamental que hay que tener en cuenta para permitir que un tercero participe en el proceso judicial y, por ende, se deben considerar en la admisión de la prueba pericial y no dejarlas hasta su valoración. Ello no quiere decir que no se pueda volver a considerar qué credenciales tiene un experto al valorar la prueba pericial, sino que simple y sencillamente no puede considerarse *hasta* esa etapa.

Las siguientes tesis aisladas nos permitirán plantear algunas cuestiones relevantes sobre las credenciales de los expertos:

[...] cuando un dictamen sea rendido por un perito, cuyo campo de especialización carezca de *vinculación o proximidad* con la materia respecto a la cual el dictamen fue emitido, el mismo carecerá de alcance probatorio alguno, pues de lo contrario se caería en el absurdo de otorgarle valor demostrativo a la opinión de una persona cuya experticia carece de una *mínima relación* con el campo de conocimientos que el dictamen requiere. Sin embargo, cuando el campo en el que se encuentra reconocido como experto determinado perito posea *un cierto grado de vinculación* con la materia en torno a la cual versa el peritaje, el mismo podrá generar convicción en el órgano jurisdiccional, pero ello dependerá del grado de proximidad entre una materia y la otra, así como de un análisis estricto del contenido del dictamen, esto es, el mismo podrá tener valor probatorio en la medida en que supere un examen más escrupuloso de razonabilidad llevado a cabo por el juzgador.¹³⁷

[...] *entre mayor sea el grado de especialización del perito sobre la materia a dictaminar, mayor será el grado de convicción que puede generar en el juzgador.* Sin embargo, si bien la especialización como cualidad de los peritos, en principio, conlleva la aportación de conocimientos de *mayor calidad científica* sobre algún tema en específico, ello no implica que el juzgador deberá otorgar en automático pleno valor probatorio a este tipo de dictámenes frente al rendido por alguien que no tenga

¹³⁷ Tesis: 1a. CCXCIV/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Primera Sala*, Décima Época, Registro Digital: 2004759.

dicha especialización, ni tampoco que deba negarle cualquier tipo de valor convictivo a este último, sino simplemente que superada la idoneidad del perito para ejercer el cargo, entre menor sea la proximidad del grado de experticia con relación al objeto de la prueba pericial, el juzgador deberá realizar un examen más escrupuloso de razonabilidad sobre dicho dictamen a efecto de determinar su valor convictivo. Lo anterior resulta aplicable a la pericial médica, pues el solo hecho de que un dictamen se emita por un médico que no es especialista no implica que carezca de valor probatorio, pues en términos del artículo 346 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, aplicable para la Ciudad de México, dicho perito, *en tanto cuente con un título profesional que lo acredite como médico, puede emitir un dictamen en materia médica*; por lo que ante la concurrencia de su dictamen con los emitidos por médicos especialistas, el juzgador deberá realizar un análisis más escrupuloso de razonabilidad sobre el rendido por aquél, a efecto de verificar que la información brindada resulte útil e idónea para la solución del caso, para lo cual deberá exponer las razones por las cuales considera que dicho dictamen tiene valor probatorio a pesar de la menor proximidad entre la capacidad científica del perito y la materia de la prueba; de ahí que el valor probatorio de los dictámenes periciales en materia médica no viene determinado necesariamente por la especialización de los peritos, sino fundamentalmente por la *idoneidad de la información científica* aportada y su utilidad para la solución de la controversia, lo cual deberá valorar el juzgador en cada caso concreto.¹³⁸

Ambas tesis hacen muy bien en señalar que uno de los puntos clave de la valoración de la prueba pericial son las afirmaciones del experto, más allá de las credenciales que le acreditan. No obstante, también se introduce un criterio bastante problemático con las referencias a “la proximidad del grado de experticia con relación al objeto de la prueba pericial” o, peor aún, a una “mínima relación con el campo de conocimientos”. Me parece que estos criterios están confundiendo el “ser experto” y “tener un título” cuando, en realidad, son cuestiones diferentes.

Es innegable que en nuestras sociedades actuales los títulos son la manera habitual de atribuir *expertise* en función de la formación recibida y las evaluaciones

¹³⁸ Tesis: 1a. XXX/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Primera Sala, Registro Digital: 2016484.

realizadas, pero ese juicio o decisión de atribución no solo tiene limitaciones, sino que, además, puede estar equivocado. Es decir, es perfectamente posible atribuir *expertise* a quien no es realmente un experto. ¿Qué es pues “ser experto”? *Ser experto* es una propiedad disposicional, es *saber cómo* llevar a cabo cierto tipo de actividades, no solo poseer un conjunto de conocimientos proposicionales —saber que—.¹³⁹ La *expertise* de un sujeto, entonces, se articula en un cúmulo de proposiciones, pero también de habilidades o capacidades no necesariamente explícitas en principios o teorías.

Si aceptamos que *ser experto* es una facultad disposicional, entonces ser experto no es reducible a ningún criterio formal consistente en calificaciones, credenciales o acreditaciones. Ahora bien, ¿cómo entonces podemos identificar quién es experto? Fundamentalmente a través de una especie de historial sobre la actualización de su propiedad disposicional en casos pasados, en la resolución de problemas que le fueron presentados, etcétera. Por supuesto, esto conlleva más trabajo en la identificación de un experto que el simple paso de pedirle su título.¹⁴⁰

¹³⁹ Un ejemplo clásico de la distinción entre *saber qué* y *saber cómo* es el de andar en bicicleta. Es posible que un individuo tenga todos los conocimientos sobre las partes de una bicicleta, los movimientos que se deben hacer y los que no se deben hacer, los músculos que trabajan al realizar tal actividad, etcétera, pero bien podría no saber andar en bicicleta; o tener conocimientos sobre cómo se lleva a cabo una cirugía y ser un buen cirujano, aunque, claramente, un individuo sin conocimientos proposicionales en cirugía no podría ser un buen cirujano. El cirujano debió adquirir conocimiento proposicional durante su formación profesional o mediante sus propias inducciones y observaciones, pero también hubo de adquirir en la práctica un gran número de habilidades. Por ello, se afirma que para adquirir estas capacidades es necesario tener alguna aptitud proposicional; aunque bien es cierto que de la actualización de esas capacidades no se infiere la actualización de sus aptitudes proposicionales. V. Ryle, *The concept of mind*.

¹⁴⁰ En esta línea podríamos constituir historiales de los peritos sobre sus actuaciones en casos pasados o atender a dichas actuaciones. De hecho, por ejemplo, el Código General del Proceso colombiano en su artículo 226, que regula el contenido de los dictámenes periciales, establece que los expertos deben declarar:

(5) La lista de casos en los que haya sido designado como perito o en los que haya participado en la elaboración de un dictamen pericial en los últimos cuatro años. Dicha lista deberá incluir el juzgado o despacho en donde se presentó, el nombre de las partes, de los apoderados de las partes y la materia sobre la cual versó el dictamen. (6) Si ha sido designado en procesos anteriores o en curso por la misma parte o por el mismo apoderado de la parte, indicando el objeto del dictamen. (8) Declarar si los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuados son diferentes respecto de los que ha utilizado en peritajes rendidos en anteriores procesos que versen sobre las mismas materias. En caso de que sea diferente, deberá explicar la justificación de la variación.

Esta diferencia entre “ser experto” y “tener un título” podría dotar de sentido a la idea de que “en tanto cuente con un título profesional que lo acredite como médico, puede emitir un dictamen en materia médica”, aunque nos lleva por un camino muy diferente al planteado por la tesis aislada. Claramente, hay conocimientos médicos que un médico general y un médico especialista podrían compartir; podría ser el caso que el primero tuviera experiencia en cierto tipo de casos o actos médicos que ordinariamente trata el especialista y, por tanto, tener algún nivel de *expertise* en esa cuestión concreta. Pero, entiéndase bien, no es el mero hecho de tener una titulación compartida lo que haría razonable que admitiéramos el testimonio de un médico general, sino que es experto en ese tipo concreto de casos o actos médicos. Por ello, debería acreditar no que tiene un título en medicina, sino su historial en esas cuestiones más concretas.

Distinguir entre “ser experto” y “tener un título” también nos permite criticar la asunción del criterio que dice que “la especialización como cualidad de los peritos, en principio, conlleva la aportación de conocimientos de mayor calidad científica sobre algún tema en específico”. ¿Cuál es la crítica? Si el criterio está considerando la titulación, de ninguna manera se sigue que esa atribución de *expertise* conlleve la aportación de conocimientos de mayor calidad. Mucho menos en los tiempos actuales donde las llamadas “universidades patito” desafortunadamente tanto han crecido en nuestro país; instituciones que ofrecen una formación de baja o nula calidad en su oferta de enseñanza. Pero no solamente hay que observar las instituciones de educación, también el graduado pudo haber hecho pocos esfuerzos para ser genuinamente un experto en su área. Sea como sea, del mero hecho de tener una especialización, no podemos inferir la calidad de quien ejerce esa especialización.

Un tercer punto digno de comentar sobre los criterios antes citados es la “valoración reforzada” del dictamen que se exige al juzgador cuando la proximidad del grado de experticia fuera menor. Textualmente se dice “el juzgador deberá realizar un examen más escrupuloso de razonabilidad sobre dicho dictamen a efecto de determinar su valor convictivo”. Más allá de preguntarnos qué significa que un dictamen sea razonable, antes habría que ver cuán informativos son los dictámenes que llegan al proceso judicial e incluso atender a los extremos del peritaje

planteados.¹⁴¹ Desafortunadamente, en nuestra regulación ni el legislador, y diría que tampoco la jurisprudencia, se han preocupado por establecer un contenido mínimo de los informes, dejando este asunto más bien al arbitrio de cada uno de los peritos.

Un buen ejemplo de regulación sobre el contenido del informe pericial lo encontramos en el llamado *Expert Witness Code of Conduct* australiano que, en su artículo 3, establece que los peritos deben especificar lo siguiente:

- A. las hipótesis y los hechos materiales en los que se basa cada una de las opiniones expresadas en el informe (puede adjuntarse una carta de instrucciones);
- B. las razones, la bibliografía u otros materiales utilizados para justificar cada una de dichas opiniones;
- C. (si procede) *indicar que una determinada cuestión, tema o asunto queda fuera del ámbito de competencia del perito;*
- D. los exámenes, pruebas u otras investigaciones en las que se haya basado el perito, identificando a la persona que los haya realizado y su cualificación;
- E. en qué medida cualquier opinión que el perito haya expresado supone que ha aceptado la opinión de otra persona y, siendo así, se debe identificar esa otra persona y la opinión expresada por ella;
- F. una declaración de que el perito ha realizado todas las indagaciones que considera convenientes y apropiadas (salvo las cuestiones identificadas explícitamente en el informe) y de que no se ha ocultado al

¹⁴¹ Además de la presentación de informes completos, se podrían prever otras herramientas para incentivar que en la práctica de la prueba pericial bajo el principio de contradicción se debatan las cuestiones más sustantivas. Al respecto, V. Vázquez, *Manual de prueba pericial*, p. 110.

tribunal ninguna cuestión de importancia que el perito, según su conocimiento, considere relevante;

- G. cualquier reserva en sus opiniones expresadas en el informe sin la cual este es o pudiera ser incompleto o inexacto;
- H. si alguna opinión expresada en el informe no es una opinión conclusiva debido a una investigación insuficiente o a datos insuficientes o por cualquier otra razón; y
- I. cuando el informe sea extenso o complejo, se debe acompañar un breve resumen al principio del informe.

Como el lector puede concluir, esta regulación no solo acierta en el blanco pidiendo información detallada sobre los fundamentos que tiene el experto para afirmar lo que afirma, sino que también insta al experto a limitarse a su ámbito de conocimiento; a reconocer si y cómo lo dicho, escrito o hecho por otros ha influido en su razonamiento pericial; e incluso impulsa a explicitar posibles debilidades en sus opiniones. Me parece claro que el juzgador que tiene que hacer un examen escrupuloso de informes periciales con este tipo de contenido, tendría muchas herramientas para poder llevar a cabo la tarea que se requiere. Además, no podemos soslayar la obligación que tendría el perito de limitarse a aquello que es su ámbito de *expertise*, no de titulación.

Ahora bien, la importancia del contenido de los informes periciales no se limita de ninguna manera a los casos donde las credenciales de los expertos son “dudosas”, por el contrario, atender a ello es fundamental en todos los casos. La regla de oro debería ser, que se haga y presente un informe cuyo contenido pudiera replicar cualquier otro experto con base en la información ahí explicitada. Y esto no puede ser de otra manera en aquellos estados o sistemas comprometidos con el derecho de defensa, pues: ¿cómo podría un ciudadano ejercer adecuadamente su derecho de defensa si no tiene esa información fundamental para poder cuestionar o debatir las conclusiones que le perjudican? En efecto, un informe pericial

que no informa lo necesario, no solo dificulta ampliamente la tarea jurisdiccional, sino que resulta incompatible con un derecho de defensa sólido y es francamente preocupante que nuestros sistemas se hayan ocupado tan poco de esta cuestión.

En resumen, en la presentación y posterior admisibilidad de la prueba pericial debería considerarse y, por tanto, argumentarse sobre: la relevancia de los extremos u objetivo del peritaje para el caso; que el sujeto es un experto en la materia concreta en que se pueden ubicar esos extremos del peritaje; y la completitud del informe pericial.

No podemos obviar que la prueba pericial encarece el proceso judicial, no solo económicamente, también cognitivamente dados los esfuerzos que exige de todos los operadores jurídicos implicados en la resolución de un caso. También por esta razón habría que tomarse con mayor seriedad si, y bajo qué condiciones, una prueba pericial es admitida en un proceso judicial.

Bibliografía

Aguilera García, E. R., “¿Garantismo extremo o medurado? La legitimidad de la función jurisdiccional penal: construyendo el debate Ferrajoli-Laudan”, *Isonomía*, núm. 40, abril, 2014.

Aguilera García, E. R. y Calixto Contreras, Y., “Aportaciones al mejoramiento de la investigación del delito para promover la averiguación de la verdad y apuntalar el respeto al derecho de presunción de inocencia”, *Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística*, Año 4, vol. VII agosto-diciembre, 2016.

Allen, R., “The Conceptual Challenge of Expert Evidence”, en *Law and Economic Series*, núm.12-15, Northwestern University, 2012.

Allen, R.J. y Pardo, M.S., “The Myth of the Law-Fact Distinction”, en *Northwestern University Law Review*, vol. 97, núm. 4, 2003.

- Anderson, T., Schum, D.; y Twining W., *Analysis of Evidence*, Cambridge University Press. Citado por la traducción al castellano coordinada por Flavia Carbonell y Claudio Agüero (2015), Marcial Pons, 2005.
- Andrés Ibáñez, P., “En materia de prueba: sobre algunos cuestionables tópicos jurisprudenciales”, *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, núm. 1, 2020.
- , *Justicia penal, derechos y garantías*, Palestra, Lima- Bogotá, 2007.
- , *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2009.
- , *Tercero en discordia*, Trotta, Madrid, 2015.
- Asencio Mellado, J. M., “La STC 97/2019, de 16 de julio. Descanse en paz la prueba ilícita”, *Diario La Ley*, núm. 9499, 2019.
- Atienza, M., “Sobre la argumentación en materia de hechos. Comentario crítico a las tesis de Perfecto Andrés Ibáñez”, *Jueces para la democracia*, núm. 22, 1994.
- Bachmaier Winter, L., “Principios de intermediación y confrontación: paralelismos, diferencias y tendencias en la prueba testifical”, en Ambos, K. y Malarino, E. (Eds.), *Fundamentos de Derecho probatorio en materia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- Beltrán Núñez, A., “La prueba de defensa”, *La prueba en el proceso penal II*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1996.
- Carnelutti, F., *La prueba civil*, (trad. por Alcalá-Zamora y Castillo, N.), Depalma, Buenos Aires, 1982.

De La Oliva Santos, A., “Sobre la ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas”, *Tribunales de Justicia*, núm. 8-9, 2003.

Dei Vecchi, D., “A modo de colofón: De la ciencia a la teoría general de la prueba jurídica, pasando por la prueba pericial”, en *Anuario de la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social*, núm. 34, 2018.

_____, “Admisión y exclusión de pruebas: índice para una discusión”, *Pensar la prueba*, (dirs.) Pablo Rovatti y Alan Limardo, Buenos Aires, 2020.

Del Moral García, A., “Derecho a no declarar contra un pariente y ejercicio de acusación particular: ¿derechos incompatibles?”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, 52, Octubre–Diciembre, 2018.

Díaz Cabiale, J. A. y Cueto Moreno, C., “La necesidad de revisar la jurisprudencia sobre las consecuencias del empleo de la dispensa en el juicio (especialmente en materia de violencia doméstica y de género)”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-22, 2017.

Edmond, G., “Cuando el derecho es poco fiable: respuestas jurídicas a la prueba de huellas dactilares latentes”, en *Quaestio Facti. Revista Internacional sobre razonamiento probatorio*, núm. 1, 2020.

Faigman, D.L., *Legal Alchemy: The Use and Misuse of Science in the Law*, W.H. Freeman and Company, New York, 1999.

Ferrajoli, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, (trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J.C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco y R. Cantarero Bandrés), Trotta, Madrid, 1997.

Ferrer Beltrán, J., *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007.

- Freckelton, I., Goodman-Delahunty, J., Horan, J. y McKimmie, B., *Expert Evidence and Criminal Jury Trials*, Oxford University Press, Oxford, 2016.
- Gama Leyva, R., “Concepciones y tipología de las presunciones en el Derecho continental”, *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 19, 2013.
- Gascón Abellán, M., *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales para la prueba*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999.
- Goena Vives, B., “El secreto profesional del abogado *in-house* en la encrucijada: tendencias y retos en la era del *compliance*”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 21-19, 2019.
- Goldman, A., “Epistemic Paternalism: Communication Control in Law and Society”, en *Journal of Philosophy*, núm. 88, 1991.
- González Lagier, D., “Presunción de inocencia, verdad y objetividad”, en García Amado, J.A. y Bonorino, P. R., (Coords.), *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho. Debates sobre abducción*, Comares, Granada, 2014.
- Guzmán, N., *La teoría del estándar objetivo de prueba y el garantismo penal: dos perspectivas, antagónicas sobre el proceso penal*, *Jueces para la Democracia*, núm. 92, 2018.
- Haack, S., *Evidence and Inquiry: Towards Reconstruction in Epistemology*, Blackwell Publishers, Oxford, 1993.
- _____, “Six Signs of Scientism”, en *Logos and Episteme*, vol. 3, núm. 1, 2012.
- _____, “Risky Business”. Citado por la traducción al castellano de Muffato, N.: “Asuntos arriesgados. Sobre la prueba estadística de la causalidad específica” en Papayannis, D. (ed.), *Causalidad y atribución de responsabilidad*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2014.

- _____, *Filosofía del derecho y de la prueba*, Marcial Pons, 2020.
- _____, “El largo brazo del sentido común. En lugar de una teoría del método científico”, en Carmen Vázquez (ed.), *Ciencia y Justicia. El conocimiento experto en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Centro de Estudios Constitucionales, México, 2021.
- Huber, P., *Galileo’s revenge: Junk science in the Courtroom*, Basic Books, 1993.
- Lascuraín Sanchez, J.A. y Gascón Inchausti, F., “¿Por qué se conforman los inocentes?”, *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3, 2018.
- Laudan, L., “Science at the Bar: Causes of Concern”, en *Science, Technology & Human Values*, vol. 7, núm. 4, 1982.
- Laudan, L., “The Demise of the Demarcation Problem”, en Cohen y Laudan, L. (ed.), *Physics, Philosophy and Psychoanalysis*, Kluwer Academic Publishers, 1983.
- Laudan, L., “The presumption of innocence: material or probatory?”, *Legal Theory*, 11, 2005.
- Laudan, L., *Truth, Error and Criminal Law*, Cambridge University Press, 2006. Citado por la traducción al castellano de Carmen Vázquez y Edgar Aguilera, “Verdad, error y proceso penal”, Marcial Pons, 2013.
- Maniaci, G., *Contra el paternalismo jurídico*, Marcial Pons, 2020.
- Maravall Buckwalker, I., “El derecho del niño a acogerse a la dispensa del deber de declarar. Reflexiones desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1, 2019.

- Mayo, D., *Error and the Growth of Experimental Knowledge*, University of Chicago Press, Chicago, 1996.
- Meixner, J.B. y Seidman D., S., “The Hidden Daubert Factor: How Judges Use Error Rates in Assessing Scientific Evidence”, en *Wisconsin Law Review*, núm. 6., 2014, pp. 1063-1133.
- Miranda Estrampes, M., “La regla de la exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 47, 2003.
- Mochán, L. y Ramírez Solís, A., “Effectiveness of the GT200 Molecular Detector: A Double-Blind Test”, en *IEEE Technology and Society Magazine*, núm. 2, 2018.
- Montesinos García, A., “Especificidades probatorias en los procesos por violencia de género”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, núm. 17, enero, 2017.
- Muffato, N., “Materiales para un análisis de los conceptos de relevancia probatoria y causal”, en Diego Papayannis (ed)., *Causalidad y atribución de responsabilidad*, Marcial Pons, 2014.
- National Academy of Science, Report on Forensic Science. Disponible en <https://www.ojp.gov/pdffiles1/nij/grants/228091.pdf>
- Pastor Borgoñón, B., “Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas (a propósito de la sentencia núm. 114/1984 de 29 de noviembre (BOE de 21 de diciembre de 1984), dictada por el Tribunal Constitucional en el recurso de amparo 167/1984”, *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, núm. 2, 1986.

Popper, K., *Objective Knowledge. An Evolutionary Approach*, Oxford University Press, Oxford, 1972. Citado por la traducción al castellano de Solís Santos, C., 1974: *Conocimiento objetivo*, Editorial Tecnos, 1972.

Quesada, D., *Saber, opinión y ciencia*, Ariel, Barcelona, 1998.

Ramírez Ortiz, J. L., “La prueba en los delitos contra la indemnidad sexual”, *La Ley*, 3788, 2018.

—————, “Verdad, proceso y Derecho penal (interrogatorios en la habitación 101)”, *Jueces para la democracia*, núm. 79, 2014.

Rodríguez Lainz, J. L., “Sobre el alcance del secreto profesional en las profesiones jurídicas ante la jurisdicción penal; a propósito de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del caso Kruglov y otros v. Rusia”, *La Ley*, núm. 9634, 18 de mayo, 2020.

Ryle, G., *The Concept of Mind*, 1949. Citado por la traducción al castellano de Rabossi, E., *El concepto de lo mental*, Paidós Surcos, Barcelona, 2005.

Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J., *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2012.

Schauer, F., “Is Expert Evidence Really Different?”, en *Notre Dame Law Review*, vol. 89, núm. 1, 2013.

Taruffo, M., *La prueba*, Marcial Pons, 2008.

—————, *La prueba de los hechos*, (Trad. Por Jordi Ferrer Beltrán), Trotta, Madrid, 1992.

—————, “¿Verdad negociada?”, *Revista de Derecho*, Vol. XXI, núm. 1, julio, 2008.

Ubertis, G., *Elementos de epistemología del proceso judicial*, (trad. de P. Andrés Ibáñez), Trotta, Madrid, 2017.

Vázquez, C., *De la prueba científica a la prueba pericial*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2015.

_____, “El estándar de diligencia en la responsabilidad médica. La medicina basada en la evidencia y los patrones vs. las circunstancias del acto médico y la *expertise*”, en Vázquez, C., *Ciencia y Justicia. El conocimiento experto en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Centro de Estudios Constitucionales, México, 2021.

_____, *Manual de prueba pericial*, Dirección de derechos humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2022.

Veleda, D., “Decidir sin probar: acuerdos sobre los hechos en el proceso penal. Sobre la justificación epistémica de la condena, el control judicial de los acuerdos y el derecho al recurso”, en Rovatti, P., *Manual de derechos humanos y prueba en el proceso penal*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Derechos Humanos y Escuela Federal de Formación, México, 2021.

Villamarín L., M.L., *Neurociencia y detección de la verdad y del engaño en el proceso penal. El uso del escáner cerebral (fMRI) y del brainfingerprinting (P300)*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2014.

Zuckerman, A. *Zuckerman On Civil Procedure. Principles of Practice*, Sweet & Maxwell, 2013.

Suprema Corte de Justicia de la Nación

Tesis: P/J. 74/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Registro Digital: 174899.

Tesis: .9o. P.16 K (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, Registro Digital: 2022122.

Tesis: III.4o.T.60 L (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, Registro Digital: 2022523.

Tesis: VII.2o.T.311 L (10a.). *Semanario Judicial de la Federación*, Tribunales Colegiados de Circuito, Undécima Época, Registro Digital 2023616

Tesis: I.3o.C.450 C (10a.). *Semanario Judicial de la Federación*, Tribunales Colegiados de Circuito, Undécima Época, Registro Digital: 2023779.

Tesis: 1a. CCXII/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Primera Sala, Décima Época, Registro Digital: 2012313.

Tesis: 1a. CCXCIV/2013 (10a.). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Primera Sala, Décima Época, Registro Digital: 2004759.

Tesis: 1a. XXX/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Primera Sala, Décima Época, Registro Digital: 2016484.

Tesis 154/2005-PS.

Tesis 98/2008.

Primera Sala

- Amparo en revisión 83/2015.
- Amparo en Revisión 1049/2017.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- *Kruglov y otros vs. Rusia*, 4 de febrero de 2020.
- *Natsvlishvili y Togonidze vs Georgia*, 29 de abril de 2014.

- *Michaud vs. Francia*, 6 de diciembre de 2012.
- *Klouvi vs. Francia*, 30 de junio de 2011.
- *Radio France vs. Francia*, 30 de marzo de 2004.
- *Salabiaku vs. Francia*, 7 de octubre de 1999.

Tribunal Constitucional Español

- Sentencia núm. 91/2021, 22 de abril 2021.
- Sentencia 97/2019, 16 de julio de 2019.

Tribunal Supremo Español

- Sentencia 389/2020, 10 de julio de 2020.
- *Falciani*, sentencia 116/2017, 23 de febrero de 2017.
- Sentencia fundamento jurídico 4^o (RJ 1994/848), Sala 1^a, 10 de febrero de 1994.

Suprema Corte de Estados Unidos.

- *Cook vs. United States*, 86 U.S. (19 Wall.) 591 (1873).
- *Daubert vs. Merrel Dow Pharmaceuticals*, 509 U.S. 579, 113 S. Ct. 2786.
- *Christophersen vs. Allied – Signal Corp.* (939 F2d 1106).

La conformación del conjunto de elementos de juicio III. Principios generales de la práctica de la prueba

Mercedes Fernández López*

* Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Alicante.

La conformación del conjunto de elementos de juicio III. Principios generales de la práctica de la prueba. I. Introducción; II. El examen contradictorio de la prueba; III. Garantías instrumentales de la contradicción; IV. Inmediación.

I. Introducción

El juicio oral es el momento central del procedimiento penal, por cuanto en él se dan cita las garantías procesales y epistémicas que van a legitimar la resolución judicial por la que se condene o absuelva al acusado. Este momento procesal recibe especial protección, por cuanto la presunción de inocencia es la razón principal por la cual se exige que la *prueba*, como regla general y salvo excepciones justificadas, se celebre en el acto de juicio. En este se puede producir la máxima contradicción, en presencia del tribunal enjuiciador, que es el que tiene que realizar la valoración y motivación de la prueba. Y es que, mientras la fase de investigación tiene como finalidad preparar el juicio oral —en ella, la autoridad judicial debe tomar la decisión crucial de abrir la fase de juicio y practicar pruebas o, por el contrario, no continuar con el procedimiento y, en consecuencia, acordar el archivo o sobreseimiento de las actuaciones— el juicio oral tiene por principal objetivo la práctica de las pruebas propuestas y admitidas en la audiencia intermedia por el juez de control bajo la intermediación del tribunal sentenciador. Un tribunal que, debe destacarse, goza de absoluta imparcialidad, por cuanto es un órgano distinto al que ha conocido de la fase de investigación y de la etapa intermedia. De este modo, se evita el riesgo de que su criterio resulte “contaminado” por haber tenido contacto con la información obtenida durante la investigación, pues su decisión sobre los hechos se basará exclusivamente en

las pruebas que se practiquen en su presencia y en las diligencias que, practicadas de forma anticipada, se hayan incorporado válidamente al juicio. Un juez —además, que debiera tener el control sobre la admisión de los medios de prueba que van a practicarse—. por cuanto la selección de las pruebas disponibles permite preparar el momento de la valoración de la prueba con una mayor precisión que cuando es un tercero¹ quien realiza tal selección. Además, debe tenerse en cuenta que el juez de la investigación preliminar ha entrado en contacto con diligencias de investigación que carecen de valor probatorio, por lo que existe la posibilidad de que se haya formado un criterio sobre los hechos que no redunde en su debida imparcialidad.

Por lo que se refiere específicamente a las garantías en la práctica de la prueba, la principal de todas ellas es el principio de contradicción. En tanto garantía de verdad, su protagonismo y efectividad dependen en gran medida del cumplimiento, a su vez, de otras garantías que, con carácter instrumental, favorecen el examen contradictorio de la prueba y, por tanto, permiten la confirmación y refutación de hipótesis mediante la valoración en conjunto de la prueba: igualdad de armas, publicidad, oralidad, concentración y continuidad.

Unas garantías que no solo sustentan la fiabilidad de la información obtenida con respeto a su contenido esencial, sino que contribuyen a legitimar la sentencia (cualquiera que sea su signo, pero especialmente la de condena) en tanto provenga de medios probatorios capaces de desvirtuar la presunción de inocencia. Para que tengan dicha cualidad, es preciso que se trate de verdaderos medios de prueba y no de meros actos de investigación o fuentes de prueba sin virtualidad probatoria.² En el caso de los actos de investigación, por no haberse practicado con la debida contradicción; en el caso de las fuentes de prueba no incorporadas al proceso, por no haber sido objeto de un mínimo control judicial acerca de cómo han sido obtenidas (es lo que sucede por ejemplo, con las diligencias de seguimiento policiales previas al inicio de la investigación o de la información proporcionada por confidentes no identificados en el procedimiento).

¹ El Código Nacional de Procedimientos Penales atribuye esa función al juez de la etapa intermedia, en adelante CNPP.

² Cf. Ramos Méndez, *El proceso penal*, p. 155.

Además, tales pruebas deben ser de cargo u objetivamente incriminatorias. El Tribunal Constitucional español definió la prueba de cargo como aquella prueba “encaminada a fijar el hecho incriminado que en tal aspecto constituye el delito, así como las circunstancias concurrentes en el mismo [...], por una parte, y, por la otra, la participación del acusado, incluso la relación de causalidad, con las demás características subjetivas y la imputabilidad.”³ Esta prueba debe estar referida, pues, a los hechos externos e internos objeto de imputación y a la participación en ellos del acusado, y mostrar con un alto grado de seguridad la existencia de los mismos y la implicación de la persona acusada. De modo que, en el caso de no desprenderse de la prueba tales elementos objetivos y subjetivos del delito, debe decaer la pretensión acusatoria, lo que motivará que la sentencia que se dicte sea de signo absolutorio.

Como presupuesto necesario de estas exigencias es fundamental que la información incorporada al proceso sea sometida a examen contradictorio en el acto de juicio, lo que contribuye sin lugar a dudas a la efectividad del resto de garantías probatorias, que guardan con el contradictorio una evidente relación de instrumentalidad. Estas son, en palabras de Andrés Ibáñez, “garantías de garantías”.⁴ Por supuesto, es preciso tener en cuenta que razones de eficacia procesal exigen establecer algunas excepciones justificadas a esta regla y conferir fuerza probatoria a actuaciones previas al juicio oral siempre que se practiquen con contradicción,⁵ (la que limitadamente puede tener lugar en un momento previo al juicio), asistencia letrada y en presencia de juez de garantías o de control, de modo que las actuaciones extraprocesales o exclusivamente policiales, realizadas sin control judicial, carecen de la virtualidad necesaria para fundamentar una sentencia condenatoria. El problema es que estas excepciones —si bien necesarias en todo sistema penal para escapar del rigor y rigidez de la prevalencia de lo ocurrido en el juicio oral sobre lo practicado en las fases previas del proceso— acaban las más de las

³ V. Tribunal Constitucional, Sentencia 33/2000. Esta sentencia todavía hoy es ampliamente citada.

⁴ Andrés Ibáñez, “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, p. 261.

⁵ La que limitadamente puede tener lugar en ese momento previo al juicio.

veces por convertirse en la regla general, vaciando de contenido al acto de juicio, que queda reducido a una suerte de representación teatral que a duras penas puede ocultar la verdadera procedencia de las fuentes de conocimiento. Por desgracia, resulta sumamente frecuente el uso abusivo de información obtenida durante la investigación previa mediante la formalidad de darle lectura en el juicio oral a las actas que la contienen para dar cumplimiento meramente aparente a las exigencias del principio de contradicción, y ello por cuanto las partes carecen de la posibilidad de interrogar al testigo que no comparece al juicio o de cuestionar una diligencia en la que no pudieron participar. En estos casos, el tribunal enjuiciador debe actuar con suma cautela a la hora de motivar su decisión y asegurarse de que tal información cuenta con el respaldo de otras actuaciones que se han practicado en el acto de juicio y que han podido ser sometidas a un verdadero examen contradictorio.

II. El examen contradictorio de la prueba

El principio de contradicción, garantía institucional y, al tiempo, epistémica, es la principal de todas las garantías que presiden el juicio oral y la práctica de la prueba. Fundamentalmente, el principio de contradicción, previsto en el artículo 6 CNPP, es garantía que persigue el hallazgo de la verdad al conferir a las partes el examen minucioso y sin límites (cuando este resulta bien entendido y puesto en práctica), a través de las defensas, de todos los medios de prueba propuestos, individualmente y mediante su análisis de contraste con el resto de medios de prueba. La contradicción surge —en su dimensión institucional— de la confrontación de las versiones o hipótesis alternativas de las partes y de los argumentos y pruebas a favor y en contra de cada una de ellas. Ambas partes tienen la posibilidad de intervenir en la práctica de las pruebas propuestas por la contraparte para discutir sus resultados, la credibilidad de la fuente, la fiabilidad de la información o para proponer medios de prueba alternativos. Su efectivo ejercicio requiere, de un lado, que todos los intervinientes tengan acceso a las actuaciones completas con tiempo suficiente para su análisis y valoración y, por otro lado, comporta la necesidad de tomar medidas —como la suspensión del proce-

dimiento— para evitar que pruebas sorpresivas no sean objeto de examen detallado por falta de tiempo.⁶

Como se ha destacado, en ocasiones resulta inevitable recurrir a diligencias desarrolladas durante la fase investigadora del procedimiento, por lo que resulta especialmente importante potenciar la contradicción que puede tener lugar en ese momento procesal. En efecto, aunque sea limitada, puede posteriormente completarse con el análisis crítico que las partes realicen de estas diligencias en el acto de juicio. Por ejemplo, en una prueba alcoholométrica se garantiza la contradicción cuando la policía ofrece la posibilidad de realizar un contraexamen clínico para contrastar el resultado obtenido; en la intervención de comunicaciones, se garantiza la contradicción *a posteriori*, permitiendo que el investigado, una vez levantado el secreto acordado, sea oído tras la práctica de la diligencia y que pueda recurrir la legalidad y la proporcionalidad de la medida; en la declaración testifical, la contradicción se posibilita permitiendo que la defensa interroge al testigo, para lo que debe ofrecerse la posibilidad de acudir a la práctica de la diligencia. En particular, respecto a la contradicción en la prueba testifical, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos —TEDH— ha declarado que la incorporación al proceso de declaraciones que han tenido lugar en fase de investigación no lesiona en todo caso los derechos reconocidos en los párrafos 3 d) y 1 del artículo 6 de la convención —CEDH—. Lo anterior aplica siempre que exista una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral, y siempre que se haya respetado el derecho de defensa del acusado, esto es, siempre que se dé le de una ocasión adecuada y suficiente de cuestionar los testimonios de cargo y de interrogar a los declarantes, bien cuando prestan declaración, bien con posterioridad, al darse lectura de la diligencia en el acto de juicio.

Uno de los temas centrales que suscita el principio de contradicción es el del impacto sobre el valor de las pruebas; cuando las partes han sufrido importantes limitaciones a la posibilidad de confrontarlas y, especialmente cuando se trata de pruebas de naturaleza personal. En particular, me detendré en dos limita-

⁶ Un análisis más detallado de algunos límites al principio de contradicción en relación con algunas pruebas personales puede verse en el capítulo séptimo de este manual.

ciones especialmente graves, a saber: la ocultación de la identidad de la persona declarante y la obtención del testimonio sin ofrecer al acusado la oportunidad de estar presente y de participar en su interrogatorio a través de su letrado.

Por lo que respecta al primero de los límites señalados, la ocultación de la identidad, lo habitual es que el testigo —directo o de referencia— deba dar cuenta de sus datos identificativos al inicio del interrogatorio. Sin embargo, en determinados procedimientos, especialmente en el marco de la delincuencia organizada, y a los efectos de evitar posibles represalias graves sobre su persona, sus familiares o sus bienes, se justifica la adopción de ciertas medidas de protección y, entre ellas, las que permitan ocultar los datos personales que puedan llevar a su identificación.⁷ A efectos procesales, el modo en el que esa identidad se oculta a los encausados es muy relevante, por cuanto puede afectar al adecuado desarrollo de su derecho de defensa. Es preciso distinguir por ello entre testigos *anónimos* —de los que se desconoce su identidad— y testigos *ocultos* —cuya identidad es conocida por la autoridad judicial pero no se desvela al encausado por razones de seguridad—. La distinción entre *anónimo* y *oculto* fue utilizada en la STC 64/1994, de 28 de febrero, en la que el Tribunal Constitucional español se hizo eco de la distancia entre ambas figuras, trazada previamente por el TEDH.⁸ Aunque ha sido objeto de algunas críticas por quienes consideran que la noción del *testigo oculto* limita ilegítimamente el derecho de defensa, lo cierto es que pone de manifiesto una diferencia esencial que no puede pasarse por alto: la existencia de control judicial sobre los motivos por los que deben mantenerse reservados los datos del *testigo oculto* lo que permite un análisis de las razones por las que debe prevalecer la seguridad del declarante sobre el derecho de defensa. De todos los supuestos que pueden darse, el denominado *testigo oculto* es, por tanto, la única persona que legítimamente puede proporcionar información inculpativa con valor probatorio, por cuanto su identidad es conocida para el tribunal, pero este, por razones de seguridad, decide motivadamente mantenerla

⁷ En España, las estipuladas en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales; en México, las medidas de protección aludidas en la Ley Federal para la protección a personas que intervienen en el procedimiento penal, de 8 de junio de 2012.

⁸ TEDH *Lüdi vs. Suiza*, relativo a la ocultación de identidad de un agente policial que actuó como agente infiltrado.

reservada para evitar que pueda recibir presiones para no declarar o cambiar el sentido de su testimonio o represalias por haber declarado.⁹ Es decir, existe en estos casos un juicio ponderado, motivado y sujeto a revisión, que ha supuesto la adopción de medidas de protección legalmente previstas —adicionales o no a la ocultación de la identidad— que pueden levantarse si concurre una modificación en las circunstancias y el órgano judicial considera que debe prevalecer el derecho de defensa sobre posibles riesgos para la persona que testifica o su familia. En el resto de los casos —confidentes y testigos anónimos, de cuya identidad nada conoce el órgano judicial— se produce una quiebra del derecho de defensa difícilmente salvable que los mantiene extramuros de la investigación y de la sentencia penal, ya que sus declaraciones no pueden alcanzar valor probatorio alguno.¹⁰ El mismo tratamiento ha de recibir quien colabora con una investigación en curso en el seno de una empresa a través de un canal de denuncias que garantice la confidencialidad. La información obtenida en estos casos habrá de ser objeto de comprobación, pero en ningún caso tendrá fuerza probatoria. La razón de ser de esta opción no hay que buscarla solo en razones de índole garantista desconectadas de otro tipo de fines, sino que cuenta también —y creo que, sobre todo— con un fundamento de índole epistémica: ¿cómo valorar la fiabilidad de la persona declarante y de su declaración si desconocemos su identidad? La corroboración es condición necesaria pero no suficiente para valorar la calidad de la información que proporcione. Su coincidencia con elementos que contribuyen a dicha corroboración puede ser fruto de la casualidad o de la reconstrucción *a posteriori* de los hechos, por lo que la valoración de posibles causas para actuar de manera deshonestas es un requerimiento que debe evaluarse junto con la corroboración. El TEDH lo ha manifestado con claridad en su extensa y consolidada jurisprudencia sobre el tratamiento procesal de testigos, que exige conocer su identidad para permitir a la defensa detectar motivos que puedan poner en entredicho su fiabilidad.¹¹ Por ello considera imprescindible —en términos generales respecto de los testigos ausentes, pero es doctrina también

⁹ Cf. Díaz Maroto y Villarejo, “Algunos aspectos jurídico-penales y procesales de la figura del «arrepentido»”, *La Ley*, p. 7.

¹⁰ TEDH, *Windisch vs. Austria y Taal vs. Estonia*. Por ello, el TEDH ha manifestado que el ámbito natural del confidente es la fase de investigación. V. también TEDH, *Texeira de Castro vs. Portugal y Kostovski vs. Holanda*.

¹¹ TEDH, *Brzuszczycki vs. Polonia; Garofolo vs. Suiza y Tseber vs. República Checa*.

aplicable al caso de los testigos anónimos— que se adopten las medidas necesarias para permitir el control, al menos judicial, de la fiabilidad de la persona que declara.¹² Ello supone disponer todo lo necesario para que la persona acusada pueda interrogarle —cuanto esté testificando o en un momento posterior—¹³ y que su declaración no sea la única prueba relevante, sino que vaya acompañada de otras que la corroboren.¹⁴

Por lo que respecta al segundo límite antes anunciado, la imposibilidad de someter el testimonio a examen contradictorio, en el caso *Lucà vs. Italia*,¹⁵ el TEDH consideró que la eficacia del principio de contradicción no solo no se agota al permitir al acusado conocer la identidad del testigo, sino que ha de extenderse a su participación —si es que así lo desea— en el interrogatorio —ya sea en el juicio oral, ya sea en la investigación previa—. Específicamente, tendría que extenderse a la remoción de obstáculos que le impidan participar en el interrogatorio, de modo que no pueda imputarse a las autoridades judiciales la falta de debate contradictorio.¹⁶ No obstante, el TEDH ha matizado el impacto que los déficits de contradicción producen sobre el valor probatorio de las declaraciones, lo que supone una considerable involución en la interpretación de esta garantía. En efecto, para determinar si se ha vulnerado el contenido esencial del derecho al debido proceso, el tribunal europeo exige realizar una valoración de conjunto de las actuaciones judiciales, de modo que no basta que la ausencia de contradicción haya impedido al acusado o a su letrado intervenir en el interrogatorio y que ello sea imputable a la autoridad judicial, sino que se precisa, además, que la prueba así practicada haya ocupado un lugar determinante en la declaración de culpabilidad.¹⁷ De este modo, desde su sentencia de 15 de diciembre de 2011 —en *Al-Khawaja y Tahery vs. Reino Unido*— el TEDH realiza una cuestionable asociación entre contradicción

¹² TEDH, *Avetisyan vs. Armenia*.

¹³ TEDH, *Lucà vs. Italia*.

¹⁴ Tribunal Supremo, 182/2017, y 315/2020.

¹⁵ TEDH, *Lucà vs. Italia*.

¹⁶ Cf. Miranda Estrampes, “La declaración del coimputado como prueba de cargo suficiente: análisis desde la perspectiva de la doctrina del TC (radiografía de un giro constitucional involucionista)”, en *Revista Xurídica Galega*, p. 16.

¹⁷ V. Alcácer Guirao, “La devaluación del derecho a la contradicción en la jurisprudencia del TEDH”, en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*.

y corroboración que le lleva a reconocer valor probatorio a declaraciones que no han sido sometidas a contradicción si, a pesar de ello, están corroboradas por otros elementos probatorios. Con ello, el TEDH se centra exclusivamente en la relación entre contradicción y verdad y deja de lado la importante conexión entre debate contradictorio y derecho de defensa.¹⁸

III. Garantías instrumentales de la contradicción

1. Igualdad de partes

Las partes comparecen e intervienen en el juicio oral en igualdad de condiciones y con igualdad de medios de ataque y defensa. Se reequilibra de este modo el inicial desequilibrio en las posiciones que le ha permitido al Estado desarrollar la investigación penal con destacadas ventajas sobre el encausado, que puede verse sometido a medidas cautelares que impidan su acceso a las actuaciones, a actos de investigación limitativos de derechos fundamentales y a restricciones del principio de publicidad derivadas de la necesidad de garantizar determinadas diligencias investigadoras. Es en el juicio oral donde el acusado recupera su posición de indemnidad y, desde ella, puede ejercitar su derecho de defensa en toda su extensión, practicando las pruebas que haya propuesto e interviniendo en las propuestas por el resto de partes.

2. Publicidad

Para garantizar que las actuaciones se desarrollen en igualdad de condiciones y observando escrupulosamente las normas procesales, el juicio oral solo puede tener lugar bajo el estricto cumplimiento del principio de publicidad;¹⁹ que preside la práctica de la prueba salvo excepciones que puedan justificarse en la necesidad de practicar las actuaciones a puerta cerrada para preservar la intimidad

¹⁸ *Ibid.*, pp. 9 y ss.

¹⁹ CNPP, art. 5.

de menores o víctimas de determinados delitos. Lejos de suponer una formalidad, el principio de publicidad constituye una de las principales garantías frente al ejercicio arbitrario de la potestad jurisdiccional, puesto que permite someterlo a control social y no solo al de quienes intervienen en el proceso, lo que redundaría en una mayor confianza de la sociedad en la administración de justicia. Saber objeto de examen durante la práctica de la prueba redundaría en la calidad de la sentencia y la legítima, puesto que garantiza que la decisión se base exclusivamente en las actuaciones practicadas en sesiones que cualquier ciudadano por sí mismo o a través de los medios de comunicación ha podido presenciar, constatando que las actuaciones se han desarrollado de acuerdo con la legalidad procesal. De ahí que las restricciones sufridas por el principio de publicidad al amparo de la situación de emergencia sanitaria provocada por la COVID-19 deban considerarse en su mayoría cuestionables y fuente de una profunda deslegitimación de la función judicial. La celebración de actuaciones judiciales sin publicidad en todos los casos en los que no han existido verdaderas razones de urgencia que lo justifiquen (más allá de evitar una mayor dilación de los procedimientos judiciales) supone quebrantar una regla esencial para preservar la confianza social en el sistema de justicia penal, lo que bien podría motivar la nulidad de muchos juicios que se han celebrado, bien a puerta cerrada, bien por medios telemáticos y sin la posibilidad de acceso de público o de retransmisión en streaming.

Debe destacarse también que no siempre los problemas se presentan cuando se limita injustificadamente el principio de publicidad. En ocasiones, es su sobredimensión la que pone en peligro el sentido mismo de su existencia e incluso amenaza el adecuado ejercicio de la potestad jurisdiccional. Es el caso de la publicidad de las deliberaciones de los órganos judiciales colegiados que prevén algunos códigos procesales, como es el caso de la Ley General de medios de impugnación en materia electoral que, en su artículo 24.2, establece el carácter público de las sesiones de deliberación. En primer lugar, porque reduce notablemente la espontaneidad y las opiniones disidentes de los magistrados, hasta el punto de poner en riesgo el acto mismo de la deliberación y provocar que la verdadera discusión, de la que saldrá la decisión final, tenga lugar de forma reservada y previa al acto público de la deliberación, acabando este por convertirse en una

suerte de acto ritual. En segundo lugar, porque tal práctica parte de una concepción desacertada acerca de cómo tienen lugar en realidad los procesos deliberativos. Las decisiones en los órganos colegiados no siempre se toman en una única reunión de los magistrados, sino que en muchas ocasiones son necesarios varios encuentros en los que se va formando la decisión, no siempre de manera lineal, sino con avances y retrocesos y con cambios de criterio basados en razones que no necesariamente van a trasladarse después a la fundamentación de la sentencia. La publicidad es garantía que debe predicarse del acto de juicio, pero que en modo alguno debe proyectarse también sobre la formación de la decisión judicial, cuya publicidad se garantiza sobradamente mediante la exposición de los razonamiento jurídicos y fácticos que la sustentan.²⁰

3. Oralidad

El juicio, por definición, se celebra bajo la estricta vigencia del principio de oralidad. Prácticamente toda la prueba se va a practicar de forma oral, pues se garantiza así una mayor espontaneidad y se ofrecen mayores elementos de juicio al tribunal que ha de valorarla. La oralidad facilita, además, la inmediación.²¹ Resulta también, como ya se ha señalado, un presupuesto básico del examen contradictorio de la prueba. En ausencia de oralidad, el principio de contradicción no deja de ser un sucedáneo y su efectivo ejercicio resulta comprometido. Lo anterior se puede apreciar con la tradicional fórmula de “dar por reproducida” toda la prueba documental en el acto del juicio oral, evitando su lectura. Andrés Ibáñez ilustra esta idea con un sugerente pasaje del diálogo platónico de Sócrates con Fedro. En este, hacia el final, Sócrates reniega de las palabras escritas, y su planteamiento, traído a este contexto, no podría ser más elocuente.

Este es, mi querido Fedro, el inconveniente, así de la escritura como de la pintura; las producciones de este último arte parecen vivas, pero interrogadlas, y veréis que guardan un grave silencio. Lo mismo sucede con las palabras escritas; al oírlas

²⁰ Cf. Ibáñez, *op. cit.*, p. 259.

²¹ Cf. Bachmaier Winter, “Principios de inmediación y confrontation: paralelismos, diferencias y tendencias en la prueba testifical”, en *Fundamentos de Derecho probatorio en materia penal*, p. 285.

o leerlas creéis que piensan; pero pedidles alguna explicación sobre el objeto que contienen y os responden siempre la misma cosa. Lo que una vez está escrito rueda de mano en mano, pasando de los que entienden la materia a aquellos para los que no ha sido escrita la obra, y no sabiendo, por consiguiente, ni con quién debe hablar, ni con quién debe callarse. Si un escrito se ve insultado o despreciado injustamente, tiene siempre la necesidad del socorro de su padre; porque por sí mismo es incapaz de rechazar los ataques y de defenderse.²²

4. Continuidad y concentración

Los principios de continuidad y concentración²³ se encuentran en íntima relación con los principios de contradicción e inmediación, por cuanto tratan de garantizar que la prueba se practique en sesiones sucesivas y consecutivas, de modo que las partes y el tribunal puedan tener una perspectiva de conjunto de la actividad probatoria que permita un examen contradictorio más eficaz y detallado y, a su vez, se eviten lapsos de tiempo prolongados entre sesiones que pongan en riesgo tal fin. Solo en situaciones justificadas es posible suspender las actuaciones, que deberán reanudarse en cuanto sea posible. Estas situaciones están generalmente relacionadas con la imposibilidad de concurrir al acto de alguna de las partes, de algún miembro del tribunal o de algún testigo o perito, o con la garantía de un efectivo conocimiento de las actuaciones y de las pruebas que van a practicarse.

IV. Inmediación

El principio de inmediación supone que toda la prueba, excepto la que se practicó como anticipada, debe celebrarse ante el tribunal que tiene que dictar sentencia y, por tanto, ante el que ha de valorarla. Las actuaciones desarrolladas sin la presencia de un juez serán nulas —en ningún caso se podrá delegar ese contacto directo del juez con la prueba en otro funcionario—, según se dispone en el propio

²² Tomo la idea de Andrés Ibáñez, pero la cita literal del pasaje se corresponde con la de la obra de Platón, *Fedro*.

²³ CNPP, arts. 7 y 8.

artículo 9 del CNPP. Sin duda, el principio de inmediación, en los términos en los que se enuncia, protege el contacto directo del tribunal con la prueba en tanto método idóneo para su valoración, garantizando así la exclusión de personas interpuestas que de algún modo pudieran alterar las ventajas de esa conexión del juez con el objeto de su actividad. Es, por tanto, un método para el conocimiento o, si se prefiere, tiene valor en tanto garantía instrumental del acto de valorar la prueba.²⁴ Sin embargo, este principio no puede amparar la falta de motivación de las decisiones judiciales o la suficiencia motivadora de genéricas remisiones a lo que el tribunal ha presenciado “con la debida inmediación”. No podría ser de otra manera, por cuanto la decisión judicial y las razones que la motivan solo puede adoptarla y expresarlas respectivamente quien, sin intermediarios ni interferencias que puedan distorsionar su contenido o resultado, ha estado en contacto directo con la prueba. Y es que la práctica de la prueba sin la presencia de juez sentenciador aumentaría, sin duda, las posibilidades de error en la valoración.²⁵ Este es el caso cuando quien dicta sentencia tiene que valorar declaraciones que no se han prestado en su presencia ni han sido grabadas y a las que solo ha podido acceder mediante la lectura de un acta.

Es necesario advertir de que sacralizar la inmediación en su sentido más rígido puede causar importantes distorsiones que confluyan en un inaceptable recorte de garantías en el control del razonamiento probatorio, por cuanto en modo alguno este principio puede amparar que el discurso probatorio se mantenga ajeno al deber de justificación.²⁶ En efecto, uno de los grandes peligros de sobredimensionar los efectos de este principio, considerándolo un fin en sí mismo y no un medio para mejorar el sistema de decisión judicial, es hacer de él, desde el rigor formalista, un obstáculo insalvable para ejercer un efectivo control sobre la valoración de la prueba, una trinchera tras la que el juez de instancia puede dar rienda suelta a la más pura arbitrariedad en la decisión sobre los hechos. Lo sucedido en el sistema penal español en los últimos años es buena muestra de ello, ya que desde la reforma legal del recurso de apelación penal en 2015 ha quedado

²⁴ Cf. Andrés Ibáñez, “Acerca de la motivación...*cit*”, p. 297.

²⁵ Bachmaier Winter, *op. cit.*, p. 292.

²⁶ Andrés Ibáñez, “En materia de prueba: sobre algunos cuestionables tópicos jurisprudenciales”, en *Quaestio facti*, p. 81.

prácticamente reducida a nada la posibilidad de revisar la valoración de la prueba en las sentencias absolutorias basadas en pruebas personales²⁷ como consecuencia de la falta de inmediación en la tramitación del recurso. La STC 167/2002, de 18 de septiembre, marcó un antes y un después en el control de racionalidad de la valoración de las pruebas personales en casos de sentencias absolutorias y cerró la puerta a la posibilidad de que la prueba practicada en primera instancia pudiera ser objeto de una valoración distinta en segunda instancia —con la única excepción de errores manifiestos que resulten de la motivación de la sentencia, como sucedería con los relativos al contenido de las declaraciones prestadas en el juicio—. El Tribunal Constitucional, basándose en el necesario respeto del principio de contradicción y audiencia del TEDH —que exige escuchar al condenado y a quienes prestaron declaración en primera instancia para autorizar la revisión de la valoración de la prueba en vía de recurso²⁸—, así como en la ausencia de inmediación y publicidad en apelación, vetó a los órganos de segunda instancia la posibilidad de modificar las sentencias absolutorias, o parcialmente condenatorias, motivadas en la valoración de pruebas personales.

Conviene destacar, en relación con el alcance de este principio, que se encuentra sometido a ciertos condicionantes propios del contexto institucional en el que está llamado a desplegar sus efectos, pero sin que ello le prive de virtualidad. Por un lado, la falta de inmediación del tribunal sentenciador no es un problema insoslayable que dificulte o impida en todo caso la valoración de la prueba, por cuanto las pruebas practicadas de forma anticipada en la fase de investigación —en presencia judicial, pero no en presencia del órgano concreto que debe valorarlas— cuentan con valor probatorio en los mismos términos que las practicadas en el acto de juicio. La inmediación en estos casos se encuentra muy atenuada, pues el tribunal enjuiciador solo puede tomar contacto con ellas mediante la lectura o la reproducción de su grabación en el acto del juicio oral,

²⁷ Ley de enjuiciamiento criminal, (LECrim), reforma de los arts. 790 y ss operada por la Ley 41/2015, de 5 de octubre.

²⁸ En concreto, el Tribunal Constitucional se apoyó en las sentencias del TEDH, *Jan Åke vs. Suecia*; *Fejde vs. Suecia* y *Helmerts vs. Suecia*; caso *Ekbatani vs. Suecia*; casos *Cooke vs. Austria* y *Stefanelli vs. San Marino*; caso *Constantinescu vs. Rumanía* y caso *Tierce y otros vs. San Marino*.

pero ello no le impide tomarlas en cuenta y fundamentar en ellas la sentencia. Por otro lado, el rigor interpretativo del principio de inmediación no debe impedir el control de la valoración de la prueba por órganos superiores. No solo porque ya está generalizada la grabación de las sesiones del juicio oral, lo que favorece que el órgano *ad quem* pueda visionarlas para resolver el recurso de la misma forma que es posible que el órgano enjuiciador pueda valorar pruebas anticipadas no practicadas ante él, sino porque dicho control es presupuesto ineludible del sistema de valoración racional de la prueba. La imposibilidad de revisar la sentencia de instancia, motivada por una sobredimensión del principio de inmediación, otorga al órgano de instancia un poder prácticamente absoluto en materia de valoración fáctica que, hoy por hoy, resulta inadmisibile en cualquier sistema judicial al privar al principio de inmediación de su doble condición de garantía procesal y epistémica.²⁹ En efecto, esta doctrina, expresada en la STC 167/2002 y mantenida en la actualidad básicamente en los mismos términos,³⁰ supone hacer descansar sobre la falta de garantías en segunda instancia y, especialmente, de la inmediación, las limitadas posibilidades revisoras del órgano de apelación. Lo que implica, sin duda, un grave obstáculo para la revisión de la racionalidad de la decisión, una garantía que no solo ampara al acusado, sino que debe entenderse incardinada también en el derecho al debido proceso y, por tanto, alcanza también a la acusación.

Bibliografía

Alcácer Guirao, R., “La devaluación del derecho a la contradicción en la jurisprudencia del TEDH”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 4, 2013.

Andrés Ibáñez, P., “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 12, 1992.

²⁹ Cf. Ibáñez, *op. cit.*, p. 59; Barreiro, “Las sentencias absolutorias y los límites del control del razonamiento probatorio en apelación y casación (STC 167/2002)”. *Jueces para la Democracia*, pp. 79 y 80.

³⁰ Entre otras muchas, en las sentencias del Tribunal Constitucional 1/2020; 88/2013; 146/2017.

_____, “En materia de prueba: sobre algunos cuestionables tópicos jurisprudenciales”, *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, núm. 1, 2020.

_____, “Sobre el valor de la inmediación (una aproximación crítica)”, *Jueces para la Democracia*, núm. 46, 2003.

Bachmaier Winter, L., “Principios de inmediación y confrontation: paralelismos, diferencias y tendencias en la prueba testifical”, en Ambos, K. y Malarino, E. (Eds.), *Fundamentos de Derecho probatorio en materia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Del Moral García, A., “Justicia penal y corrupción: déficits, resultados, posibilidades”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 104-II, enero-abril, 2016.

Díaz-Maroto y Villarejo, “Algunos aspectos jurídico-penales y procesales de la figura del «arrepentido»”, *La Ley*, núm. 5, 1996.

Díaz Pita, M^a. P., *El coimputado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

Jorge Barreiro, A., “Las sentencias absolutorias y los límites del control del razonamiento probatorio en apelación y casación (STC 167/2002)”, *Jueces para la Democracia*, 48, noviembre, 2003.

Miranda Estrampes, M., “La declaración del coimputado como prueba de cargo suficiente: análisis desde la perspectiva de la doctrina del TC (radiografía de un giro constitucional involucionista)”, *Revista Xuridica Galega*, núm. 58, 2008.

Ramos Méndez, F., *El proceso penal*, 5^a ed., J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1999.

Zavaglia, F., *La prova dichiarativa nel giusto processo*, CEDAM, Padova, 2007.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- *Avetisyan vs. Armenia*, 10 de noviembre de 2016.
- *Brzuszczyski vs. Polonia*, 17 de septiembre de 2013.
- *Garofolo vs. Suiza*, 2 de abril de 2013
- *Tseber vs. República Checa*, 22 de noviembre de 2012.
- *Taal vs. Estonia*, 22 de noviembre de 2005.
- STC 167/2002, 18 de septiembre.
- *Tierce y otros vs. San Marino*, 25 de julio de 2000.
- *Cooke vs. Austria y Stefanelli vs. San Marino*, 8 de febrero de 2000.
- *Texeira de Castro vs. Portugal*, de 9 de junio de 1998.
- STC 64/1994, *Lüdi vs. Suiza*, de 15 de junio de 1992.
- *Jan Åke vs. Suecia, Fejde vs. Suecia y Helmers vs. Suecia*, 29 de octubre de 1991.
- *Windisch vs. Austria*, 27 de septiembre de 1990.
- *Kostovski vs. Holanda*, 20 de noviembre de 1989.
- *Ekbatani vs. Suecia*, 26 de marzo de 1988.

Tribunal Constitucional Español

- STC 1/2020, de 14 de enero 2020.
- STC, 146/2017, de 14 de diciembre de 2017.
- STC 88/2013, de 11 de abril 2012. STC.
- STC 33/2000, de 14 de febrero de 2000.

Tribunal Supremo Español

- SsTS 315/2020, de 15 de junio 2020.
- SsTS 182/2017, de 22 de marzo de 2017.

La conformación del conjunto de elementos de juicio: la práctica de la prueba pericial y de la prueba testifical

Carmen Vázquez*

* Profesora agregada en la Universitat de Girona y Coordinadora académica del máster en razonamiento probatorio de la Universitat de Girona y la Università degli Studi di Genova.

La conformación del conjunto de elementos de juicio: práctica de pruebas.

I. Introducción; II. La práctica de la prueba pericial; III. La práctica de la prueba testifical.

I. Introducción

La práctica de las pruebas es una etapa fundamental, sobre todo en sistemas como el mexicano en donde se establece que “para los efectos de la sentencia solo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio”. En ese contexto, la pregunta clave es *cómo* deberían ser desahogadas las pruebas bajo los principios que rigen esta etapa —inmediación, publicidad, concentración, contradicción y oralidad—. Para analizar esta cuestión nos centraremos en las llamadas pruebas personales, el testimonio del acusado, la prueba pericial y la prueba testifical.

El Código Nacional de Procedimientos Penales —CNPP— establece un conjunto de disposiciones comunes para el interrogatorio y contrainterrogatorio de la persona acusada, los peritos y los testigos, fundamentalmente regulando el orden de intervención y el tipo de cuestionamientos que se pueden o no realizar. Sobre la prueba pericial y la prueba testifical —como en la mayoría de los códigos de nuestra tradición desde antaño— se prevé la protesta de conducirse con verdad y el apercibimiento penal recordando el delito de falsedad de declaraciones. Pero, deberíamos preguntarnos si son ese tipo de previsiones las que genuinamente permiten lograr el objetivo de obtener la mejor información disponible

sobre las pruebas que se practican, en definitiva, si tenemos un buen diseño normativo sobre esta etapa procesal tan determinante para que las personas juzgadoras decidan qué valor atribuirán a los elementos de juicio que han sido admitidos.

En los últimos años, la ciencia y diversos estudiosos del derecho han ofrecido resultados empíricos y argumentos sólidos que nos llevan a repensar cuál es la mejor manera de desahogar la prueba pericial o la prueba testifical. Contrario a lo hecho por el legislador mexicano, se sugiere tratar de manera diferente a los peritos y los testigos, tomando en consideración sus claras y relevantes diferencias. En la prueba pericial, el perito viene a exponer el razonamiento inferencial que sobre el caso ha realizado; en la prueba testifical, en cambio, el testigo no viene a exponer las inferencias que ha realizado, sino que acude exclusivamente a relatar lo que vio, lo que oyó, lo que presencié. Como veremos, esa diferencia marca importantes pautas para uno y otro tipo de prueba: una de ellas es que la práctica de la prueba pericial debe hacerse teniendo en mente el objetivo de *conocer* su fiabilidad; y, en cambio, la práctica de la prueba testifical debe hacerse de tal manera que logremos *proteger* cierta fiabilidad del testimonio—su exactitud—. Otra diferencia relevante es que las entrevistas e interrogatorios a las que es sometido un testigo antes del juicio oral son potenciales factores de distorsión de la memoria y, por ello, deberíamos atenderlos a efectos de valorar la exactitud de un recuerdo. En cambio, los expertos pueden sufrir sesgos cognitivos que impactan en su proceso de razonamiento, por ejemplo, por su contacto con cierta información.

Incluso paradójicamente, puede decirse que si hay algo que comparten la prueba pericial y la prueba testifical es que la valoración judicial de ambas ha girado en torno al sujeto —quién o cómo es el perito o el testigo— cuando debería centrarse en las *afirmaciones* que hacen. Este punto es relevante para empezar el abordaje de la práctica de estos elementos de juicio, pues tener claro el objeto de valoración nos ayudará a plantear las estrategias para obtener la información relevante que permita llevar a cabo la tarea judicial.

II. La práctica de la prueba pericial

Uno de los cambios importantes que supone el juicio oral es la comparecencia de la persona experta para explicar y justificar las operaciones periciales realizadas y su razonamiento inferencial plasmado en su informe. Con ello la prueba pericial deja de ser solo el dictamen y se añaden las declaraciones que haga el experto durante el interrogatorio y conainterrogatorio al que es sometido. Esto podría representar un importantísimo medio para lograr que el juez *comprenda* el conocimiento experto aplicado al caso y, entonces, pueda usarlo justificadamente para tomar su decisión. En efecto, en lugar de que la persona juzgadora se enfrente como lego en esas cuestiones a un escrito más o menos lleno de tecnicismos, de literatura del área de conocimiento del experto y otras dificultades que pudieran resultarle complejas, ahora tiene la posibilidad de que todo ello sea explicado de *viva voz*; que los abogados mediante el interrogatorio y conainterrogatorio enfatizen todas las debilidades y fortalezas de lo hecho y dicho por los expertos; que se expliquen —e incluso se resuelvan— posibles contradicciones de un perito o entre los peritos; que pueda hacer preguntas aclaratorias y hasta participar del debate de los desacuerdos entre expertos. El juicio oral es entonces el espacio en el que las personas juzgadoras pueden *conformar* adecuadamente su apreciación sobre las pruebas periciales. Y, si todo esto es así, entonces habría que preguntarnos si tenemos un buen diseño normativo que no solo permita todas esas oportunidades, sino incluso que las incentive.

Hay que decir que lo anterior supone una relación del principio de contradicción con la fiabilidad de la prueba pericial; pues la contradicción constituye una herramienta no solo para conocer o identificar mejor la calidad de este elemento de juicio, sino también para someter a más controles lo hecho y dicho por el experto.¹ Todo ello de ninguna manera obsta a su faceta como garantía procesal de las partes, tal como dice la siguiente tesis en materia penal:

¹ Esto, como se verá más adelante, no es así cuando se trata de la prueba testifical. Por el contrario, las intervenciones que se hagan pueden dañar la memoria creando “falsos recuerdos” o declaraciones que, pese a ofrecer más información, son también menos exactas.

El principio de contradicción que rige el sistema penal acusatorio tiene por objeto garantizar que las partes procesales tengan igualdad de oportunidades ante el juez, acorde con la etapa procesal en que se desarrollen; para *presentar* y *argumentar* sus casos en los que se sustente la imputación o la defensa, apoyados en los datos que consideren pertinentes y conducentes, lo cual permitirá al juzgador imponerse directamente de los puntos de vista opuestos, en relación con las teorías del caso formuladas tanto por el Ministerio Público como por el imputado y su defensor.²

Tal criterio parece sugerir precisamente la doble faceta del principio de contradicción: como garantía procesal fundamental de las partes y como herramienta cognoscitiva de las personas juzgadas.³ Obviamente, el correcto funcionamiento de esas facetas dependerá en buena medida del trabajo que hagan los y las abogadas, quienes, idealmente, como dice Taruffo, “deberían poder influir sobre la decisión, en la medida en que someten al juez hipótesis racionales, aunque obviamente distintas, de valoración de pruebas”.⁴ Ahora bien, todo esto se pierde en la medida en “que la contradicción entre las partes se transforma en una lucha sin exclusión de golpes o en un ejercicio de retórica dirigido a influir en el juez más que a someterle a argumentos racionales”.⁵ Por eso, es dable decir que el contradictorio requiere de buenos abogados, capaces de presentar argumentos sólidos ante el juez.⁶

Desafortunadamente, no siempre el ejercicio del contradictorio de la prueba pericial por parte de los abogados cumple con el mínimo necesario para suplir

² Tesis: 1a. CCL/2011 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Primera Sala SCJN, Décima Época, Registro Digital: 160186.

³ Sobre este doble aspecto en materia civil V. Taruffo, *La prueba de los hechos*; Taruffo, *Simplemente la verdad: El juez y la construcción de los hechos*; y Gamba, “Contraddittorio, principio del (Diritto processuale civile)”, en *Enciclopedia del Diritto. En materia penal*. V. Uberty, *Prova e contraddittorio*; y Uberty, “Contraddittorio e difesa nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo: riflessi nell’ordinamento italiano”, en *Cassazione penale*. En general, para un desarrollo del tema V. Ferrer, *Valoración racional de la prueba* y Tuzet, *Filosofía della prova giuridica*.

⁴ Taruffo, *La prueba...cit*, p. 434.

⁵ *Ibid.*, p. 435.

⁶ V. un reciente estudio del CEJA, *El ejercicio de la abogacía en América Latina. En la búsqueda de una agenda de trabajo*, sobre la formación de los abogados en algunos países latinoamericanos, entre ellos, México. Desafortunadamente, este estudio muestra grandes debilidades en los abogados, en el ejercicio de la profesión. La conclusión lacerante es que los abogados parecen haberse convertido en un obstáculo para el acceso a la justicia.

los déficits de información del juez, que tiene que tomar una decisión habiendo comprendido lo que el experto afirma sobre el caso. Y ello puede suceder por múltiples razones, por ejemplo, porque no cuestionan adecuadamente y el juez sigue teniendo dudas, pero también pese a un buen cuestionamiento de las partes alguna duda del juez puede persistir. Si asumimos que los jueces deben comprender las pruebas presentadas para tomar una decisión racional, entonces lo mejor que puede pasar a las partes es que aquellos resuelvan sus dudas *durante* la práctica de las pruebas y no que, habiéndose quedado con ellas, las satisfagan preguntando a un experto de su confianza o incluso consultando otras fuentes que, evidentemente, las partes desconocerán y no tendrán ninguna posibilidad de contradecir. Por ello, no debemos aspirar a que los jueces permanezcan totalmente pasivos, callados durante la práctica de la prueba pericial.⁷

En la línea de lo dicho anteriormente, el artículo 372 del CNPP afortunadamente prevé la posibilidad de las preguntas aclaratorias por parte del juez. Además, también parece sugerir que dicha intervención deberá realizarse después de que las partes hayan cuestionado al experto, lo que daría toda la oportunidad a los abogados para intentar suministrar la información relevante sobre la calidad de las pericias y que no sea necesaria la intervención judicial mediante estas preguntas.⁸ El juez, en todo caso, deberá vigilar que sus preguntas sean *aclaratorias*.

¿Cuándo una pregunta es aclaratoria y cuándo no? Es difícil establecer una suerte de definición o de criterios que permitan delimitar el punto, pero se podrían pensar en al menos dos condiciones —no conjuntamente— necesarias: (i) que la pregunta sea sobre algo afirmado por el experto; y (ii) que esa pregunta no exija

⁷ La preocupación por la imparcialidad judicial no es un buen argumento para ello, pues los sesgos cognitivos que pudiera sufrir un juez están en su cabeza y se activan al procesar información, al razonar, pudiendo favorecer indebidamente, pero de forma absolutamente inconsciente, a una de las partes.

⁸ Hay tesis que recalcan esta cuestión, como la siguiente que afirma:

“esta [...] disposición es coherente y resulta plenamente justificada, máxime si con el interrogatorio de las partes, se observa por el Juez, alguna duda en la declaración del testigo o perito cuando en una respuesta se hace alusión a una expresión técnica realizada por el perito, o bien, un testimonio que presente multiplicidad de expresiones que requieran de una aclaración expresa por el testigo”. Tesis: II.1o.39 P (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, Núm. de Registro: 2012497.

la realización de nuevas operaciones periciales o un cambio radical del contexto probatorio en que efectuó sus operaciones. Este segundo punto tendría sentido, además, para evitar elucubraciones por parte del experto, o meras opiniones sin un fundamento sólido que las respalde. Precisamente por ello me resulta peligrosa la segunda parte del artículo, que dice “al perito se le podrán formular preguntas con el fin de proponerle hipótesis sobre la materia del dictamen pericial, a las que el perito deberá responder atendándose a la ciencia, la profesión y los hechos hipotéticos propuestos”.⁹

Para empezar, habría que distinguir entre “proponer hipótesis” y “hechos hipotéticos”. La propuesta de las hipótesis que el experto debe analizar es una cuestión fundamental que, como hemos visto, debería ser debatida desde el primer momento que se le llama; la práctica de la prueba de ninguna manera es una etapa procesal apropiada para ello, salvo casos excepcionales en los que tendríamos que pedir metapericiales. Muy diferente de lo anterior es el planteamiento de hechos hipotéticos, entendidos como hechos no reales o sobre los que no tenemos información, que no han sido pasados por el tamiz de la relevancia u otros criterios de admisibilidad, etcétera. Esa permisividad del CNPP no solo rebasa los límites de las preguntas aclaratorias, además podría ser una fuente para introducir información no controlada previamente.

Una de las limitantes que señala, por ejemplo, la antes mencionada tesis aislada II.1o.39 P (10a.), es que no se introduzcan “circunstancias no expuestas en las preguntas de los interrogatorios de las partes, ya que el juzgador no es un litigante, por lo que debe formular preguntas aclaratorias neutras”. Se pueden identificar al menos dos errores en este razonamiento: (i) si asumimos que las preguntas formuladas por las partes atienden a sus intereses, se está diciendo que el juez solo puede preguntar dentro de un contexto donde las preguntas que le sirvan de base ya *no* son neutras; y (ii) si la noción de “pregunta neutral” quiere decir que la respuesta nunca debe favorecer a ninguna de las partes, se está pidiendo algo imposible porque ese resultado no necesariamente puede ser controlado por

⁹ CNPP, art. 372.

el juez. Habrá preguntas genuinamente aclaratorias cuya respuesta favorezca a una de las dos partes y ello estará epistémicamente justificado.¹⁰

Otra cuestión que el criterio anterior alza es la limitación a las preguntas de los abogados, entiendo que ello es congruente con la idea de que el tribunal de enjuiciamiento solo puede valorar “lo que manifieste el perito sobre su experticial, producto del interrogatorio y contrainterrogatorio que realicen las partes”.¹¹ Si el argumento de esto es que todo aquello que sea considerado como prueba tiene que presentarse de forma oral, se termina convirtiendo a la oralidad en un formalismo absurdo. El objetivo de la oralidad debe ser permitir una mejor contradicción de las pruebas, no hay que interpretarla como una especie de ritual o sacralizarla en sí misma sin atender a su objetivo. Esto es importante porque, en mi opinión, debería considerarse el informe pericial como parte de aquello que debe valorarse y, por ende, debería estar también en el centro de la práctica de la prueba. De hecho, hay algún estudio empírico que muestra que cuando se da acceso a los juzgadores de los hechos a un resumen escrito del informe pericial su comprensión mejora.¹²

Desde luego, podría discutirse si se le da acceso al tribunal de enjuiciamiento a todo el informe pericial o solo a una suerte de resumen de los argumentos principales; también podría analizarse cuál es el mejor momento procesal en que se dé ese acceso, que siempre debería ser antes de la deposición de los expertos obviamente. En la dinámica actual, el auto de apertura a juicio que dicta el juez de control podría hacer este tipo de tarea, si y solo si es lo suficientemente informativo sobre el contenido del dictamen pericial; pero esto supone una mediación de la información quizá innecesaria. Otra alternativa pudiera ser que el juez de control se asegure de que el informe no contenga información sobre el caso que pudiera contaminar cognitivamente al tribunal de enjuiciamiento. A ello pudiera

¹⁰ Por ello, deberíamos entender que la parcialidad judicial está relacionada con favorecer indebidamente a una de las partes, no con cualquier decisión que resulte favorable a una de ellas. Si es entendido de esta última manera, obviamente, sería imposible decidir el caso.

¹¹ Tesis: XVII.2o.6 P (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, Registro Digital: 2021538.

¹² V. ForsterLee, Horowitz, *et. al.*, “The Bottom Line: The Effect of Written Expert Witness Statements on Juror Verdicts and Information Processing”, en *Law and Human Behavior*:

contribuir también establecer el contenido mínimo del informe, como hemos visto anteriormente; lo que sucedería, por ejemplo, si tuviéramos un artículo como el del *Expert Witness Code of Conduct* australiano, que claramente limita el informe pericial a las cuestiones relevantes:

- (a) las hipótesis y los hechos materiales en los que se basa cada una de las opiniones expresadas en el informe (puede adjuntarse una carta de instrucciones);
- (b) las razones, la bibliografía u otros materiales utilizados para justificar cada una de dichas opiniones;
- (c) (si procede) indicar que una determinada cuestión, tema o asunto queda fuera del ámbito de competencia del perito;
- (d) los exámenes, pruebas u otras investigaciones en las que se haya basado el perito, identificando a la persona que los haya realizado y su cualificación;
- (e) en qué medida cualquier opinión que el perito haya expresado supone que ha aceptado la opinión de otra persona y, siendo así, se debe identificar esa otra persona y la opinión expresada por ella;
- (f) una declaración de que el perito ha realizado todas las indagaciones que considera convenientes y apropiadas (salvo las cuestiones identificadas explícitamente en el informe) y de que no se ha ocultado al tribunal ninguna cuestión de importancia que el perito, según su conocimiento, considere relevante;
- (g) cualquier reserva en sus opiniones expresadas en el informe sin la cual éste es o pudiera ser incompleto o inexacto;
- (h) si alguna opinión expresada en el informe no es una opinión conclusiva debido a una investigación insuficiente o a datos insuficientes o por cualquier otra razón; y
- (i) cuando el informe sea extenso o complejo, se debe acompañar un breve resumen al principio del informe.

Podría, en cambio, ser un poco más problemático si tenemos como ejemplo el anteproyecto de la ley de enjuiciamiento criminal española, concretamente el

artículo identificado como 394-482, titulado “Contenido del informe”, que exige “la identificación detallada de todos los datos e informaciones tomados en consideración para elaborar el dictamen”.¹³ Entre esos datos, obviamente, podría haber información sobre el caso que sería mejor que el tribunal de enjuiciamiento solo escuchara en el juicio oral para evitar posibles contaminaciones cognitivas, aunque esto no necesariamente será así en todos los casos y, precisamente por ello, podría decidirse el acceso del juez al informe pericial en función del tipo de datos que sobre el caso contiene.

Si hablamos de contaminación cognitiva, no podemos dejar de mencionar —en materia de prueba pericial— los llamados “sesgos cognitivos” que pudieran llevar al propio experto a errores en su razonamiento. Los sesgos cognitivos son errores sistemáticos en el razonamiento que tienen lugar cuando los seres humanos procesamos e interpretamos información y, por supuesto, las decisiones y conclusiones que hacemos se ven afectadas por ello.¹⁴ Vale la pena enfatizar que no se trata de un error lógico o inferencial, sino en el procesamiento de información relacionado con nuestras debilidades de memoria o de atención. En este sentido, los sesgos pueden afectar a todo tipo de expertos, incluidos aquellos que son diligentes y honestos.

En el ámbito de las ciencias forenses concretamente, la investigación empírica ha identificado al menos dos tipos de sesgos: los contextuales y el de confirmación. Para lo que aquí importa, fijémonos en los sesgos contextuales; es decir, aquellos

¹³ Además de esto, el artículo exige como parte del contenido del informe pericial: a) Su concreto objeto.

b) La titulación y experiencia profesional del perito y de todas las personas que hayan participado en la realización de la pericia. En su caso, se especificará la concreta intervención de cada uno, así como si las operaciones que llevó a cabo las realizó bajo la supervisión del perito. d) La descripción de los procedimientos y técnicas utilizados en la realización de la pericia, así como la de los fundamentos en que se basan. e) Las publicaciones especializadas que avalen los procedimientos y técnicas empleados y los fundamentos en que se basan. f) Las conclusiones que se formulen, que habrán de expresarse de forma clara y comprensible.

¹⁴ V. A los autores clásicos sobre el tema Tversky y Kahneman, “Judgment under uncertainty: Heuristics and biases”, en *Science*; quienes demostraron que las personas confiamos de manera natural en los heurísticos y que, aunque muchas veces ello nos beneficia en nuestro proceso de conocimiento, hay situaciones en las que producen errores sistemáticos en él. Un libro muy popular al respecto es *Pensar rápido, pensar despacio* de Kahneman.

generados por influencia de información sobre los hechos del caso que es irrelevante para el análisis que debe hacer un perito —aun cuando podría ser relevante para el caso—. En efecto, se trata de información a la que no deberían estar expuestos los peritos por ser irrelevante para sus operaciones periciales, aun cuando sea relevante para la resolución del caso. Entre esa información se encontrarían detalles sobre los antecedentes delictivos de la persona sospechosa, información sobre una posible confesión del delito por parte de ella, información sobre la implicación de la persona sospechosa derivada de otras pruebas encontradas en la escena del delito, etcétera. Toda esta información que puede ser contaminante cognitivamente para un experto tiene otro efecto perverso y es que una conclusión pericial que pareciera corroborar la confesión u otro tipo de pruebas existentes en el expediente, en realidad solo influyeron erróneamente en el razonamiento hecho por el experto, llevándole directamente a un resultado compatible con esa información, pero de ninguna manera corroborándola.¹⁵

El procedimiento adecuado para eliminar o reducir los sesgos contextuales dependerá del tipo de información potencialmente contaminante que esté en juego.¹⁶ Tal como afirma Dror en el contexto de las ciencias forenses, aunque aplicable a todo tipo de pruebas periciales: “Para que [...] se enfrente con éxito la cuestión de los sesgos contextuales, es importante que se consideren correctamente los riesgos, que se tomen medidas cuando sea necesario y que estas sean proporcionadas y adecuadas”.¹⁷ Por tanto, qué medida se debe tomar, es una cuestión que depende del contexto.

Otro de los temas que las regulaciones sobre el contenido del informe pericial antes citadas nos permiten plantear es qué pasa si el experto se ha basado en información generada por otros, lo que no suele ser raro tal como funciona el cono-

¹⁵ Cf. Kassi, Dror, *et.al.*, “The Forensic Confirmation Bias: Problems, Perspectives, and Proposed Solutions”, en *Journal of Applied Research in Memory and Cognition*, p. 50.

¹⁶ Y también del tipo de sesgo que pueda generar. Así, por ejemplo, para los sesgos contextuales por contaminación con información han sido ampliamente sugeridos: (i) procedimientos ciegos como el desenmascaramiento secuencial lineal de información (*linear sequential unmasking*); (ii) el modelo de los administradores de la información sobre el caso (*case managers' model*); y las alineaciones o filas de pruebas (*evidence line-ups*).

¹⁷ V. Dror, “Letter to the editor—combating bias: the next step in fighting cognitive and psychological contamination”, en *Journal of Forensic Science*.

cimiento experto. Aquí nos podemos encontrar con dos situaciones: que la pericia haya sido realizada en un laboratorio donde participan varias personas; o que haya sido hecha por una única persona, pero que esta se base en trabajos realizados por otras. En primer lugar, debe resultar obvio que el perito tiene la obligación de explicitar claramente esta situación, pues es relevante para valorar cómo ha sido aplicado al caso concreto un método o técnica particular y si, por ejemplo, todas las personas implicadas tienen la *expertise* necesaria para ello, o si pudo haber espacios para la contaminación cognitiva —porque digamos, una sola persona recogió la muestra y la analizó, etcétera—.¹⁸ En segundo lugar, hay otra discusión que ha tenido un largo recorrido en Estados Unidos¹⁹ y, en cambio, nulo en nuestros sistemas: hasta qué punto es compatible el derecho de defensa el uso información generada por quien no puede ser cuestionado en ejercicio del principio de contradicción. Responder a esta cuestión, obviamente, supone interpretar el principio de contradicción y sus posibles limitantes en el ámbito de la prueba pericial tomando en cuenta el carácter social o colectivo del conocimiento experto.

En el contexto estadounidense, el debate inicialmente se plantea en los siguientes términos, según Mnookin y Kaye:

[P]ara satisfacer la Cláusula de la Confrontación prevista constitucionalmente, ¿deben los forenses o técnicos que producen pruebas inculpatorias contra un acusado testificar en vivo o es suficiente que se presenten declaraciones juradas o incluso que solo firmen los informes? Si se requiere un testimonio en vivo, ¿hasta dónde pueden testificar los peritos sobre los procedimientos que no han realizado? Si varios analistas contribuyeron a producir el resultado de una prueba forense ¿cuáles deben comparecer ante el tribunal?²⁰

Pese a este origen, estas cuestiones pueden ser fácilmente ampliadas a todo el ámbito experto de las pruebas periciales si consideramos su funcionamiento

¹⁸ Esto no supone que necesariamente se le exija al perito que exhiba materialmente los documentos justificativos de los estudios o análisis en que se haya apoyado para emitir su opinión. Tal como lo sostiene la tesis aislada en materia civil: Tesis: 1.8o.C.305 C (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, Registro Digital: 160504.

¹⁹ Desde el 2004 en el caso *Crawford vs Washington* y, más recientemente, en el 2012, el caso *Williams vs Illinois*, ambos resueltos por la Corte Suprema estadounidense.

²⁰ Mnookin y Kaye, “Confronting Science: Expert Evidence and the Confrontation Clause”, en *Pennsylvania State Law Research Paper*, p. 100.

social; dado que se usa conocimiento generado por otros todo el tiempo, habiendo entonces una *dependencia epistémica* entre diversos individuos y grupos.²¹ Así pues, un experto que usa determinado instrumento en su laboratorio seguramente no habrá hecho el trabajo de generar información sobre la fiabilidad de este, sino que se fía del trabajo que otros han hecho al respecto para, a su vez, hacer el propio. En esta línea, me parece que, sin lugar a dudas, lo que debería exigirse es la explicitación de cualquier dependencia epistémica existente en el razonamiento del experto, de tal manera que permita a las partes cuestionar también tal información. Pero ¿es esto suficiente?

En países latinoamericanos la discusión se ha planteado en términos de si debe —o no— presentarse un experto de un laboratorio oficial —en donde, las tareas suelen hacerse de manera colectiva—al juicio oral o, por el contrario, se debe tomar a la prueba pericial como una prueba documental —es decir, únicamente considerar lo que dice el informe pericial—. El argumento que se ha dado para responder negativamente es que la presencia de los expertos en juicio oral impediría la *eficacia* de las instituciones periciales del Estado, pero no se suelen argüir las limitaciones al principio de contradicción. Una excepción ha sido la corte peruana, que se preguntó si esta situación no mengua las garantías procesales presentes en la práctica de la prueba, es decir, la contradicción, intermediación y oralidad. La corte concluyó que no cuando la prueba pericial “[n]o requiere de *verificaciones de fiabilidad adicionales* o cuando su contenido está integrado por aportes técnicos consolidados que no solo se basan en hechos *apoyados exclusivamente por la percepción de una persona*”.²² Usemos este razonamiento para desplegar algunas cuestiones que resultan clave en el respeto al principio de contradictorio, que es lo que aquí nos interesa.

La distinción que plantea la corte peruana entre “pruebas apoyadas exclusivamente en la percepción de una persona” y las que no funcionan de esa manera

²¹ En el ámbito del conocimiento científico precisamente por ello se habla de “división del trabajo cognitivo”. Sobre estas cuestiones sociales concretamente en el funcionamiento de la ciencia, V. Haack, *Defending Science -within reason*.

²² Corte Suprema de Perú, Acuerdo Plenario No.2-2007/CJ116.

es correcta. Lo es no solo porque *de hecho* hay pruebas periciales que dependen exclusivamente de los ojos del experto —como las pruebas que provienen de la antropología social, concretamente cuando se usa el método llamado “observación participante”²³— y otras que no dependen del ojo humano —como la medición de la pureza de la droga o la medición del nivel de alcohol en la sangre—, sino porque además parece que la corte reconoce que se trata de una *diferencia gradual* y no categórica. Es decir, si bien hay pruebas periciales que dependen exclusivamente del ojo humano, en el otro extremo, hay las que no dependen en absoluto de este, aunque en medio hay pruebas que dependen más o menos.²⁴ Estos son dos aciertos de la corte peruana, pero lo que no queda claro es si relaciona esta distinción con las “verificaciones de fiabilidad adicionales”, como debería hacerse. En efecto, una prueba pericial entre más subjetiva sea requerirá de mayores verificaciones adicionales. Pero ¿de qué verificaciones se trata?

Si por *verificación* entendemos controles sobre el funcionamiento de métodos y técnicas, entonces sería exigible para todas las pruebas.²⁵ Así, por ejemplo, aunque entendamos que la medición del nivel de alcohol en la sangre es un dato arrojado por un instrumento, deberíamos *verificar* no solo que aquel sea válido y fiable, sino incluso su correcto funcionamiento en los casos que es usado, como que el concreto instrumento esté calibrado. Se trata en algún sentido de controles *ex ante* de su puesta en funcionamiento. En cambio, es posible entender la “verificación adicional” a la que alude la corte peruana en referencia a controlar el razonamiento realizado por un perito en el caso concreto, es decir, la inferencia pericial. Así pues, se tendría que decir que siempre que los expertos hagan

²³ Como su nombre lo dice, a grandes rasgos consiste en que el experto observa activamente a grupos o comunidades en su vida cotidiana. La observación participante exige la inmersión en un contexto social del investigador (observador) durante un tiempo suficiente para conseguir la información deseada. Por supuesto, hay en estas líneas precedentes al menos dos grandes dificultades: (i) “observar es [...] un acto de voluntad consciente que selecciona una zona de la realidad para ver algo” (Cf. Guasch, “La observación participante”, en *Cuadernos Metodológicos*, p.10); (ii) “[l]a situación social de quien observa (edad, género, clase, etnicidad) mediatiza tanto la observación como la interpretación posterior de los datos, y condiciona también las relaciones de campo” (*Ibid.*, p. 44). Por lo anterior, entre las principales limitaciones de la observación participante está la subjetividad del investigador, cuyas percepciones son el instrumento principal.

²⁴ Esta distinción es también reconocida por el PCAST.

²⁵ En la filosofía de la ciencia hay toda una concepción de la empresa científica basada en la idea de “verificación”, al respecto V. Vázquez, *De la prueba científica a la prueba pericial*.

inferencias periciales se deben presentar en juicio oral para controlar tal razonamiento.

Entendido lo anterior de esa manera, entonces, el perito tendría que venir a juicio oral a explicar y justificar su razonamiento inferencial sobre el caso concreto. Si ese razonamiento implica información o conocimiento experto de terceros, el perito debe ser capaz de explicar todo lo relevante de dicha información para el caso concreto. Si el perito al ser preguntado no puede explicar esa información de terceros, entonces podríamos sospechar de su razonamiento en ausencia de una comprensión adecuada de los datos que lo componen. Aquí surge entonces una suerte de limitante para el principio de contradicción: no toda la información experta originada por terceros y que es empleada por el perito debe ser sujeta directamente a la contradicción. Esto es, no tendríamos por qué llamar a la fuente originaria de la información empleada por el perito, pues ya este puede dar las explicaciones relevantes sobre su aplicación al caso contrario.

Una limitación más surge a partir de los argumentos anteriores y es que el conocimiento experto, en términos sumamente amplios, *no* puede ser traído al proceso judicial mediante pruebas documentales sin que ello represente una importante limitante al derecho de contradecir las pruebas disponibles. En efecto, si nos comprometemos con garantizar a las partes no solo la mera posibilidad de plantear preguntas, sino con que exista también la posibilidad de que sean respondidas de manera fiable, en general es imposible que un lego pudiera responder todas las posibles preguntas que pudiera llegar a generar un documento que contenga conocimiento experto. En otras palabras, se requiere de un experto que pueda comprender no solo el documento en sí, sino el contexto más amplio de conocimiento experto en que aquel se encuadra.

Lo anterior refleja algunas particularidades que deben considerarse cuando se trata de prever disposiciones que sean adecuadas para tratar el conocimiento experto. No es posible pues tener exactamente las mismas reglas cuando se trata de la práctica de la prueba pericial que, como hemos visto, puede conllevar una dependencia epistémica al conocimiento de otros, que la prueba testifical, que no debería tener esa influencia de otras personas. El legislador en el CNPP

comete el error de establecer una misma regulación para estas pruebas al menos en dos situaciones, cuando se señalan los “documentos para refrescar la memoria” y en la deposición separada de los expertos.

Si bien es razonable que los testigos no tengan contacto entre ellos mientras deponen para evitar contaminaciones de su memoria,²⁶ el problema de ninguna manera se presenta entre los expertos, que no vienen al proceso judicial a pronunciarse sobre lo que recuerdan que sucedió, sino sobre su análisis respecto de ciertos hechos del caso. La prueba pericial no depende de la memoria, como sí lo hace la prueba testifical. Si dos expertos han analizado una misma cuestión, lo mejor sería que ambos se escuchen para tener un contexto más rico de la información que se debate. Por ello, como bien afirma Igartua, de forma muy concluyente:

[L]a normativa procesal existente en muchos países debería ser reinterpretada o modificada. La facultad del experto para asistir a la deposición del experto de la otra parte, lejos de comprometer la fiabilidad de su declaración posterior, tendría el efecto de mejorar el rendimiento del contradictorio ya que el experto oyente estaría en situación de contrarrestar con mayor precisión las afirmaciones de su oponente.²⁷

Por lo que hace a los documentos para “refrescar la memoria”, el CNPP establece que:

Durante el interrogatorio y conainterrogatorio del acusado, del testigo o del perito, podrán leer parte de sus entrevistas, manifestaciones anteriores, documentos por ellos elaborados o cualquier otro registro de actos *en los que hubiera participado*, realizando cualquier tipo de manifestación, cuando fuera necesario para apoyar la memoria del respectivo declarante, superar o evidenciar contradicciones, o solicitar las aclaraciones pertinentes.

²⁶ Aunque, como veremos más adelante, esta previsión es absolutamente insuficiente para evitar esas contaminaciones.

²⁷ Igartua, *Indicios, duda razonable, prueba científica (Perspectivas sobre la prueba en el proceso penal)*, pp. 188 y 189.

¿Por qué es deficiente esa previsión normativa? Porque solo están previstos documentos realizados por el propio perito y no información originada por otros expertos en los que se haya basado para la realización de su informe. Esto, por ejemplo, sí lo prevé la Ley 906 de 2004 colombiana en su artículo 417 cuando dice que “el perito tiene [...] derecho de consultar *documentos*, notas escritas y *publicaciones* con la finalidad de fundamentar y aclarar su respuesta”. Si, como se ha dicho, reconocemos el carácter social del conocimiento experto, se debería permitir usar a los peritos en juicio toda la información en la que hubiera basado su informe pericial. Ahora bien, la previsión del CNPP plantea muchas preguntas fundamentalmente sobre los límites a las manifestaciones o registros *anteriores* hechas por el experto. Mientras está claro que no hay grandes problemas con la delimitación en la prueba testifical —dado que lo único relevante es lo que dice el testigo sobre lo que vio respecto los hechos del caso—, cuando se trata del perito no queda en absoluto claro si se puede utilizar, por ejemplo, lo que ha hecho y dicho en otros casos anteriores en lo que haya participado, si las publicaciones que haya hecho mucho tiempo atrás pueden tener cabida aquí, etcétera. Esto último es especialmente relevante porque el experto podría, por ejemplo, haber cambiado de opinión respecto de lo que sostenía hace determinado tiempo e introducir con ello ruido innecesario al proceso judicial. Por ello, quizá la introducción de ese *past record* de un perito amerite la participación del perito de la contraparte a efectos de abonar a la comprensión de tal información, lo que no siempre se podrá lograr exclusivamente a partir de las preguntas de los abogados.

Por otro lado, otra de las cuestiones propias de la prueba pericial es la presencia de desacuerdos entre los peritos y lo informativos que pudieran ser para la resolución del caso. Los desacuerdos entre los expertos no son una anomalía en el funcionamiento de la ciencia, por el contrario, la historia del progreso del conocimiento está repleta de ellos, son parte integral de la misma.²⁸ Son explicables no solo por la existencia de diversas escuelas de pensamiento, sino porque los datos son susceptibles de interpretaciones alternativas, o porque todavía no hay un consenso sobre la suficiencia de la evidencia con la que cuentan, o porque

²⁸ V. al respecto Harker, *Creating Scientific Controversies* y Dwyer, *Judicial Assessment of Expert Evidence*.

hay diferentes métodos que pueden ser aplicables para lograr un mismo objetivo, o porque se pueden inferir diversas conclusiones a partir de ciertos datos. Ahora bien, también puede haber desacuerdos meramente aparentes porque, por ejemplo, alguno de los expertos ha utilizado información diferente a la utilizada por el otro perito —simplemente porque le fue dada esa y no otra—. Por ello, uno de los primeros objetivos a lograr en el análisis de los desacuerdos entre peritos sería identificar si se está frente a un desacuerdo genuino o ante un desacuerdo aparente. En la práctica esto no se hace, el derecho sistemáticamente ha tratado de huir de los desacuerdos ofreciendo a los jueces distintas salidas para ello, como el perito tercero en discordia o el perito único; no obstante, al no identificar y enfrentar un desacuerdo seguramente se está optando por uno de los lados disponibles, sin saberlo y, por supuesto, de manera injustificada.

Si asumimos que los desacuerdos entre expertos no solo pueden ser normales sino incluso sanos, dado que nos muestran un panorama más amplio sobre lo que podemos saber respecto de una misma cuestión, habría que buscar maneras de gestionarlos mejor en el ámbito jurídico procesal mejor. Y, en mi opinión, una forma de hacerlo es que siempre que se dé tal situación se lleve a cabo una junta pericial para propiciar un escenario de diálogo *entre* los expertos y *con* ellos. Esta estrategia no es nada novedosa, desde 1980 en Australia surgió el llamado “*hot-tub*”, que básicamente consiste en la reunión del juez y las partes con los peritos con el objetivo claro de delimitar o aclarar los desacuerdos entre ellos.²⁹ La idea de base sería algo así como replicar un escenario que debería ser familiar para los expertos; es decir, un sano debate de las ideas o de la información considerada en sus afirmaciones. Ahora bien, puesto que el proceso judicial no es y no puede de ninguna manera convertirse en un contexto académico, hay que buscar la forma más efectiva para que dicho debate sea informativo para el juez que debe decidir. A esos efectos, se le debería pedir a los peritos que desacuerdan que antes de la reunión presenten al juez un informe conjunto sobre sus puntos de acuerdo y de desacuerdo y una suerte de justificación de estos,³⁰ así el juez

²⁹ V. Hazel, “Getting to the truth: experts and judges in the ‘hot tub’”, en *Civil Justice Quarterly*.

³⁰ Esta disposición está actualmente vigente en Inglaterra, Cf. el artículo 35.12 (3) de las *Civil Procedure Rules* y, sobre todo, los numerales 9.1 a 9.8 de la *Practice Direction 35*.

participaría en la reunión con los expertos teniendo la información relevante para dirigir el debate y no viéndose sistemáticamente sobrepasado por los expertos.

Hay distintas maneras de llevar a cabo la junta de peritos; (i) permitir que se pregunten entre ellos, (ii) hacer preguntas específicas para ellos, (iii) debatir sobre los informes periciales. En el sistema inglés, donde la junta ha estado en práctica desde hace unos años, todas las posibilidades están abiertas para el juez quien tiene, dentro de sus facultades de *case management*, la de elegir aquella que cree que será la mejor dinámica para afrontar el desacuerdo en ese caso.³¹ Los datos que arrojan los estudios que se han realizado sobre la experiencia de jueces y abogados es sumamente positiva, el 83% de los miembros de la judicatura encuestados respondieron que el *hot-tubbing* mejoraba la calidad de las pruebas periciales, mientras que el 84% de los abogados respondió de la misma manera.³² Vale la pena enfatizar que esta técnica se ha mostrado útil para afrontar diferencias sustantivas entre los expertos, pero no para cuestiones relacionadas con su falta de credenciales, experiencia o independencia, tampoco para la afectación por algún tipo de sesgos.

La evidencia empírica sobre el funcionamiento del *hot-tub* en Inglaterra es claramente persuasiva, pero obviamente no podemos inferir a partir de ella que también funcionará en otros sistemas. En mi opinión, debemos probar si funciona en nuestros contextos, dado que constituye un mucho mejor mecanismo para tratar los desacuerdos entre expertos para lograr una genuina justificación sobre las inferencias que hacemos a partir de ellos. Como cualquier otra regla procesal, una vez implementada deberíamos medir empíricamente su funcionamiento real para conocer sus éxitos, pero también sus debilidades o fracasos y, en su caso, modificarla.

Ahora bien, no siempre tenemos que llegar a emplear este tipo de mecanismos que, desde luego, añaden costos al proceso judicial, aunque también mayor racio-

³¹ V. Sobre el “*case management*” van Rhee, *Judicial Case Management and Efficiency in Civil Litigation* y Denyer, *Case Management in Criminal Trials*.

³² V. Civil Justice Council, “Concurrent Expert Evidence and ‘Hot-Tubbing’ in English Litigation since the Jackson Reforms”. A Legal And Empirical Study”, pp. 58 y 59.

nalidad a las decisiones tomadas en ciertos contextos. A veces podría ser suficiente con el ejercicio del contradictorio por parte de los propios abogados. Ya antes se había dicho que el buen trabajo de las partes en ejercicio del contradictorio no solo haría claramente eficaz esta garantía para sus representados, sino que incluso la participación del juez a través de preguntas aclaratorias en esta fase podría resultar innecesaria o serlo de manera muy limitada. Todo ello muestra la importancia del rol que juegan las buenas preguntas de los buenos abogados.

Nuestro CNPP, nuevamente, en claro tratamiento igualitario de la prueba pericial y la prueba testifical establece que al abogado no se le permitirán preguntas ambiguas o poco claras, conclusivas, impertinentes o irrelevantes o argumentativas, que tiendan a ofender al testigo o peritos o que pretendan coaccionarlos. Algunas de estas cuestiones son claramente aplicables a la prueba pericial, como que no deban hacerse preguntas poco claras o impertinentes u ofensivas o coercitivas; otras, en cambio, no tienen el mismo impacto que tienen cuando se trata de cuestionar a un testigo, como las preguntas conclusivas o ambiguas.³³ Pero ¿tiene sentido prohibir a las partes hacer preguntas argumentativas a un experto?, ¿no debería ser el experto capaz de salir bien librado de ellas? Concretamente por lo que hace a las preguntas argumentativas —si por ellas entendemos aquellas en las que primero la parte la argumenta o realiza algún razonamiento inferencial— no encuentro un argumento que justifique esa limitante cuando se trata precisamente de controlar un razonamiento inferencial bajo el principio de contradicción.

El tipo de limitaciones al cuestionamiento de los abogados es lo más habitual en los ordenamientos cuando tratan la práctica de la prueba pericial, por eso llama la atención la Ley 906 de 2004 colombiana pues establece “instrucciones para interrogar al perito”. Efectivamente, el artículo 417 señala que el perito deberá ser interrogado en relación con los siguientes aspectos:

- i. Sobre los antecedentes que acrediten su conocimiento teórico sobre la ciencia, técnica o arte en que es experto.

³³ Aunque, como veremos, que se prohiban en juicio oral no es suficiente, de hecho, es tardío. Se deben prohibir en todas las instancias en que un testigo pueda deponer, incluida la policial.

- ii. Sobre los antecedentes que acrediten su conocimiento en el uso de instrumentos o medios en los cuales es experto.
- iii. Sobre los antecedentes que acrediten su conocimiento práctico en la ciencia, técnica, arte, oficio o afición aplicables.
- iv. Sobre los principios científicos, técnicos o artísticos en los que fundamenta sus verificaciones o análisis y grado de aceptación.
- v. Sobre los métodos empleados en las investigaciones y análisis relativos al caso.
- vi. Sobre si en sus exámenes o verificaciones utilizó técnicas de orientación, de probabilidad o de certeza.
- vii. La corroboración o ratificación de la opinión pericial por otros expertos que declaran también en el mismo juicio, y
- viii. Sobre temas similares a los anteriores.

Claramente se trata de un listado no exhaustivo, se deja cierta libertad a los abogados sobre el interrogatorio que quieren realizar al experto y, a la vez, obliga a que se introduzca al debate algunas cuestiones fundamentales. Como ya se argumentó antes, todo lo referente a las credenciales del experto, sea su conocimiento teórico o práctico, debería ser parte primordial de la admisión de una prueba pericial. En todo caso, este tipo de normativa me parece fundamental sobre todo cuando no está regulado el contenido del informe pericial o cuando se niega al juez que resolverá el caso el acceso a él. No debemos olvidar que el objetivo es que las partes *argumenten* sus casos, lo que quiere decir que deben presentar razones que justifiquen sus posiciones.

Como el lector ya habrá podido inferir, la prueba pericial, sus características y complejidades, amerita herramientas específicas para lograr que su práctica en juicio oral pueda poner sobre la mesa las debilidades y fortalezas de las afirmaciones periciales y, con ello, se facilite la valoración que debe hacer el juez. En el mejor de los casos, el juez saldrá de la práctica de la prueba con los argumentos necesarios para motivar la decisión que ha surgido como consecuencia de todas estas herramientas dialógicas que se han desarrollado aquí y en las que participaron las partes y, obviamente, los expertos.³⁴

³⁴ Sobre todas estas cuestiones puede verse también Vázquez, *Manual de prueba pericial*.

III. La práctica de la prueba testifical

Como se ha dicho al inicio de este capítulo, una de las diferencias entre la práctica de la prueba testifical y la de la prueba pericial es la necesidad de practicar esta segunda de manera que no se contamine la memoria de los testigos y, además, en la medida de las posibilidades, se pongan sobre la mesa sus posibles distorsiones generadas en etapas procesales previas al juicio oral. Si un testimonio es un relato de *memoria* sobre lo que una persona presenció, es precisamente este el aspecto básico a considerar para un buen diseño normativo de la prueba testifical. En esa línea conviene preguntarnos ¿qué sabemos sobre el funcionamiento de nuestra memoria y qué impacto tiene ello para este tipo de elementos de juicio, particularmente en la etapa que estamos analizando, su práctica?

Sin ánimo de hacer un abordaje exhaustivo sobre la psicología del testimonio,³⁵ vale la pena traer aquí algunas cuestiones básicas que debemos considerar para el tratamiento de la prueba testifical a partir de los desarrollos de esta área de la psicología experimental o psicología de los procesos cognitivos. Como dice Vitor de Paula Ramos:

la doctrina y la jurisprudencia siguen en su mayoría ... sin actualizar el discurso de acuerdo con la base, bastante sólida, de los conocimientos científicos actuales. De este modo, el derecho, cerrado sobre sí mismo, no actualiza sus conocimientos sobre la prueba testifical y, por tanto, no solo deja de evolucionar, sino que, además, en gran medida ... va en contra de la ciencia.³⁶

Pues bien, podemos iniciar con tres cuestiones básicas. La primera es que la memoria es un proceso reconstructivo, no reproductivo y, por tanto, no es un registro

³⁵ De hecho, en lo que sigue solo me fundaré en tres de los grandes autores en psicología del testimonio en castellano, Giuliana Mazzoni, Margarita Diges y Antonio Manzanero. En general, no haré alusión tampoco a los muy diversos estudios que empíricos que sustentan las afirmaciones sobre el funcionamiento de la memoria, remito para ello al lector a los trabajos de estas autores y autor. Por cierto, sobre los distintos tipos de estudios que se pueden llevar a cabo en este ámbito, V. De Paula Ramos, De Paula Ramos, *La prueba testifical. Del subjetivismo al objetivismo, del aislamiento científico al diálogo con la psicología y epistemología*, pp. 327 y ss.

³⁶ De Paula Ramos, "Psicología del testimonio infantil y derecho: ¿hasta dónde podemos ir?", en *Ciencia y justicia. El conocimiento experto en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, p. 23.

literal de lo acontecido.³⁷ Así, al registrar información, *interpretamos* eso que hemos percibido;³⁸ en tanto que retenemos información en la memoria, esos contenidos pueden ser *distorsionados* o hasta *sugestionados*, modificados por otros —deliberada o inconscientemente; y, además, *decidimos* qué contar de aquello que hemos interpretado y terminamos reteniendo. Esto da lugar a la segunda cuestión básica y es la diferencia entre que un testigo diga la verdad y que mienta. Esa actividad reconstructiva, y las influencias o interferencias que pueden ocurrir en ella, puede llevarnos a tener “recuerdos falsos”, es decir, a creer que sucedió algo que en realidad no sucedió y, por tanto, al contar lo que hemos vivido hacer aseveraciones falsas que creemos verdaderas. En ese contexto aparece la tercera cuestión básica y es la distinción entre el testigo y el testimonio, la correspondencia del *contenido del testimonio* con los hechos realmente acaecidos es lo que será fundamental para atribuirle valor probatorio a una prueba testifical y no el testigo en sí mismo. ¿Esto quiere decir que no nos interesa el sujeto?

La distinción que traza Mazzoni entre fiabilidad potencial de un sujeto, fiabilidad de un testimonio concreto y veracidad del testimonio nos arroja alguna luz para responder a la pregunta anterior.³⁹ En primer lugar, habría que conocer la fiabilidad *potencial* o general o genérica de un sujeto, que se traduciría en una valoración de un experto sobre si esa persona tiene determinadas características que pudieran hacernos *dudar de cualquier* testimonio que pudiera llegar a brindar.⁴⁰

³⁷ Cf. Diges, *Testigos, sospechosos y recuerdos falsos. Estudios de psicología forense*, p. 24.

³⁸ Cf. Mazzoni, *¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*, p. 44; donde cita un ejemplo que puede servir para comprender este punto. Cuenta un caso penal en el que se investigaba posibles abusos infantiles en rituales satánicos. En sus relatos los niños hablaban de “agujeros excavados para enterrar a los muertos” y los adultos interpretaron que estaban hablando de “cementeros”. Por lo cual dedujeron que los hechos habían tenido lugar en un cementerio que se convirtió en el objetivo de una cara búsqueda infructuosa.

³⁹ *Ibid.*, pp. 89 y ss.

⁴⁰ Vale la pena distinguir esta evaluación de la que se lleva a cabo en la evaluación holística de la prueba testifical y que “consiste en valorar la capacidad de los testigos para testificar, antes de interrogarlos o entrevistarlos sobre los hechos que se investigan.” Como dice Manzanero, capacidad de testificar en este segundo contexto significa “las aptitudes de la persona para percibir, recordar y expresar con rigor los sucesos que ahora debe informar. El objetivo no es descartar a los testigos ‘incapaces’, sino adaptar los procedimientos de entrevista a sus capacidades, para tratar de obtener la máxima cantidad de información posible y de la mejor calidad —exacta—. Ambas citas literales son de Antonio Manzanero, 2022: “La psicología del testimonio. Obtención y análisis de las declaraciones de testigos” en Carmen Vázquez, *Manual de Prueba Pericial*, SCJN, p. 308.

Nótese pues que se trata de una evaluación potencial que atiende a condiciones como, por ejemplo, psicopatologías graves o discapacidades intelectuales profundas que pudiera sufrir el testigo.⁴¹ Ahora bien, pese a esa evaluación de principio, un testigo que es potencialmente no fiable podría decir la verdad *en una concreta instancia testimonial* y, al contrario, un testigo potencialmente fiable podría producir un testimonio concreto no fiable. Por eso, las evaluaciones sobre la fiabilidad potencial de un sujeto no pueden llevarnos a inferir que en un concreto caso el testimonio es fiable; pero, aún más, el hecho de que *un* testimonio pueda ser considerado fiable, tampoco permite inferir que una concreta afirmación fáctica es verdadera. Hay que distinguir pues:

- La capacidad del individuo para dar testimonio, que también puede ser identificado como credibilidad de *un testigo*. Es decir, el testigo tiene las capacidades intelectuales y cognitivas necesarias,⁴² *no* está afectado por patologías físicas o psicológicas que potencialmente harían su declaración poco fiable.
- La exactitud de un testimonio específico, es decir, el testigo no se ha visto influido de manera relevante en una instancia testimonial concreta.
- La veracidad del testimonio, que se traduciría en que los hechos relatados sucedieron realmente.

Vale la pena enfatizar la distinción entre exactitud y credibilidad del testimonio. Mientras la primera tiene que ver con cuestiones sobre la cognición humana, la

⁴¹ Aunque es un tema interesantísimo, no será tratado aquí dado que la capacidad para testificar es una cuestión sobre la admisión de la prueba, no sobre su práctica.

⁴² Un tema por demás interesante es la evaluación de capacidades para testificar en víctimas con discapacidad intelectual, como sostienen Contreras, Silva, *et. al.*, "Evaluación de capacidades para testificar en víctimas con discapacidad intelectual", en *Anuario de psicología jurídica*, p. 87: las habilidades para testificar de las víctimas con discapacidad intelectual (DI) suelen ser consideradas de acuerdo con estereotipos más que con su realidad, teniendo en cuenta que se observa una gran heterogeneidad en este colectivo. Por ello es necesario un procedimiento que permita conocer específicamente las características cognitivas de cada víctima con DI con el fin último de adaptar los procedimientos policiales y judiciales a sus capacidades y evaluar adecuadamente la información que aportan en sus testimonios.

segunda está relacionada con la discriminación del origen de la información aportada por los testigos.⁴³ La evaluación de la credibilidad del testimonio estaría interesada, por ejemplo, en la detección de testimonios falsos, pero también de los imaginados o sugeridos.⁴⁴ Ahora bien, es dable asumir que “en los testimonios se aporta falsa información o se enmascara la realidad de forma involuntaria *con mayor frecuencia* de la que se miente deliberadamente”⁴⁵ y, por ello, es clave atender a la exactitud de los testimonios.

Para valorar la exactitud de *un testimonio específico* hay que considerar circunstancias del contexto concreto. Manzanero, en esta línea, distingue entre:

- Las condiciones de codificación mientras el suceso tiene lugar y que se relacionan justamente con la percepción y la atención del testigo. Así, es dable identificar aquí factores del suceso en sí mismo —como la iluminación del espacio en que tuvieron lugar los hechos o la duración de estos— y factores atinentes al propio testigo —el estrés que vivió en el suceso o su edad—. ⁴⁶

⁴³ V. Manzanero, *Psicología del testimonio: Una aplicación de los estudios sobre la memoria*.

⁴⁴ Cf. Vara, *Psicología del testimonio: características de los casos de abuso sexual en víctimas especialmente vulnerables*, Memoria de tesis doctoral, p. 63. Disponible en <https://eprints.ucm.es/id/eprint/65765/1/T42580.pdf> Según Vara, “[e]n la evaluación de la credibilidad del testimonio, el psicólogo forense parte de una honestidad cuestionable del testigo y ha de aportar información específica e individual sobre las capacidades y limitaciones del testigo que proporcionó el relato”. En cambio, cuando se trata de pronunciarse sobre la exactitud del testimonio “se presupone que el testigo actúa con total honestidad y el experto ha de informar desde un punto de vista general sobre la influencia conocida de los factores que puedan haber intervenido en el caso concreto” (*Ibid.*, p. 62).

⁴⁵ *Ibid.*, p. 64. Énfasis añadido. En el mismo sentido se pronunció antes Manzanero, *Memoria de testigos. Obtención y valoración de la prueba testifical*, p. 83: “la mayor parte de las inexactitudes que nos encontramos en las declaraciones de los testigos se deb[e]n más a errores que a mentiras. Los testigos pueden equivocarse y estar absolutamente convencidos de que sucedieron determinadas cosas que jamás ocurrieron”.

La mentira exige una *conciencia* del sujeto en brindar información que dista de la realidad. Por ello, el delito de falso testimonio exige ese elemento subjetivo y no simplemente que una persona declare hechos falsos. En este sentido, como dice De Paula Ramos, las afirmaciones verdaderas que no son sinceras y las afirmaciones falsas por errores sinceros no estarían “protegidas” por el delito de falso testimonio. Cf. De Paula Ramos, *La prueba testifical... cit.*, p. 157.

⁴⁶ Cf. Contreras Rojas, *La valoración de la prueba de interrogatorio*, pp. 161 y ss; para ver un esquema bien resumido. En todo caso, volveré sobre este punto en el apartado sobre valoración individual de la prueba testifical.

- Las condiciones de retención o almacenamiento del recuerdo que impactarán en mayor o menor medida en la huella de la memoria, como el paso del tiempo en sí mismo o la información post-suceso con la que tendrá contacto el testigo.
- Las condiciones de recuperación de la memoria, es decir, los procedimientos de obtención de las declaraciones del testigo por parte de quien lo entrevista. Como es obvio, hay que considerar aquí las características de las personas que buscarán provocar una recuperación del recuerdo, pero también el contexto en que se hace y las técnicas empleadas para ello. El objetivo, en todo caso, debería ser obtener la mayor cantidad posible de información exacta.⁴⁷

A todo lo anterior habría que sumar, además, la distinción entre el recuerdo de caras o personas y el de sucesos; y las características de la memoria infantil a diferencia de los adultos, principalmente que es más fácilmente sugestionable.⁴⁸ Los hallazgos sobre el recuerdo de caras o personas son fundamentales en el derecho penal dados los diversos procedimientos de identificación visual del culpable con los que trabajamos, como las ruedas de reconocimiento o la identificación por fotografía.⁴⁹ Afortunadamente, la psicología del testimonio ha incurrido en el análisis de los factores institucionales o variables del sistema que ha sido previsto para llevar a cabo las identificaciones relevantes, mostrando la imperiosa

⁴⁷ V. Manzanero, *op. cit.*

⁴⁸ Como afirma De Paula Ramos, “Psicología del testimonio...*cit.*, p. 332, “La memoria se desarrolla con el paso del tiempo: los niños en edad preescolar, por ejemplo, tienen memoria fundamentalmente semántica, lo que tiene como consecuencias [...] la carencia de anclaje espaciotemporal, la incapacidad de individualizar hechos, la incapacidad de establecer el origen de la información y las dificultades para establecer si unos hechos ocurrieron a ellos o a otros.”.

La memoria infantil exige un tratamiento especial y, por ello, no abordaré aquí el tema. Los interesados pueden acudir a Manzanero, *op. cit.*, pp. 227 y ss.

⁴⁹ Dentro de los códigos procesales se distingue la prueba testifical de los distintos tipos de identificación. No obstante, la identificación visual es un testimonio en sentido epistemológico. Es decir, se trata de una persona que *afirma* que otra ha realizado determinada actividad delictiva. Por eso, tiene sentido tratar estas cuestiones en el ámbito de la prueba testifical y la psicología del testimonio. En México, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el Amparo Directo en Revisión 3797/2014 se pronunció atendiendo los postulados de la psicología del testimonio.

necesidad de hacer cambios para evitar errores fatales.⁵⁰ Por su parte, el conocimiento sobre la memoria infantil ha tenido un gran impacto, por ejemplo, en casos de supuesto abuso sexual de menores, en donde no solo operan las dificultades probatorias que se señalan habitualmente en los delitos sexuales —básicamente la falta de otras pruebas más allá del testimonio de la víctima—, sino que además se suma que el contexto del menor suele ocultar los hechos.⁵¹ En esos casos resulta muchas veces determinante una prueba psicológica, que debería realizarse por un experto en psicología del testimonio,⁵² para establecer la capacidad del menor de ofrecer testimonios y para extraer adecuadamente su recuerdo.⁵³ Esto último no solo es clave para evitar falsos recuerdos en memorias fácilmente sugestionables,⁵⁴ sino incluso para evitar terribles victimizaciones secundarias.

Pues bien, todas estas complejidades sobre la memoria de los seres humanos han sido comúnmente tratadas de manera demasiado poco sofisticada por el derecho

⁵⁰ Tal como dice Duce “en varios países el uso de los reconocimientos es objeto de una preocupación importante por el impacto que ellos tienen en la condena de inocentes, [...] por ejemplo, Alemania, Canadá, España y Reino Unido”. Cf. Duce, “Prácticas probatorias y riesgos de condenas erróneas. Una visión empírica”, en *El razonamiento probatorio en el proceso judicial. Un encuentro entre diferentes tradiciones*, p. 377. Volveré sobre este tema en el siguiente capítulo de la valoración individual de la prueba testifical.

⁵¹ Cf. Scott, Manzanero, *et. al.*, “Admisibilidad en contextos forenses de indicadores clínicos para la detección del abuso sexual infantil”, en *Anuario de Psicología Jurídica*, p. 58. V. también un trabajo de De Paula Ramos, *op. cit.*, analizando el Amparo Directo en Revisión 3797/2014 resuelto por la Primera Sala de la SCJN.

⁵² Un dato, si se quiere anecdótico, muy interesante es que el anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en España prevé que siempre que se tenga que obtener el testimonio de un menor se haga por un experto en psicología del testimonio. Esta decisión de la comisión que elaboró el anteproyecto está bien fundada en la especialización que tiene las herramientas para la tarea que se exige, explicitando claramente que no vale cualquier psicólogo para ello.

Son muchos los errores que se han cometido por acudir a no especialistas en este ámbito. Entre ellos quizá el que más destaca es el uso de teorías infundadas, como aquellas que afirman que hay síntomas asociados al abuso sexual infantil o que el menor expresará lo sucedido a través de dibujos o de su juego con muñecos sexuados. Todas las investigaciones empíricas demuestran la invalidez de esas prácticas. Una buena compilación de ellas está en De Paula Ramos, *op. cit.*, pp. 338 y ss, citando los estudios pertinentes.

⁵³ Se han desarrollado grandes esfuerzos en la generación de protocolos que guíen la difícil tarea de la obtención del testimonio infantil. Entre ellos, por ejemplo, el desarrollado por el National Institute of Child Health and Human Development (NICHD). Obviamente, hay que tener cuidado en que se traten de protocolos con buenos fundamentos y, desafortunadamente, no todos los protocolos los tienen.

⁵⁴ Como dice Mazzoni una pregunta sugestiva en este caso, como “¿te tocaba papá el culito?”, al presentarse como si fueran verdaderas, puede hacer que un menor recuerde algo que nunca tuvo lugar en realidad. Cf. Mazzoni, *op. cit.*, pp. 81 y ss.

y los juristas, para empezar por la errada interpretación de la inmediación como método de identificación de verdades y mentiras en los testigos. En efecto, no es extraño encontrar criterios jurisprudenciales que incitan a la persona juzgadora a tomar en consideración el lenguaje corporal o el comportamiento general de un testigo para supuestamente *percibir* si miente o dice la verdad.⁵⁵ Ya se ha dicho anteriormente que un testigo puede relatar lo que cree verdadero y, no obstante, ser falsos los hechos que relata, con lo cual ya es erróneo el punto de partida de esa interpretación de la inmediación. Además, si de detección de mentiras se trata, no es que pueda hacerse de manera pedestre, hay técnicas que se han desarrollado con conocimiento experto para ello, aun cuando su fiabilidad es ampliamente cuestionada.⁵⁶ Esto debería deber ya advertirnos de nuestro maltrato a la detección de mentiras, si ni siquiera los científicos han podido “detectar” un método mínimamente fiable para ello, mucho menos los ojos de un lego —el juez— que ve por una única vez a una persona en una sala de audiencias —que es, además, un contexto poco amigable para el testigo—.

La distinción entre relatar lo que se cree verdadero y decir la verdad nos debería también llevar a cuestionarnos la mal llamada “protesta de decir verdad”. Digo mal llamada porque de ninguna manera un testigo se puede comprometer a “decir la verdad”, es algo inexigible una vez que sabemos cómo de hecho funciona la memoria. Así, el testigo pudo haber interpretado erróneamente lo que percibió, la retención del recuerdo pudo verse afectada por factores muy diversos y hasta la recuperación de la memoria pudo haber contaminado aquello que se recuerda, por tanto, podríamos obligar al testigo a decir lo que *sinceramente* cree que

⁵⁵ Una crítica “interna”, tanto porque es desde el punto de vista jurídico como por la que hace un juez, a esta interpretación del principio de inmediación puede encontrarse en Andrés Ibáñez, “Sobre el valor de la inmediación (Una aproximación crítica)”, en *Jueces para la democracia*.

⁵⁶ Desde épocas remotas hay un enorme interés en hallar métodos que nos ayuden a saber cuándo una persona miente y cuándo dice la verdad. Como dice Manzanero, *op. cit.*, p. 84:

[]los métodos para comprobar si una persona miente son numerosos y muy variados, dependiendo de la tecnología aplicada para su evaluación. Sin embargo, desde los juicios de verdad y las pruebas de Dios (las ordalías) hasta los más sofisticados detectores de mentira, todos ellos se basan en el mismo falso supuesto: al mentiroso se le nota porque se pondrá nervioso al pensar que le pueden pillar. ... Así pues, las investigaciones acerca de la detección de la mentira pueden clasificarse en: a) el estudio de los cambios fisiológicos, b) investigación conductual de los cambios corporales (factores no verbales de credibilidad) y c) análisis de los contenidos verbales.

pasó, pero no lo que verdaderamente sucedió.⁵⁷ No podemos olvidar la máxima que dice “*debe implica puede*”.

Un impacto claro del funcionamiento de la memoria humana al momento de practicar en juicio oral una prueba testifical es el paso del tiempo. En términos generales, cuanto más tiempo haya pasado entre los hechos objeto del proceso judicial y la comparecencia de un testigo a declarar en juicio oral, más alertas deberíamos estar respecto la exactitud del relato. Esto es así porque, como sabemos, el mero paso del tiempo no solo conlleva una degradación y contaminación de la memoria,⁵⁸ es que, además, incrementa la posibilidad de que el recuerdo sea distorsionado y hasta sugestionado por otros factores. Desafortunadamente no siempre se tiene la posibilidad de que el testimonio se practique en un período corto de tiempo, pero si consideramos que muchas veces la persona declara o es entrevistada antes del juicio oral, sí puede llegar a ser fundamental no solo lo declarado en ese primer testimonio, sino las condiciones en que se recuperó el recuerdo y, por tanto, debería ser grabado todo el acto.⁵⁹ Si se grabara esa primer y hasta sucesivas intervenciones tendría dos consecuencias en la práctica de la prueba, una relacionada con qué información podemos tomar en cuenta para cuestionar las declaraciones que se rinden y otra con el mero uso de las declaraciones previas durante el juicio oral. Veamos primero esto último.

La práctica habitual en muchos países de que un oficial de la policía o de cualquier otro órgano transcriba lo que *crea* que está diciendo un testigo o lo que él interpreta o lo que considera relevante, no solo podría hacernos perder información para siempre, es que también podría ser una fuente importante de errores, incluso de falsos recuerdos. Imagínese que el testigo lea lo que el oficial transcribió sobre su primera declaración y colme lagunas de información en su memoria con datos absolutamente errados. Esta es una cuestión importante que considerar cuando, por ejemplo, el CNPP prevé la lectura de documentos para *apoyar* la memoria:

⁵⁷ En la misma línea, Cf. De Paula Ramos, *La prueba testifical...cit*, p. (2019: 157).

⁵⁸ Diges, *op. cit.*, p. 23.

⁵⁹ Como sucede en el Reino Unido; Cf. Mazzoni, *op. cit.*, p. 79.

Lectura para apoyo de memoria o para demostrar o superar contradicciones en audiencia. Durante el interrogatorio y contrainterrogatorio del acusado, del testigo o del perito, podrán leer parte de sus entrevistas, manifestaciones anteriores, documentos por ellos elaborados o cualquier otro registro de actos en los que hubiera participado, realizando cualquier tipo de manifestación, cuando fuera necesario para apoyar la memoria del respectivo declarante, superar o evidenciar contradicciones, o solicitar las aclaraciones pertinentes.

Hay que tomar las cautelas necesarias para evitar una potencial contaminación o influencia inadecuada en la memoria o en las declaraciones que decide hacer el testigo a raíz de esos documentos que pudieron estar mediados por un tercero. Así, ante esos documentos “de apoyo” de la memoria deberíamos sistemáticamente preguntarnos si en realidad no corremos el peligro de que sugestionen los recuerdos. Esto nos debe alertar para revisar esos documentos y no aceptar sin mayor análisis su empleo.

Sobre el tema de los documentos de ayuda a la memoria que autoriza el CNPP, llama la atención la siguiente tesis aislada en materia penal:

Si bien es cierto que, por regla general, la declaración de un testigo en la cual memoriza detalles en forma pormenorizada y con notable precisión resulta inverosímil, porque se presume que fue aleccionado, también lo es que no ocurre así cuando aquél memoriza situaciones sobre las que declaró con anterioridad o constan en algún documento en el que participó, por ejemplo, un informe policiaco. Lo anterior es así, porque el artículo 376 del Código Nacional de Procedimientos Penales permite la lectura para apoyo de memoria, a cuyo efecto establece que durante el interrogatorio del acusado, testigos o peritos, éstos podrán leer parte de sus entrevistas, manifestaciones anteriores, documentos elaborados por ellos o cualquier otro registro de actos en los que hubieren participado. Por tanto, al aplicar esa disposición, por mayoría de razón, es factible que un testigo o perito declare de forma precisa datos y circunstancias que se encuentran en ese tipo de actuaciones, sin que ello conduzca a restar credibilidad a su dicho, *pues el hecho de que memoricen determinada información, tiene idéntico efecto al de apoyarse en los documentos mencionados durante su declaración, lo cual autoriza la norma enunciada.*⁶⁰

⁶⁰ Tesis: XV.3o.15 P (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, Registro Digital: 2019126.

Nuevamente, quizá el problema de base es que se piensa en dos tipos de pruebas muy distintas, la pericial y la testifical, en donde la memorización tiene efectos completamente diferentes. La tesis tendría sentido para la prueba pericial, para el perito que preparando la exposición de sus inferencias se memoriza determinada información que considera relevante; pero no opera igual cuando se trata de cuidar la exactitud de los recuerdos. Así lo advierte Manzanero cuando dice que “los testigos, a veces con toda su buena intención, se preparan la declaración antes de ir a poner la denuncia o a declarar al juzgado. Con todo ello, no solo se perderá en espontaneidad, sino que además se contribuye a distorsionar los recuerdos”.⁶¹

Hay que tomar en cuenta, no obstante, que podría haber algunos documentos que genuinamente ayuden a la memoria, como aquellos que ayuden al testigo meramente a contextualizarse en los sucesos que debe relatar o que le puedan dar pistas que activen su recuerdo.⁶² En todo caso, el punto clave es que el juez debería asegurarse que el documento que lea el testigo pudiera tener estos efectos y no otros perniciosos.

Sobre la otra previsión del artículo 376 respecto la demostración o superación de contradicciones, en primer lugar, vale la pena distinguir entre inconsistencias y contradicciones de un testigo. Las inconsistencias se traducen en incoherencias en un relato, que pueden ser fruto de los procesos normales de la memoria; las contradicciones entre varias declaraciones de un mismo testigo, en cambio, sí determinan imprecisión del recuerdo.⁶³ La coherencia, como dice Ramírez Ortiz, “alude a la perspectiva interna del relato, y toma en consideración la congruencia de la historia, infiriéndose su credibilidad de la [...] existencia de una acción central que resulte fácilmente identificable y se encuentre asociada a un contexto que proporcione una explicación aceptable del comportamiento de los sujetos que en ella intervienen”.⁶⁴

⁶¹ Manzanero, *op. cit.*, p. 51.

⁶² Cf. Contreras Rojas, *op. cit.*, p. 216.

⁶³ Cf. Vara, *op. cit.*, p. 128.

⁶⁴ Ramírez Ortiz, “El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género”, en *Quaestio Facti*, p. 214.

En la evocación de recuerdos suceden errores, olvidos, interferencias, amnesias y falsas memorias debido a la influencia de los procesos cognitivos implicados en la memoria,⁶⁵ lo que puede generar los dos tipos de error identificados por Manzanero: errores de omisión —olvido— y errores de comisión —interferencias bien variadas—. ⁶⁶ Por ello, se dice que las descripciones detalladas, rigurosas y exactas de los hechos vividos o presenciados por un testigo son la gran excepción *no* la regla. Si volvemos a pensar en una suerte de analogía con la prueba pericial, habría que decir que no podemos esperar certezas racionales provenientes del conocimiento experto, aunque sea científico, pues es solo probable y siempre falible; mientras en la prueba testifical no podemos esperar memorias prodigiosas que hayan retenido absolutamente toda la información de un suceso vivido y que, además, no olviden ningún detalle ni mucho menos se vean interferidas aunque tardemos incluso años en llamar al testigo a juicio oral y pese a que haya sido previamente cuestionado innumerables veces y expuesto a información post-suceso. Tener ese tipo de expectativas es un error que podría llevarnos a tomar malas decisiones.

Pues bien, en función de lo anterior vale la pena repensar algunos de los mecanismos que operan en la práctica de las pruebas testificales, como el careo entre testigos, los límites de la prohibición de realizar cierto tipo de preguntas, la no-accesibilidad a interrogatorios previos a los que el testigo ha sido sometido y, por supuesto, la manera en que depone un testigo en juicio oral.

Cuando dos testigos brindan testimonios que se contradicen entre ellos se ha usado el careo como método jurídico para “resolver la contradicción”. Una tesis aislada en materia penal del 2011, esto es, en vigencia del anterior proceso penal, establecía:

en la aclaración y exposición de los temas carentes de comunión, de allí que para su desahogo con arreglo a derecho la autoridad judicial deba encausar a los involucrados a enfrascarse en un verdadero debate, definiendo para tal efecto primera-

⁶⁵ *Ibid.*, p. 85.

⁶⁶ *Cf.* Manzanero, *op. cit.*, p. 66.

mente los temas a esclarecer, y enseguida propiciar líneas de diálogo ordenadas que permitan arribar si es el caso a coincidencias, admisiones o correcciones que aun cuando no incidan directamente sobre la cuestión sustancial, se traduzcan en la obtención de elementos que le permitan al Juez establecer una argumentación.⁶⁷

Como bien afirma De Paula Ramos, el careo poco sirve para determinar la verdad entre dos testigos que se contradicen.⁶⁸ Al igual que sucede con el acuerdo entre dos expertos en el contexto de la prueba pericial, la prueba pericial, el mero hecho de que dos testigos *acuerden* en determinadas afirmaciones no significa que estas sean verdaderas. Pero, a diferencia de la prueba testifical, el debate de las ideas en un careo pericial puede aportar información sobre su fiabilidad; en cambio, en la prueba testifical puede afectar la exactitud del testimonio por interferencias entre los dos testigos, alterando la memoria de uno o ambos.

Pero no solo hay que ocuparnos de evitar métodos que en la práctica de la prueba testifical puedan interferir en el recuerdo de los testigos, hay que analizar qué sucedió antes de llegar a esta etapa procesal. Es clave atender a la cantidad de personas que interrogaron o entrevistaron a un testigo y que llevaron a este a recuperar un recuerdo, pues es un factor importante para su distorsión, resultando testimonios menos exactos.⁶⁹ Desafortunadamente, cada una de esas intervenciones puede influir en la memoria del testigo, de manera consciente, pero sobre todo inconscientemente, transformando los recuerdos mediante la incorporación de nueva información o incentivando una reinterpretación de los existentes. Quizá el ejemplo más paradigmático de este último caso es el bien conocido “sesgo del entrevistador”, que tiene lugar cuando algún gesto o palabras de este avalan la respuesta dada por el entrevistado sugiriendo cual era la respuesta que se esperaba. Este tipo de acciones, según Mazzoni, tienen un efecto *más perjudicial* sobre el relato que las llamadas preguntas sugestivas.⁷⁰

⁶⁷ Tesis: VI.2o.P.125 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, Registro Digital, 166490.

⁶⁸ De Paula Ramos, *op. cit.*, pp. 158 y ss.

⁶⁹ Manzanero, *op. cit.*, p. 49.

⁷⁰ Cf. Mazzoni, *Psicología del testimonio*, p. 85.

En definitiva, tanto el careo entre testigos como la cantidad de personas que interrogó o entrevistó a un testigo pueden distorsionar su memoria por efecto de información sugerida. Y, en ese contexto, de manera hasta ingenua, nuestro legislador —como en la mayoría de los países— solo se preocupa por cierto tipo de preguntas que pudieran hacer los abogados solo durante el juicio oral.⁷¹ Pero ¿qué pasa con todos los demás intervinientes antes de esta instancia procesal?, ¿sabemos si han siquiera podido influir inadecuadamente en la memoria del testigo?

Como no le hemos dado importancia a lo que han hecho todo el resto de los sujetos que de alguna manera han interrogado o cuestionado al testigo antes del juicio oral, entonces no hemos previsto mecanismos para tener si quiera la *posibilidad* de conocer esas potenciales influencias. Por ejemplo, ¿por qué no se graban las diversas intervenciones de las distintas personas que interrogan por mandato de cualquier autoridad?⁷² La grabación de esos actos nos permitiría ver todo lo sucedido, las preguntas que se hicieron, las reacciones del propio entrevistador antes las respuestas del entrevistado, etcétera. Como bien dice la siguiente tesis aislada:

debido al funcionamiento de la memoria, las inexactitudes e imprecisiones que puedan detectarse en las declaraciones de testigos en un juicio penal, no siempre se deben a que estén faltando a la verdad, *sino a las circunstancias que antecedieron y rodearon la emisión del testimonio*.⁷³

⁷¹ Como ya se mencionó, en nuestro CNPP al tratar la práctica de la prueba pericial establece la prohibición de hacer preguntas ambiguas o poco claras, conclusivas, impertinentes o irrelevantes o argumentativas, que tiendan a ofender al testigo o peritos o que pretendan coaccionarlos.

⁷² Obviamente sería iluso pretender tener información de cualquier persona que haya conversado, preguntado, etc., a un testigo. Quizá lo máximo que pudiéramos hacer es incrementar las medidas para evitar comunicación entre testigos. En esa línea, Contreras Rojas, op. cit., p. 243 dice que “el llamado es a que las legislaciones incluyan expresamente la obligación de los tribunales de adoptar medidas adecuadas y suficientes para el efectivo cumplimiento de [la prohibición de comunicación entre testigos que ya declararon con aquellos que aún no], para de esta manera velar por la indemnidad del recuerdo de los deponentes o prevenir un fraude procesal”.

⁷³ Tesis: I.7o.P.82 P (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, Registro Digital: 201479.

No puede dejar de observarse la sugerencia de la tesis sobre que el problema principal es la mentira de los testigos y no sus errores.

De hecho, en algunos tipos de casos la práctica de la prueba testifical consiste en reproducir el vídeo de la primera declaración del testigo. Me refiero principalmente a los casos en donde están implicados menores, pero también a la trata de personas, donde se ha optado por la llamada prueba anticipada o preconstituida.⁷⁴ Lo que se “anticipa” es básicamente su práctica, la deposición ante un juez de los testigos, en este caso testigo-víctima. Este tipo de casos podría llevarnos a plantear varias interrogantes: ¿en qué casos debería hacerse si atendemos a los efectos que esta práctica pudiera tener en la exactitud del recuerdo? Por ejemplo, porque a través de esta institución se disminuye el tiempo que transcurre entre los hechos y la deposición ante un juez o porque se limita el interrogatorio y contrainterrogatorio. ¿Deberíamos generalizar esta anticipación para todos los casos? Y, por supuesto, ¿mermaría esto las garantías previstas en el derecho de defensa?

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos —TEDH— ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la compatibilidad de la anticipación de la prueba y el derecho de defensa en la sentencia de 27 de febrero de 2001, del caso *Luca*, § 40, diciendo que:

los derechos de defensa se restringen de forma incompatible con las garantías del art. 6 cuando una condena se funda exclusivamente o de forma determinante en declaraciones hechas por una persona que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni durante el plenario.⁷⁵

Vale la pena notar el énfasis del tribunal en el principio de contradicción, pero también la ambigüedad sobre si debe poder interrogar tanto en la fase de instrucción como en el plenario o bastaría solo en cualquiera de ambos. ¿Por qué se citaría al testigo – víctima al juicio oral ordinario? Se suele decir que se debe a la “imposibilidad de practicar directamente la declaración durante el acto del juicio oral”, básicamente porque muchas de las víctimas de trata huyen en cuanto pueden y no se presentan a declarar, por lo que hay un peligro real de *perder la*

⁷⁴ Al menos esto es así en el ámbito europeo. Un documento español muy interesante que se ha realizado en esta materia es la conocida “Guía de criterios de actuación judicial frente a la trata de seres humanos”.

⁷⁵ TEDH, *Luca*, § 40.

prueba. Si tomamos en cuenta que la memoria se modifica fácilmente —tanto por el paso del tiempo como por las interferencias— y que, precisamente por ello, deberíamos pensar en ella en analogía a la escena de un delito que debe ser protegida de contaminaciones, ¿podría decirse que hay peligros reales de perder la prueba siempre que hay un testigo y que, por tanto, se debería *generalmente* optar por la anticipación de la prueba testifical?

No necesariamente, puesto que la anticipación en sí misma no garantiza la protección de la memoria en el acto ni mucho menos antes de él; solo garantizaría disminuir el lapso temporal. La anticipación debería observar ciertos aspectos sustantivos para que tuviera el resultado esperado; pero quizá a sus costes son muy altos, incluso para el modelo de proceso judicial con todas sus garantías. Por supuesto, podría pensarse en que la declaración se lleve a cabo utilizando medios materiales —como las cámaras Gesell— o tecnológicos —como la videoconferencia— para evitar interferencias inadecuadas, además de la revictimización; aún mejor, podríamos implementar que el testigo solo pudiera ser interrogado por un experto en psicología del testimonio que medie las preguntas de los abogados y las partes, etcétera. Así, podríamos evitar también preguntas sesgadas de los participantes del juicio oral o que se exijan descripciones detalladas, rigurosas y exactas de los hechos, con expectativas demasiado elevadas sobre los recuerdos que puede aportar. En fin, podemos imaginar muchas situaciones que, aunque pudieran mejorar el acercamiento a la memoria, nunca podrían preservarla incólume y, en cambio, podrían tener otros costes para el sistema de justicia. Quizá sea mejor pensar en otras formas que resulten en diseños normativos equilibrados.

Lo anterior no quiere decir que no haga falta anticipar la prueba ante determinadas circunstancias, sino que no hace falta dar un giro tan copernicano para mejorar nuestras prácticas y que podríamos hacerlo con cuestiones más relevantes para la recuperación del recuerdo o la determinación de la exactitud de un relato. Entre ellos, cambiar la manera en que se interroga en el juicio oral y mejorar la formación de todos los que juegan algún rol en estas cuestiones. Como sugiere Mazzoni, a diferencia de las conversaciones habituales en las que compartimos muchos esquemas que nos permiten interactuar día a día con los demás, cuando

se trata de poner en marcha la memoria, habría que partir del supuesto de que no sabemos lo que el testigo sabe y “esto requiere entrenamiento y no existen hoy [...] instituciones que enseñen a los miembros de la policía y a los diversos funcionarios implicados —asistentes sociales, psicólogos, miembros de los centros de acogida, etcétera— a llevar una entrevista investigativa o un interrogatorio que siga las modalidades correctas”.⁷⁶ Si todos ellos “contaminan la memoria” antes de que se active la maquinaria judicial, no podemos esperar que los mecanismos que tenemos o que podemos prever puedan deshacer las interferencias que ya tuvieron lugar.

Además de lo anterior, valdría la pena atender a lo que ahora sabemos sobre las dos formas de interrogar —o de recuperación de recuerdos— y su influencia en la exactitud del relato: la narración libre y las preguntas directas formuladas por un experto, los abogados y el propio juez. Según Vara, “[e]n el primer caso, la cantidad de información obtenida es menor pero más precisa, mientras en el segundo caso, al dirigir el recuerdo mediante preguntas, la susceptibilidad a influencias externas es mayor y por tanto aumenta la probabilidad de comisión de errores y distorsión del recuerdo por efecto de información post-suceso”.⁷⁷ Muy curiosamente, viejos códigos procesales son más acordes a este conocimiento científico que los actuales; así, por ejemplo, la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal en España —LECrim—, que data de 1882, en su artículo 436 establece:

El juez dejará al testigo narrar sin interrupción los hechos sobre los cuales declare, y solamente le exigirá las explicaciones complementarias que sean conducentes a desvanecer los conceptos oscuros o contradictorios. después le dirigirán las preguntas que estime oportunas para el esclarecimiento de los hechos.⁷⁸

Quizá alguno se preguntará si una disposición así sería compatible con un proceso adversarial y, por supuesto, la respuesta dependerá de cómo se conciba

⁷⁶ Mazzoni, ¿Se puede creer a un testigo? ...cit., p. 84.

⁷⁷ Vara, *op. cit.*, *passim*.

⁷⁸ No es la única normativa que prevé que la narración en la práctica de la prueba testifical, también lo hace el Código General del Proceso en Colombia y el de Uruguay. No puede dejar de llamar la atención que ninguno de ellos regula la materia penal, donde los costos del error en general son más altos.

ese modelo. Si se —mal— concibe en términos de que las partes deben tener absolutamente todo el control en la presentación de sus casos, con total independencia de las consecuencias perniciosas que eso pudiera tener sobre la determinación correcta de los hechos, la respuesta es clara: es incompatible. Si en cambio, asumimos un modelo adversarial que es compatible con ciertas limitaciones justificadas a las partes a efectos de lograr una determinación correcta de los hechos, entonces sería completamente compatible. No puede obviarse que la justificación del empleo de una declaración narrativa proviene de los datos empíricos sobre el funcionamiento real de nuestra memoria.

Los modelos actuales en los que se emplean las preguntas directas formuladas tienen muchos problemas, además de los ya muchas veces reseñados efectos de interferencias distintas, vale la pena mencionar dos más en los sistemas de justicia orales. El primero, que el orden de las preguntas también puede producir falsas memorias puesto que, como dice Manzanero, “dificultará encontrar indicios contextuales suficientes para acceder a la memoria original, por lo que se tomará como correcta la información sugerida”,⁷⁹ y el segundo que no se pueden controlar los efectos de la mera formulación de una pregunta ya planteada.⁸⁰

La previsión legislativa sobre el tipo de preguntas que *no* se pueden realizar topa con un problema práctico de gran calado en el contexto de los juicios orales, y es que el juez no puede evitar el hecho de que se plantee —y sea escuchada— una pregunta impertinente, determinativa, etcétera. A diferencia de los sistemas escritos en los que las partes planteaban un pliego de preguntas que eran filtradas por el juez antes de ser conocidas y respondidas por las partes, en los sistemas orales el abogado hace la pregunta y, si es el caso, el juez decide su improcedencia cuando el testigo *ya* escuchó. El problema común del tipo de preguntas prohibidas es que aportan determinada información a las partes⁸¹ y, precisamente, esa información es ya aportada con el mero hecho de la formulación de la pregunta. Desafortunadamente, además, tampoco es siempre fácil decidir si una pregunta está o no apor-

⁷⁹ Manzanero, *op. cit.*, p. 74.

⁸⁰ Para un análisis bien detallado sobre los tipos de preguntas prohibidas y sus efectos perniciosos Cf. Contreras Rojas, *op. cit.*, pp. 210 y ss.

⁸¹ Nieva, *La valoración de la prueba*, p. 232.

tando determinada información. Por todo lo anterior, y considerando nuevamente las enseñanzas de la psicología del testimonio, sería mucho mejor un relato libre, aunque luego fuera seguido de algunas preguntas por parte de los abogados, fiscales o incluso el propio juez.

Como a estas alturas ya debe quedar claro, la preocupación de nuestros sistemas jurídicos para evitar que el testigo no se contamine en la vista del juicio oral es totalmente insuficiente; aunque es positivo que un testigo no presencie la declaración de otros testigos, la formación de falsos recuerdos ocurre en mayor medida de manera extraprocésal y previa al juicio oral. Aunado a ello, infelizmente, nuestras prácticas actuales y mala formación general en los avances de la psicología del testimonio hacen a veces que esos falsos recuerdos supriman la memoria original o que sean tomados como base de una decisión judicial que resulta errónea. La mejor manera de evitar la distorsión del recuerdo de un testigo pasa entonces por tener un mejor conocimiento sobre cómo funciona la memoria de los seres humanos y adecuar nuestros ordenamientos y prácticas a ello. En definitiva, caminar con el conocimiento científico y no en contra de él.

Bibliografía

Andrés Ibáñez, P., “Sobre el valor de la inmediatez (Una aproximación crítica)”, en *Jueces para la democracia*, núm. 46, 2003.

CEJA, *El ejercicio de la abogacía en América Latina. En la búsqueda de una agenda de trabajo*, I vol., CEJA- JSCA, 2020.

Civil Justice Council, “Concurrent Expert Evidence and ‘Hot-Tubbing’ in English Litigation since the ‘Jackson Reforms’. A Legal And Empirical Study”, 25 de julio de 2016.

Contreras, M.J.; Silva, E.A; Manzanero, A., “Evaluación de capacidades para testificar en víctimas con discapacidad intelectual”, *Anuario de psicología jurídica*, vol. 25 (1), 2015.

- Contreras Rojas, C., *La valoración de la prueba de interrogatorio*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2015.
- De Paula Ramos, V., *La prueba testifical. Del subjetivismo al objetivismo, del aislamiento científico al diálogo con la psicología y epistemología*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2019.
- De Paula Ramos, V., “Psicología del testimonio infantil y derecho: ¿hasta dónde podemos ir?”, en Vázquez, C., *Ciencia y justicia. El conocimiento experto en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Centro de Estudios Constitucionales, México, 2021.
- Denyer, R., *Case Management in Criminal Trials*, Hart Publishing, Londres, 2012.
- Diges, M., *Testigos, sospechosos y recuerdos falsos. Estudios de psicología forense*, Trotta, Madrid, 2016.
- Dror, I.E., “Letter to the editor—combating bias: the next step in fighting cognitive and psychological contamination”, *Journal of Forensic Science*, núm. 57, 2012.
- Duce, M., “Prácticas probatorias y riesgos de condenas erróneas. Una visión empírica”, en Vázquez, C. y Ferrer Beltrán, J., *El razonamiento probatorio en el proceso judicial. Un encuentro entre diferentes tradiciones*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2020.
- Dwyer, D., *Judicial Assessment of Expert Evidence*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.
- Ferrer Beltrán, J., *Valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007.
- Harker, D., *Creating Scientific Controversies*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.

- Hazel, G., "Getting to the truth: experts and judges in the 'hot tub'", *Civil Justice Quarterly*, 2013.
- ForsterLee, L.; Horowitz, I.; Athaide-Victor, E.; y Brown, N., "The Bottom Line: The Effect of Written Expert Witness Statements on Juror Verdicts and Information Processing", *Law and Human Behavior*, núm. 24, vol. 2, 2000.
- Gamba, C., "Contraddittorio, principio del (Diritto processuale civile)", *Enciclopedia del Diritto*, Annali, 2013.
- Guasch, O., "La observación participante", *Cuadernos Metodológicos*, núm. 20, Centro de Investigaciones Sociológicas, 1996.
- Igartua Salaverría, J., *Indicios, duda razonable, prueba científica (Perspectivas sobre la prueba en el proceso penal)*, Tirant Lo Blanch, México, 2021.
- Haack, S., *Defending Science -within reason*, Prometheus Books, Amherst, 2007.
- Kassin, S.; Dror, I. E.; y Kukucka, J., "The Forensic Confirmation Bias: Problems, Perspectives, and Proposed Solutions", *Journal of Applied Research in Memory and Cognition*, vol. 2, 2013.
- Manzanero, A., *Memoria de testigos. Obtención y valoración de la prueba testifical*, Pirámide, Madrid, 2010.
- _____, *Psicología del Testimonio: Una aplicación de los estudios sobre la memoria*, Pirámide, Madrid, 2018
- Mazzoni, G., *¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*, citado por la traducción al castellano de Revuelta López, J.M., Trotta, Madrid, 2010.
- Mazzoni, G., *Psicología del testimonio*, Citado por la traducción al castellano de Moreno Hernández, A., Trotta, Madrid, 2019.

- Mnookin, J. y Kaye, D., “Confronting Science: Expert Evidence and the Confrontation Clause”, *Pennsylvania State Law Research Paper*, núm. 11, 2013.
- Nieva, Fenoll, J., *La valoración de la prueba*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2010.
- Ramírez Ortiz, J. L., “El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género”, en *Quaestio Facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, núm. 1, 2020.
- Taruffo, M., *La prueba de los hechos*, Citado por la traducción al castellano de Ferrer Beltrán, J., Trotta, Madrid, 2002.
- Taruffo, M., *Simplymente la verdad: El juez y la construcción de los hechos*, Citado por la traducción al castellano de Accatino S., D., (2010), Marcial Pons, Barcelona, 2009.
- Tuzet, G., *Filosofia della prova giuridica*, trad. De Dei Vecchi, D. *Filosofia de la prueba jurídica*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona.
- Tversky, A. y Kahneman, D., “Judgment under uncertainty: Heuristics and biases”, *Science*, núm. 185, 1974.
- Ubertis, G., “Prova e contraddittorio”, en *Cassazione penale*, XLII, 2002.
- Ubertis, G., “Contraddittorio e difesa nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo: riflessi nell’ordinamento italiano”, *Cassazione penale*, XLV, 2005.
- Van Rhee, C. H. (ed.), *Judicial Case Management and Efficiency in Civil Litigation*, Intersentia, 2007.

Vara, A., *Psicología del testimonio: características de los casos de abuso sexual en víctimas especialmente vulnerables*, Memoria de tesis doctoral, 2020. Disponible en <https://eprints.ucm.es/id/eprint/65765/1/T42580.pdf>

Scott, M. Teresa, Manzanero, A. L., Muñoz, J. M. y Köhnken, G., “Admisibilidad en contextos forenses de indicadores clínicos para la detección del abuso sexual infantil”, *Anuario de Psicología Jurídica*, vol. 24, 2014.

Suprema Corte de Justicia de la Nación

Tesis: 1a. CCL/2011 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Primera Sala SCJN, Décima Época, Registro Digital: 160186.

Tesis: II.1o.39 P (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, Núm. de Registro: 2012497.

Tesis: XVII.2o.6 P (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, Registro Digital: 2021538.

Tesis: I.8o.C.305 C (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, Registro Digital: 160504.

Tesis: XV.3o.15 P (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, Registro Digital: 2019126.

Tesis: VI.2o.P.125 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, Registro Digital, 166490.

Tesis: I.7o.P.82 P (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, Registro Digital: 201479.

Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 3797/2014.

Corte Suprema de Perú

- Acuerdo Plenario No.2-2007/CJ116.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- *Lúca*, SSTC 209/2001, de 22 de octubre, FJ 4; y 148/2005, de 6 de junio, FJ 2.

Suprema Corte de Estados Unidos

- *Crawford vs Washington*, 541 U.S. 36 (2004).
- *Williams vs Illinois*, 567 U.S. 50 (2012).

La valoración de la prueba I: La valoración individual de la prueba

Carmen Vázquez*

Mercedes Fernández López**

* Profesora agregada en la Universitat de Girona y Coordinadora académica del máster en razonamiento probatorio de la Universitat de Girona y la Università degli Studi di Genova (autora de los apartados *II* y *III* de este capítulo).

** Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Alicante (autora del apartado *IV*).

La valoración de la prueba I: La valoración individual de la prueba. I. Introducción; II. La valoración de la prueba pericial; III. La valoración de la prueba testifical; IV. Las declaraciones de las partes.

I. Introducción

En el tema de valoración probatoria, el Código Nacional de Procedimientos Penales —CNPP— ha adoptado completamente el sistema de libre valoración de las pruebas, anulando así la criticable valoración tasada que constituía la llamada “prueba plena” prevista en el antiguo Código Federal de Procedimientos Penales. Con lo anterior, también se ha abandonado la irrisoria fórmula de “un enlace lógico y natural, *más o menos necesario*, según la naturaleza de los hechos y el que exista entre la verdad conocida y la que se busca”, que se preveía en el código precedente.

Desafortunadamente, el legislador mexicano, pese a ser reiterativo en el tema de la valoración de las pruebas,¹ parece tratar indistintamente la valoración de cada uno de los elementos de prueba, la valoración del conjunto de pruebas y los estándares de prueba para la toma de decisión final. Veamos dos artículos relevantes que regulan tales aspectos, el 359 y 402, respectivamente:

¹ El legislador dedica cuatro artículos (259, 265, 359 y 402) a repetir básicamente las mismas genéricas cuestiones: que la valoración es libre, que debe ser lógica, que será más allá de toda duda razonable y que debe motivarse.

El Tribunal de enjuiciamiento deberá hacer referencia en la motivación que realice, de todas las pruebas desahogadas, incluso de aquellas que se hayan desestimado, indicando las razones que se tuvieron para hacerlo. La motivación permitirá la expresión del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones contenidas en la resolución jurisdiccional. Sólo se podrá condenar al acusado si se llega a la convicción de su culpabilidad *más allá de toda duda razonable*. En caso de duda razonable, el Tribunal de enjuiciamiento absolverá al imputado.

El Tribunal de enjuiciamiento apreciará la prueba según su libre *convicción* extraída de *la totalidad del debate, de manera libre y lógica*; sólo serán valorables y sometidos a la *crítica racional*, los medios de prueba obtenidos lícitamente e incorporados al debate conforme a las disposiciones de este Código.

En la sentencia, el Tribunal de enjuiciamiento deberá hacerse cargo en su motivación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo. Esta motivación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia.

Nadie podrá ser condenado, sino cuando el Tribunal que lo juzgue adquiera la convicción *más allá de toda duda razonable*, de que el acusado es responsable de la comisión del hecho por el que siguió el juicio. La duda siempre favorece al acusado.

Aunque se trata de actividades que están íntimamente relacionadas, es indispensable distinguir entre la valoración de las pruebas individuales —pericial, testimonial, documental, etcétera—, la valoración conjunta de las pruebas, la toma de decisión con base en el estándar de prueba previsto y la motivación de la decisión fáctica.

En lo que sigue abordaremos la valoración individual de las pruebas.

II. La valoración de la prueba pericial

Una vez desarrolladas las cuestiones relativas a la conformación, admisión y práctica de la prueba pericial, su valoración individual resultará en una suerte de

repasso de todo lo que se ha realizado. Así pues, para identificar la calidad de las afirmaciones periciales, los jueces deben prestar atención a tres grandes rubros: quién es el sujeto que informa, qué es lo que informa ese sujeto y cómo ha sido la presentación de tal información. En cada uno de esos rubros hay, además, cuestiones más delimitadas que pueden ser esquematizadas de la siguiente manera:

1. *Quién es el sujeto que informa.* Es decir, si el tercero que se presenta puede ser considerado como experto que ha realizado su razonamiento de manera imparcial y que, además, puede ser considerado independiente de los intereses de las partes o de las instituciones a las que pertenece. Para ello, deberíamos plantear las siguientes preguntas:
 - ¿Cuáles son las credenciales del sujeto —o sujetos— que nos permiten atribuirle la *expertise* relevante para el caso? Ello exigiría analizar cuestiones como:
 - ♦ Los antecedentes que acrediten el *conocimiento teórico* o proposicional sobre la ciencia, técnica o arte relevante para el caso en que ese tercero es experto.
 - ♦ Los antecedentes que acrediten el conocimiento en el uso de instrumentos o medios relevantes para el caso en que ese tercero es experto.
 - ♦ Los antecedentes que acrediten el conocimiento *práctico* en la ciencia, técnica, arte relevante para el caso en que ese tercero es experto.²
 - ¿Qué sabemos sobre los mecanismos que de hecho empleó el perito para disminuir el riesgo de sufrir algún tipo de parcialidad *cognitiva* en su área de conocimiento y desempeño profesional?

² Estos tres puntos se inspiran en la Ley 906 de 2004, art. 417, de Colombia. Esta ley fue citada en el capítulo VI sobre la práctica de la prueba pericial en este mismo manual.

Como hemos visto, la investigación empírica ha mostrado que los peritos sufren fundamentalmente sesgos contextuales y sesgos de confirmación. Bajo esta asunción, a manera de ejemplo, podríamos considerar:

- ♦ Si tuvo acceso a todo el expediente judicial, de manera tal que podría haberse visto influido por información irrelevante para su tarea.
- ♦ Si tuvo acceso a la escena del delito, de manera que hubiese podido verse contaminado por distintos elementos que se encontrasen en esta.
- ♦ Si el perito solo ha buscado pruebas que confirmen *una hipótesis* que pudiera haberse formado como resultado de ciertas creencias, expectativas o motivos.
- ♦ En el caso de que haya hecho entrevistas a las partes si esas preguntas incorporan prejuicios que solo confirmen lo que el experto cree sobre determinado grupo.

Además de las credenciales del sujeto y de potenciales interferencias que podrían afectar su razonamiento inferencial, vale la pena también atender a la independencia de los expertos. Así, vale la pena preguntarse:

- ¿Cuál es el marco normativo que garantizaría la *independencia*, sea institucional o hacia alguna de las partes o terceros con interés en la causa, del experto durante el desarrollo de su actividad pericial?

Antes de desarrollar el esquema correspondiente, vale la pena decir que partimos de considerar que un perito sería independiente si no sufre presiones o no tiene ciertas relaciones con quien pudiera tener algún tipo de interés directo o indirecto en la causa. Ahora bien, tal ausencia de relaciones o presiones se debería al menos en parte gracias a un marco institucional apropiado que proteja al perito de tales influencias y, precisamente por ello, la independencia pericial

tiene ese marcado énfasis institucional, a diferencia de la imparcialidad que tiene más bien una dimensión cognoscitiva. Ello no quiere decir que la independencia pericial no dependa de ninguna manera del propio experto, quien pudiera asumir una actitud adecuada ante determinadas presiones o relaciones; lo que pasa es que tener la actitud adecuada normalmente puede hacerse solo en contextos institucionales específicos y, por ello, nuevamente, es la dimensión institucional de la independencia la que cobra suma relevancia.³ En el ámbito pericial esa dimensión institucional se podría traducir en términos amplios en las condiciones laborales en que los peritos desarrollan su labor.⁴ Así, podríamos considerar:

- ♦ Si el experto pertenece a una institución que puede ser parte en un proceso judicial.⁵
- ♦ Si el experto que pertenece a una institución pericial tiene una categoría laboral que lo hace inamovible de su trabajo y, por tanto, sin presiones referentes a su situación laboral.
- ♦ Si se cuenta con mecanismos que nos permitan controlar de alguna manera la información y las instrucciones que se le dan a un perito institucional o a uno parte.

³ Aunque no hay que olvidar que incluso en el mejor contexto institucional, se podría *no* tener la actitud adecuada.

Puede verse un desarrollo más pormenorizado sobre la independencia pericial y su relación con la imparcialidad y la objetividad pericial en Vázquez, “La imparcialidad, la independencia y la objetividad pericial. Los factores humanos de los expertos”, en *La prueba pericial a examen. Propuestas de lege ferenda*.

⁴ Esto es totalmente compatible con la exigencia que la Corte Interamericana de Derechos Humanos realizó a México muy recientemente en el caso *Digna Ochoa y Familiares vs. México*: “dotar de autonomía e independencia a los servicios periciales”. Es indispensable que los servicios periciales no dependan de las Fiscalías u otras instituciones con algún tipo de interés en el resultado del informe pericial; no obstante, no es suficiente con ello, dentro de las instituciones periciales autónomas e independientes debe garantizarse la independencia de cada uno de los expertos individuales.

En cambio, una correcta comprensión de la independencia pericial es totalmente incompatible con su presunción. Es decir, con simplemente asumir, sin mayor información o criterio, que un perito, por ejemplo, que proviene de una institución pericial o que es nombrado por el juez, es independiente.

⁵ En España, por ejemplo, los inspectores financieros tributarios en casos en los que se persiguen delitos contra la Hacienda Pública.

- ♦ Si están previstos mecanismos que permitan a cualquier tipo de perito cierta gestión de los acuerdos y desacuerdos que tenga con el perito de la contraparte.
- ♦ Si hay algún control normativo sobre las condiciones y la cuantía del pago que recibirá un perito por la parte que lo contrató.
- ♦ Si hay algún conflicto de interés por razones financieras o profesionales derivados de investigaciones o proyectos en los que participe el experto del contexto jurídico-procesal.

Así pues, lo planteado sobre quién es el sujeto nos permitirá, por un lado, saber si tiene los conocimientos y habilidades relevantes para haber llevado a cabo las operaciones periciales y, por otro lado, hacer un análisis más detallado sobre cuestiones que podrían influir en su razonamiento inferencial pertinente sobre los hechos del caso.

Si el sujeto que se presenta como perito no puede ser considerado como experto en función de la información de la que disponemos, no habría que darle ningún valor probatorio a lo que ha hecho y dicho; precisamente por ello, estaríamos entonces en una situación que debió evitarse desde la admisión, excluyendo a quien no tiene las credenciales adecuadas. Pero, más allá de su *expertise*, hay que analizar también algunos factores humanos que subyacen a la actividad de los expertos. En este punto también hay que evaluar las condiciones cognoscitivas en que se plantearon las diversas premisas que conforman el razonamiento del experto, es decir, si tenemos —o no— visos de posibles contaminaciones que hubiesen podido interferir en ello y que ameritarían al menos analizar con mayor detalle ciertas cuestiones sobre el contenido de la inferencia pericial o incluso restarle valor probatorio.

Dicho lo anterior, corresponde ahora analizar precisamente el contenido de la inferencia pericial, que es propiamente el corazón de la valoración de este elemento de juicio. Piénsese que un genuino experto con las mejores credenciales podría

cometer errores diversos en su razonamiento inferencial y, por ello, no ameritar ningún valor probatorio; o que un experto que no sufre sesgos cognitivos o que es independiente podría emplear métodos o técnicas que no tienen un fundamento empírico adecuado y, también aquí, no ameritar ningún valor probatorio.

Como dice el informe “*Forensic Science in Criminal Courts: Ensuring Scientific Validity of Features-Comparison Methods*” de 2016:⁶

Queremos resaltar, finalmente, que ni la experiencia, ni el buen juicio, ni las buenas prácticas profesionales (tales como programas de certificación y acreditación, protocolos estandarizados, pruebas de aptitud técnica y códigos éticos) pueden sustituir las pruebas genuinas sobre la validez de sus fundamentos y su fiabilidad. La frecuencia con la que un patrón o un conjunto de características particulares se observa en diferentes muestras, que es un elemento esencial para inferir las conclusiones, no es un asunto de “juicio”. Es un hecho empírico para el cual solo es relevante la evidencia empírica. De forma similar, la expresión de *confianza* utilizada por un analista, basada en su experiencia profesional, o las expresiones sobre un *consenso* entre analistas respecto a la precisión a la que llegan en su campo de trabajo, no pueden sustituir a las tasas de error estimadas a partir de estudios relevantes. Para los métodos forenses de comparación de características, el establecimiento de la validez de sus fundamentos a partir de evidencia empírica es entonces una condición *sine qua non*. Nada puede sustituirla.⁷

El informe PCAST trata concretamente las pruebas provenientes de las ciencias forenses, de manera más específica aquellas mediante las cuales se puede identificar a una persona. Hay, en cambio, algunas pruebas periciales cuya mejor evidencia disponible es el consenso de una comunidad experta, aun cuando no sea

⁶ Conocido como PCAST Report, pues fue desarrollado por el *President’s Council of Advisors on Science and Technology*. Este informe se publicó en *Quaestio Facti. Revista internacional del razonamiento probatorio*, trad. al castellano de José Juan Lucena. Disponible en <https://revistes.udg.edu/quaestio-facti/article/view/22743>

⁷ El PCAST no realiza un estudio empírico, analiza diversos estudios y metaanálisis de esos estudios para sacar conclusiones sobre algunos tipos concretos de ciencias forenses, como el ya citado análisis de muestras de ADN cuando hay mezclas complejas en ellas, pero también análisis sobre la mordedura, las huellas dactilares latentes, las armas de fuego, las huellas de calzado y los cabellos.

la mejor evidencia *posible*. En todo caso, veamos en que deberíamos fijarnos para atribuir valor probatorio al experto atendiendo a su inferencia pericial:

2. *Cuáles son las afirmaciones que un perito presenta como relevantes para el caso.* En este rubro habría que preguntarse al menos:
 - ¿Cuáles son los fundamentos que proporcionó el perito sobre las generalizaciones relevantes que empleó para su análisis pericial?

Como se ha dicho en el *Capítulo IV* sobre la admisión de la prueba pericial, podríamos considerar la siguiente escala de evidencia sobre las generalizaciones empleadas por el experto, comenzando por aquello que nos permitiría atribuir mayor valor probatorio:

- ♦ La información disponible proveniente de estudios empíricos controlados que avalen la validez y fiabilidad de las generalizaciones en juego o, por el contrario, que demuestren que no es válido o que tiene una fiabilidad baja.
- ♦ Si hay un consenso de una genuina comunidad experta sobre la validez y fiabilidad de una determinada generalización.
- ♦ Si lo único que se argumenta sobre la validez y fiabilidad de una generalización es el mero acuerdo de un grupo de expertos.
- ♦ Si lo único que se argumenta es la experiencia personal de un experto.

Vale la pena notar que la información que se ofrezca sobre los fundamentos de una prueba pericial debe corresponderse con el uso que se está haciendo en el caso concreto; un caso puede ejemplificar este punto. Según Sir Al Aynsley-Green Kt, los métodos utilizados para la determinación de la edad biológica de personas que no tienen los documentos pertinentes para ello —como la medición de

ciertas estructuras óseas, como los huesos y los dientes—, no fueron diseñados para valorar los conflictos sobre la edad cronológica, sino que fueron preparados para un uso médico, el de diagnosticar y controlar los trastornos del crecimiento.⁸ Que esos métodos hayan sido comprobados en el contexto de los trastornos del crecimiento, nada dice sobre su uso para la determinación de la edad biológica.

No obstante lo anterior, en España por ejemplo, se siguen empleando tales métodos para determinar la edad, argumentándose que:

La metodología que ofrece el estado actual de la medicina legal es variable, pero existe consenso en la necesidad de utilizar varias técnicas de diagnóstico, cada una con sus propios medios auxiliares, y en combinar el resultado de todas ellas para sustentar un diagnóstico fiable. Resulta imprescindible, como han señalado los médicos forenses de este Tribunal, acudir por un lado a la exploración física para hallar las medidas antropométricas y los signos de madurez sexual, por otro indagar el grado de maduración ósea mediante varias técnicas como son la exploración radiológica de la muñeca izquierda, el examen de la dentición con especial atención al tercer molar, con ayuda de la ortopantomografía, y el estudio del extremo medial esternal de la clavícula.⁹

Ante evidencias empíricas más robustas, el consenso de un grupo de expertos —que además podría tener conflictos de interés por ser parte de su trabajo institucional—se tornaría irrelevante. Por tanto, el interés primario sería contar con dicha información que avale las generalizaciones en que se apoyan las afirmaciones periciales. Por supuesto, también puede suceder que la información empírica disponible muestre la no-fiabilidad de métodos y técnicas que siguen siendo usados en los tribunales. Un ejemplo de ello son los dibujos que supuestamente sirven de indicadores gráficos de abuso sexual infantil:

⁸ Cf. Al Aynsley-Green Kt, “La estimación de la edad en los inmigrantes indocumentados”, en ¿Menores o adultos? Procedimientos para la determinación de la edad, p. 85.

⁹ Defensor del Pueblo de España, ¿Menores o Adultos? Procedimientos para la determinación de la edad, p. 34.

Nubes en cualquier dibujo; genitales dibujados en la persona; manos demasiado grandes; ojos de la persona enfatizados, grandes; ojos de la persona pequeños u omitido; piernas de las personas juntas; árbol fálico; sombreado de la cara, cuerpo, extremidades, manos o cuello de la persona; énfasis vertical en el dibujo de la casa. Trabajos en esta línea han sido ampliamente criticados por la comunidad científica, su rigurosidad metodológica, principalmente por la falta de estandarización de esas pruebas, existiendo consenso al desaconsejar su uso para la evaluación del abuso sexual infantil, especialmente en el contexto forense.¹⁰

Por otro lado, ante la ausencia de estudios empíricos que respalden un método, técnica o teoría, lo primero que debería hacerse es preguntar si es posible obtener ese tipo de información y, en su caso, por qué no se ha obtenido. Quizá no todas las áreas de conocimiento que pudieran estar implicadas en el amplísimo contexto de las pruebas periciales pueden generar el tipo de estudios empíricos que pueden desarrollarse en el ámbito de la medicina o de las ciencias forenses, etcétera.

Ahora bien, si lo que se tiene es solo la experiencia de un sujeto, me parece muy oportuna la crítica de Pierce al cartesianismo, como doctrina que nos enseña que el último *test* de certeza se encuentra en la consciencia individual:

Sabemos que un hombre solo no basta en tanto esté él solo [...] Particularmente, que la experiencia de un hombre es nada si es única. Si un hombre ve lo que otros no pueden ver, entonces le llamamos alucinación. No es ‘mi experiencia’ sino ‘nuestra experiencia’ la que debe tomarse en cuenta; y ese ‘nuestra’ tiene infinitas posibilidades.¹¹

Si entendemos que esas “infinitas posibilidades” tienen que ver con cómo mostrar los fundamentos empíricos que de hecho se *tienen*, Marina Gascón ofrece otras preguntas alternativas:

¿Hay un cuerpo de literatura especializada en ese campo de conocimiento?

¹⁰ Scott, Manzanero, *et. al.*, “Admisibilidad en contextos forenses de indicadores clínicos para la detección del abuso sexual infantil”, en *Anuario de Psicología Jurídica*, p. 61. Para más referencias a los diversos estudios empíricos que fundan el consenso de la comunidad científica V. este mismo título.

¹¹ Pierce, *Collected papers*, 5.402n2.

¿Existen puntos de vista opuestos a esa técnica, o simplemente menos favorables a ella? De ser así, ¿cuál es su validez científica y cuál la cualificación, experiencia y prestigio profesional en la comunidad científica de los científicos que los mantienen? ¿Existen estándares en la comunidad de referencia para el control de la aplicación de esa técnica?

¿Hay información que indique que quienes han desarrollado esa técnica tienen algún interés en alcanzar las conclusiones que han alcanzado? ¹²

En definitiva, se trata de explicitar y justificar con la mejor evidencia disponible las generalizaciones que serán empleadas para resolver el caso. No obstante, todavía en la aplicación de generalizaciones bien fundadas se pueden cometer errores o pueden tener debilidades cuando se aplican al caso específico y, precisamente por ello, vale la pena preguntarnos lo siguiente:

- ¿Cuán bien han sido aplicadas esas generalizaciones a los hechos del caso que ha tomado en cuenta en su análisis?
 - ♦ Si, por ejemplo, hay modelos comparativos con los que se ha analizado el caso específico, habría que considerar si son aplicables al mismo.
 - ♦ Si, por ejemplo, suponiendo que se trata de una prueba psicológica en la que se ha llevado a cabo una entrevista con alguna de las partes, hay que considerar la relevancia de las preguntas que la conforman.
 - ♦ Si, por ejemplo, se trata de usar determinados instrumentos o aparatos que son válidos y fiables, quizá en algunos casos

¹² Gascón, “Ideas para un “control de fiabilidad de las pruebas forenses”, en *Manual sobre derechos humanos y prueba en el proceso penal*, pp. 74 y 75.

podríamos preocuparnos por su calibración en el correcto funcionamiento para el caso.

Una vez hecho lo anterior, solo quedaría analizar:

- ¿Cuán justificadas están sus conclusiones a partir de las premisas que el perito planteó?
 - ♦ Por ejemplo, si de las premisas se sigue deductivamente la conclusión.
 - ♦ O la amplitud de la inferencia realizada.

En todo lo anterior, habría que considerar la información brindada en las diversas instancias en que el experto ha presentado, desarrollado, explicado y justificado la información sobre el caso concreto. Nuevamente aquí vale la pena recordar que no se trata de una valoración independiente al contenido del razonamiento inferencial, sino que se entrelaza con él. Así, por ejemplo, en su comparecencia en juicio oral, el perito podría explicar por qué hay una suerte de contradicción en sus afirmaciones o por qué no realizó una prueba que se suele hacer en su área, etcétera. Las respuestas a estas cuestiones obviamente deberán verse reflejadas en la valoración judicial de una prueba pericial. Precisamente sobre las actuaciones del experto veamos el tercer y último rubro:

3. *La presentación de la información que hace el perito en sus diversas intervenciones durante un proceso judicial.* Sobre esto hay que plantearse lo siguiente:

- ¿Cuán informativo es el informe pericial?

Esto es de suma importancia porque, por un lado, el informe ofrecerá la pauta para valorar la prueba al especificar cuál es su objetivo y para poder considerar si el experto tomó en cuenta toda la información relevante sobre el caso. Pero, por otro lado, también permitirá hacer consideraciones sobre las posibilidades de la contraparte de ofrecer información relevante para contraargumentar una prueba pericial.

Pues bien, como se ha dicho en el *Capítulo IV* sobre la admisión de la prueba pericial, debería estar mejor regulado el contenido mínimo del informe pericial a efectos de asegurarnos que se presente la información relevante y completa que nos permitirá valorar racionalmente las afirmaciones del experto. En todo caso, afortunadamente, en nuestros sistemas actuales el informe pericial no debe ser valorado de manera exclusiva, hay que considerar todo el debate que se dé al respecto en la práctica de la prueba. Siguiendo esa línea, habría que tomar en cuenta lo siguiente:

- Como el perito ha respondido sustantivamente a las preguntas relevantes planteadas durante el juicio oral, es decir, si explicó y justificó toda la información empleada en su informe, incluida aquella originada por terceros; y
- Si hubo una junta pericial realizada en condiciones adecuadas, cuál fue el resultado sustantivo de la misma en atención a los desacuerdos que había entre los expertos.

Con todo lo anterior tendríamos un conjunto de información disponible que nos permitirá valorar adecuadamente el conocimiento experto admitido y practicado para resolver un caso concreto. No hay que olvidarnos que no se trata de exigir a los jueces que se conviertan en una suerte de pseudoexpertos, la única función exigible es el *control de la inferencia pericial*. Ahora, para que puedan hacerlo, hay que asegurarnos de que existen los mecanismos oportunos para que esa información esté disponible en el proceso judicial, a efectos de que los jueces puedan comprender lo necesario para resolver el caso.

Llegados a este punto, solo resta enlistar un conjunto de reglas *negativas* en la valoración de la prueba pericial:

- No otorgar valor probatorio únicamente en función de si se trata de un perito oficial o no; el “origen” del experto nada dice sobre la calidad de su razonamiento pericial.

- No dar valor probatorio solo en función de las credenciales de un experto; el perito con las mejores credenciales también puede cometer errores y usar métodos o técnicas de fiabilidad baja.¹³
- No atribuir valor probatorio por criterios cuantitativos, es decir, con la idea de que, si dos expertos concluyen *X*, entonces como mayoría deben tener razón y no el único que concluye *Y*; dos o más expertos pueden también estar equivocados.
- No atribuir valor probatorio por el mero hecho de que no haya desacuerdos entre los expertos. El criterio de corrección de una prueba pericial no debe ser si una mayoría acuerda en que *X* es verdadero, sino si *X* es de hecho verdadero.
- No atribuir valor probatorio porque las partes no cuestionan lo dicho o hecho por los peritos. Evidentemente puede haber muchas razones, incluso estratégicas, para que las partes no cuestionen a un experto, pero ello de ninguna manera justifica al juez a renunciar a la tarea que nuestros sistemas jurídicos le atribuyen: valorar racionalmente la prueba pericial.

Sin duda alguna esta obligación judicial de valorar la prueba pericial es compleja, sobre todo cuando el conocimiento experto que se ofrece es en sí mismo complejo. No obstante, no podemos huir ni del uso de la ciencia y la tecnología en nuestras sociedades actuales, ni de estas exigencias de racionalidad en nuestros sistemas constitucionales.

III. La valoración de la prueba testifical

Me parece que puede ser muy útil empezar el análisis de la valoración de la prueba testifical poniendo sobre la mesa un par de tesis de la Primera Sala de la SCJN en el marco del anterior sistema de justicia penal:

¹³ La designación de un perito sirve como auxilio de la justicia, cuando se trata de cuestiones de orden técnico o científico. El dictamen servirá como asesoramiento y su valor será apreciado conforme a la profesionalidad y aptitudes de la persona a quien se encomendó el cometido.

El artículo 289 del Código Federal de Procedimientos Penales establece que para apreciar la prueba testimonial, el juzgador debe considerar que el testigo: a) tenga el criterio necesario para juzgar el acto; b) tenga completa imparcialidad; c) atestigüe respecto a un hecho susceptible de conocerse por medio de los sentidos, y que lo conozca por sí mismo y no por inducciones o referencias de otro sujeto; d) efectúe la declaración *de forma clara y precisa, sin dudas ni reticencias sobre la sustancia del hecho ni sobre las circunstancias esenciales*; y, e) no haya sido obligado por fuerza o miedo, ni impulsado por engaño, error o soborno. En congruencia con lo anterior, se concluye que cuando en una declaración testimonial se aportan datos relevantes para el proceso penal, unos que son conocidos directa o sensorialmente por el deponente y otros por referencia de terceros –y que, en consecuencia, no le constan–, el relato de los primeros, en caso de cumplir con los demás requisitos legalmente establecidos, tendrá valor indiciario, y podrá constituir prueba plena derivado de la valoración del juzgador, *cuando se encuentren reforzados con otros medios de convicción*, mientras que la declaración de los segundos carecerá de eficacia probatoria, por no satisfacer el requisito referente al conocimiento directo que prevé el citado numeral.¹⁴

a) que por su edad, capacidad e instrucción, tenga el criterio necesario para declarar en relación a los hechos que narra; b) que por su honradez e independencia de su posición y antecedentes personales, se llegue al convencimiento de que no tiene motivos para declarar en favor o en contra del inculpado; c) que el hecho de que se trate sea susceptible de conocerse por medio de los sentidos, y que el testigo lo conozca por sí mismo y no por inducciones ni referencias de otro; d) que la declaración sea clara y precisa, sin dudas ni reticencias, respecto de la sustancia del hecho y sus circunstancias esenciales; e) que el testigo no haya sido obligado por fuerza o miedo, ni impulsado por engaño, error o soborno, siendo que el apremio judicial no se reputará como fuerza.¹⁵

Claramente, la corte, como la gran mayoría de los tribunales de la tradición romano-germánica, basaba la valoración de la prueba testifical en el sujeto y sus características, no en su relato y la exactitud de este. Por supuesto, no se planteaba exigir a los jueces que analizaran indicadores de exactitud del recuerdo, por el

¹⁴ Tesis: 549, *Apéndice de 2011*, Primera Sala, Novena Época, Registro Digital: 1005927.

¹⁵ Tesis: 1a./J. 1/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Primera Sala, Novena Época, Registro Digital: 172945.

contrario, se alentaba el uso de intuiciones u otro tipo de cuestiones sin mayor fundamento científico. Aún más, se trata de criterios que la investigación empírica ha demostrado directamente falsos, como la confianza que el testigo muestra en la precisión de su recuerdo, y potencialmente peligrosos, como la consistencia en lo que se afirma.

“Lo reconoce sin ningún género de dudas” o “se ratifica totalmente en su dicho” son un tipo de fórmulas ampliamente usadas que, sin brindar información sobre la exactitud de un testimonio, en cambio, sí informan de la existencia de una creencia. Por ejemplo, si *Y* afirma *q* con seguridad y confianza, entonces eso significaría que su relato o identificación se ajusta a la realidad de lo que ha sucedido.¹⁶ En cambio, la investigación empírica ha mostrado bajísima o nula correlación entre confianza y exactitud,¹⁷ y ha encontrado también distintas variables que afectan la confianza sin altear la exactitud y viceversa, tales como la repetición de preguntas, la información engañosa post-suceso, el paso del tiempo y las condiciones del suceso.¹⁸

Por lo que hace a las inconsistencias, como se vio en el capítulo anterior, a diferencia de las contradicciones, pueden tener una correcta explicación en lo que sabemos sobre el funcionamiento de la memoria,¹⁹ sobre todo en determinadas víctimas de ciertos delitos, como en las víctimas de abuso sexual infantil.²⁰ Antes de dijo, además, que la consistencia podría ser también peligrosa, esto sucede concretamente cuando ha habido más de una diligencia de identificación de personas.

¹⁶ Cf. De Paula Ramos, *La prueba testifical. Del subjetivismo al objetivismo, del aislamiento científico al diálogo con la psicología y la epistemología*, p. 115, donde cita un estudio con jurados simulados en donde los veredictos de culpabilidad se incrementan tremendamente, 42,4%, que caían al 9,4 cuando el testigo se mostraba poco confiado.

¹⁷ Cf. Diges y Pérez Mata, “La prueba de identificación desde la psicología del testimonio”, en *Identificaciones fotográficas y en Rueda de reconocimiento. Un análisis del derecho procesal penal y la psicología del testimonio*, p. 73; Contreras Rojas, *La valoración de la prueba de interrogatorio*, p. 189; Vara, *Psicología del testimonio: características de los casos de abuso sexual en víctimas especialmente vulnerables*, p. 127.

¹⁸ Cf. Contreras Rojas, *op. cit.*, p. 191.

¹⁹ En cambio, los resultados de una encuesta del 2005 sobre las creencias y prejuicios en testigos infantiles víctimas de abuso sexual arrojaron que casi un tercio de legos en estas cuestiones consideran el relato como deshonesto cuando contiene inconsistencias. V. Quas, Thompson, *et. al.*, “Do jurors ‘know’ what isn’t so about child witnesses?”, en *Law and Human Behavior*.

²⁰ Según Vara, *op. cit.*, “los estudios sobre los testimonios de víctimas de abuso sexual infantil presentan una mayor inconsistencia debido a la omisión de conexiones gramaticales en su discurso, disminuyendo la coherencia narrativa principalmente entre las víctimas con mayor sintomatología traumática”.

Si la primera identificación se hace de manera incorrecta, entonces las siguientes identificaciones reproducirán ese error y, entonces, esa “consistencia” en las identificaciones hechas no es más que la reiteración de un error. Volveremos sobre esta cuestión más adelante.

Pero, entonces, si esas habituales circunstancias controlables por un juez se han demostrado empíricamente inadecuadas, ¿hacia dónde hay que transitar? Afortunadamente, ya en el marco del nuevo sistema de justicia penal encontramos tesis que hacen planteamientos no solo novedosos, sino acordes con los desarrollos científicos:

el juzgador podrá hacer uso de la psicología del testimonio; disciplina inmersa en la psicología experimental y cognitiva, que se centra en delimitar dos puntos: i. La credibilidad de la declaración analizada, entendida como la correspondencia entre lo sucedido y lo relatado por el testigo; y, ii. La precisión de lo declarado, esto es, la exactitud entre lo ocurrido y lo que el testigo recuerda. Véase que esta herramienta facilita al juzgador determinar la calidad de un testimonio, con base en las premisas objetivas señaladas, para restar o conceder la credibilidad que, de acuerdo con el examen indicado, estime pertinente.²¹

Y, ¿cómo podemos reflejar lo anterior en la valoración de una prueba testifical?, ¿pueden hacerlo los jueces, como sugiere la tesis, o, por el contrario, sería ideal que haya siempre un experto de por medio?²² Para responder a estas preguntas debemos empezar por atender a la diferencia entre valorar la credibilidad de un sujeto y valorar la exactitud de un testimonio. Cuando nos movemos en el ámbito de valorar *un* testimonio de un testigo de inicio creíble, entonces parece indispensable partir de la asunción que hay una especial vulnerabilidad de estos al error,

²¹ Tesis: I.7o.P82 P (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, Registro Digital: 2014791.

²² Como parece defender De Paula Ramos, *op. cit.*, p. 162, cuando al hablar sobre la formulación de preguntas afirma que “la forma ideal de testimonio sería aquella que dirige un profesional preparado de forma que se contaminara lo menos posible la memoria del entrevistado”. Aunque también afirma que, si fuera el juez, entonces debería recibir la formación oportuna. Por otro lado, Nieva, en *La valoración de la prueba*, p. 222, después de comentar que los jueces no tienen la más mínima formación para valorar de manera objetiva la declaración, da algunos criterios objetivos que “debidamente aprehendidos, pueden ser utilizados por un juez, puesto que es claramente inviable que en cada proceso deba existir una prueba pericial para valorar los testigos”.

tal como lo demuestran todos los estudios sobre la psicología de la memoria. Ello no quiere decir que no podrán usarse las pruebas testificales, solo implica que debemos modificar las prácticas habituales para tomar las cautelas que dicha debilidad exige. En esta línea, por ejemplo, el Reino Unido nos lleva ya un tramo de diferencia desde la conocida “*Turnbull warning*” en materia de identificaciones. Se trata de un conjunto de instrucciones que el juez debe dar al jurado alertándolo de que:

- Es necesario ser cauteloso para evitar los riesgos de cometer una injusticia;
- Un testigo honesto y convencido puede equivocarse;
- Un testigo que está seguro puede estar equivocado;
- Más de un testigo pueden estar equivocados;
- Un testigo que es capaz de reconocer al acusado, incluso cuando el testigo conoce muy bien al acusado, puede equivocarse.²³

La *Turnbull warning* va más allá y enlista también un conjunto de cuestiones que el jurado debería considerar para atribuir valor probatorio a una identificación, pero antes de pasar a ello es necesario atender a la relevante distinción entre las pruebas de memoria que consisten en la identificación de una persona por su cara y las de sucesos. Si atendemos a los resultados de la investigación empírica, la primera parte de la *Turnbull warning* sería aplicable a ambas, pero conocer los factores que pueden estimarse para conocer la exactitud de lo que afirma un testigo sí exige asumir las diferencias entre aquellas.

Aunado a lo anterior, vale la pena también tomar en cuenta qué material se tiene para valorar *cómo* se recabó el recuerdo y no solo la codificación o retención del recuerdo. Esta cuestión es claramente reconocida como fundamental por la psicología del testimonio,²⁴ pero es que en el ámbito jurídico debe también con-

²³ Para conocer más sobre la *Turnbull warning*, V. *The Crown Court Compendium*. Disponible en <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2018/06/crown-court-compedium-pt1-jury-and-trial-management-and-summing-up-june-2018-1.pdf?fbclid=IwAR3snHFQrqtYFtgcBujRDxn3n13CW29K4btRFR3RSUfGFicFggkmRiCtPE>

²⁴ Recordemos que la psicología del testimonio alude a los factores de codificación, factores de retención y, para lo que aquí importa, factores de recuperación.

siderarse su relevancia. En nuestros sistemas actuales se obliga a considerar exclusiva o fundamentalmente lo que sucedió en el juicio oral y, por tanto, lo que sucedió en esa instancia será clave. Ahora bien, si hay grabaciones sobre el desarrollo de las declaraciones previas o identificaciones, las partes podrían poner sobre la mesa la necesidad de visualizar al menos una parte de ellas para que se debatan las posibles influencias que sufre el testigo debido a la actuación de los otros intervinientes en las mismas. En ausencia de grabaciones, las actas que se levanten sobre estas diligencias devienen de importancia trascendental, si en ellas no se plasman detalladamente las circunstancias en que se llevó a cabo el reconocimiento, el tipo de información que la policía dio a quien identifica o la dinámica empleada no hay manera de ejercer un control judicial adecuado;²⁵ y lo mismo sucede cuando el testigo declara o es entrevistado respecto los sucesos que vivió, no solo en las identificaciones.

Una vez dicho esto, consideremos en primer lugar los factores de exactitud en los recuerdos de *sucesos*. No me interesa entrar ni en el análisis de cada uno de ellos ni en su fundamentación;²⁶ en cambio, me interesa abordar algunas cuestiones sobre su posible análisis por parte de los operadores jurídicos, fundamentalmente de las personas juzgadoras. Veamos primero, de la mano de Antonio Manzanero, cuáles son esos factores, que presento a continuación de forma esquematizada:

1. Condiciones de codificación.
 - A. Habrá que atender a los factores del suceso y, para ello, es necesario cuestionarnos lo siguiente:
 - a. ¿Cuáles fueron las condiciones de percepción del suceso?

²⁵ Cf. Miranda Estrampes, “Licitud, regularidad y suficiencia probatoria de las identificaciones visuales”, en *Identificaciones fotográficas y en Rueda de reconocimiento. Un análisis del derecho procesal penal y la psicología del testimonio*, p. 127.

²⁶ El lector interesado puede encontrar desarrollos bien detallados y sustantivos en la bibliografía especializada.

En términos generales, “[c]uanto mejores sean las condiciones de luz, mejor será el procesamiento visual de la información”,²⁷ por esto también hay que considerar los posibles cambios de luz y nuestra capacidad para adaptarnos a ellos. Aquí también entrarían la distancia, la perspectiva y la frecuencia espacial, la percepción auditiva y del movimiento de objetos.

b. ¿Hubo “información especial” o ciertos detalles en el suceso?

Según Manzanero, los detalles más relevantes serían la llamada “información procedimental” relativa a las habilidades que una persona adquiere mediante la experiencia a efectos de evaluar su facilidad para describir determinados hechos relacionados con ellas; la duración del hecho, puesto que permitiría una mejor asimilación de los que se observa; si estuvo la percepción de velocidad implicada, ámbito en el que cometemos muchos errores los seres humanos; o cómo pudo haber impactado en la codificación del suceso el hecho de sentir dolor.²⁸

c. ¿Cuál es la familiaridad del testigo con el tipo de sucesos? Y, ¿se trata de un suceso vivido con alguna frecuencia por el testigo?

Se recordarán mejor y con más detalles aquellos hechos con los que el testigo tenga cierta familiaridad dado que esta “facilita la realización de un procesamiento más profundo y permite ... realizar procesos de atención más selectivos”.²⁹ Por lo que hace a la frecuencia de los hechos, aunque se podrán recordar más detalles conforme más se viven el mismo tipo de hechos, se corre el riesgo de confundir en qué ocasión pasaron unas y otras cosas.

d. ¿De qué tipo de suceso hablamos y, a partir de ello cuál es la implicación emocional del testigo?

La investigación empírica demuestra que es falso que el impacto de un suceso violento que impacta en los testigos los hace tener mejores recuerdos. Por el

²⁷ Manzanero, *Memoria de testigos. Obtención y valoración de la prueba testifical*, p. 24.

²⁸ *Ibid.*, p. 30.

²⁹ *Ibid.*, p. 32.

contrario, los delitos con mayor grado de violencia, en general, se recuerdan peor que los neutros.³⁰

- B. También hay que tomar en cuenta ciertos factores del testigo mismo y por ello prestar atención a lo siguiente:
 - a. ¿Cuál es la edad del testigo?

En términos muy amplios, habría que considerar si podemos clasificarlos como “menores”, “jóvenes” o de “personas mayores”. Aunque hay casos claros de unos y otros, hay casos difíciles puesto que no se puede concretar de qué edad específicamente se trata. En todo caso, por ejemplo, las “personas mayores”, si no tienen alguna patología que afecte su memoria, “tendrán más dificultad para recordar detalles incidentales del suceso y serán más precavidos a la hora de tomar decisiones y expresar confianza [;] disminuye significativamente también la capacidad para identificar personas”.³¹ Mientras, como ya se había dicho antes, la memoria infantil es más sugestionable y en algunas franjas de edad se enfrentan problemas relacionadas con la imaginación de los niños o su vocabulario en formación.

- b. Si es posible detectar el empleo de expectativas y estereotipos no solo en la interpretación al percibir sino también al rellenar información en aquellos casos en que la percepción de suceso fue imperfecta.
 - c. Si evocar los recuerdos del suceso y sus detalles, produce en el testigo ansiedad y algún otro tipo de emoción.

Este punto es relevante solo en los extremos, es decir, altos niveles de tales emociones tienen consecuencias sobre qué se recuerda, puesto que se obvia información periférica, habiendo un estrechamiento del foco de atención.

- d. ¿Cuál es el estado de implicación del testigo?

³⁰ *Ibid.*, p. 33.

³¹ *Ibid.*, p. 34.

La investigación empírica demuestra que, por razones muy diversas, relacionadas con algunos de los puntos anteriores, “los testigos ajenos al suceso y las víctimas suelen aportar diferentes tipos de información”.³² Ello no impacta necesariamente en la calidad de la información, si no en los detalles que podría recordar la víctima y no quien no está implicado, que podría recordar más información general, del contexto o las personas que estaban, etcétera.

- e. Si el testigo consume alcohol o drogas o determinados fármacos de manera constante o frecuente hay que tomar en cuenta que pueden generar un deterioro de la memoria.
2. Además de las condiciones en las que tuvo lugar la codificación, hay que considerar los factores de retención y de recuperación de la memoria para conocer su exactitud. Y, en ese sentido, hay que saber que:
 - A. El tiempo que transcurre entre el suceso y la recuperación de la información en sí mismo distorsiona las memorias, “debilitando la fuerza de la huella de la memoria y la información contextual que la caracteriza”.³³
 - B. Por lo que hace a la memoria autobiográfica, “la reconstrucción de las huellas de la memoria que se produce por efecto de las múltiples recuperaciones y la imaginación” es el principal factor de distorsión.
 - C. Un elemento central de la memoria autobiográfica es cómo se pregunta al testigo a efectos de que ofrezca no solo más información, sino información exacta. El formato de recuperación narrativa ofrece una recuperación más exacta de la memoria, aunque con menos cantidad de información. Por el contrario, el uso de interrogatorios “implica una mayor presión que llevará a

³² *Ibid.*, p. 40.

³³ *Ibid.*, p. 45.

rellenar lagunas y también que en la formulación de preguntas es más fácil sugerir información”.³⁴

- D. La psicología del testimonio ha desarrollado algunas técnicas que *podrían* ayudar a los testigos a recordar más y mejor. Una de ellas, por ejemplo, es la reinstauración del contexto; aunque no siempre resulta efectiva, sí podría facilitar la accesibilidad y recuperación de la información,³⁵ sobre todo cuando hay más evidencias materiales en el lugar.³⁶
- E. Si hubo falsas ayudas para la obtención del recuerdo, como tortura, “suero de la verdad” o hipnosis, hay que evitar que las fantasías, las imaginaciones o las mentiras contaminen el recuerdo.

Hasta aquí es evidente que, dado cómo funciona la memoria humana, son varios los factores que hay que considerar para valorar la exactitud de un testimonio.³⁷ En el contexto procesal tal tarea debe llevarse a cabo en escenarios probatorios no siempre conformados por toda la información relevante y donde la valoración de la prueba testifical debe ser realizada por el juzgador. En ese contexto surgen dos preguntas: ¿cuál podría ser la utilidad de considerar los factores antes enlistados? Y, dado que hay tantos elementos que pueden incidir en la memoria, ¿puede una prueba testifical ser suficiente para tomar la decisión sobre los hechos del caso?

De Paula Ramos defiende que tomar en consideración los factores de codificación, retención y recuperación “servirá solo con efecto negativo, es decir, solo para dar un valor menor a testimonios que no cumplan los criterios. Nunca, por el

³⁴ *Ibid.*, p. 51.

³⁵ *Ibid.*, p. 54.

³⁶ Otro ejemplo es la llamada “entrevista cognitiva” que debería ser realizada por un experto y, según Manzanero, debería ser usada de manera restringida, evitando ciertas técnicas como pedir al entrevistado que cambie su posición espacial, el rol desempeñado o cambiar los puntos de partida. *Cf. Ibid.*, p. 58.

³⁷ Nieva, después de dar cuenta de los avances de la psicología del testimonio, parece renunciar a ellos (por dudas de que los jueces sean capaces de usarlos) cuando identifica lo que él llama “circunstancias controlables por el juez”: coherencia de relatos, la contextualización del relato, la corroboración periférica del relato y la existencia de detalles oportunistas a favor del declarante. *Cf. Nieva, op. cit.*, p. 222.

contrario, para aumentar su valor o incluso para referirse a su sinceridad o veracidad”.³⁸ Me parece que esta postura no está considerando la tarea que debe realizarse en la valoración individual de la prueba ni que los criterios aludidos sirven *en conjunto* para inferir si *un testimonio* puede ser más o menos *exacto*—por lo que, obviamente, de ellos no podríamos desprender nada sobre la sinceridad de una persona—. Y es que, como ya se ha dicho, el objeto de valoración habitual en una prueba testifical no es la sinceridad del testigo, sino la mayor o menor exactitud de su testimonio.

En cambio, la intuición de De Paula Ramos sobre el “efecto negativo” nos debería llevar a preguntarnos sobre *las posibilidades de error* en la memoria a efectos de valorar la exactitud de un testimonio, en lugar de centrarnos en si lo que dice un testigo está lleno de detalles relevantes. Esto resulta compatible con el hecho de que en la mayoría de los casos los testigos no recuerdan bien, cometen errores y hasta olvidan describir lo más importante para el caso.³⁹ Como ya se había advertido en el capítulo anterior, vale mejor pensar en los testigos reales, de memoria promedio y no en los ideales, de memoria prodigiosa.

Si tomamos el punto de partida sugerido anteriormente, nuevamente De Paula Ramos nos da la pauta: en el testimonio de una persona se pueden encontrar errores entre la realidad de lo acontecido y su percepción y errores entre su percepción y la narración.⁴⁰ En la valoración de una prueba testifical deberían tomarse en consideración ambos y, por lo tanto, argumentar sobre ellos en la motivación de la decisión sobre el valor que se le atribuirá a este elemento de juicio. Para ello, el juez, a su vez, podrá considerar para cada uno de esos errores lo siguiente:

- Cuando se trate de argumentar posibles diferencias entre la realidad y la percepción:
 - Los factores que influyen en una *percepción sensorial* errónea, entre los cuales están algunas de las condiciones perceptivas antes

³⁸ De Paula Ramos, *op. cit.*, p. 168.

³⁹ Cf. Manzanero, *op. cit.*, p. 46.

⁴⁰ Cf. De Paula Ramos, *op. cit.*, p. 168.

mencionadas; la luz o nuestras debilidades en la percepción de movimiento serían dos ejemplos.

- ♦ Los factores que influyen en una *interpretación* errónea,⁴¹ como la edad del sujeto en atención a sus herramientas cognitivas o la presencia de estereotipos, etcétera.
- Y, cuando se trate de argumentar posibles diferencias entre la percepción y la narración dada, entonces hay que considerar:
 - ♦ El olvido y distorsión de información, tanto en cantidad como en calidad, en cuanto ambos son procesos normales de nuestra memoria. Aquí cobra importancia el paso del tiempo, la superposición de recuerdos u otras interferencias.
 - ♦ Las posibilidades de sugestión, que nos puede llevar fácilmente a tener “recuerdos falsos” o “falsas memorias”, por contacto involuntario con información post-suceso, pero también por las entrevistas o interrogatorios a las que se es sometido.
 - ♦ Por supuesto, la mentira, es decir, cuando la persona miente deliberadamente.

En relación con la posibilidad de que un testigo mienta, no podemos obviar el criterio *jurídico* relativo a la identificación de un testigo como “imparcial” o “parcial”. Es decir, es el derecho el que toma decisiones *normativas* sobre a quién hay que considerar como alguien que tiene motivos para no decir la verdad y el establecimiento de las consecuencias jurídicas por ello. Así, históricamente

⁴¹ Como bien dice Ramírez Ortiz, “El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género”, en *Quaestio Facti*, p. 215: en la codificación de la información que el testigo recibe no solo influye la corrección de la percepción (que puede ser errónea), sino también los conocimientos previos del testigo, pues al tiempo que percibimos un suceso lo estamos interpretando, de modo que lo que se almacena en la memoria no solo se basa en la pura percepción sensorial, sino en el trasfondo cultural de quien percibió el hecho y en las inferencias probables que realizó sobre aspectos no percibidos, basadas en esos conocimientos previos.

hemos construido todo un sistema de tachas al testigo atendiendo a “los motivos de parcialidad que concurren en los testigos y que desvalorizan su testimonio”⁴² y que sirven “para invalidar o desvirtuar la fuerza probatoria de [las] declaraciones”.⁴³ Aunque el derecho haya establecido una regla que nos obliga a omitir ciertos testimonios, el testimonio de un cónyuge o pariente por consanguinidad o quien ha sido condenado por falso testimonio *de hecho* podría llegar a ser una instancia testimonial con un nivel de exactitud alto. Como dice Manzanero, “solo podemos especular acerca de las posibles motivaciones del testigo para ocultar o distorsionar lo ocurrido”⁴⁴ y el derecho “institucionaliza” esas especulaciones. En todo caso, más allá de dejar en claro la decisión tomada al respecto de las potenciales mentiras de determinados testigos, no es este el lugar para entrar al detalle de estas cuestiones.

Lo dicho hasta aquí presupone la capacidad de testificar del testigo y, entonces, centrados en la exactitud del testimonio de un testigo capaz, podríamos preguntarnos si solo habría que considerar los factores de codificación, retención y recuperación para atribuirle valor probatorio. En mi opinión, la respuesta, curiosamente, la podemos encontrar en el debate sobre el “testigo único”, es decir, cuando nos preguntamos si el testimonio de una persona podría constituir prueba suficiente para tomar una decisión. Sobre este tema, en México, encontramos la siguiente tesis de jurisprudencia en materia penal:

Por regla general, en el procedimiento penal una sentencia condenatoria *no puede sustentarse en el dicho de un solo testigo*. Sin embargo, para que el testimonio de la única persona que presenció los hechos ilícitos soporte una sentencia condenatoria, es menester que el mismo ofrezca garantía de conocimiento y veracidad tal que sea capaz de convencer con su dicho, *bien sea por la evidente razón de haber conocido los hechos o por determinadas circunstancias personales que lo conviertan en un testigo insospechable de parcialidad*. Por lo que el juzgador, a efecto de determinar si la manifestación del testigo único reúne tales características deberá atender

⁴² Silva Melero, *La prueba procesal*, p. 43.

⁴³ Manresa y Navarro, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil reformada conforme a las bases aprobadas por la Ley de 21 de julio de 1880*, p. 625.

⁴⁴ Manzanero, *op. cit.*, p. 83.

a la forma en que se desarrollaron los hechos, a las circunstancias de su realización, a las particularidades que revista tanto el testigo como su declaración y, además, a que lo testificado por éste se encuentre adminiculado con el resto de las pruebas indirectas que determinen fehacientemente la responsabilidad penal que se le atribuye al sentenciado. De donde se sigue que si de autos se advierte que por la hora y forma de comisión del hecho delictivo, éste se realizó en presencia de un solo testigo; que no se advierte que trate de perjudicar al quejoso; y, además, que su manifestación se encuentre adminiculada con el resto de las pruebas existentes en el sumario, por tanto, es evidente que el testimonio de éste adquiere valor preponderante y, por ende, es suficiente para fincar responsabilidad penal al quejoso en la comisión del delito que se le reprocha.⁴⁵

En varios criterios relacionados con el testimonio único se alude a la idea de “adminiculación con el resto de pruebas”, lo que es extraño porque supuestamente estamos ante una única prueba, ¿cómo entonces consideraríamos una valoración del —inexistente— conjunto de elementos de juicio? Además, en este escenario no queda claro si se está confundiendo la valoración individual de la prueba testifical con la valoración en conjunto, si es que hubiera otros elementos de juicio disponibles.

Creo que la mejor manera de reconstruir tesis como la anteriormente citada es considerar la corroboración del contenido del testimonio como una estrategia adecuada para atribuir valor probatorio. La corroboración se traduciría en tener información sobre la fiabilidad externa de una instancia testimonial, una vez que tenemos datos sobre su fiabilidad interna a través de los factores de codificación, retención y recuperación del recuerdo. Para ello debemos contar con información independiente a la declaración y que permitiría *contextualizar* los hechos que se narran.⁴⁶

⁴⁵ Tesis: 1066, *Apéndice de 2011*, Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, Registro Digital: 1006444.

⁴⁶ En palabras de Ramírez Ortiz desglosando a Perfecto Andrés Ibáñez:

a) El objeto de la corroboración es un enunciado fáctico emitido por el testigo sobre el hecho principal. No, por tanto, directamente enunciados sobre el hecho principal, ni tampoco enunciados sobre hechos secundarios. b) La fuente de la corroboración ha de ser ajena al testigo. El dato corroborador debe provenir, por tanto, de otro lugar. c) El contenido informativo del dato corroborador no versa directa-

La información sobre el contexto, esto es, las circunstancias o condiciones en que tuvieron lugar los hechos será entonces una pieza clave para la atribución de valor probatorio a un testimonio. Y, por ello, cobra suma relevancia la identificación de elementos de juicio independientes a la declaración misma que sirvan para confirmar su contenido. Aquí nuevamente entran en juego las primeras intervenciones que se hacen en la memoria de un testigo, pues en la medida de las posibilidades deberían servir para que el testigo brinde más información sobre el contexto que pudiera corroborar su testimonio. Evidentemente no solo el testigo podría aportar esa información, una buena investigación del delito seguramente podría abonar mucho en esa contextualización. Paradójicamente la búsqueda exitosa de esa información podría generar que el interés en la corroboración de un testimonio disminuyera porque aquella termina siendo suficiente para probar los hechos con independencia a aquel; este resultado, no obstante, es mucho mejor que la práctica actual consistente en disminuir los esfuerzos de la investigación cuando ya se tiene a un testigo o más.

El tema de la corroboración *externa* cobra especial importancia cuando se trata de las pruebas de identificación visual pues, como dice Miranda Estrampes, “la persistencia en la identificación visual, como consecuencia de la realización durante el proceso de varias identificaciones de la misma persona, no puede ser utilizada como criterio de corroboración para dotar de exactitud a la identificación visual”.⁴⁷ Veamos estas cuestiones y, con ello, dejamos de lado el testimonio constituido por declaraciones y pasamos a las instancias testimoniales de identificación de personas.

Si hablamos sobre la persistencia en la identificación como un elemento distorsionador, quizá el mejor ejemplo es esa mala práctica todavía habitual en los tribu-

mente sobre el hecho principal, sino sobre alguna circunstancia que guarda relación con él, y cuya constatación reforzaría la veracidad de lo declarado por el testigo. (Ramírez Ortiz, *op. cit.*, p. 219).

La siguiente tesis de la Sala Primera de la SCJN sí parece ir en la línea correcta: “porque al ser la prueba testimonial una probanza no tasada por nuestra legislación, el juzgador debe considerar otros elementos probatorios y al relacionarlos con lo manifestado por el testigo, llegar a determinar si los hechos que éste narra, se encuentran corroborados con otros elementos de prueba, que permitan al órgano jurisdiccional formarse la convicción respecto de la veracidad de la declaración del ateste”. Tesis: 1a./J. 1/2007 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Primera Sala, Novena Época, Registro Digital: 172945.

⁴⁷ Miranda Estrampes, *op. cit.*, p. 145.

nales consistente en pedir que en el juicio oral el testigo o la víctima identifique al acusado cuando ya ha habido alguna diligencia de identificación previa, o cuando después de un reconocimiento fotográfico se hace uno en rueda de reconocimiento.⁴⁸ ¿Por qué no podrían ser consideradas como corroboración externa si se trata de dos actos distintos? Simple y sencillamente porque hay muchas probabilidades de que en la rueda se identifique a quien previamente se identificó por fotografía —no necesariamente al verdadero autor de un delito—, lo que se llama “efecto compromiso”. Por lo que, en realidad, no se trataría de una corroboración extrínseca, independiente; por el contrario, estaríamos ante solo una potencial “ratificación del error”.⁴⁹ Ahora, más allá del tema de la corroboración de una identificación, vale la pena entrar en algunas cuestiones fundamentales para decidir si se le atribuye o no valor probatorio.

El CNPP en el artículo 277 habla sobre el reconocimiento de personas:

El reconocimiento deberá presentar al imputado en conjunto con otras personas con características físicas similares salvo que las condiciones de la investigación no lo permitan, lo que deberá quedar asentado en el registro correspondiente de la diligencia. En todos los procedimientos de reconocimiento, el acto deberá realizarse por una autoridad ministerial distinta a la que dirige la investigación. La práctica de filas de identificación se deberá realizar de manera secuencial.

Y, posteriormente, el 279 alude a la identificación por fotografía:

Cuando sea necesario reconocer a una persona que no esté presente, podrá exhibirse su fotografía legalmente obtenida a quien deba efectuar el reconocimiento junto con la de otras personas con características semejantes, observando en lo conducente las reglas de reconocimiento de personas, con excepción de la presencia del Defensor. Se deberá guardar registro de las fotografías exhibidas.

⁴⁸ Por supuesto, dada la información de contexto que puede fácilmente generar sesgos, tampoco debería pedirse que se reconozca al acusado en el juicio oral aún cuando no haya habido una diligencia de reconocimiento previa. Esto es así porque hay elementos —como el lugar que ocupa el acusado en la sala o incluso porque podría ir con un uniforme de preso, etcétera— que incentivarían la respuesta con independencia de los recuerdos del testigo.

⁴⁹ Como bien lo llama Soletto Muñoz, *La identificación del imputado: Rueda, fotos, ADN... de los métodos basados en la percepción a la prueba científica*, p. 190.

En ningún caso se deberán mostrar al testigo fotografías, retratos computarizados o hechos a mano, o imágenes de identificación facial electrónica si la identidad del imputado es conocida por la Policía y está disponible para participar en una identificación en video, fila de identificación o identificación fotográfica.

Desafortunadamente esta legislación es sumamente parca y de ninguna manera atiende a las mejores prácticas sugeridas por los resultados de las investigaciones empíricas y que han sido seguidas por diversos países.⁵⁰

Cuando se trata de una rueda de reconocimiento, para disminuir las —altas— probabilidades de sugestibilidad y, por ende, las probabilidades de decisiones incorrectas, según Diges y Pérez Mata, es indispensable que solo se hagan cuando: (i) el testigo o víctima es honesto y (ii) el testigo y el sospechoso no se conozcan previamente.⁵¹ Esto último debido a que el recuerdo del testigo debe depender única y exclusivamente de los hechos delictivos. Ninguna de estas dos condiciones necesarias está prevista por el CNPP, ni en otros ordenamientos o por la jurisprudencia. Hay una tesis aislada que únicamente dice: El reconocimiento del inculcado a través de la Cámara de Gesell es un acto formal en virtud del cual se identifica a una persona mediante la intervención de otra quien, al verla, afirma o niega conocerla o haberla visto *en determinadas circunstancias*.⁵²

Esas “determinadas circunstancias” deberían ser exclusivamente las de la comisión del delito. Ahora bien, tampoco la tesis hace referencia alguna a las características que debe tener ese “acto formal”. Por el contrario, la psicología del testimonio señala un conjunto de factores *del sistema* que podrían potenciar aciertos y, sobre todo, errores en la identificación. Para comenzar, el encargado de realizar la rueda no debe saber quién es el sospechoso dentro de esta, por lo que se debe tratar de un procedimiento “doble ciego”.⁵³ Luego, hay cuatro cuestiones fundamentales más:

⁵⁰ Un buen ejemplo de ello lo constituye el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española.

⁵¹ Cf. Diges y Pérez Mata, *op. cit.*, p. 33.

⁵² Tesis: 1a. CCXXVII/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Primera Sala, Décima Época, Libro XXII, Julio de 2013, Tomo 1, página 568. Registro: 2004069.

⁵³ *Ibid.*, p. 72; Cf. también Miranda Estrampes, *op. cit.*, p. 132.

En la exposición de motivos del Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española se dice: En cuanto a la realización de la rueda, se recoge el principio esencial según el cual el que dirige la

- ¿Cómo se debe componer la rueda? Se debe respetar la “similar apariencia” entre las personas que la componen y esa apariencia debe responder a la descripción que ha hecho el testigo —no aquellas de quien la policía sospecha—. Entonces, la rueda debe ser imparcial; es decir, no debe haber algún miembro que destaque, sobre todo si ese que destaca es el sospechoso.
- ¿Cuál debe ser el tamaño de la rueda? El punto de partida básico es evitar que el testigo seleccione al azar y, en términos muy generales, se ha convenido que ello exige entre 5 y 12 componentes.⁵⁴
- ¿Qué instrucciones se dan al testigo o víctima?
- ¿Cuál es la dinámica de identificación? Según los datos arrojados por las investigaciones, hacer la presentación de los componentes de la rueda de forma secuencial reduce el número de falsas identificación —un 22 por 100—. ⁵⁵ Afortunadamente, El CNPP establece que debe ser secuencial, otra cosa es si en la práctica esta obligación se cumple.

De los cuatro factores del sistema, la legislación solo considera uno y nada dice sobre el resto. Mientras las decisiones judiciales al respecto parecen dejar esta tarea a los abogados:

el inculpado participa físicamente de forma activa y directa; de ahí que resulte necesaria la presencia de su defensor, *para asegurar que, material y formalmente, se*

práctica de la diligencia no ha de conocer la identidad del sospechoso, evitando así cualquier sugerencia o indicación, incluso involuntaria, que pueda mermar la pureza del reconocimiento. A estos efectos, el fiscal ha de encomendar la realización del acto a un funcionario de su oficina, que quedará debidamente identificado en el acta. Por la misma razón, tampoco podrán tomar parte en la diligencia los agentes que hayan participado en la investigación y que conozcan la identidad de la persona sospechosa.

⁵⁴ Se han propuesto diversos criterios para investigar cuál podría ser el tamaño de la rueda más adecuado, al respecto véase Diges y Pérez-Mata, *op. cit.*, pp. 67 y ss.

Por su parte, Miranda Estrampes, *op. cit.*, p. 142, señala que “cuando el número de componentes de la rueda sea inferior a cinco, el alto nivel de subjetividad de la Rueda y el aumento notable del porcentaje de error hacen que no reúna unas mínimas condiciones de imparcialidad y fiabilidad exigible y, por ello, su resultado no podrá ser valorado como prueba de cargo”.

⁵⁵ Cf. Diges y Pérez Mata, *op. cit.*, p. 72.

*cumplan los requisitos legales en su desarrollo, ya que de lo contrario, se dejaría en estado de indefensión al acusado y, por ende, se violarían sus derechos fundamentales, al no existir plena certeza de que efectivamente se presentaron los testigos o denunciadores que lo reconocieron y que no fueron inducidos al efecto.*⁵⁶

No obstante, las limitaciones que se establecen son severas, para empezar porque se dice que habría que asegurarse que se satisfagan “los requisitos legales”, los que justamente brillan por su ausencia. ¿Cómo hace el abogado para defender al inculcado? Quizá en primer lugar responder a esta cuestión nos lleva a enfatizar la necesidad de que los abogados estén bien formados en estos temas, pues de lo contrario se ven muy limitados en la defensa de los derechos fundamentales del inculcado.⁵⁷ Ahora bien, el abogado podría conocer estos factores del sistema de los que hemos hablado hasta aquí y la pregunta subsecuente sería si tales argumentos serán adecuadamente considerados en el caso de que los miembros de la policía, de la fiscalía y los jueces y juezas no estuvieran también formados en la materia.

Además de los factores del sistema, también hay que considerar — igual que en la memoria de sucesos— los factores circunstanciales en que tuvieron lugar los hechos; tanto los factores ambientales —tiempo de exposición a la cara, número de agresores, el estrés generado por la situación, etcétera— como los factores del testigo o víctima —edad, condiciones físicas, entre otros—. Además, dada la población de México, conviene señalar el peligro del sesgo de identificación *inter-etnias*. Es decir, está comprobado que las personas tenemos mayor capacidad para reconocer caras de la etnia a la que cada uno pertenece, aquellos rasgos que le son más familiares; y, en cambio, tenemos serias dificultades para hacer correctos reconocimientos de personas que tienen rasgos que no nos resultan

⁵⁶ Tesis de jurisprudencia 1a./J. 10/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Primera Sala, Décima Época, Registro Digital: 2008588.

⁵⁷ Evidentemente es una cuestión indiscutible que el abogado debe estar presente y que ello representa un avance en nuestro país. De hecho, Miranda Estrampes considera que la presencia del abogado en estas diligencias es una condición mínima de su validez constitucional. Cf. Miranda Estrampes, *op. cit.*, pp. 121 y ss.

familiares. Este sesgo, obviamente, se traduce en un aumento en la posibilidad de errores cuando hay que identificar personas de etnias distintas a la propia.⁵⁸

Si el escenario ya es poco alentador para las ruedas de reconocimiento o el reconocimiento en Cámara de Gesell —que es como se identifica en México—, la situación con el reconocimiento por fotografía genera mucha mayor preocupación por su calidad y, peor aún, por la cantidad de maneras en las que se puede y de hecho se lleva a cabo. Esto último hace que sea más difícil establecer controles adecuados y también dificulta el análisis de tantas posibilidades.

En todo caso, al igual que con la rueda de reconocimiento, en el reconocimiento por fotografía hay que establecer en qué concretas circunstancias se puede llevar a cabo. La literatura especializada dice que solo se realice cuando se desconozca la identidad del inculcado u otros datos que permitan su identificación.⁵⁹ En esa línea es muy preocupante la siguiente tesis aislada en materia penal:

Sin embargo, tratándose del reconocimiento fotográfico, el cual consiste en la exhibición al denunciante, víctima u ofendido o un testigo, de un álbum o serie de fotografías de personas sobre las cuales existen indicios de su participación en los hechos delictivos, esto es, de sospechosos de haber cometido el delito, no se conculcan los derechos fundamentales del inculcado, si las fotografías que se pongan a la vista de quienes efectúen el reconocimiento referido, *corresponden a personas respecto de las cuales se sospecha sobre su participación en el delito*, siempre que la diligencia respectiva se desahogue por funcionario facultado, no se manipulen las fotografías, ni se marquen o sean diversas de las que se pusieron a la vista.⁶⁰

La tesis parece permitir que se haga esta diligencia cuando ya hay sospechosos y ello va en contra de las mejores prácticas disponibles al respecto. Aun cuando

⁵⁸ Cf. Diges y Pérez Mata, *op. cit.*, p. 41.

⁵⁹ En la exposición de motivos del Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española se dice que “la identificación fotográfica solo podrá realizarse mediante la exhibición de álbumes en los casos en los que no exista ninguna persona sospechosa de haber cometido el hecho delictivo”.

⁶⁰ Tesis: XXI.2o.P.A.4 P (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, Registro Digital: 2012574.

se observe parcialmente lo dispuesto en el CNPP que prevé que si la identidad del imputado es conocida por la policía, pero este no está dispuesto a participar de una rueda, entonces se haga el reconocimiento por fotografía. Para hacer peor la situación, se considera que no es necesaria la presencia del abogado del sospechoso, con lo cual las garantías que sí se preveían para la rueda de reconocimiento en la identificación por fotografía se desvanecen sin mayor justificación. Pero, más allá de este importante punto, tampoco hay previsión alguna sobre dos factores del sistema fundamentales: el número mínimo de fotografías que deberían ser mostradas y el tipo de fotografías.

Al igual que en la rueda de reconocimiento, las fotografías mostradas deberían coincidir con la descripción del inculcado dada por el testigo. Ahora bien, el CNPP alude no solo a fotografías, sino también a retratos computarizados o hechos a mano, o imágenes de identificación facial electrónica y vale la pena entonces preguntarse: ¿cuán bien reflejan esas imágenes las caras que se pretenden identificar? Por ejemplo, “los datos [empíricos] muestran un rendimiento muy pobre con caras no familiares cuando la fuente de procedencia de la evidencia es la grabación de baja calidad y tiene que compararse con un registro de alta calidad (como por ejemplo una fotografía)”.⁶¹ Datos como este nos deberían llevarnos a cuestionar si, por ejemplo, debería poder realizarse esta diligencia mediante retratos hechos a mano.

Ya desde inicios del siglo pasado se nos advertían los riesgos del reconocimiento mediante fotografía:

La presentación de la fotografía ante la persona es, por sí misma, una fuente de error, de la que nadie, hasta ahora, parece haberse dado cuenta. Cuando el recuerdo de la persona es ligero, y la impresión afectiva y global no se ha precisado en una imagen clara y concreta, este recuerdo puede fijarse en la imagen proporcionada por una fotografía que pueda relacionarse con él, pero que tal vez no sea verdadera. Una vez fijado, por así decir cristalizado, dar al testigo la precisión y la estabilidad mnésica que buscaba, y cuando, después de la fotografía, se le presente

⁶¹ Diges y Pérez Mata, *op. cit.*, p. 39.

la persona misma, la reconocerás según la fotografía más que según su verdadero recuerdo: se afirmará en su certeza subjetiva, verdadero falsa, y no abandonará ya a su presa. Esto ocurre frecuentemente.⁶²

La pregunta central es si los jueces a efectos de atribuir valor probatorio a una identificación, pueden controlar los diversos factores que aquí se han desarrollado sobre la fiabilidad de una rueda de reconocimiento o de las fotografías o imágenes empleadas. La respuesta a esa cuestión es fundamental puesto que es la única manera de poder considerar si la identificación dependió exclusivamente de la memoria del testigo o, por el contrario, es resultado de otra cuestión. No hay que obviar que si las diligencias de identificación no se graban adecuadamente, los jueces tendrán información muy deficiente para realizar la tarea que les corresponde; y si lo único que tienen las personas juzgadoras es un acta de registro de la diligencia, entonces habría que valorar cuán informativas pueden ser sobre los factores de fiabilidad de las ruedas de identificación y de la identificación fotográfica. Me temo, en todo caso, que el material que actualmente tienen los jueces para poder atribuir valor probatorio a estas diligencias es más bien pobre.

Por todo lo anterior, es indispensable exigir una regulación mucho mejor de estos procedimientos, una regulación acorde a lo que ahora ya sabemos sobre el funcionamiento de la memoria en la identificación de personas. Así, pues, un buen tratamiento de las diligencias de investigación no es una tarea exclusiva ni preponderantemente judicial, aunque sean las personas juzgadoras las que a final de cuentas deban decidir que no atribuirán valor probatorio a las diligencias que no satisfacen las exigencias mínimas de fiabilidad.

Vale la pena aquí volver a la segunda parte de la *Turnbull Direction*, ya antes mencionada, que establece que el juez del juicio oral debe instruir a los jurados sobre las siguientes cuestiones a efectos de la valoración que hagan sobre la identificación visual de una persona:

Se debe indicar al jurado que sea cauteloso examinando cuidadosamente las circunstancias que rodean la prueba de identificación, en particular sobre:

⁶² Gorphe, *La crítica del testimonio*, p. 237.

- (1) el tiempo durante el cual el testigo observó a la persona que dice que era D; concretamente el tiempo durante el cual el testigo pudo ver la cara de la persona;
- (2) la distancia entre el testigo y la persona observada;
- (3) el estado de la luz;
- (4) si hubo alguna interferencia en la observación (como una obstrucción física u otras cosas que estuvieran ocurriendo al mismo tiempo)
- (5) si el testigo había visto antes a D y, en caso afirmativo, cuántas veces y en qué circunstancias (es decir, si el testigo tenía algún motivo para reconocer a D);
- (6) el tiempo transcurrido entre la observación original de la persona que se dice que es D (normalmente en el momento del delito) y la identificación de D por parte del testigo a la policía (a menudo en un procedimiento de identificación);
- (7) si hay alguna diferencia significativa entre la descripción que el testigo dio a la policía y la apariencia de D.

Cualquier debilidad en la prueba de identificación debe ser señalada al jurado, por ejemplo, las derivadas de una o más de las circunstancias expuestas anteriormente, como:

- (1) el hecho de que las acciones delictivas hayan sido inesperadas/rápidas/impacantes o haya implicado a un (gran) número de personas, de modo que el testigo que identifica no estaba observando solo a una persona;
- (2) cualquier cosa que se haya dicho o hecho en el procedimiento de identificación, incluida cualquier infracción normativa.

Como a estas alturas ya debe resultar obvio, estas instrucciones reflejan los diversos factores delineados en las páginas precedentes sobre la exactitud del recuerdo y sus factores de influencia.⁶³ Estas instrucciones se dan a jurados legos, por jueces

⁶³ No pueden obviarse los datos arrojados por la investigación empírica caso sobre la comisión de errores, fundamentalmente cuando se trata de identificaciones visuales:

profesionales, asumiendo que es parte de su función y, entiendo, debe ser también parte de su formación, de sus “máximas de experiencia técnicas”. Ese es el camino que deberíamos transitar en la valoración de la prueba testifical, hacia el empleo del conocimiento experto en la materia y el abandono de nuestras creencias infundadas y pseudocientíficas.

IV. Las declaraciones de las partes

1. Problemas relativos al valor probatorio de las declaraciones

El interés teórico y práctico que suscita la valoración de las pruebas declarativas viene motivado en gran medida por la escasa fiabilidad que cabe atribuirles en muchas ocasiones como consecuencia de muy variados factores, lo que sitúa al juez en la necesidad de ser especialmente cauteloso al fundamentar la sentencia en pruebas de esta naturaleza. Junto con los problemas generales que plantean las pruebas declarativas, las declaraciones de coimputados y víctimas suelen presentar inconvenientes añadidos. Por un lado, la declaración del investigado que resulta ser incriminatoria para otro encausado ha de ser exhaustivamente analizada antes de ser tomada en consideración como prueba de cargo, pues el declarante no tiene la obligación de decir verdad y le asiste, además, el derecho a guardar silencio; junto con ello, y dada su condición de investigado, la declaración que presta puede estar motivada por una finalidad auto exculpatoria u otra de naturaleza espuria, lo que tradicionalmente ha llevado a considerarla una declaración *sospechosa*.⁶⁴ Por su parte, el empleo generalizado de beneficios a cambio de información, lejos de lo que pudiera imaginarse, no altera sustancialmente la problemática del valor de la declaración de testigos, víctimas o coencausados. Tales

[e]n resumen, la exactitud de los testigos, en las mejores condiciones, parece estar alrededor de un 50 por 100, un dato que seguramente sobrevaloran las posibilidades de testigos que ven a un agresor que aparece por sorpresa, en malas condiciones de visibilidad, muchas veces con niveles muy elevados de estrés, y que van a reconocer con intervalos de demora muy superiores a los de los estudios controlados. Si a esto se añade que, tanto la estructura como la dinámica de la Rueda no suelen alcanzar los estándares internacionales de imparcialidad de ausencia de sesgo, las conclusiones sobre la validez de esta prueba de memoria son desalentadoras. Cf. Diges y Pérez Mata, *op. cit.*, p. 79.

⁶⁴ Cf. Gimeno Sendra, *Derecho procesal penal*, pp. 94 y 95.

programas o incentivos favorecen el incremento de casos de colaboración. Sin duda, la expectativa de lograr un premio por la información ofrecida es solo una circunstancia más que ha de conducir a buscar la confirmación del testimonio a través de otros elementos probatorios, pero no le resta por sí sola credibilidad.⁶⁵ Antes al contrario, tal expectativa puede ayudar a mejorar la calidad de la información aportada si se acompaña de una adecuada regulación de la exigencia de corroboración para que el declarante pueda disfrutar de los estímulos penales, procesales o económicos que se le ofrezcan a cambio de datos útiles para la investigación. En efecto, criterios que tradicionalmente se han tomado en consideración para evaluar la credibilidad del declarante, tales como la falta de interés en la acusación, el ánimo de venganza, la auto exculpación o la espontaneidad, pierden fuerza en un contexto como este en favor de la exigencia de corroboración, no solo para valorar la atendibilidad del declarante y de su testimonio, sino también como elemento que permite valorar la procedencia de la aplicación efectiva de los beneficios prometidos a cambio de la colaboración prestada.

Por otro lado, y por lo que respecta a la declaración de la víctima, aunque suele considerarse un tipo de declaración testifical, presenta unas peculiaridades que es necesario tener en cuenta a la hora de su valoración. Frente al testigo, la víctima no es un tercero, sino quien afirma haber sufrido el hecho delictivo o sus consecuencias, por lo que cabe plantearse si su estatuto a la hora de prestar declaración debe ser el mismo que el del testigo. Su testimonio puede presentar también mayores problemas de fiabilidad que el de los testigos como consecuencia del mayor estrés al que pudo estar sometida al suceder los hechos, lo que puede tener un importante reflejo sobre su memoria y su capacidad de expresar

⁶⁵ Tribunal Supremo, 188/2017, de 23 de marzo.

Que el coimputado delator obtenga de su estrategia procesal beneficios penológicos constituye una opción de política criminal compatible con la credibilidad de lo que el coimputado manifiesta. De mantenerse la incompatibilidad entre el beneficio del acusado y el de la sociedad por su testimonio, la opción de política criminal resultaría en gran medida neutralizada cuando la confesión afecte a otros sujetos diversos del delator.

De la misma opinión son los siguientes autores: Díaz Pita, *El coimputado*, p. 435; Zavaglia, *La prova dichiarativa nel giusto proceso*, pp. 228-229, y Del Moral García, "Justicia penal y corrupción: déficits, resultados, posibilidades", en *Revista Vasca de Administración Pública*, pp. 60 y 61.

los recuerdos.⁶⁶ En segundo lugar, son muchos los delitos —especialmente los vinculados con la violencia de género— en los que únicamente se cuenta con la declaración de la víctima, por lo que se plantea el problema de determinar si tal declaración puede ser por sí misma prueba de cargo suficiente que evite la impunidad del delito:

La declaración de la víctima, según ha reconocido en numerosas ocasiones la jurisprudencia de este Tribunal Supremo y la del Tribunal Constitucional, puede ser considerada prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, incluso aunque fuese la única prueba disponible, lo que es frecuente que suceda en casos de delitos contra la libertad sexual, porque al producirse generalmente los hechos delictivos en un lugar oculto, se dificulta la concurrencia de otra prueba diferenciada.⁶⁷

Sin embargo, la jurisprudencia también ha puesto de manifiesto los peligros que puede conllevar la valoración de la declaración de la víctima como única prueba de cargo:

La situación límite de riesgo para el derecho constitucional de presunción de inocencia se produce cuando la única prueba de cargo la constituye la declaración de la supuesta víctima del delito. El riesgo se hace extremo si la supuesta víctima es precisamente quien inició el proceso, mediante la correspondiente denuncia o querrela, haciéndose aún más acentuado si ejerce la acusación, pues en tal caso se constituye en única prueba de la acusación al propio acusador. Basta con formular la acusación y sostenerla personalmente en el juicio, para desplazar aparentemente la carga de la prueba sobre el acusado, obligándole a ser él quien demuestre su inocencia, frente a una prueba de cargo integrada únicamente por la palabra de quien le acusa. Todavía cabe alcanzar un supuesto más extremo, en aquellos casos en que la declaración del acusador no solo es única prueba de la supuesta autoría del acusado sino también de la propia existencia del delito, del cual no existe acreditación alguna, fuera de las manifestaciones de quien efectúa la acusación;

⁶⁶ Para un análisis detallado de los factores que inciden en la credibilidad, V. Diges Junco, “La utilidad de la psicología del testimonio en la valoración de la prueba de testigos”, en *Jueces para la Democracia*, pp. 51 y ss.

⁶⁷ Tribunal Supremo, 938/2016, de 15 de diciembre.

llegándose al grado máximo de indefensión para el acusado cuando la acusación fundada exclusivamente en la palabra del acusador es tan imprecisa en su circunstancia o en el tiempo que no hay prácticamente posibilidad alguna de prueba en contrario. Es por ello, por lo que en estos supuestos, el control casacional no puede limitarse a la mera constatación formal de que dicha declaración es hábil para ser valorada como prueba de cargo, sino que va más allá, verificando la racionalidad del proceso de decisión que fundamenta la condena, como también sucede, por ejemplo, en los supuestos de prueba indiciaria.⁶⁸

Se trata en todo caso de circunstancias que, aunque caracterizan, por un lado, la situación de quien presta declaración y, por otro, las condiciones de especial clandestinidad o reserva en las que se cometió el delito, no pueden suponer en modo alguno la modulación de las exigencias probatorias impuestas por el derecho a la presunción de inocencia. En efecto, es preciso relativizar la contundencia con la que supuestamente se le confiere probatorio suficiente a la declaración de la víctima para condenar al acusado, pues su credibilidad se hace depender —junto con otros criterios— de la corroboración de su contenido mediante otros datos probatorios. No podría ser de otro modo, si se piensa que incluso pruebas con un altísimo grado de fiabilidad, como puede suceder con la prueba de ADN, no pueden, por sí solas, fundamentar una condena, sino que deben ir acompañadas —salvo en contadísimas excepciones— de otras pruebas que acrediten todos y cada uno de los elementos del hecho punible.⁶⁹

A ello hay que añadir que el hecho de que los delitos se cometan en condiciones de clandestinidad no puede suponer una merma de garantías para el acusado, que vería de este modo reducido el nivel de prueba —tanto cuantitativo como cualitativo— exigido para condenarle:

⁶⁸ Tribunal Supremo, 269/2014, de 20 de marzo.

⁶⁹ Sobre los problemas de fiabilidad de las pruebas científicas, Cf. Gascón Abellán, “Validez y valor de las pruebas científicas: la prueba de ADN”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, pp. 3 y ss. La autora sostiene, sin embargo, que en algunos casos —por ejemplo, en supuestos de violaciones— la prueba de ADN hace prueba plena de la culpabilidad del acusado (*Ibid.*, p. 11). Aunque creo que, efectivamente, la fuerza de esta prueba es mucho mayor que la de casi cualquier otra, no deja de ser un indicio (de mucho peso) de la culpabilidad, pues ha de ir acompañado de otros indicios que acrediten, en el caso de la violación, la falta de consentimiento de la víctima y, en general, en los demás casos, la presencia del resto de elementos típicos de la conducta.

No existe un estándar de prueba menos exigente para los casos de acciones cometidas en la clandestinidad; aunque tal sea lo que podría entenderse a partir de algunas afirmaciones poco afortunadas de cierta jurisprudencia. El derecho a la presunción de inocencia es de carácter absoluto: cualquiera que sea la imputación, debe estar bien acreditada en todos sus elementos centrales, para que pueda dar lugar a una sentencia condenatoria. Y el supuesto argumento -de frecuente invocación- de la necesidad de evitar la impunidad de acciones producidas sin la concurrencia de testigos, privilegiando para ello, alguna clase de prueba, no se sostiene. Pues el sistema punitivo conoce una sola forma de dar respuesta constitucionalmente válida a los actos penalmente relevantes, es la fundada en el respeto de la presunción de inocencia como regla de juicio. Y esta exige que cualquier condena tenga como soporte una convicción de culpabilidad más allá de toda duda razonable, racionalmente formada, y argumentada de manera convincente a partir de datos probatorios bien adquiridos.⁷⁰

En definitiva, debemos partir de la idea de que las reglas jurisprudenciales para valorar las pruebas declarativas tienden a minimizar el riesgo de equivocaciones judiciales a la hora de valorar la prueba y, en definitiva, a estrechar los márgenes de discrecionalidad judicial, por cuanto permiten que el resultado de su valoración pueda ser sometida a control, aunque se encuentren bajo el influjo del principio de inmediación. No es admisible que este principio sea entendido como una suerte de posición privilegiada e insustituible que le permite al tribunal recibir señales emitidas por el declarante que le indican —a él, y solo a él— si su declaración es veraz o no. En efecto, sigue estando extendida la idea entre los jueces de que tienen plena libertad para creer una declaración partiendo de la presunción de que el declarante ha podido percibir la verdad y que ha podido expresarla correctamente, especialmente cuando lo hace bajo juramento.⁷¹ Se trata, sin embargo, de un lugar común que carece de una mínima fundamentación teórica. La psicología del testimonio ha mostrado mediante estudios empíricos que las pruebas decla-

⁷⁰ Tribunal Supremo, 278/2007, de 10 de abril. Esta cita, de una sentencia de la que fue ponente Perfecto Andrés Ibáñez, muestra lo que, desgraciadamente, es una posición aislada en la Sala 2ª del Tribunal Supremo español.

⁷¹ Cuando lo cierto es que, como señala Igartua, “el riesgo de sanción por falso testimonio, siempre que éste pueda probarse [...], no disuade demasiado cuando el objetivo que se persigue lo compensa con creces”. Igartua Salaverría, *El caso Marey. Presunción de inocencia y votos particulares*, p. 84.

rativas pueden presentar importantes problemas de fiabilidad como consecuencia de muchas variables. En primer lugar, porque su valoración suele estar presidida por la apreciación judicial de elementos de comunicación de tipo no verbal —sonrojo, nerviosismo, tartamudeo, etcétera—, cuando está demostrado que la interpretación de estos signos está sometida a dos grandes fuentes de error que pueden llevar a dudar de la fiabilidad del declarante: en primer lugar, un testimonio veraz puede parecer falso porque el declarante esté sometido a estrés —error de Otelo— y, en segundo lugar, puede suceder que sus reacciones se deban a circunstancias diferenciales de su personalidad —error de idiosincrasia del sujeto—. ⁷² En segundo lugar, aunque el declarante tenga la intención de ser honesto en su testimonio, puede cometer errores motivados, por ejemplo, por los efectos de hechos acaecidos con posterioridad al suceso o por un interrogatorio inadecuado o deficiente. ⁷³ Por último —y solo por destacar los más relevantes—, a los problemas anteriores hay que sumar los problemas que pueden presentarse, por un lado, en el proceso de percepción de un suceso —que puede durar desde escasos segundos hasta años— o de interpretación ⁷⁴ y, por otro, los diversos factores que afectan en mayor o menor grado a la capacidad para recordarlo —fisiológicos, psíquicos, culturales, ambientales, etcétera—. Todo ello, sin duda, ha de repercutir sobre la credibilidad del declarante y sobre la fiabilidad de la declaración prestada, lo que debe llevar a examinarla con cautela. ⁷⁵

Asimismo, otro dato que permite cuestionar seriamente la fiabilidad de las pruebas declarativas es el relativo al momento procesal en el que se presta la declaración y el modo en el que se hace. No cabe duda de que, además de la forma en

⁷² Cf. Diges y Alonso-Quecuty, *Psicología forense experimental*, pp. 103-106.

⁷³ Deficiencias tales como interrupciones, secuencia inapropiada de preguntas o formulación de excesivas preguntas de respuesta corta. Cf. Arce y Fariña, “Psicología del testimonio: evaluación de la credibilidad y de la huella psíquica en el contexto penal”, en *Psicología del testimonio y prueba pericial*, p. 41. En el mismo sentido, sobre la importancia del modo en el que se realiza el interrogatorio para recuperar información veraz y útil, V. Pansini, *Le dichiarazioni del minore nel processo penale*, p. 78.

⁷⁴ Cf. González Lagier, “Hechos y argumentos (racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal)” (I) y (II), en *Jueces para la Democracia*, p. 20.

⁷⁵ “[...] la memoria, d'altronde, è la capacità di recreare nella propria mente una esperienza già trascorsa, che potrebbe essersi verificata alcuni secondi o molti anni prima; essere stata molto breve o, viceversa, essere durata ore, giorni, anni; potrebbe aver coinvolto tutti o solo alcuni degli organi di senso; potrebbe essersi accompagnata ad intense emozioni o, invece, essere stata priva di qualsiasi contenuto affettivo”. Pansini, *op. cit.*, p. 77.

la que se realice el interrogatorio, influye decisivamente en su resultado la circunstancia de si la declaración ha sido o no sometida a contradicción. Tanto que, por ejemplo, la constitución italiana establece, desde su reforma de 1999, que la condena solo puede basarse en el testimonio de quienes han podido ser interrogados por el acusado o por su letrado,⁷⁶ lo que no es sino una clara y necesaria trasposición del principio de contradicción al estricto ámbito de la fiabilidad de la prueba.⁷⁷

Cabe preguntarse entonces cuál debe ser la repercusión todos estos condicionantes sobre el proceso de valoración de las pruebas declarativas y su posterior motivación. Emergen dos consecuencias rápidamente: la primera es la relativa a la imperiosa necesidad de explicitar o establecer ciertas pautas que permitan determinar de manera más o menos aproximada el valor que cabe otorgar a estas pruebas, de modo que se reduzcan en la medida de lo posible los espacios de discrecionalidad del tribunal llamado a valorarlas; la segunda es la necesidad de exigir que tal valoración se exprese en la sentencia con el suficiente grado de detalle como para posibilitar que sea objeto de control en instancias superiores.

2. Criterios valorativos

El cumplimiento de las garantías propias del debido proceso y, en especial, del principio de contradicción, es lo que permite conferir valor probatorio a las declaraciones personales para fundamentar una sentencia. En cualquier otro caso, su práctica al margen de las exigencias derivadas del derecho de defensa, de las condiciones que impone la contradicción y de espaldas, en definitiva, a los más elementales postulados garantistas y epistémicos, las reduce a la categoría de actos de investigación, cuya eficacia se encuentra fuertemente limitada a la fase de instrucción penal y a la búsqueda de información para la preparación de un futuro juicio oral. Esta es la razón principal por la que se tiende a privilegiar la declaración prestada en el juicio oral, en el que se dan cita tales garantías o, en

⁷⁶ Constitución de la República Italiana, art. 111.4.

⁷⁷ Sobre ello, versa extensamente, Zavaglia, *op. cit.*, pp. 5 y ss.

su defecto, a la obtenida como prueba anticipada, esto es, a aquella que se practica con respeto de las condiciones que se presentarían de practicarse en el juicio oral. Solo en defecto de estas y en presencia de las exigencias derivadas del principio de contradicción cabe tomar en consideración las declaraciones prestadas en la fase de investigación, convertidas en verdaderos actos de prueba al verse sometidas a confrontación y debate contradictorio o, como ha admitido el TEDH, cuando, aun careciendo de contradicción, la declaración se encuentre corroborada por otras pruebas y, por tanto, no sea la única prueba de cargo.⁷⁸

Contestada afirmativamente la pregunta relativa a la aptitud de las declaraciones como prueba de cargo, el siguiente interrogante es el que se refiere a su autonomía y suficiencia para fundamentar una resolución judicial. Esta cuestión se ha abordado tradicionalmente desde la perspectiva de su condición de prueba suficiente para dictar un fallo condenatorio, respecto de lo que existe una consolidada jurisprudencia que ha estipulado los parámetros a partir de los cuales cabe valorar su fuerza probatoria en cada caso. Tales parámetros están dirigidos a evaluar, por un lado, la credibilidad del declarante y, por otro, la fiabilidad de su declaración —verosimilitud, firmeza y corroboración—. Aisladamente considerados, estos criterios no permiten concluir la veracidad de la información obtenida por este medio. Se trata de criterios generales orientativos que contribuyen a minimizar el error en la valoración de la prueba —especialmente el que se refiere a la corroboración, como veremos después—, pero no es deseable adoptarlos como reglas de valoración rígidas, a imagen de las reglas de prueba tasada, lo que sin duda impediría que desarrollasen su función en un contexto de valoración libre y racional de la prueba. En cierto modo, son criterios que facilitan la motivación

⁷⁸ V. TEDH, *Isgró vs. Italia; Asch vs. Austria y Artner vs. Austria*. Se trata, en definitiva, de garantizar la existencia de medidas que compensen el déficit de garantías que origina la falta de contradicción. V. Contreras Cerezo, “La protección a los testigos tiene su límite en el respeto al derecho de defensa. El testimonio del testigo anónimo, cuya identidad desconoce el acusado, vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y si es la única prueba de cargo no puede sustentar una declaración de condena sin vulnerar el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE)”, en *La Ley*. También destaca la posibilidad de acordar medidas compensatorias que salven la declaración del testigo oculto, Cf. Del Carpio Delgado, “Los testigos anónimos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en la de los Tribunales Penales Internacionales *ad-hoc*”, en *Revista Penal*, p. 49.

de la decisión judicial, pero no la predeterminan siempre y en todo caso. Son parámetros que llevan, como ha señalado Del Moral, a apurar la motivación, pero no deben conducir a negarle automáticamente valor probatorio al testimonio cuando falle la comprobación de alguno de ellos.⁷⁹ Son, en definitiva, criterios orientativos para la motivación, no reglas de validez de la prueba.⁸⁰ Y es que, aunque no determinan su validez, si pueden ser consideradas *reglas negativas de suficiencia de la prueba*,⁸¹ naturaleza que los tribunales parecen haberles conferido también:

Para verificar la estructura racional del proceso valorativo de la declaración testimonial de la víctima, el Tribunal Supremo viene estableciendo ciertas notas o parámetros que, sin constituir cada una de ellas un requisito o exigencia necesaria para la validez del testimonio, coadyuvan a su valoración, pues la lógica, la ciencia y la experiencia nos indican que la ausencia de estos requisitos determina la insuficiencia probatoria del testimonio, privándole de la aptitud necesaria para generar certidumbre. Estos parámetros consisten en el análisis del testimonio desde la perspectiva de su credibilidad subjetiva, de su credibilidad objetiva y de la persistencia en la incriminación”.⁸²

En el mismo sentido, y más expresiva si cabe de esta idea, la sentencia del Tribunal Supremo 457/2017,⁸³ de 21 de junio establece que:

*La deficiencia en uno de los parámetros no invalida la declaración, y puede compensarse con un reforzamiento en otro, pero cuando la declaración constituye la única prueba de cargo, una deficiente superación de los tres parámetros de contraste impide que la declaración inculpatoria pueda ser apta por sí misma para desvirtuar la presunción de inocencia, como sucede con la declaración de un coimputado sin elementos de corroboración, pues carece de la aptitud necesaria para generar certidumbre.*⁸⁴

⁷⁹ Cf. Del Moral García, *op. cit.*, p. 60.

⁸⁰ Tribunal Supremo, 891/2014, de 23 de diciembre.

⁸¹ Cf. Miranda Estrampes, “La declaración del coimputado como prueba de cargo suficiente: análisis desde la perspectiva de la doctrina del TC (radiografía de un giro constitucional involucionista)”, en *Revista Xuridica Galega*, pp. 23 y 24.

⁸² Tribunal Supremo 630/2016, de 14 de julio y, en idéntico sentido, 1053/2017, de 6 de julio.

⁸³ Con cita de la sentencia del Tribunal Supremo, 939/2016, de 15 de diciembre.

⁸⁴ V. también, Tribunal Supremo, 923/2021, de 25 de noviembre.

Existe un importante número de casos a partir de los cuales el Tribunal Supremo español ha formado una sólida jurisprudencia sobre los criterios más adecuados para evaluar la fiabilidad de este tipo de pruebas. Por lo que se refiere a la credibilidad del declarante, determinadas circunstancias —relaciones, experiencias, percepción de la realidad, etcétera— pueden revelar motivaciones ocultas detrás de su voluntad de declarar. Son reiteradas las referencias a tales circunstancias como condiciones para determinar la *ausencia de incredibilidad subjetiva* a modo de juicio preliminar sobre las motivaciones de quien declara y sobre la posible existencia de circunstancias especiales —en sus capacidades cognitivas o relativas al modo en el que entró en contacto con los hechos— que permitan poner en duda su fiabilidad como fuente de prueba. La valoración de estas particularidades —entre las que se encuentran sus relaciones previas con las partes y especialmente con el encausado— está orientada a descartar móviles como la venganza, la exculpación de terceros, la auto exculpación —en el caso de los acusados y coimputados— o la obediencia debida. Motivaciones todas ellas que debilitarían la fuerza probatoria de —toda o parte de— su declaración, y que han de examinarse junto con las características propias de la personalidad del declarante.⁸⁵ En el caso concreto del coinvestigado, es útil analizar también, por ejemplo, su posición dentro de la organización criminal, su conocimiento de las actividades ilícitas desarrolladas, la división de roles dentro del grupo, etcétera.⁸⁶

Además de la credibilidad del declarante, es necesario examinar también la fiabilidad de la información que ha proporcionado, para lo que generalmente se valora la coherencia y credibilidad del relato y la persistencia mostrada durante el procedimiento.⁸⁷ Por lo que se refiere a la coherencia y credibilidad del testimonio, hay que valorar que no resulte fantasioso, que no presente ambigüedades o vaguedades y que sea coherente —condición que en ocasiones se denomina *corroboración interna*—, esto es, que no presente contradicciones entre sus distintas partes.

⁸⁵ Por todas V. Tribunal Supremo, 319/2017, de 4 de mayo y 428/2017, de 14 de junio.

⁸⁶ Cf. Di Martino y Procaccianti, *La chiamata di correo*, p. 43.

⁸⁷ Una perspectiva centrada en la psicología del testimonio y muy útil para entender las limitaciones de nuestra capacidad de percepción de acontecimientos, de nuestra memoria y la influencia sobre la narración de circunstancias tales como el modo de llevar a cabo el interrogatorio, puede verse en Diges Junco, *op. cit.*, pp. 51 y ss.

No obstante, estamos ante criterios orientativos que no impiden admitir la valoración *fraccionada* cuando la declaración presente algún tipo de incoherencia o laguna pero pueda analizarse por partes que gocen de cierta autonomía unas de otras —por ejemplo, cuando no existan relaciones causales entre las mismas o cuando constituyan relatos relativos a hechos independientes, tal y como sucede, en el caso de declarantes menores de edad o adultos que presentan algún tipo de discapacidad intelectual o psicosocial—, lo que, sin duda, habrá de ir acompañado de un mayor esfuerzo motivador en la sentencia y una sólida corroboración mediante datos externos.⁸⁸

La firmeza o persistencia, en segundo lugar, es otro indicador importante de fiabilidad, siempre que vaya acompañada de un número importante de detalles que ofrezcan información suficiente.⁸⁹

La existencia de retractaciones —muy habituales, por ejemplo, en el ámbito de la violencia de género— o de contradicciones entre las distintas declaraciones prestadas —especialmente cuando el relato se refiere a hechos complejos, traumáticos o sucedidos a lo largo de amplios periodos de tiempo— no ha de conducir necesariamente a descartar la declaración. Tampoco será posible atender a este parámetro cuando deba valorarse la fiabilidad de las primeras declaraciones prestadas para acordar la práctica de actos de investigación o de medidas cautelares o cuando el declarante no ofrezca un relato concreto y detallado.⁹⁰

⁸⁸ Cf. Zavaglia, *op. cit.*, p. 229.

⁸⁹ V. Diges, *Testigos, recuerdos falsos*, p. 32.

La persistencia precisa de la confluencia de una serie de premisas en las que descansa la racionalidad de la aceptación del testimonio. Puesto que los acontecimientos fácticos son inmutables una vez acaecidos, el relato debería estar carente de modificaciones esenciales entre las sucesivas declaraciones prestadas por una misma persona, esto es, debe apreciarse una coincidencia sustancial de las diversas declaraciones [...]. Es lógico también que la descripción se acompañe de una cierta concreción, en el sentido de prestarse el testimonio sin ambigüedades, generalidades o vaguedades, narrando las particularidades y detalles que cualquier persona en sus mismas circunstancias sería capaz de relatar. Y debe ser coherente, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre sus diversas partes (Tribunal Supremo 923/2021, de 25 de noviembre).

⁹⁰ Tribunal Supremo, 831/2021, de 29 de octubre: “La declaración ha de hacerse sin ambigüedades, generalidades o vaguedades. Es valorable que la víctima especifique y concrete con precisión los hechos narrándolos con las particularidades y detalles que cualquier persona en sus mismas circunstancias sería capaz de relatar”.

Las contradicciones en aspectos secundarios de la declaración, así como la existencia de lagunas cuando el testigo declara mucho tiempo después de sucedidos los hechos tampoco son datos que, por sí solos, permitan desechar la declaración, puesto que puede tratarse de circunstancias propias del transcurso del tiempo.

Junto a estos, hay un último criterio que destaca sobre el resto a la hora de evaluar la fiabilidad del testimonio. Se trata de la necesidad de que se encuentre corroborado mediante datos externos de carácter objetivo.⁹¹ La credibilidad del declarante y la verosimilitud de su declaración son condiciones necesarias, pero no suficientes para que el testimonio pueda fundamentar una sentencia de condena. La manera de minimizar la posibilidad de error judicial al valorarlo es asegurar que su contenido se encuentre respaldado por otras pruebas, especialmente en aquellos casos en los que el testimonio prestado no se ha sometido a contradicción o, como consecuencia del estatuto del declarante —en el caso de los coinvestigados—, las posibilidades de contradicción se hayan visto seriamente comprometidas.⁹² Sin embargo, no es tarea fácil determinar en qué consiste exactamente esa *corroboración*, pues no existe una definición legal y unívoca del término.⁹³ El Tribunal Constitucional español circunscribe la necesidad de corroboración a dos ideas: en primer término, exige que la corroboración sea *mínima* —no necesariamente *plena*—, y solo relativa a algunos aspectos de la declaración, no a todos sus elementos. En segundo lugar, entiende que la corroboración implica, al menos, la existencia de algún hecho, dato o circunstancia externa e independiente a la propia declaración.⁹⁴ La corroboración supone, pues, que ha de existir al

⁹¹ Lo que se ha denominado también *credibilidad extrínseca* u *objetiva*. Cf. Díaz Pita, *op. cit.*, p. 455. En sentido similar, Miranda Estrampes, *op. cit.*, p. 18 aludía a un modelo de *atendibilidad* o *verificación extrínseca*.

⁹² Tribunal Supremo 223/2017, de 30 de marzo. En el mismo sentido, V. Tribunal Supremo, 523/2017, de 7 de julio: “Cuando el coimputado se niega a declarar o a contestar a las preguntas de las defensas, este dato es un elemento valorable a los efectos, ya en sede de valoración de la prueba, de establecer su credibilidad, para lo cual la entidad de los elementos de corroboración presenta una especial relevancia. Pero el silencio del coimputado no determina la ausencia absoluta de contradicción”.

⁹³ No sucede lo mismo en Italia, donde el art. 192.3 del Código de Procedimiento Penal establece con claridad que, en el caso concreto de la declaración del coinvestigado, es exigible que se valore junto con otros elementos de prueba que confirmen su credibilidad.

⁹⁴ Es de referencia obligada sobre ello la sentencia del Tribunal Constitucional 57/2009, de 9 de marzo (en la que se admite la corroboración del testimonio mediante la coincidencia con el testimonio de otro coinvestigado, con voto particular discrepante de M^a Emilia Casas Baamonde). Doctrina esta, además,

menos algún otro indicio que apunte en la misma dirección que la declaración, tanto por lo que se refiere a la existencia de los hechos como a la participación del investigado en los mismos, lo que Miranda Estrampes denominó modelo de *atendibilidad extrínseca reforzada* en atención al contenido concreto que ha de tener esa corroboración.⁹⁵ Esos datos externos o periféricos pueden ser, por ejemplo, las lesiones provocadas por el delito reflejadas en el parte médico o en el informe forense, los testimonios de otras personas que coincidan con el relato del declarante⁹⁶ o el resultado de diligencias de investigación que sean coincidentes con lo manifestado por él.⁹⁷ En definitiva, la corroboración supone contar con información que provenga de fuentes de prueba externas a la propia declaración,⁹⁸ de modo que esta no sea la única prueba sobre la que se sustente la decisión judicial.⁹⁹

Por tanto, a la vista de esta doctrina jurisprudencial, se evidencia la necesidad de examinar lo que ha de entenderse por corroboración suficiente en cada caso, si bien parece que la finalidad es evitar que la declaración sea la única prueba de cargo, de manera que la decisión judicial de culpabilidad descansa también en

ampliamente secundada por el Tribunal Supremo. Por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo 853/2021, de 10 de noviembre se hace esta misma interpretación del término “corroboración”: por más que la corroboración objetiva no alcance la plenitud de la tesis acusatoria, esto es, de los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal que pretende aplicarse, así como de la participación que pudiera tener en ellos el acusado, pues en tal coyuntura nos encontraríamos con la adecuada y perfecta aportación de un cuadro probatorio que sostiene la declaración de responsabilidad, sí que es preciso que se justifique fría e impersonalmente que la veracidad de las afirmaciones del coimputado se cernía sobre el pasaje específico de atribución de responsabilidad, lo que exige la acreditación de alguno de los extremos esenciales relativos a la puesta en peligro del bien jurídico y a la participación en ella del acusado.

En el mismo sentido, V. la sentencia del Tribunal Supremo 319/2017, de 4 de mayo, con cita de la sentencia 763/2013, de 14 de octubre.

Sobre la evolución del concepto de corroboración, Cf. Sánchez Yllera, “Dudas razonables: la declaración de los coimputados”, en *Revista Xurídica Galega*, pp.15-19 y 32. También Miranda Estrampes, *op. cit.*, p. 19 analiza con detalle su evolución.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 20. A ello se refiere la jurisprudencia italiana cuando exige que la corroboración sea *individualizante*. Di Martino y Procaccianti, *op. cit.* p. 63. El mismo sentido de corroboración sostiene Sánchez Yllera, *op. cit.*, pp. 32 y 33.

⁹⁶ La coincidencia entre ambos relatos puede ser un síntoma de fiabilidad del segundo, no solo por lo que respecta a lo que testigo de referencia conoció a través del declarante, sino también por lo que se refiere a los hechos que apreció por sí mismo (estado anímico del declarante, situación del lugar de los hechos, etc.). En este sentido, Cf. Ramírez Ortiz, *op. cit.*, p. 243.

⁹⁷ V. Tribunal Supremo, 1018/2017, de 15 de junio.

⁹⁸ Cf. Zavaglia, *op. cit.*, p. 230. También es de esta opinión Díaz Pita, *op. cit.*, p. 468.

⁹⁹ TEDH, *Labita vs. Italia*.

otros elementos probatorios que apunten en la misma dirección que la declaración, sin necesidad de que se trate de pruebas que, por sí mismas, y al margen de esta, puedan justificar la condena. De ahí que sea exigible una corroboración mínima y no plena —es decir, relativa a algún extremo de los relatados por el declarante—, aunque no es posible establecer *a priori* cuándo la declaración está corroborada o de qué modo ha de corroborarse, pero sí que ha de implicar en todo caso que, al menos, que la declaración esté avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa e independiente a la propia declaración¹⁰⁰ o, como ha señalado el Tribunal Supremo, que cuente “con el aval representado por la confirmación mediante datos de otra procedencia”¹⁰¹. Muy expresiva es la definición de *corroboración* que nos ofrece la sentencia del Tribunal Supremo 944/2003, de 23 de junio, en la que se afirma que:

[...] corroborar es dar fuerza a una imputación con otros datos que no figuran incluidos en la misma. Así, el elemento de corroboración es un dato empírico, que no coincide con el hecho imputado, ni en su alcance ni en la fuente, pero que interfiere con él por formar parte del mismo contexto, de tal manera que puede servir para fundar razonadamente la convicción de que el segundo se habría producido realmente.

En realidad, la declaración no deja de ser uno de los indicios —generalmente, el principal, por cuanto puede ser el que aporte un mayor número de datos respecto de los hechos— y su valor probatorio se condiciona a la existencia de otro u otros elementos indiciarios provenientes de otras fuentes —no dependientes de dicha declaración— que apunten en la misma dirección.

Por tanto, es manifiesta la necesidad de examinar caso por caso para determinar cuándo se halla corroborada la declaración. Es preciso destacar que, ocasionalmente, los tribunales han rebajado las exigencias de corroboración por lo que respecta a la prueba practicada en el juicio oral, reservándolas para los casos en los que la declaración se ha prestado en la fase de instrucción o ante la policía y no

¹⁰⁰ Entre las más recientes, V. la sentencia del Tribunal Supremo 850/2021, de 4 de noviembre, y las que en ella se citan.

¹⁰¹ Tribunal Supremo, 1416/2003, de 30 de octubre.

se ha ratificado en fase de juicio, mostrando una fe inexplicable en que la inmediatez permitirá al juez, sin necesidad de ulteriores apoyos probatorios, descubrir la realidad de los hechos: “si la declaración del coimputado se efectúa en el plenario, y por tanto con pleno sometimiento a los principios de publicidad y contradicción, no serían precisas otras corroboraciones”.¹⁰² Afortunadamente, se trata de una tesis aislada, pues resulta difícilmente sostenible y conciliable con las necesarias cautelas a las que se viene haciendo referencia como referencia de los déficits que pueden presentar las declaraciones.

3. La declaración del acusado. El valor argumentativo del silencio y de la coartada falsa o no corroborada

Sin desconocer que la declaración del acusado comparte, en tanto prueba de naturaleza personal, los mismos problemas que el resto de pruebas declarativas y, por tanto, su valor probatorio debe someterse a los mismos criterios epistémicos que se acaban de analizar, una de las principales cuestiones que suscita frente a estas y como particularidad derivada de su especial estatuto jurídico es la relativa al valor procesal del silencio —y de explicaciones alternativas falsas o no corroboradas— y, en especial, si el silencio —o esas otras explicaciones inatendibles— cuenta con eficacia probatoria para enervar la presunción de inocencia. Sin duda, resulta difícil extraer consecuencias del silencio, pero ello no implica que la decisión del acusado de permanecer en silencio sea totalmente inocua en todos los casos. En la medida en que el acusado se encuentra protegido por el derecho a guardar silencio a modo de respaldo de la prohibición de obtener su declaración a cualquier precio, ninguna consecuencia desfavorable para él puede derivarse de la decisión de no declarar cuando la hipótesis acusatoria no se encuentra suficientemente probada. Esto es, en ausencia de un cuadro probatorio incriminatorio, el silencio carece de valor como para fundamentar una sentencia de condena. Sin embargo, en los casos en los que exista un con-

¹⁰² Tribunal Supremo, 948/2002, de 20 de noviembre, 1168/2002, de 19 de junio y 630/2002, de 16 de abril.

junto de pruebas relevantes y conducentes a considerar que el acusado participó en los hechos que se enjuician, la ausencia de una explicación alternativa, razonable y con cierto apoyo probatorio puede ser utilizada por el tribunal como refuerzo o corroboración última de ese conjunto probatorio incriminatorio, en tanto dato relevante ajeno o externo pero concurrente con las pruebas que determinan la culpabilidad. Dato que puede reforzar la prueba de cargo, pero que en modo alguno puede actuar como único elemento —ni siquiera principal ni necesario— en el que se sustente la condena, pues ello supondría una evidente inversión de la carga de la prueba.¹⁰³ Téngase en cuenta que al acusado le bastaría mostrar que existe una explicación alternativa razonable más favorable para él, esto es, una alternativa realista —en el doble sentido de hipótesis posible y, al tiempo, con cierto grado de fundamentación probatoria—. Ciertamente, si la condena debe ir precedida de prueba de cargo suficiente, resulta impensable que tal grado de confirmación pueda alcanzarse, no solo en el supuesto indiscutible de que la versión acusatoria, en sí misma considerada, no alcance dicho grado de fiabilidad —caso paradigmático de sentencia absolutoria por falta de pruebas—, sino tampoco cuando se presentan dudas razonables —o vacío probatorio ocasionado por el silencio del acusado o su declaración falsa— en torno a la existencia de circunstancias que le favorezcan. Una idea que Antonio Del Moral García, magistrado de la Sala de lo penal del Tribunal Supremo español, ha expresado con suma claridad:

El silencio no es de ninguna forma signo de culpabilidad. Jamás una condena podrá basarse en el silencio del acusado. Pero en determinados contextos y condiciones no es algo totalmente neutral en una valoración probatoria, como no son neutras (sino que pueden formar parte de la motivación fáctica) otras actitudes o estrategias procesales del acusado o de otras partes: el acusado que rehúsa formar un cuerpo de escritura cuando de ser negativa la prueba caligráfica (art. 391.3 LECrim) resultaría prueba irrefutable de su inocencia; la negativa a someterse a pruebas biológicas en un procedimiento para determinación de la paternidad cuando muchos indicios apuntan a esa paternidad; la desidia de una acusación no trayendo a declarar como testigos a quienes según sostiene presenciaron los

¹⁰³ Es doctrina consolidada del TEDH desde las sentencias de *Funke vs. Francia* y *John Murray vs. Reino Unido* y confirmada en múltiples ocasiones. Por ejemplo, en las sentencias del TEDH, *J.B. vs. Suiza*; *Shannon vs. Reino Unido*; *Marttinen vs. Finlandia*; y *Krumpholz vs. Austria*.

hechos[...] No son pruebas en sentido estricto; pero son elementos valorables que ayudan, a veces decisivamente, a alcanzar una conclusión obtenida del cuadro probatorio. No se trata sencillamente de un tema de carga de la prueba (si es que ese concepto no debe ser definitivamente abandonado, especialmente en el ámbito penal); sino de que en el razonamiento valorativo las actitudes procesales de cada parte aportan elementos a veces aprovechables o reveladores. Eso sucede en ocasiones con la negativa a declarar. No es signo de culpabilidad en modo alguno. El aserto el que calla, otorga es no solo falso, sino, además, llevado al mundo procesal, perverso. El que calla, sencillamente, calla. Pero también es cierto que el silencio en la vida social, en el lenguaje, en la conversación, en una reunión o diálogo o discusión, a veces habla y comunica y es portador de mensajes según los contextos. No podemos cegar esa fuente de convicción a los Tribunales penales: si se prohibiese formalmente, queriendo abolir lo que es una máxima de experiencia que manejada con prudencia y cautela puede proporcionar buenas razones, parecería de forma camuflada e hipócrita y, por tanto, sin posibilidad de fiscalización: que el Tribunal aquí exprese honestamente que en su convicción ha pesado el silencio inicial del acusado, es lo que permite ahora a este acusado combatirlo con argumentos. El silencio no siempre es neutro desde el punto de vista de la valoración probatoria; aunque obviamente si no hay pruebas inculpatorias en sentido estricto jamás podrá fundar una condena. Muchas veces, también en esos supuestos, no aportará absolutamente nada. La tesis imperante en nuestra jurisprudencia y que parece inspirar a la Audiencia se aproxima a esa idea, aunque se expresa habitualmente apoyándose en la conocida como doctrina Murray: el silencio es un contra-indicio poderoso cuando las pruebas de cargo que se presentan reclaman una explicación que solo el acusado podría dar, y este, pudiendo hacerlo, se niega a proporcionarla (test de la explicación). Pero si no se está en esas circunstancias o hay otras explicaciones del silencio (el prudente asesoramiento del abogado, por ejemplo) ninguna consecuencia negativa puede extraerse de él. [...] Matiza luego que “el mero silencio no es más que ejercicio de un derecho procesal fundamental; nunca un indicio de cargo. pero puede tener significación cuando el silencio comporta también una faz positiva: supone rehusar ofrecer una explicación que, si existiese, solo el acusado puede ofrecer. De ahí sí puede inferirse legítimamente en algún supuesto que si no se ofrece es porque no la hay. Pero sería impropio desde esa base dar el salto a considerar que el acogimiento al derecho a no declarar es señal de que se oculta algo inconfesable, y por tanto podría generar legítimas sospechas. Esa concepción debe ser tajantemente rechazada”. Concluirá la Sen-

tencia que transcribimos su discurso con estas consideraciones: “Frente al cuadro indiciario sólido, consistente, que ha quedado descrito que apunta al recurrente como uno de los implicados activamente en la operación y con el que no cuadran explicaciones alternativas imaginables, podría operar alguna versión aducida por el investigado que rompa la coherencia de la deducción y permita construir una hipótesis alternativa igualmente posible. Si no se brinda es máxima de experiencia no reprobable deducir que además de no ser imaginable, no existe. Si existiese esa explicación exculpatoria razonable, no dudaría en exponerla. Eso no es condenar por el ejercicio de un derecho constitucional. Es acudir a una regla epistemológica basada en experiencias de sentido común. Vayamos a algún ejemplo. La aparición de droga en alta cantidad en el maletero del vehículo propiedad de Ticio es un indicio poderoso para atribuir al citado un delito contra la salud pública. No será siempre definitivo: si aduce y demuestra que había dejado el vehículo a Cayo y que este es quien lo iba a usar en los días siguientes, el indicio se tambalea. O si explica que lo usan indistintamente varios amigos que comparten residencia. Ahora bien, si Ticio guarda silencio y renuncia a dar explicación de ese hallazgo, no parece muy lógico absolver porque hipotéticamente sería posible que el coche lo usen otros. No resulta descabellado un sencillo razonamiento en virtud del cual se descarta esa hipótesis: si fuese real, Ticio se hubiese apresurado a explicarlo y alegarlo. El silencio no siempre es neutro desde el punto de vista valorativo. Eso no significa que quien guarda silencio se convierte en sospechoso o que el silencio es un indicio de culpabilidad. No. Eso significa que el carácter concluyente de un cuadro indiciario robusto queda fortalecido y reforzado si frente al mismo no se contraponen una hipótesis posible por quien debería tenerla. Deducir que si no se ofrece es porque no se cuenta con ella es una regla de puro sentido común. Al Ticio del ejemplo no se le condena por haber guardado silencio sino por existir una sólida prueba que no ha contrarrestado con otra hipótesis y pese a que, en una situación igual si hubiese dado esa explicación plausible, aunque no llegase a quedar demostrada, hubiera sido absuelto.¹⁰⁴

En definitiva, el valor del silencio —de la coartada falsa— es más argumentativo que probatorio, pues debe valorarse junto con un cuadro probatorio de cargo

¹⁰⁴ Tribunal Supremo, 618/ 2021, de 8 de julio.

sólido —“el silencio es corroboración de lo ya probado”—¹⁰⁵ y nunca puede actuar como indicio que complete un conjunto de pruebas poco concluyente, pues en ese caso se estaría dejando vacío de contenido el derecho a no declarar.¹⁰⁶

Bibliografía

Al Aynsley-Green Kt., “La estimación de la edad en los inmigrantes indocumentados”, *¿Menores o adultos? Procedimientos para la determinación de la edad*, Defensor del Pueblo de España, 2011.

Arce, R. y Fariña, F., “Psicología del testimonio: evaluación de la credibilidad y de la huella psíquica en el contexto penal”, *Psicología del testimonio y prueba pericial*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. VII, 2005.

Contreras Cerezo, P., “La protección a los testigos tiene su límite en el respeto al derecho de defensa. El testimonio del testigo anónimo, cuya identidad desconoce el acusado, vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y si es la única prueba de cargo no puede sustentar una declaración de condena sin vulnerar el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE)”, *La Ley*, 14 de junio de 2013.

Contreras Rojas, C., *La valoración de la prueba de interrogatorio*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2015.

¹⁰⁵ Tribunal Supremo, de 9 de diciembre de 2005.

¹⁰⁶ Cf. Khalaf Reda, “El derecho al silencio del sujeto pasivo del proceso penal”, en *La Ley penal*:

[...] en un contexto en el que las pruebas existentes contra el acusado son tan contundentes, su silencio no va a proporcionar al juzgador elementos exculpatorios que aminoren la fortaleza de la prueba de cargo, pero lo que tampoco va a hacer es aportar elementos de refuerzo que confirmen la quiebra de su estado de inocencia. Simplemente es una actitud neutral, derivada del ejercicio de un derecho fundamental, que obviamente no va a beneficiar al acusado en una situación que por definición le exige una explicación de cara a su absolución, pero tampoco le debe perjudicar, más allá de perder la oportunidad procesal de poner en entredicho la tesis acusatoria, sobre todo teniendo en cuenta que la convicción de culpabilidad supuestamente fue alcanzada con base en los sólidos indicios incriminatorios existentes en el acervo probatorio.

Sin duda, el desencuentro es solo aparente; efectivamente, el silencio no cuenta con valor probatorio, sino meramente argumentativo.

- De Paula Ramos, V., *La prueba testifical. Del subjetivismo al objetivismo, del aislamiento científico al diálogo con la psicología y la epistemología*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2019.
- Defensor del Pueblo de España, *¿Menores o Adultos? Procedimientos para la determinación de la edad*, Proyectos Editoriales, S.A., Cyan, 2011.
- Del Carpio Delgado, J., “Los testigos anónimos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en la de los Tribunales Penales Internacionales ad-hoc”. *Revista Penal*, núm. 19, 2007.
- Del Moral García, A., “Justicia penal y corrupción: déficits, resultados, posibilidades”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 104-II, enero-abril, 2016.
- Díaz-Maroto y Villarejo, “Algunos aspectos jurídico-penales y procesales de la figura del «arrepentido»”, *La Ley*, núm. 5, 1996.
- Díaz Pita, M^a P., *El coimputado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- Di Martino, C. y Procaccianti, T., *La chiamata di correo*, CEDAM, Padova, 2007.
- Diges Junco, M. y Alonso-Quecuty, M. L., *Psicología forense experimental*, PSYLICOM, Valencia, 1993.
- Diges, M. y Pérez-Mata, N., “La prueba de identificación desde la psicología del testimonio”, en Diges, M; García Martínez, et. al., *Identificaciones fotográficas y en Rueda de reconocimiento. Un análisis del derecho procesal penal y la psicología del testimonio*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2014.
- Diges Junco, M., “La utilidad de la psicología del testimonio en la valoración de la prueba de testigos”, *Jueces para la Democracia*, núm. 68, julio, 2010.
- _____, *Testigos, recuerdos falsos. Estudios de Psicología forense*, Trotta, Madrid, 2016.

- Fernández López, M., *Prueba y presunción de inocencia*, Iustel, Madrid, 2005.
- Gascón Abellán, M., “Validez y valor de las pruebas científicas: la prueba de ADN”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 15, 2007.
- , “Ideas para un “control de fiabilidad” de las pruebas forenses”, en Pablo Rovatti, *Manual sobre derechos humanos y prueba en el proceso penal*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dirección de Derechos Humanos y Escuela Federal de Formación Judicial, México, 2021.
- Gimeno Sendra, V., *Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2004.
- González Lagier, D., “Hechos y argumentos (racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal)” (I) y (II), *Jueces para la Democracia*, núm. 46 y 47, 2003.
- Gorphe, F., *La crítica del testimonio*, Citado por la traducción de M. Ruiz-Funes, Reus, 1993.
- Igartua Salaverriá, J., *El caso Marey. Presunción de inocencia y votos particulares*, Trotta, Madrid, 1999.
- Khalaf Reda, A., “El derecho al silencio del sujeto pasivo del proceso penal”, *La Ley penal*, núm. 152, septiembre-octubre, 2021.
- Manresa y Navarro, J.M., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil reformada conforme a las bases aprobadas por la Ley de 21 de julio de 1880*, t. III, 1955.
- Manzanero P., A., *Memoria de testigos. Obtención Y valoración de la prueba testifical*, Pirámide, Madrid, 2010.
- Martínez Galindo, G., “Valor probatorio de declaraciones de coimputados”, *La Ley Penal*, núm. 7, julio, 2004.

Mazzoni, G., ¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria, citado por la trad. al castellano de José Manuel Revuelta López (2010), Trotta, Madrid, 2003.

—————, *Psicología del testimonio*, citado por la trad. de Amparo Moreno Hernández (2019), Trotta, Madrid, 2011.

Miranda Estrampes, M., “La declaración del coimputado como prueba de cargo suficiente: análisis desde la perspectiva de la doctrina del TC (radiografía de un giro constitucional involucionista)”, *Revista Xuridica Galega*, núm. 58, 2008.

—————, “Licitud, regularidad y suficiencia probatoria de las identificaciones visuales”, en Diges, M; García Martínez, *et. al.*, *Identificaciones fotográficas y en Rueda de reconocimiento. Un análisis del derecho procesal penal y la psicología del testimonio*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2014.

Nieva Fenoll, J., *La valoración de la prueba*, Marcial Pons, Madrid- Barcelona, 2010.

Pansini, C., *Le dichiarazioni del minore nel processo penale*, CEDAM, Padova, 2001.

PCAST REPORT, *Forensic Science in Criminal Courts: Ensuring Scientific Validity of Features*, 2016. Trad. al castellano de Lucena, J. J., “Informe al presidente. Ciencia forense en los tribunales penales: asegurando la validez científica de los métodos forenses basados en comparación de características” en *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, núm. 3, 2022. Disponible en <https://revistes.udg.edu/quaestio-facti/article/view/22743>

Pierce S, Ch., *Collected Papers*, citado por la ed. de Hartshorne, P.W. y Burks, S., Harvard University Press, Cambridge, 1931.

Quas, J. A., Thompson, W. C., Alison, K. y Clarke, S., “Do jurors ‘know’ what isn’t so about child witnesses?”, en *Law and Human Behavior*, 29(4), 2005.

- Ramírez Ortiz, J.L., “El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género”, en *Quaestio Facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, 2020.
- Sánchez Yllera, I., “Dudas razonables: la declaración de los coimputados”, *Revista Xurídica Galega*, núm. 50, 2006.
- Scott, T.; Manzanero, A., *et. al.*, “Admisibilidad en contextos forenses de indicadores clínicos para la detección del abuso sexual infantil”, *Anuario de Psicología Jurídica*, vol. 24, 2014, pp. 57-64.
- Silva Melero, V., *La prueba procesal*, Colección `Serie C: Grandes Tratados Generales de Derecho Privado y Público, Madrid, 1963.
- Soletto Muñoz, H., *La identificación del imputado: Rueda, fotos, ADN... de los métodos basados en la percepción a la prueba científica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- Vara, A., *Psicología del testimonio: características de los casos de abuso sexual en víctimas especialmente vulnerables*, Memoria de tesis doctoral, 2020.
- Vázquez, C., “La imparcialidad, la independencia y la objetividad pericial. Los factores humanos de los expertos”, en Joan Picó y Junoy (Dir.), *La prueba pericial a examen. Propuestas de lege ferenda*, Bosch Editor, Barcelona, 2020.
- Zavaglia, F., *La prova dichiarativa nel giusto processo*, CEDAM, Padova, 2007.

Suprema Corte de Justicia de la Nación

- Tesis: 549, *Apéndice de 2011*, Primera Sala, Novena Época, Registro Digital: 1005927.
- Tesis: I.7o.P82 P (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, Registro Digital: 2014791.

Tesis: 1066, *Apéndice de 2011*, Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, Registro Digital: 1006444.

Tesis: 1a./J. 1/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Primera Sala, Novena Época, Registro Digital: 172945.

Tesis: XXI.2o.P.A.4 P (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, Registro Digital: 2012574.

Sentencias del Tribunal Supremo de España

- 923/2021, de 25 de noviembre.
- 853/2021, de 10 de noviembre.
- 850/2021, de 4 de noviembre.
- 618/ 2021, de 8 de julio.
- 523/2017, de 7 de julio.
- 1053/2017, de 6 de julio.
- 457/2017, de 21 de junio.
- 1018/2017, de 15 de junio.
- 428/2017, de 14 de junio.
- 319/2017, de 4 de mayo.
- 223/2017, de 30 de marzo.
- 188/2017, de 23 de marzo.
- 938/2016, de 15 de diciembre.
- 630/2016, de 14 de julio.
- 891/2014, de 23 de diciembre.
- 269/2014, de 20 de marzo.
- 763/2013, de 14 de octubre.
- 278/2007, de 10 de abril.
- 9 de diciembre de 2005.
- 1416/2003, de 30 de octubre.
- 944/2003, de 23 de junio.
- 948/2002, de 20 de noviembre.
- 1168/2002, de 19 de junio.
- 630/2002, de 16 de abril.

Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- *Krumpholz vs. Austria*, 18 de marzo de 2010.
- *Martinnen vs. Finlandia*, 21 de abril de 2009.
- *Shannon vs. Reino Unido*, 4 de octubre de 2005.
- *J.B. vs. Suiza*, 3 de mayo de 2001.
- *Labita vs. Italia*, 6 de abril de 2000.
- *John Murray vs. Reino Unido*, 8 de febrero de 1996.
- *Funke vs. Francia*, de 25 de febrero de 1993.
- *Artner vs. Austria*, 28 de agosto de 1992.
- *Asch vs. Austria*, 26 de abril de 1991.
- *Isgró vs. Italia*, 19 de febrero de 1991.

Tribunal Constitucional de España

- 57/2009, de 9 de marzo.

Inferencia probatoria y valoración conjunta de la prueba

Daniel González Lagier*

* Catedrático de Filosofía del Derecho. Universidad de Alicante.

Inferencia probatoria y valoración conjunta de la prueba. I. La valoración conjunta de la prueba y la inferencia probatoria; II. ¿Qué es una inferencia? Algunas nociones de teoría de la argumentación; III. La estructura de la inferencia probatoria y sus tipos; IV. El carácter prioritario pero probabilístico de la inferencia probatoria empírica; V. Sistemas de valoración de la prueba: de la prueba legalmente tasada a la libre valoración de la prueba; VI. Los criterios de racionalidad epistemológica; VII. Utilidad y límites de los criterios de racionalidad epistemológica.

I. La valoración conjunta de la prueba y la inferencia probatoria

Este capítulo está dedicado a la inferencia probatoria y a la valoración conjunta de la prueba. En cierta medida, puede pensarse que los capítulos anteriores se han ocupado de momentos, procesos o razonamientos que preparan y conducen a este. Si la valoración individual consiste en la determinación de la fiabilidad, pertinencia y otros aspectos de cada una de las pruebas, la valoración conjunta consiste en (a) la construcción de un razonamiento, argumento o inferencia —al que llamaremos *inferencia probatoria*— que, partiendo del conjunto de los datos probatorios o elementos de juicio, trata de establecer la hipótesis acerca de cómo ocurrieron los hechos que se enjuician, y (b) en la determinación del grado de “solidez” o corrección de esta inferencia.

La valoración conjunta de la prueba es uno de los núcleos de la teoría de la prueba; sin embargo, la inferencia probatoria no es un tipo de razonamiento o argumento exclusivo de la actividad jurídica, sino común —aunque con ciertas peculiaridades— a muchos otros ámbitos no jurídicos, tanto científicos como cotidianos. Determinar si ciertos hechos históricos ocurrieron de una manera u otra, qué es lo que causó determinado fenómeno natural o, simplemente, por qué supusimos que fue nuestro amigo Pedro quien nos llamó mientras estábamos ausentes son ejemplos

de este razonamiento —el cual, además, tiene una estrecha similitud con la predicción y la explicación de eventos—.

Probablemente, las inferencias probatorias más famosas son las que el escritor Arthur Conan Doyle pone en boca de su detective, Sherlock Holmes. Por ejemplo, en *Estudio en escarlata* Holmes deja asombrado a su recién conocido Watson al concluir, con el siguiente argumento, que este ha llegado de Afganistán:

He aquí a un caballero que responde al tipo de hombre de medicina, pero que tiene un aire marcial. Es, por consiguiente, un médico militar con toda evidencia. Acaba de llegar de países tropicales, porque su cara es de un fuerte color oscuro, color que no es el natural de su cutis, porque sus muñecas son blancas. Ha pasado por sufrimientos y enfermedad, como lo pregona su cara macilenta. Ha sufrido una herida en el brazo izquierdo. Lo mantiene rígido y de una manera forzada... ¿En qué país tropical ha podido un médico del ejército inglés pasar por duros sufrimientos y resultar herido en un brazo? Evidentemente, en el Afganistán.

En la misma novela Sherlock Holmes le explica a Watson en qué consiste este tipo de inferencias:

—El gran factor, cuando se trata de resolver un problema de esta clase, es la capacidad para razonar hacia atrás. Esta es una cualidad muy útil y muy fácil, pero la gente no se ejercita mucho en ella. En las tareas corrientes de la vida cotidiana resulta de mayor utilidad el razonar hacia adelante, y por eso se la desatiende. Por cada persona que sabe analizar, hay cincuenta que saben razonar por síntesis.

—Confieso que no le comprendo —le dije.

—No esperaba que me comprendiese. Veamos si puedo plantearlo de manera más clara. Son muchas las personas que, si usted les describe una serie de hechos, le anunciarán cuál va a ser el resultado. Son capaces de coordinar en su cerebro los hechos, y deducir que han de tener una consecuencia determinada. Sin embargo, son pocas las personas que, diciéndoles usted el resultado, son capaces de extraer de lo más hondo de su propia conciencia los pasos que condujeron a ese resultado. A esta facultad me refiero cuando hablo de razonar hacia atrás; es decir, analíticamente.

El razonamiento que realizan los jueces para dar por probados determinados hechos es también un razonamiento que va desde unos hechos que se asumen como conocidos hacia otros que son desconocidos o puestos en duda y que deben ser descubiertos o “probados”.

En definitiva, comprender en qué consiste la valoración conjunta de la prueba es conocer la estructura de la inferencia probatoria y sus criterios de corrección. Esto conecta la teoría de la prueba con la argumentación jurídica, lo que aconseja dedicar algunos apartados a introducir algunas nociones básicas de teoría de la argumentación.

II. ¿Qué es una inferencia? Algunas nociones de teoría de la argumentación

1. Argumentos y opiniones

Un argumento, razonamiento o inferencia es un conjunto de enunciados —a los que se les suele llamar *premisas*— que expresan razones en apoyo de una determinada pretensión —a la que se le suele llamar *conclusión*—. ¹ En el caso de los argumentos probatorios, las premisas son los elementos de juicio que tomamos como pruebas y la conclusión, la hipótesis fáctica que tratamos de justificar. ² En el ejemplo anterior podemos distinguir entre la conclusión, es decir, el hecho probado —“Watson ha servido en Afganistán”— y las razones —“he aquí un caballero que responde al tipo de hombre de medicina”, “su cara es de un fuerte color oscuro”, etcétera—.

Es fundamental distinguir un argumento o inferencia de una mera opinión. En una mera opinión no se aportan razones, sino que simplemente se expresa una *creencia* del sujeto. Esa opinión puede ser correcta o no, pero si no es la conclusión de

¹ Para una profundización en la teoría de la argumentación jurídica, V. Atienza, *Curso de argumentación jurídica*.

² V. González Lagier, *Quaestio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, cap. II.

un argumento su justificación no queda demostrada. Para que haya un argumento es esencial que esa creencia se trate de justificar alegando razones.

Los siguientes son ejemplos de argumentos:³

- “Los estudiantes no son los mejores jueces (conclusión); si lo fueran, no tendrían que ser estudiantes (premisa)”.
- “La poesía es más sutil y más filosófica que la historia (conclusión), pues la poesía expresa lo universal y la historia solo lo particular (premisa)”.
- “El hombre desea vivir en sociedad (premisa); por lo tanto, debe renunciar a una parte del bien privado en pro del bien público (conclusión)” —Marqués de Sade—.
- “Debe haber sustancias simples (conclusión), puesto que las hay compuestas (premisa); ya que una sustancia compuesta no es más que un agregado de sustancias simples (premisa)” —Leibniz—.
- “Ningún hombre acepta consejos, pero todos los hombres aceptan dinero (premisa); por lo tanto, el dinero es mejor que los consejos (conclusión)” —Jonathan Swift—.
- “Puesto que las pruebas demuestran que se necesitan al menos 2.3 segundos para accionar el cerrojo del rifle de Oswald —premisa—, obviamente este no pudo haber disparado tres veces —hiriendo a Kennedy dos veces y una a Connelly— en 5.6 segundos o menos —conclusión—”.
- “El artículo 15 de la Constitución española —‘Todos tienen derecho a la vida’— se refiere a ‘todos los nacidos’ —premisa—, por lo tanto, la Ley de Técnicas de Reproducción asistida no vulnera el Derecho funda-

³ Algunos de ellos provienen de Copi, *Introducción a la lógica*.

mental a la vida al permitir la experimentación con embriones humanos —conclusión—”.

- “El artículo 15 de la Constitución española —‘Todos tienen derecho a la vida’— se refiere a ‘todos los nacidos’ —conclusión—, porque si no fuera así se estaría asumiendo un sentido demasiado amplio de la palabra *vida* —premisa—”.

Y los siguientes son ejemplos de meras opiniones:

- “Estoy convencido de que la turbulencia, así como toda otra mala índole de esta mala época, no es propia de las clases inferiores, sino de las medias: esas clases medias que estamos acostumbrados a elogiar”.
- “Cuando personas que son bastante afortunadas en su suerte externa no encuentran suficiente goce en la vida como para considerarla valiosa, la causa es por lo general que no se preocupan más que por sí mismas” —John Stuart Mill—.
- “El artículo 15 de la Constitución española —‘Todos tienen derecho a la vida’— se refiere a ‘todos los nacidos’”.
- “Nunca es mayor la posibilidad de que los hombres den la solución correcta a un problema que cuando la discuten libremente”.

En estos últimos ejemplos no cabe distinguir entre aquello que se pretende sostener —la conclusión— y las razones que lo apoyan —las premisas—. En el caso de la prueba, una mera descripción acerca de cómo supuestamente ocurrieron los hechos del caso, no respaldada por razones —las pruebas—, no es —por sí sola— un argumento.

La distinción entre argumentos y meras opiniones es importante. Es un error —o una argucia— frecuente en la argumentación presentar meras opiniones como si fueran argumentos. Pero, al no estar respaldadas por razones, las meras opiniones

no deben aceptarse en una deliberación racional —salvo que sean evidencias indiscutibles que no requieran justificación, como hechos notorios o conocimientos generales—.

Ahora bien, es cierto que no siempre es fácil la distinción entre meras opiniones y argumentos porque, en las argumentaciones reales —fuera de los ejemplos de los libros de texto—, los hablantes, con frecuencia, no explicitan todos los elementos de sus argumentos, omitiendo alguna premisa o, incluso, la conclusión —a estos argumentos podemos llamarlos *argumentos incompletos* o *entimemas*—. No es que estos argumentos carezcan de esos elementos; es que el elemento que falta está implícito. Tomemos, por ejemplo, el siguiente argumento:

Someterse a un control de alcoholemia no es una declaración contra uno mismo, porque su resultado es incierto.

La conclusión de este argumento es “Someterse a un control de alcoholemia no es una declaración contra sí mismo”; la razón que se alega para apoyar esta conclusión es “Su resultado es incierto” —premisa—. Ahora bien, para que de esta premisa se pueda pasar a la conclusión es necesaria alguna premisa adicional. Para valorar si el argumento es bueno o no, tenemos que explicitar —“sacar a la luz”— esa premisa. Lo que el sujeto que usa este argumento está presuponiendo es que “Una prueba solo puede ser considerada una declaración contra sí mismo si su resultado es cierto”. Ahora podemos valorar si esta premisa, que estaba oculta pero es necesaria para completar el argumento, es aceptable o correcta y, de esta manera, juzgar la fuerza del argumento.

2. Explicar y justificar

En las líneas anteriores se ha insistido recurrentemente en que los argumentos son una herramienta de justificación de las decisiones y opiniones —y la inferencia probatoria, una herramienta de justificación de las hipótesis fácticas—. Pero ¿qué es justificar? Es importante evitar confundir la justificación de una decisión con su explicación. Explicar es responder a la pregunta *¿por qué?* Explicar una decisión consiste en indicar las circunstancias, causas, motivos, etcétera, que

permiten responder a la pregunta acerca de por qué se ha tomado la decisión *x* —o por qué se opina *x*—. Justificar, por el contrario, es contestar a la pregunta ¿es correcto *x*?⁴ A la hora de determinar si una decisión está justificada no nos interesa cuáles fueron las razones que, de hecho, causaron la decisión de un sujeto,⁵ sino si estas eran las correctas —o si, en abstracto, hay razones correctas para adoptar esa decisión—. Las razones que explican una decisión pueden no coincidir con las razones que la justifican —aunque también pueden coincidir, y podría pensarse que eso es lo deseable—. Que el contenido de la misma sea correcto o no es independiente de cuáles fueron los motivos que, de hecho, hicieron que el sujeto tomara una u otra decisión o que opinara una u otra cosa. Por eso, como se verá más adelante, es un error considerar que para la motivación de las decisiones judiciales basta simplemente con describir el *iter* mental de la autoridad judicial. La justificación de la decisión requiere mostrar que hay razones correctas que la avalan, es decir, requiere mostrar que está respaldada por un argumento correcto. La inferencia probatoria trata de aportar razones justificativas, no razones explicativas.

3. La justificación o corrección de las inferencias

En la teoría de la argumentación jurídica es usual afirmar —con diversa terminología— que la corrección de un argumento depende de dos tipos de cuestiones: en primer lugar, de si la conclusión del argumento se deriva de las premisas de acuerdo con las reglas de inferencia aceptadas; en segundo lugar, de si las premisas que usa el argumento son a su vez correctas. Al primer aspecto se le ha llamado “justificación interna” del argumento; al segundo, “justificación externa”.⁶ Una manera de apreciar la diferencia entre ambas dimensiones de la justificación es darse cuenta de que resulta posible formular argumentos en los que la conclusión se sigue de las premisas, siendo las premisas incorrectas o falsas. En este

⁴ Cf. Atienza, *Las razones del Derecho*, pp. 4 y ss.

⁵ Aunque pueden ser relevantes para evaluar al decisor.

⁶ V. Wróblewski, “Legal syllogism and Rationality of Judicial Decision”, en *Rechtstheorie*.

caso, decimos que el argumento está internamente justificado, pero no externamente justificado. Es lo que ocurre, por ejemplo, con el siguiente argumento:

En ningún estado constitucional el rey es el jefe del Estado.

España es un estado constitucional.

En España el rey no es el jefe del Estado.

También es posible formular argumentos externamente justificados, pero no internamente justificados —sus premisas son correctas, pero la conclusión, que también puede ser correcta, no se sigue de ellas—. Por ejemplo:

Las monarquías parlamentarias tienen un parlamento.

España tiene un parlamento.

España es una monarquía parlamentaria.

Este argumento no está internamente justificado de acuerdo con las leyes de la lógica clásica, aunque las premisas y la conclusión sean correctas. No está internamente justificado porque de las premisas no se sigue sin más la conclusión —dado que hay repúblicas parlamentarias, podría ser que España tuviera un parlamento porque fuera una república parlamentaria—. Para que el argumento estuviera internamente justificado la primera premisa debería indicar: “Solo las monarquías parlamentarias tienen un parlamento” —entonces sí podríamos asegurar que España es una monarquía parlamentaria, dado que tiene un parlamento—. Pero, si la primera premisa dijera eso, sería falsa —porque hay formas parlamentarias de Estado distintas de la monarquía parlamentaria—, por lo que entonces el argumento no estaría externamente justificado.

En definitiva, para que un argumento esté plenamente justificado, debe estar justificado tanto interna —la conclusión debe seguirse de las premisas— como externamente —las premisas deben ser correctas—. Es igualmente grave que un argumento falle en el paso de las premisas a la conclusión como que falle en la selección de premisas adecuadas —correctas—.

4. Argumentos deductivos y no deductivos. Las formas básicas del razonamiento

En algunos argumentos, la relación entre las premisas y la conclusión es tal que puede decirse que las premisas, en caso de ser verdaderas, garantizan completamente la conclusión; esto es, puede decirse que, si las premisas se aceptan como verdaderas, sería una contradicción lógica negar la conclusión. En estos argumentos, si las premisas son verdaderas, la conclusión no puede ser falsa.

Por ejemplo:

*Una sustancia compuesta es un agregado de sustancias simples.
Hay sustancias compuestas.*

Hay sustancias simples.

*La capital de Perú es la ciudad más poblada del país.
Lima es la ciudad más poblada del país.*

Lima es la capital de Perú.

A estos argumentos se les llama *argumentos deductivos* y son objeto de estudio de la lógica —clásica—. Podemos decir que la lógica —clásica— es el estudio formal —es decir, desde el punto de vista de su forma o estructura— de los argumentos deductivos. Pero los argumentos deductivos no son los únicos que resultan útiles para la justificación de las creencias y las decisiones. Hay argumentos cuyas premisas no garantizan la conclusión, pero la hacen *plausible, probable o razonable*. Es posible que sus premisas sean correctas y no lo sea la conclusión, pero aun así las premisas apoyan la conclusión. A estos argumentos podemos llamarlos *no deductivos*. Por ejemplo:

*La enfermedad covid-19 tiene como síntomas fiebre, mucha tos,
dificultad para respirar y pérdida de olfato.
El paciente tiene fiebre, mucha tos, dificultad para respirar y pérdida de olfato.*

El paciente tiene covid-19.

El lunes había mucho tráfico en la ciudad.

El martes había mucho tráfico en la ciudad.

El miércoles había mucho tráfico en la ciudad.

El jueves había mucho tráfico en la ciudad.

Todos los días hay mucho tráfico en la ciudad.

El primer argumento no es deductivo, porque esos síntomas son también compatibles con otras enfermedades. Sin embargo, en la situación actual, tales síntomas son buenas razones para pensar que se trata de esa enfermedad, dado que esta es la mejor explicación que tenemos de esos síntomas. En el segundo ejemplo, aunque tenemos suficientes razones para pensar que el tráfico en la ciudad es malo todos los días, podemos estar también equivocados al hacer la generalización. La generalización será más segura cuantos más días hayamos observado el tráfico. El primero de estos ejemplos es un argumento abductivo —o inferencia a la mejor explicación—; el segundo es un ejemplo de inducción ampliativa. Deducción, inducción y abducción son las tres formas básicas del razonamiento.⁷ Desarrollemos algo más estos tipos de argumentos.

a. Deducción

La deducción es la forma de razonamiento en la que conocemos una *regla* —en el sentido de un enunciado general que correlaciona una clase de individuos con una clase de propiedades— y un *caso* subsumible en la regla, y queremos inferir un *resultado*. Los argumentos deductivos se caracterizan porque, dada su forma o estructura, no es posible —sin incurrir en una contradicción— afirmar las premisas y negar la conclusión; dicho de otra manera, la verdad de las premisas garantiza la verdad de la conclusión —en realidad, porque la información contenida en la conclusión no va más allá de la que ya teníamos en las premisas—. Esto no quiere decir que las premisas no puedan ser falsas —y también la conclusión—, desde un punto de vista material —de acuerdo con su correspondencia

⁷ V. Peirce, “Sobre la clasificación natural de los argumentos”, en *Escritos Lógicos*; y Bonorino, “Sobre la abducción”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*.

con la realidad—. Lo único que quiere decir es que *si las premisas fueran verdaderas, dada la estructura del argumento, la conclusión sería necesariamente verdadera*. De manera que la lógica deductiva —el estudio de las inferencias deductivas— nos ofrece esquemas de razonamiento que nos conducen a conclusiones fiables, siempre que estemos seguros de las premisas de las que hemos partido.

Dado que los argumentos deductivos no contienen más información en la conclusión de la que ya disponíamos en las premisas, no sirven para aumentar nuestro conocimiento, pero sí son útiles para presentar de una manera clara la justificación de una decisión o para mostrar cómo se aplican ciertas propiedades generales a casos particulares.

Ejemplo:

Todos los cuervos son negros. (Regla)

X, Y y Z son cuervos. (Caso)

X, Y, y Z son negros. (Resultado)

b. Inducción

Los argumentos inductivos son apropiados cuando conocemos una serie de casos y resultados y queremos extraer la regla que correlaciona unos con otros. En los argumentos inductivos extraemos una premisa de carácter general a partir del examen de una serie limitada de supuestos particulares, de manera que la conclusión siempre va más allá de las premisas. Es una generalización a partir de ejemplos. En una inducción siempre hay un “salto” de las premisas a la conclusión, por lo que la verdad de unas no nos garantiza la verdad de la otra. La conclusión de una inducción bien construida podrá ser más o menos probable, pero nunca será infaliblemente verdadera. En una buena inducción, si las premisas son verdaderas, la conclusión será probablemente verdadera. Las inducciones no tienen una validez *todo o nada*, a diferencia de las deducciones; en el caso de los argumentos no deductivos, en general, hay que hablar de grado de confirmación de la conclusión o de “solidez” de la inferencia.

Ejemplo:

X, Y, y Z son cuervos. (Caso)

X, Y y Z son negros. (Resultado)

Todos (o la mayoría) de los cuervos son negros. (Regla)

c. *Abducción*

Cuando conocemos la regla y el resultado, podemos inferir el caso por medio de una abducción. En la abducción razonamos tratando de inferir un hecho particular a partir de otro hecho que conocemos y de una regla —universal o probabilística— que suponemos correcta. Tampoco obtenemos de esta forma una conclusión necesariamente verdadera —ni siquiera cuando la regla es universal—, sino solo una “solidez” que puede ser mayor o menor.

Ejemplo:

X, Y y Z son negros. (Resultado)

Todos los cuervos son negros. (Regla)

X, Y y Z son cuervos. (Caso)

Los argumentos abductivos tienen cierta fuerza que deriva de su potencialidad explicativa: en el ejemplo anterior, lo que concede fuerza al razonamiento es que la verdad de dicha conclusión explicaría por qué X, Y y Z son negros.

5. Reglas de inferencia y falacias

Hemos visto que uno de los criterios de corrección de los argumentos es su justificación interna, esto es, que el paso de las premisas a la conclusión sea correcto *de acuerdo con las reglas de inferencia*. Conocer las reglas de inferencia es, pues, fundamental para una argumentación correcta.

En el caso de los argumentos deductivos —en los que, como hemos visto, si las premisas se toman como verdaderas, la conclusión debe tomarse como necesariamente verdadera—, las reglas de inferencia —las “leyes de la lógica”— son relativas a la forma o estructura de los argumentos. Pensemos en el siguiente argumento:

*Todas las capitales tienen más de 1 millón de habitantes.
Lima es la capital de Perú.*

Lima tiene más de 1 millón de habitantes.

Se trata de un argumento deductivo: si las premisas se aceptan como verdaderas, hay que aceptar necesariamente la conclusión. Y esto es así porque, de acuerdo con una regla de inferencia lógica, todos los argumentos con la siguiente estructura son lógicamente válidos:

*Todos los x son y.
z es un caso de x.*

z es un caso de y.

Las reglas de inferencia lógica nos dicen, por tanto, cómo debe ser el argumento —con independencia de su contenido, esto es, del significado de las premisas— para que tenga una justificación interna completa. Un argumento que cumple con las reglas de inferencia lógica es un argumento lógicamente válido —y, por tanto, deductivo—.

Las siguientes, son algunas reglas de inferencia lógica:

<p><i>Si p, entonces q</i> <i>p</i></p> <p>-----</p> <p><i>q</i></p>	<p><i>Si p, entonces q</i> <i>No q</i></p> <p>-----</p> <p><i>No p</i></p>	<p><i>Si p, entonces q</i> <i>Si q, entonces r</i></p> <p>-----</p> <p><i>Si p, entonces r</i></p>	<p><i>p o q</i> <i>No p</i></p> <p>-----</p> <p><i>q</i></p>
--	--	--	--

Siguiendo reglas de este tipo —y otras más complejas, o combinaciones de reglas de inferencia— podemos construir argumentos deductivos. Por el contrario, la siguiente no es una regla lógica —es, por el contrario, la *falacia* de la negación del antecedente—:

Si p, entonces q.

No p.

no q.

Por ello, un argumento que adopte esta estructura no es un argumento correcto desde el punto de vista de su justificación interna. Por ejemplo, el siguiente:

Si la forma de gobierno es una monarquía parlamentaria,

entonces ese Estado cuenta con un parlamento.

Francia no es una monarquía parlamentaria.

Francia no cuenta con un parlamento.

Desafortunadamente, los juristas incurren con frecuencia en el error de usar esta forma incorrecta de argumento; por ejemplo: “La jurisdicción penal ordinaria puede imponer penas privativas de libertad. Por tanto, *a sensu contrario*, la jurisdicción militar no puede imponer penas privativas de libertad”. Es decir:

La jurisdicción penal ordinaria puede imponer

penas privativas de libertad.

La jurisdicción militar no forma parte de la

jurisdicción penal ordinaria.

La jurisdicción militar no puede imponer penas privativas de libertad.

Tampoco es una regla de inferencia lógica válida la siguiente —es la falacia de la afirmación del consecuente—:

Si p, entonces q.

q.

p.

Por ejemplo:

Si llueve, las temperaturas descienden.

Las temperaturas han descendido.

Ha llovido.

También los argumentos no deductivos deben respetar ciertas reglas de inferencia, aunque, en este caso, no siempre son relativas a la forma o estructura del argumento —o no es fácil distinguir entre cuestiones formales y de contenido—. Por ejemplo, en una inducción ampliativa o generalización no se debe extraer una conclusión a partir de una muestra demasiado pequeña de casos, los cuales deben ser representativos. También hay reglas que son importantes tanto para los argumentos deductivos como para los no deductivos.

Los argumentos que infringen alguna regla de inferencia son *falacias* —si se infringen reglas lógicas, son falacias formales o falacias lógicas; si se infringen reglas de inferencia de carácter material, son falacias materiales—. Las falacias son argumentos incorrectos. Pueden resultar persuasivos, pero, si se examinan con detenimiento, puede verse que al ser contrarios a alguna —o algunas— reglas de inferencia, realmente no sirven para justificar la conclusión. Aceptar la conclusión de una falacia es irracional.

Dos falacias que son muy frecuentes, y que debe evitar todo aquel que argumenta, son la *petición de principio* y la falacia del *non sequitur*. La petición de principio consiste en introducir la conclusión a la que se quiere llegar —de forma más o menos subrepticia— entre las premisas, convirtiendo al argumento en viciosamente circular.

Por ejemplo:

Solo Dios puede crear.

Todo lo que existe ha sido creado.

Dios existe.

En este argumento, la conclusión —“Dios existe”— está ya asumida en la primera premisa —“Solo Dios puede crear” presupone que Dios existe—. Lo mismo ocurre en el siguiente:

El agua es indispensable en nuestra vida; por tanto, sin agua no podríamos vivir.

En la petición de principio falta la suficiente independencia entre las premisas y la conclusión. En cierto sentido, la falacia *non sequitur*, o de la conclusión inatinerente, es lo contrario: en ella las premisas son “demasiado independientes”: no tienen relación con la conclusión. Esta falacia consiste en derivar de una o varias premisas una conclusión que no se sigue de estas; las premisas parecen aptas para llegar a una conclusión determinada, pero el argumento se desvía y concluye algo diferente, que no se deriva de ellas. Por ejemplo:

Los indígenas de esta comunidad tienen reglas consuetudinarias bien arraigadas, respaldadas por sanciones sociales, que les han permitido mantener un vínculo comunitario fuerte. Por tanto, ninguno de ellos pudo haber cometido el delito que se investiga.

En realidad, es una falacia que agrupa a un conjunto de malos argumentos: atacar a la persona en lugar del argumento —falacia *ad hominem*—, invocar una falsa autoridad —falacia *ad verecundiam*—, amenazar con la fuerza si no se acepta la conclusión —falacia *ad baculum*—, etcétera.

Algo que tienen en común ambas falacias, la petición de principio y la conclusión inatinerente, es que se incurre en ellas cuando quien argumenta trata de justificar una conclusión *sin tener suficiente información, razones o pruebas a favor de ella*.

Por ello, recurre a introducir la conclusión entre las premisas o a usar premisas que conducen a conclusiones distintas.

III. La estructura de la inferencia probatoria y sus tipos

Como hemos visto, la inferencia probatoria consiste en correlacionar dos tipos de hechos —o enunciados sobre hechos—: los hechos que queremos probar y los hechos que usamos para probarlos —los elementos de juicio—. Por tanto, este argumento se compone de un conjunto de premisas —los elementos de juicio o pruebas—, una conclusión —la hipótesis sobre los hechos que queremos probar— y una conexión o enlace entre las premisas y la hipótesis:



Aunque todas las inferencias probatorias tienen la misma estructura, podemos distinguir tres tipos de inferencias probatorias dependiendo de su enlace.⁸

1. Inferencias probatorias "empíricas" (o "en sentido estricto")

En estas el enlace es un enunciado que expresa una generalización empírica. Las generalizaciones empíricas que cumplen esta función de enlace tienen dos características básicas: a) son —es decir, siempre se pueden expresar como— enunciados condicionales con la forma *Si p, entonces probablemente q*, esto es, enunciados que establecen que existe una correlación entre dos tipos de hechos, de manera que si encontramos un hecho del primer tipo (*p*), es probable que haya ocurrido o vaya a ocurrir un hecho del segundo tipo (*q*); b) estas generalizaciones se obtienen a partir de la observación de que, en un cierto número determinado

⁸ V. González Lagier, *op. cit.*

de casos anteriores, hechos como p son seguidos de hechos como q , es decir, tienen una justificación empírica.

Veamos algún ejemplo:

Ejemplo 1:

El acusado fue detenido en las cercanías de la vivienda donde se cometió el robo, poco después del momento de este, llevando los objetos sustraídos en dicha vivienda y portando una palanca metálica. (Elementos de juicio)

Si alguien es sorprendido en el sitio del suceso o sus cercanías, en un tiempo inmediato al hecho, portando especies o efectos del delito y/o elementos necesarios para cometerlo, probablemente es el autor del delito. (Enlace: generalización empírica)

El acusado es el autor del delito. (Hipótesis)

Ejemplo 2:

Se encontró en el registro de la vivienda del acusado 1 gramo, 810 miligramos de cocaína. La identificación del sujeto se había hecho a partir de las manifestaciones ante la policía de otra persona a la que se le había intervenido previamente cierta cantidad de droga, sin que dichas manifestaciones fueran posteriormente ratificadas, ni en la fase instructora ni en el juicio oral. (Elementos de juicio)

Si alguien a quien se le ha encontrado una cantidad significativa de droga acusa a otro de habérsela vendido y esa acusación no es ratificada después, probablemente es una acusación falsa para desviar la investigación policial. (Enlace: generalización empírica)

El acusado probablemente no traficaba con droga. (Hipótesis)

Tanto en el ejemplo 1 como en el 2, las generalizaciones empíricas son conclusiones a las que ha llegado el juez a partir de su experiencia profesional, pero el concepto de *generalización empírica* es muy amplio, y puede incluir también las generalizaciones basadas en experiencias cotidianas —no profesionales— e, incluso, el conocimiento científico —que también puede verse en última instancia, al

menos en muchos casos, como un conjunto de generalizaciones que pretenden describir regularidades con las que explicar el mundo—. Los juristas se refieren a algunos de estos tipos de generalizaciones como *máximas de experiencia*. Las máximas de experiencia y los conocimientos científicos son esenciales para la prueba de los hechos, pero es importante que se trate de generalizaciones correctas, esto es, justificadas. Una generalización empírica está justificada si es la conclusión de una inducción ampliativa bien hecha.

2. Inferencias probatorias "normativas"

En otras ocasiones, el enlace está constituido por normas o reglas dirigidas al juez que lo obligan a aceptar como probados ciertos hechos cuando se dan ciertos hechos previos. Se trata de enunciados normativos cuya forma es *Si p, entonces debe darse por probado q*. A diferencia de las generalizaciones empíricas, se trata de normas y no de enunciados verdaderos o falsos. Aunque a veces se les llama *presunciones legales*, en realidad pueden proceder de otras fuentes normativas —ley, jurisprudencia, costumbre, etcétera—. Dado su carácter normativo, son de obligada consideración por el juez. Podemos llamar a estos enunciados *reglas de presunción* o *presunciones normativas*. Explicitar el papel de las presunciones normativas en el razonamiento probatorio (si es mejor considerar que cumplen una función en el momento de valoración de la prueba o en un momento posterior, el de la decisión sobre los hechos probados) depende en última instancia de cómo se entienda el término “prueba” en contextos jurídicos. Parecen coexistir dos maneras de entenderlo (y para ambas hay buenas razones). Para la primera, que llamaré “prueba en sentido amplio”, la prueba engloba todo tipo de operaciones que tienden a establecer la premisa fáctica del silogismo judicial, esto es, la fijación de los hechos que el juez debe aceptar en su razonamiento para establecer la consecuencia jurídica prevista en la norma. Esta es la perspectiva que se asume en este capítulo. Desde esta perspectiva, todas las inferencias que tienen que ver con la determinación de la premisa fáctica del silogismo judicial son inferencias probatorias, de manera que puede decirse que las presunciones normativas cumplen el papel de indicarle autoritativamente al juez qué valoración debe hacer de ciertos hechos (estableciendo los efectos probatorios de la acreditación de esos hechos). Por ejemplo, cuando Taruffo define la “prueba legal” como “la

producción de reglas que, predeterminan, de forma general y abstracta, el valor que debe atribuirse a cada prueba” (Taruffo, *La prueba de los hechos*, pp. 387), parece estar asumiendo esta concepción amplia. Para la segunda perspectiva, a la que podemos llamar “prueba en sentido estricto”, ésta es el conjunto de operaciones y razonamientos que tienden a establecer los aspectos empíricos y epistemológicos relacionados con la determinación de los hechos del caso, esto es, las operaciones dirigidas a establecer la probabilidad de que los hechos del caso hayan ocurrido. Desde este punto de vista la prueba es una operación eminentemente epistemológica y sólo la inferencia probatoria que he llamado empírica formaría parte de la valoración de la prueba. Si se asume esta noción de “prueba”, las presunciones normativas no cumplen una función en la valoración de la misma, sino en el momento de decisión sobre qué hechos declarar probados, que habría que diferenciar del momento de la valoración. La función de las presunciones normativas sería la de decirle al juez qué decisión debe tomar ante la falta de pruebas. Esta es la noción de prueba que se asume en el siguiente capítulo, dedicado precisamente a la decisión probatoria. Estas presunciones predeterminan el resultado de la valoración de la prueba que realiza el juez: si se dan ciertos elementos de juicio —el hecho base—, entonces el juez debe aceptar ciertos hechos como probados —el *hecho consecuencia*—, salvo prueba en contrario —si la presunción la admite—. ⁹ Por ello, mientras las inferencias probatorias que hemos llamado empíricas se corresponden con una libre valoración del juez, las inferencias probatorias normativas se corresponden con una valoración tasada o cerrada —aunque no completamente, porque habrá que determinar si el hecho base se ha producido o no y si hay prueba en contrario—.

Ejemplo 1:

Los sujetos A y B (padre e hijo) fallecieron en el mismo accidente automovilístico y no consta quién falleció primero. (Elementos de juicio)

⁹ Como se verá en el siguiente capítulo, puede haber buenas razones para sostener que las presunciones que no admiten prueba en contrario —esto es, las presunciones *iuris et de iure*— no deben ser consideradas genuinas presunciones.

Si el autor de la herencia y sus herederos o legatarios perecieren en el mismo desastre o en el mismo día, sin que se pueda averiguar a ciencia cierta quiénes murieron antes, se tendrán todos por muertos al mismo tiempo. (Artículo 1287 Código Civil Federal de México)

A y B fallecieron al mismo tiempo. (Hecho probado)

Ejemplo 2:

Se encontraron en el registro de la vivienda del acusado siete gramos de cocaína.

Si se posee una cantidad de cocaína superior a cinco gramos, se presume la intención de traficar con ella. (Presunción establecida jurisprudencialmente)

El acusado poseía la cocaína con la intención de traficar con ella.

Hemos dicho que las generalizaciones empíricas se justifican en un razonamiento —una inducción ampliativa— que parte de la observación de casos particulares e infiere a partir de ellos una asociación regular entre ciertos tipos de hechos. ¿Qué es lo que justifica una presunción? Si nos fijamos en los dos ejemplos anteriores, nos encontramos con dos tipos de justificación o fundamento de las presunciones. Algunas presunciones —como la del ejemplo 2— tienen como fundamento la observación de una asociación regular entre hechos —en ese caso son normas cuyo fundamento último es una generalización empírica—: la presunción que establece que si se posee una cantidad de droga notoria se debe presumir —dar por probado— que se posee para traficar con ella no es arbitraria, sino que se basa en una generalización que supone que la posesión de una cantidad que se estima demasiado elevada para el autoconsumo probablemente está destinada a su distribución. Si estas generalizaciones y máximas de experiencia se han “volcado” en normas jurídicas es en buena parte porque la autoridad normativa ha asumido que, en ocasiones, dada la dificultad de probar determinados hechos, se hace conveniente una uniformidad de criterios que tiendan en conjunto y a largo plazo a un número total de errores menor que el que produciría en esos casos una libre valoración de las pruebas.

En otros casos, las presunciones no parecen tener una generalización empírica subyacente, sino que su propósito es la protección de algún valor o principio que

se considera relevante —por ejemplo, el de seguridad, el de protección de los intereses de la parte más débil, etcétera—. Es lo que ocurre en el ejemplo 1: no parece que la probabilidad de que las personas que fallecen en un mismo accidente lo hagan en el mismo momento sea mayor que la probabilidad de lo contrario; sin embargo, es necesario —por seguridad o certeza jurídica— alguna regla que permita salir del estado de indecisión. Lo mismo ocurre con la presunción que incluyen algunos ordenamientos jurídicos —que, además, no suele admitir prueba en contrario—, según la cual si se mantienen relaciones sexuales con un menor de 13 años —la edad puede variar, obviamente—, se presume que no fueron consentidas: esta presunción no tiene una generalización empírica subyacente ni pretende averiguar si realmente hubo consentimiento o no, sino que busca la protección de la integridad sexual de los menores. Una presunción de este tipo estará justificada, por tanto, no porque permita minimizar el riesgo de error, sino porque se considere un modo eficaz de proteger un derecho o un bien jurídico.

3. Inferencias probatorias "conceptuales" o "interpretativas"

Por último, en el ámbito del razonamiento sobre hechos nos podemos encontrar con inferencias que, a partir de ciertos elementos de juicio, califican o interpretan un hecho bruto como un caso de uno u otro tipo de hecho. En estos casos, la función de enlace la realiza una definición, teoría o regla conceptual. Estas definiciones establecen que los hechos del tipo de los descritos en las premisas de la inferencia *cuentan como* —esto es, son subsumibles en— una cierta categoría de hechos —una acción, una intención, una relación causal, etcétera—. Lo que está en juego en este razonamiento no es tanto si ocurrió o no un determinado hecho, sino su *interpretación*, es decir, su clasificación dentro de una u otra categoría genérica de hechos. Por ello, podría cuestionarse que se considere un tipo de argumento “probatorio”, pero, al fin y al cabo, decimos cosas como “Ha quedado probado que el sujeto actuó intencionalmente” o “No ha quedado probado que su omisión causara realmente algún daño”, donde que los hechos se califiquen de “intencional”, “omisión” o “causa” depende de este tipo de inferencias. Veamos algún ejemplo.

Ejemplo 1:

Todo aquel que contrajo el síndrome tóxico había consumido aceite de colza adulterado, pero no todos los que consumieron aceite de colza adulterado contrajeron el síndrome tóxico, esto es, el aceite de colza adulterado era condición necesaria, pero no suficiente, del síndrome tóxico. (Elementos de juicio)

Cuando un hecho es condición necesaria (aunque no sea necesaria y suficiente) de otro, el primero es causa del segundo. (Definición)

El aceite de colza adulterado causó el síndrome tóxico. (Hecho probado)

Ejemplo 2:

El acusado era conocedor del peligro que su acción generaba para la vida de la víctima y aun así actuó.

Actúa intencionalmente quien realiza una acción conociendo las consecuencias probables de esta, aunque no fueran el objetivo directo con el que se realizó la acción.

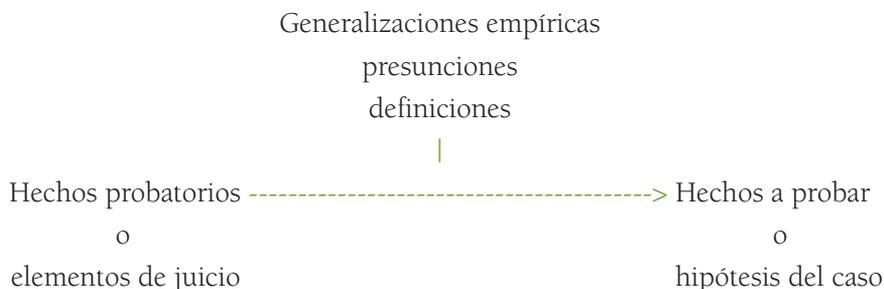
El acusado mató a la víctima intencionalmente.

La necesidad de tener en cuenta este tipo de inferencias deriva de que el razonamiento jurídico rara vez opera sobre “hechos brutos” —véase el capítulo I—, sino sobre “hechos interpretados”. Prácticamente todos los enunciados que son objeto de la prueba presuponen interpretaciones. El derecho no sanciona el hecho de que alguien haya flexionado un dedo, sino que lo haya hecho en circunstancias que implican haber presionado el gatillo de una pistola disparándola, y de haberlo hecho de manera que “cuenta como” haber realizado intencionalmente la acción de matar a una persona. Pero calificar el hecho de *acción* y de *intencional* requiere asumir ciertos conceptos, que pueden resultar en ocasiones problemáticos y controvertidos. Sin establecer si al flexionar el dedo hubo acción —descartando que fuera una contracción muscular involuntaria, por ejemplo—, y sin determinar si el sujeto causó la muerte de una persona intencionalmente —y no por

error, por ejemplo creyendo que era una pistola de juguete—, no es posible realizar la calificación jurídica de ese hecho —la subsunción en el supuesto de hecho de la norma— como homicidio doloso, de manera que lo que aquí hemos llamado “interpretación” es un paso previo —que se puede considerar todavía dentro de la etapa de “prueba”—. Todo esto, por cierto, hace que las cuestiones conceptuales —las teorías y el análisis conceptual— sean de enorme relevancia práctica para la prueba, por lo que hay que plantearse cuáles son los criterios de corrección de las definiciones y reglas conceptuales: si las generalizaciones empíricas se fundamentan en los casos reales a partir de los que se realiza la inducción, y las presunciones se fundamentan bien en generalizaciones empíricas o bien en los valores que pretenden proteger, ¿qué es lo que fundamenta una definición? ¿Qué es lo que nos permite decir —por ejemplo— que la definición de intención como deseo de conseguir un objetivo no es adecuada y es mejor definirla como el conocimiento de la probabilidad del resultado de la acción?

Para responder a esta pregunta hay que entender que los conceptos son herramientas con una determinada finalidad. En el caso del derecho, esta finalidad es resolver los conflictos, guiar la conducta, adscribir responsabilidad, etcétera. Por ello, conceptos como los de acción, intención, omisión, causalidad y emoción están supeditados —al menos— a dos requisitos: por un lado, no deben apartarse demasiado del sentido que tienen en el lenguaje ordinario —deben ser reconocibles por cualquier hablante competente— y, por otro lado, deben ser adecuados para resolver los casos o adscribir responsabilidad de una manera razonable de acuerdo con los valores y bienes jurídicos a los que está orientado el ordenamiento jurídico. Es fácil observar que en las discusiones de la dogmática jurídica se tiene en cuenta este segundo criterio, por ejemplo, cuando los penalistas optan por un sentido de *acción intencional* como “acción realizada con conocimiento de las consecuencias lesivas que se producirán” —es decir, poniendo el acento en el aspecto cognoscitivo más que en el volitivo— porque, en caso contrario, no se puede considerar —por ejemplo— que quien pone una bomba en un coche para matar a un ministro, sabiendo que también morirá el conductor necesariamente, mata intencionalmente al conductor —lo que resultaría en una adscripción de responsabilidad que parecería inadecuada—.

En definitiva, la *inferencia probatoria* tiene siempre la siguiente estructura:



IV. El carácter prioritario pero probabilístico de la inferencia probatoria empírica

Es importante resaltar que, de los tres tipos de inferencia probatoria, la que hemos llamado inferencia probatoria empírica —o *en sentido estricto*— tiene prioridad lógica frente a las otras dos, en el sentido de que los otros tipos de inferencia la presuponen. Supongamos que hemos de aplicar una presunción de acuerdo con la cual *si se posee una cantidad de cocaína superior a cinco gramos, se presume la intención de traficar con ella*. Para poder aplicarla es necesario que se pruebe que el acusado tenía una cantidad de cocaína superior a cinco gramos, y esto ya no se podrá establecer por medio de una norma de presunción, sino de acuerdo con una inferencia probatoria en sentido estricto. Lo mismo ocurre si se trata de usar una definición como enlace entre los elementos de juicio y la hipótesis: el hecho base de esa definición deberá establecerse, en última instancia, por medio de una inferencia probatoria en sentido estricto.

Además, es evidente que el tipo de razonamiento que llamamos valoración de la prueba se da solo a propósito de la inferencia probatoria empírica. En el caso de las inferencias probatorias normativas, la valoración —entendida como el paso de los elementos de juicio a la hipótesis— ya viene predeterminada en la regla —y las inferencias interpretativas plantean problemas distintos de los que se discuten como “valoración” de la prueba—. Es, pues, en los casos en los que el

juez es libre para examinar si los elementos de juicio permiten avalar la hipótesis, y en qué grado, en los que hablamos con propiedad de valoración de la prueba. En lo que sigue nos centraremos específicamente en la inferencia probatoria en sentido estricto.

¿Qué tipo de razonamiento —deducción, inducción ampliativa o abducción— es la inferencia probatoria —empírica—? La conclusión de una “inferencia probatoria” del tipo de las que tienen lugar en el proceso judicial ha de ser un enunciado sobre un hecho particular. Por ello, de los tres tipos de razonamiento analizados anteriormente, hemos de descartar la inducción ampliativa, cuya conclusión es un enunciado general —aunque esta tiene gran relevancia para la justificación de las máximas de experiencia usadas por el juez—. Algunos autores han sugerido que la abducción es la que mejor representa la manera de razonar del juez, pero —se caracterice de una u otra forma— lo relevante es que la conclusión de una inferencia probatoria empírica no puede ser una certeza absoluta en sentido lógico —es decir, siempre tendrá un cierto grado de confirmación, que podrá ser mayor o menor, pero nunca absoluto—. Esto es así por alguna o algunas de las siguientes razones:

- Si la inferencia probatoria se reconstruye como una inferencia deductiva, dado que no podemos estar absolutamente seguros de que las premisas sean verdaderas, tampoco podemos asegurar que lo sea la conclusión, en el sentido de correspondiente con la realidad. Una deducción nos dice que si estamos seguros de las premisas, podemos estarlo de la conclusión, pero no nos asegura que las premisas sean verdaderas. Por ejemplo:

*Si dos personas conviven maritalmente durante un lapso prolongado de tiempo, las actividades delictivas de una de ellas son conocidas por la otra.
A y B convivieron maritalmente durante un lapso prolongado de tiempo.*

A conocía las actividades delictivas de B.

Evidentemente, la primera premisa no es una afirmación que aceptaríamos sin más restricciones y la conclusión que se siga de ella no puede considerarse más cierta que la consideración que nos merecen las premisas. Por ello, sería más adecuado reconstruir el argumento de la siguiente manera:

*Si dos personas conviven maritalmente durante un lapso prolongado de tiempo, las actividades delictivas de una de ellas probablemente son conocidas por la otra.
A y B convivieron maritalmente durante un lapso prolongado de tiempo.*

A conocía las actividades delictivas de B.

Ahora ya no es un argumento deductivo, puesto que las premisas no garantizan la conclusión, aunque se acepten como verdaderas.

- Si la inferencia probatoria se reconstruye como un argumento no deductivo, además, el paso de las premisas a la conclusión no será necesario.

A la luz de las anteriores consideraciones, parece claro que la certeza absoluta no puede exigirse como requisito de la decisión judicial y que la inferencia probatoria no es válida o inválida como una cuestión de todo o nada, sino más o menos *sólida*. Cuanto más sólida, mejor confirmada estará la hipótesis. La solidez de la inferencia —y la confirmación de la hipótesis— es una propiedad graduable.

V. Sistemas de valoración de la prueba: de la prueba legalmente tasada a la libre valoración de la prueba

¿Con qué criterios contamos para determinar el grado de solidez de una inferencia probatoria y de confirmación de una hipótesis? Históricamente se han dado dos respuestas: por un lado, el sistema de prueba legalmente tasada, de acuerdo con el cual “era el propio legislador quien de antemano y con carácter abstracto establecía en las normas legales la eficacia y el valor que debía atribuirse a cada medio

probatorio, así como los requisitos y condiciones necesarios para que tales medios alcanzasen el valor que legalmente se les concedía”; por otro lado, el sistema de libre apreciación de la prueba, de “apreciación en conciencia” o de “íntima convicción”, de acuerdo con el cual el juez es *libre* para decidir el grado de confirmación de un hecho, sin restricciones impuestas por reglas legales de valoración de la prueba. Pero este segundo sistema permite entender la expresión “el juez es libre” de una manera más o menos amplia: desde la libertad absoluta, que incluye la arbitrariedad o la irracionalidad, hasta la libertad limitada a la razón, al buen juicio o a un procedimiento racional de investigación sobre los hechos.¹⁰

Como ha señalado Ferrajoli, la primera de estas interpretaciones —la absoluta libertad del juez para valorar la prueba— ha dado lugar a “una de las páginas políticamente más amargas e intelectualmente más deprimentes de la historia de las instituciones penales”.¹¹ El principio de libre valoración de la prueba, o de íntima convicción, surgido como una reacción frente al sistema de prueba tasada, no se entendió meramente como una liberación de las reglas legales de valoración, sino como la liberación *de toda regla*, incluidas las de la lógica o las leyes científicas. Los siguientes son dos ejemplos de esta doctrina, tomados del derecho español de la década de 1980:

para el descubrimiento de la verdad, no debe sujetarse el criterio judicial a reglas científicas, ni a moldes preconcebidos y determinados por la ley, sino más bien debe fiarse al sentido íntimo e innato que guía a todo hombre en los actos importantes de la vida.¹²

Los tribunales apreciarán las pruebas practicadas, las alegaciones de las partes y las declaraciones o manifestaciones del acusado o imputado en conciencia, es decir, no ya sin reminiscencias de valoración tasada o predeterminada por la ley —sistema felizmente superado— o siguiendo los dictados o reglas de la sana crítica o de

¹⁰ V. Andrés Ibáñez, “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*.

¹¹ Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, p. 139.

¹² Fiscalía del Tribunal Supremo, Memoria de 1983.

manera simplemente lógica o racional, sino de un modo tan libérrimo y omnímodo que el juzgador, a la hora de apreciar los elementos probatorios puestos a su disposición, no tiene más freno a su soberana facultad valorativa que el de proceder a ese análisis y a la consecutiva ponderación con arreglo a su propia conciencia, a los dictados de su razón analítica y a una intención que se presume siempre recta e imparcial.¹³

Superados ambos extremos, se acepta hoy que la valoración de la prueba debe ser racional, lo que implica que debe estar sometida a reglas o criterios. Nuestra legislación y jurisprudencia aluden a estas reglas o criterios de forma muy vaga, remitiendo a las máximas de experiencia y conocimientos científicos, a las leyes de la lógica y a las reglas de la sana crítica. Como hemos visto, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos no son propiamente criterios de valoración, sino premisas de la inferencia probatoria que permiten correlacionar los elementos de juicio con los hechos que se declaran probados. Por *leyes de la lógica* debe entenderse las reglas de inferencia, como las señaladas antes, y la evitación de falacias —lo que es un requisito de todo razonamiento, y no solo del razonamiento probatorio—. Por último, las “reglas de la sana crítica” pueden reinterpretarse como los criterios de la racionalidad epistemológica, esto es, los criterios específicos de corrección de los razonamientos con los que intentamos conocer el mundo.

VI. Los criterios de racionalidad epistemológica

Recordemos que en el esquema que hemos visto de la inferencia probatoria distinguíamos entre los hechos probatorios, el enlace —las generalizaciones empíricas— y la hipótesis, de manera que para la exposición de estas reglas o criterios podemos distinguir entre (a) reglas o criterios acerca de los hechos probatorios, (b) reglas o criterios acerca de la garantía y (c) reglas o criterios acerca de la hipótesis del caso.

¹³ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1978.

1. Criterios acerca de los hechos probatorios

- Cantidad: *cuantos más elementos de juicio tengamos a favor de una hipótesis, mejor confirmada estará esta.*

Es evidente que, cuantos más hechos “apunten” en dirección a la hipótesis que queremos probar, apoyándola, más seguridad tendremos acerca de su corrección. Los filósofos también han señalado la importancia de la cantidad del apoyo empírico con el que cuenta una hipótesis. Por ello, desde el punto de vista de la racionalidad epistemológica, no hay razones para limitar el número de pruebas que puedan aportarse —estas razones son más bien de carácter práctico—.

- Variedad: *cuanto más variados sean los elementos de juicio mejor confirmada estará la hipótesis.*

Tanto o más importante que la cantidad de pruebas o elementos de juicio, es relevante que se trate de pruebas variadas, entendiendo por tal pruebas que añadan información que permita excluir versiones alternativas de los hechos. Como señala el filósofo Carl Gustav Hempel: “Si ya se cuenta con miles de casos confirmatorios, la adición de un dato favorable más aumentará la confirmación, pero poco (...) Hay que precisar esta afirmación, sin embargo. Si los casos anteriores han sido todos ellos obtenidos mediante contrastaciones del mismo tipo, y el nuevo dato, en cambio, es el resultado de un tipo diferente de contrastación, la confirmación de la hipótesis se verá significativamente acrecentada”.¹⁴

También en la prueba judicial la variedad de los hechos probatorios aumentará la probabilidad de la hipótesis confirmada por ellos. Como señala Jonathan L. Cohen, la importancia de la diversidad de los datos

¹⁴ Hempel, *Filosofía de la ciencia natural*, p. 58.

radica en que permite algo que es esencial para dar por confirmada una hipótesis: la eliminación de las hipótesis alternativas con las que entra en competencia.¹⁵ Supongamos que queremos probar experimentalmente que las abejas distinguen el color azul; para ello, podemos tratar de demostrar una y otra vez que les atrae una fuente teñida de un fuerte color azul. En la repetición de estos experimentos es sumamente relevante ir cambiando la fuente de sitio, porque de esta manera eliminamos la posible explicación alternativa de que el resultado de nuestros experimentos se deba a que las abejas tienen buena memoria espacial, y no a que distingan el azul. Sin embargo, no toda variación es importante —sería irrelevante variar el día de la semana en el que hacemos los experimentos con las abejas—, aunque cuáles divergencias son relevantes y cuáles no es algo relativo a la hipótesis que queremos probar y no puede ser concretado de antemano.

El mismo papel parece cumplir la variedad en la prueba jurídica. Si los hechos en contra de un sujeto acusado de tráfico de droga se limitan a numerosas acusaciones de sus vecinos, con los que mantiene desde hace tiempo pésimas relaciones, podría pensarse que la causa de las acusaciones es la animadversión de estos, pero esta hipótesis alternativa se debilita si además encontramos una balanza de precisión en poder del acusado. Aun así, cabría la posibilidad de que la usara para hacer mediciones relacionadas con alguna afición suya. Pero, de nuevo, la hipótesis alternativa se debilita si encontramos en la balanza restos de cocaína.

- *Fiabilidad: cuanto más fiables sean los elementos de juicio —esto es, cuanto mejor fundados estén en otros elementos de juicio e inferencias previas o en observaciones directas o conocimientos sólidos—, mejor confirmada estará la hipótesis.*

¹⁵ Cf. Cohen, *Introduzione alla filosofia dell'induzione e della probabilità*, cap. V.

Uno de los criterios que la epistemología exige para que una hipótesis se considere fundamentada es que los datos a partir de los cuales se infiere la hipótesis sean fiables y precisos. Resulta obvia la importancia que tiene en las ciencias experimentales que los experimentos se hagan con rigor y sean descritos con precisión. En el ámbito de la prueba jurídica, la fiabilidad depende de cómo hayamos llegado a conocer los hechos probatorios: ¿el documento es auténtico?, ¿el testimonio es creíble?, ¿las conclusiones del perito son plausibles? Estas son preguntas referidas a la fiabilidad de los hechos probatorios. La respuestas dependen de los procedimientos de obtención de pruebas y de otros razonamientos —que pueden considerarse parte de la valoración individual de cada prueba—.

Los juristas suelen relacionar la fiabilidad de los elementos de juicio con la distinción entre *pruebas* e *indicios* y la distinción correlativa entre *prueba directa* y *prueba indirecta* o *de indicios*. La diferencia entre ambos tipos de prueba se ha caracterizado frecuentemente como sigue: La prueba directa es “aquella en que la demostración del hecho enjuiciado surge de modo directo e inmediato del medio de prueba utilizado; la prueba indirecta o indiciaria es aquella que se dirige a mostrar la certeza de unos hechos (indicios) que no son los constitutivos del delito, pero de los que pueden inferirse estos y la participación del acusado por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico entre los hechos probados y los que se trata de probar”.¹⁶

A partir de esta caracterización suele sostenerse que la prueba indirecta es menos fiable —y una especie de “mal menor”— y, por ello, debe estar sujeta a criterios de valoración más estrictos. Es decir, las diferencias serían:

- ♦ La prueba directa recae sobre el hecho principal, mientras que la prueba indirecta recae sobre hechos circunstanciales.

¹⁶ Miranda Estrampes, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, p. 218, a partir de la definición del Tribunal Constitucional español.

- ♦ El hecho principal emerge directamente de la prueba directa, mientras que la prueba de indicios requiere una inferencia desde los hechos circunstanciales hasta el hecho principal.
- ♦ Consecuentemente, la prueba directa es más fiable que la prueba indirecta.

En mi opinión, sin embargo, la diferencia entre ambos tipos de prueba debe ser muy matizada y considerarse meramente una cuestión de grado, y no una distinción que apunte a una diferencia cualitativa. Por ejemplo, las declaraciones de testigos o las pruebas documentales pueden ser pruebas directas, si apuntan directamente al hecho principal. Si Ticio dice que vio a Cayo golpear a Sempronio, este testimonio se consideraría prueba directa de que Cayo golpeó a Sempronio. Sin embargo, en realidad lo único que ese testimonio prueba directamente es que Ticio *dice* que vio a Cayo golpear a Sempronio. Para concluir a partir de esa declaración que Cayo golpeó realmente a Sempronio hay que establecer la credibilidad de Ticio —descartar que mienta, que haya construido una versión falsa a partir de recuerdos fragmentarios o que percibiera o interpretara mal lo que vio—. Ello exige cierto razonamiento —que puede ser muy complejo— y una serie de inferencias encadenadas, basadas a su vez en regularidades o máximas de experiencia. Es decir, ni en la prueba directa surge directamente la demostración del hecho enjuiciado, ni tal demostración se realiza sin inferencias, ni la estructura de la prueba de indicios es distinta de la de la prueba directa —en ambos casos hay un hecho base, una hipótesis que probar y un enlace—.

Tampoco puede decirse, con carácter general, que la prueba directa es más fiable que la prueba de indicios. Por ejemplo, una prueba directa basada en testigos que presenciaron el hecho enjuiciado pero que son, en realidad, poco fiables puede tener una solidez menor que una prueba de indicios basada en una muestra de ADN —que, sin embargo, se conecta con el hecho enjuiciado a través de un razonamiento con más pasos—.

En definitiva, lo que queda de la distinción es la cuestión de si entre los hechos probatorios y los hechos por probar hay más o menos inferencias que realizar. Se trata, por tanto, de una distinción gradual, y no cualitativa.

- Pertinencia y relevancia: *cuanto más pertinentes sean los elementos de juicio —cuanto mejor relacionados estén con la hipótesis por medio de generalizaciones empíricas fiables—, mejor confirmada estará la hipótesis.*

La pertinencia de los hechos probatorios es otro de los requisitos para tener en cuenta. No todos los hechos son relevantes para confirmar una hipótesis, sino que estos deben tener una relación con el hecho descrito en ella. Desde un punto de vista epistemológico, determinar qué hechos son pertinentes para confirmar la hipótesis depende de las máximas de experiencia y generalizaciones empíricas que constituyen el enlace entre los elementos de juicio y la conclusión. Un hecho no será pertinente cuando no está correlacionado con la hipótesis ni por presunciones ni por máximas de experiencia adecuadas y bien fundadas.

2. Criterios acerca de la conexión o enlace

- Grado de fundamentación de la generalización empírica: *cuanto mejor fundadas estén las generalizaciones empíricas en inducciones ampliativas sólidas, mejor confirmada está la hipótesis.*

Las máximas de experiencia y las generalizaciones científicas son la conclusión de una inducción ampliativa, esto es, de un argumento que parte de casos particulares y concluye una afirmación general. Las conclusiones de este tipo de argumentos, como hemos visto, no están garantizadas por las premisas, sino que son solo probables. Su grado de probabilidad o credibilidad racional dependerá de que la inducción por medio de la cual han sido establecidas esté bien hecha. Dicho de otra manera, hay que examinar el fundamento cognoscitivo de las generalizaciones empíricas, de manera que se excluyan las generalizaciones

apresuradas y los prejuicios. La calidad de una inducción ampliativa depende de varios criterios:

- ♦ De la cantidad de ejemplos, casos u observaciones a partir de los cuales se hace la generalización. Cuanto mayor sea el conjunto de casos sobre los que se hace la generalización, mayor debe ser en términos absolutos la muestra de casos examinados.
- ♦ De la fiabilidad o credibilidad de estos ejemplos.
- ♦ De si los ejemplos son una muestra representativa del tema sobre el que se afirma la generalización —por ejemplo, afirmar que los varones tienen una mayor tendencia a la agresividad que las mujeres examinando solo a varones menores de 20 años puede ser una mala inducción, porque los varones menores de 20 años pueden tener peculiaridades que no se dan en otras edades—.
- ♦ De si hay o no contraejemplos. Los contraejemplos pueden hacer ajustar la conclusión —de manera que estos queden fuera de lo que se afirma— o hacer que la conclusión no se formule como una proposición universal —en lugar de *Todos los X son Y* se podría formular como *Algunos (o la mayoría) de X son Y*—.
- Grado de probabilidad —entendida como frecuencia— de la correlación: *cuanto mayor sea la probabilidad-frecuencia expresada en la generalización empírica, más sólida es la hipótesis.*

Las generalizaciones empíricas, como hemos señalado, tienen la siguiente estructura: “Si p, entonces *probablemente* q”. Que la probabilidad de que se dé q cuando ocurre p sea mayor o menor es relevante para la confirmación de la hipótesis.

Pensemos en la siguiente generalización: *Cuando alguien es detenido con cierta cantidad de droga, probablemente hará una acusación falsa para desviar de él la acusación de tráfico.* A propósito de ella, podemos

preguntarnos si está bien fundamentada de acuerdo con los criterios de corrección de la inducción. En este caso nos estamos preguntando por su credibilidad o grado de fundamentación. A este sentido de “probabilidad” podemos llamarlo *probabilidad-credibilidad*. Pero también nos podemos preguntar si la probabilidad de que se realice esa acusación falsa es alta o baja. En este caso ya no nos preguntamos por la credibilidad, sino por la frecuencia. Son dos dimensiones distintas de las generalizaciones empíricas. Por tanto, es posible encontrar generalizaciones que establecen que si ocurre un fenómeno le seguirá, con un alto grado de probabilidad —frecuencia—, otro fenómeno, y generalizaciones que correlacionan los fenómenos con un menor grado de probabilidad. Cuanto menor sea el grado de probabilidad-frecuencia expresado por la generalización, menor será la fuerza con la que apoya la conclusión.

3. Criterios acerca de la hipótesis

- No refutación: *la hipótesis no debe haber sido refutada ni directa —no debe haberse probado un hecho incompatible con la hipótesis— ni indirectamente —no deben quedar refutadas las hipótesis que serían verdaderas si se acepta como verdadera la hipótesis principal—.*

Refutar una hipótesis consiste en mostrar que hay un hecho que es incompatible con esa hipótesis —refutación directa— o con una hipótesis derivada de ella —refutación indirecta—. El esquema de estos razonamientos es el siguiente:

Refutación directa de la hipótesis A:

Supongamos la hipótesis A.

*La hipótesis B es incompatible con la hipótesis A
(no pueden ser simultáneamente verdaderas).*

*La hipótesis B se acepta como probada
(está suficientemente confirmada).*

Por tanto, la hipótesis A es falsa.

Refutación indirecta de la hipótesis A

*Si la hipótesis A es verdadera, la hipótesis B también lo es (la hipótesis A implica la hipótesis B).
La hipótesis B es incompatible con la hipótesis C (no pueden ser simultáneamente verdaderas).
La hipótesis C se acepta como probada (está suficientemente confirmada).
La hipótesis B es falsa.*

Luego la hipótesis A es falsa.

Como puede verse, en ambos casos para refutar o eliminar una hipótesis hay que probar un hecho supuestamente incompatible. Cuando decimos que una hipótesis H1 ha quedado refutada, estamos afirmando que nos parece más probable una hipótesis H2 que afirma la existencia de un hecho incompatible —directa o indirectamente— con H1. La refutación es una comparación entre varias hipótesis, dando una de ellas por probada y rechazando —refutando— la otra.

Puede explicarse la diferencia entre la refutación directa y la indirecta con un ejemplo tomado del filósofo Carl Gustav Hempel:¹⁷ un físico de origen húngaro, Semmelweis, que trabajó como médico en el Hospital General de Viena hacia mediados del siglo XIX, trató de encontrar una explicación al elevado número de muertes por fiebre puerperal entre las mujeres que daban a luz en la División Primera de Maternidad del Hospital, hecho extraño dado que en la División Segunda el número de muertes era muy reducido. Semmelweis elaboró varias hipótesis explicativas. De ellas, descartó algunas por ser contrarias a hechos bien establecidos, como la hipótesis de que las diferencias de mortalidad se debían a una distinta alimentación, puesto que la comida era la misma en las dos divisiones, o que se debían al hacinamiento,

¹⁷ V. Hempel, *op. cit.*

puesto que este era mayor en la División Segunda —refutación directa—. Otras hipótesis tuvieron que ser sometidas a contrastación indirecta. De acuerdo con una opinión extendida entre los médicos y enfermeros del hospital, la mortalidad se debía a un efecto psicológico, provocado por el hecho de que en la División Primera, cuando el sacerdote debía dar la extremaunción a una moribunda, tenía que recorrer todo el pabellón hasta llegar a la enfermería, a la vista de todas las internas. Se sostenía que la visión del sacerdote, vestido de negro y anunciado por una campanilla, generaba tal terror en la División Primera que debilitaba a las pacientes y las hacía más propensas a las fiebres. En cambio, en la División Segunda el sacerdote accedía directamente a la enfermería, sin pasar por la sala de los pacientes. Semmelweis razonó que si la visión del sacerdote era la causa de la mayor tendencia a contraer las fiebres, entonces, si el sacerdote daba un rodeo, la mortalidad disminuiría, y puso en práctica este experimento. La mortalidad no disminuyó y la hipótesis fue rechazada —refutación indirecta—.

- Confirmación de las hipótesis derivadas: *si las hipótesis derivadas de la hipótesis principal —esto es, las hipótesis que serían verdaderas si la hipótesis principal fuera verdadera— pueden confirmarse, mejor confirmada estará la hipótesis principal.*

Las hipótesis derivadas refutan la hipótesis principal si se demuestran falsas, pero aumentan su credibilidad si se confirman como verdaderas. Por ejemplo, la explicación con la que dio finalmente Semmelweis fue que las fiebres eran debidas a la falta de higiene de los médicos y estudiantes de enfermería, que atendían a las pacientes de la División Primera —pero no a las de la Segunda— después de haber practicado disecciones en la sala de autopsias, tras un lavado meramente superficial. Dedujo que si esta hipótesis era correcta, en el caso de que los médicos se desinfectaran cuidadosamente las manos antes de atender a las pacientes, la mortalidad disminuiría —y así fue—. De la misma manera, si se pueden confirmar con un grado de probabilidad sufi-

ciente las hipótesis derivadas de una hipótesis judicial, el grado de credibilidad de esta aumenta.

- *Coherencia: cuanto más coherente desde un punto de vista narrativo sea la hipótesis, mejor confirmada estará.*

Son preferibles —en igualdad de condiciones— aquellas hipótesis que explican los hechos de una forma más creíble, a la luz de las generalizaciones empíricas y de acuerdo con el resto de conocimiento del que disponemos. La coherencia tiene un aspecto interno: congruencia entre los enunciados que conforman la hipótesis; y otro externo: congruencia con el resto del conocimiento.

- *Capacidad explicativa: cuantos más elementos de juicio queden explicados por la hipótesis, mejor confirmada estará esta.*

La inferencia probatoria es, en realidad, un argumento emparentado con la explicación: cuando se examinan los datos probatorios para ver en qué medida corroboran la conclusión, estamos viendo el argumento como una inferencia probatoria; cuando, por el contrario, miramos la hipótesis fáctica para ver si esta explica los hechos que constituyen los datos probatorios, la estamos viendo como una explicación. El requisito de la capacidad explicativa consiste en que son preferibles aquellas hipótesis fácticas que explican mejor —tanto cualitativa como cuantitativamente— los hechos probatorios. Por ejemplo, que X sea culpable de evasión de divisas explicaría sus numerosos viajes o los de sus familiares al extranjero, las cuentas a su nombre en paraísos fiscales, su incapacidad para dar cuenta del origen de ese dinero, etcétera.

- *Simplicidad: cuantos menos hechos no comprobados exija la verdad de la hipótesis, mejor confirmada estará esta.*

Asumir la verdad de determinadas premisas puede hacer necesario que presumamos la verdad de ciertos hechos que no han podido ser compro-

bados en el juicio. Son preferibles aquellas hipótesis que nos exigen asumir menos presupuestos no probados que aquellas cuya corrección requiere un número mayor de datos con los que no se cuenta.

- Eliminación de las hipótesis alternativas: *cuantas menos hipótesis alternativas incompatibles con la hipótesis principal subsistan, mejor confirmada estará la hipótesis principal.*

Este es, probablemente, uno de los criterios fundamentales para valorar la solidez de una hipótesis. Toda declaración de hechos probados debe competir con otras versiones acerca de qué hechos ocurrieron y cómo ocurrieron. El proceso de prueba debe demostrar que la versión escogida es más sólida —está mejor justificada por medio de argumentos— que las versiones alternativas. Pero el mero hecho de que haya otras versiones posibles y creíbles —aunque sean menos creíbles— resta solidez a la conclusión de la inferencia probatoria.

VII. Utilidad y límites de los criterios de racionalidad epistemológica

Los anteriores criterios nos permiten determinar la fuerza con la que las premisas de la inferencia probatoria corroboran la conclusión o hipótesis sobre hechos probados. Nos dan, por lo tanto, la “solidez” de una inferencia probatoria. Sin embargo, es importante insistir en que la “solidez”, a diferencia de la validez de los argumentos deductivos, no es una propiedad *todo/nada*, sino gradual. Basta para darse cuenta de esto con advertir que los criterios mismos son graduales, en dos sentidos: por un lado, cada uno de los criterios es él mismo un criterio gradual, esto es, que puede darse en mayor o menor medida —la cantidad de pruebas y su diversidad puede ser mayor o menor, al igual que su fiabilidad, el número de hipótesis alternativas o el grado de credibilidad de estas, la fundamentación de las generalizaciones empíricas, etcétera—; en segundo lugar, no es imprescindible que una hipótesis cumpla con todas las reglas de racionalidad epistemológica para que sea una conclusión aceptable, y ni siquiera puede decirse que las inferencias que satisfacen más criterios serán más sólidas que las que satisfacen menos,

porque —como cada criterio es a su vez gradual— puede que la ausencia de satisfacción de un criterio —o su satisfacción en un grado bajo— venga compensada por la satisfacción de otro criterio en un grado más alto. Por ejemplo, puede que tengamos pocas pruebas o elementos de juicio, pero estas pueden estar respaldadas por máximas de experiencia o generalizaciones empíricas muy bien contrastadas y ser muy fiables. Tampoco, como es evidente, son reglas que permitan una cuantificación numérica objetiva del grado de solidez alcanzado, esto es, solo metafóricamente podríamos decir que la solidez o grado de corroboración de una hipótesis es de 75 % o de 90 %. Por ello, lo que las reglas de racionalidad epistemológica nos permiten es comparar hipótesis y determinar, dentro de un conjunto de hipótesis rivales, cuál tiene mayor grado de corroboración. Pero la hipótesis mejor corroborada puede todavía tener una corroboración o solidez demasiado baja para basar la decisión en ella. Esto plantea la necesidad de contar con criterios complementarios a las reglas de valoración de la prueba para la toma de la decisión sobre los hechos que deben declararse probados —como se verá en el siguiente capítulo—.

Bibliografía

Andrés Ibáñez, P., “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm., 12, 1992.

Atienza, M., *Las razones del Derecho*, UNAM, México, 2005.

_____, *Curso de argumentación jurídica*, Ed. Trotta, Barcelona, 2019.

Bonorino, P., “Sobre la abducción”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 14, 1993.

Cohen, J. L., *Introduzione alla filosofia dell'induzione e della probabilità*, Ed. Giuffrè, Milán, 1998.

Copi, I. M., *Introducción a la lógica*, Eudeba, Buenos Aires, 1995.

- Ferrajoli, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, Barcelona, 1997.
- González Lagier, D., *Quaestio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Ed. Fontamara, México, 2013.
- Hempel, C. G., *Filosofía de la ciencia natural*, Alianza Universidad, Madrid, 1973.
- Miranda Estrampes, M., *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, J. M. Bosch, Barcelona, 1997.
- Taruffo, M., *La prueba de los hechos*, Ed. Trotta, Madrid, 2011.
- Peirce, Ch., “Sobre la clasificación natural de los argumentos”, en *Escritos Lógicos*, Ed. Alianza, Madrid, 1868.
- Wróblewski, J., “Legal syllogism and Rationality of Judicial Decision”, en *Rechtstheorie* núm. 5, 1974.

La decisión probatoria

Jordi Ferrer Beltrán*

* Profesor titular de filosofía del derecho de la Universidad de Girona y director de la Cátedra de Cultura Jurídica y del Máster de Razonamiento Probatorio de la misma universidad. Codirector, junto con Diego Dei Vecchi, de *Quaestio facti*, *Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*.

La decisión probatoria. I. Introducción; II. Las reglas sobre la carga de la prueba; III. Las presunciones; IV. Los estándares de prueba.

I. Introducción

En el capítulo 2 presentamos una clasificación tripartita de los momentos de la actividad probatoria: el momento de la conformación de los elementos de juicio, el momento de la valoración de la prueba y el momento de la decisión probatoria. Es tiempo ya de afrontar la explicación del último de esos momentos. En los dos capítulos anteriores hemos presentado el esquema básico que impone el razonamiento probatorio para la valoración de la prueba, individual y de conjunto. La valoración individual de la prueba tiene por objeto determinar el grado de fiabilidad que tenga cada una de las pruebas aportadas al proceso. En cambio, la valoración de conjunto tiene por objeto establecer el grado de confirmación que las pruebas incorporadas al proceso, en su conjunto, aportan a cada una de las hipótesis fácticas.¹

Si estamos en el ámbito de la libre valoración de la prueba, la operación consistente en juzgar el apoyo que un conjunto de elementos de juicio aporta a una

¹ Llamamos *hipótesis fácticas* o *hipótesis sobre los hechos* a los distintos enunciados descriptivos de los hechos que pueden componer el relato sobre lo sucedido en el caso, del que dependerán las consecuencias jurídicas previstas por el derecho.

hipótesis sobre los hechos está sujeta a los criterios generales de la lógica y de la racionalidad.²

Si el primero de los momentos, el de la conformación del conjunto de elementos de juicio, acoge la gran mayoría de especificidades jurídicas, el momento de la valoración de la prueba —siempre bajo el régimen de la libre valoración— es el momento de la racionalidad.³ Se trata aquí, insisto, como en cualquier otro ámbito del conocimiento, de evaluar el apoyo empírico que un conjunto de elementos de juicio aporta a las distintas hipótesis sobre los hechos. Por ello, negar la posibilidad de adoptar decisiones racionales en este momento, a pesar de las especificidades jurídicas que puedan regir en el primero y el tercero de los momentos de la prueba jurídica, supone necesariamente acoger argumentos escépticos generales ante la posibilidad del conocimiento o, más estrictamente, de la decisión racional. En otras palabras: no se puede negar la posibilidad de valorar racionalmente la prueba *por razones específicamente jurídicas* cuando no hay reglas jurídicas que limiten la libre valoración de la prueba.

Este es el punto de partida de la denominada *concepción racional de la prueba*, que tiene en Bentham a uno de sus principales precursores.⁴ La premisa 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.⁵ Y una vez asumido este objetivo, son las reglas generales de la epistemología las que nos permitirán determinar, a partir de los elementos de juicio disponibles, qué grado de apoyo empírico o corroboración tienen las distintas hipótesis sobre los hechos. Siendo así, sostenía Bentham,⁶ no

² En este sentido, entre otros muchos, cf. Rescher y Joynt, “Evidence in History and in the Law”, en *The Journal of Philosophy*, p. 565; Damaška, *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*, p. 55; id., *Evidence Law Adrift*, p. 21; Twining, *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, p. 194; y Taruffo, “Modelli di prova e di procedimento probatorio”, en *Rivista di diritto processuale*, p. 429.

³ Cf. Thayer, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, p. 275.

⁴ Twining —*op. cit.*, p. 39— considera, con razón, que la teoría benthamiana “constituye la más ambiciosa y completa teoría de la prueba en la historia del pensamiento jurídico”.

⁵ Cf. Bentham, *Rationale of Judicial Evidence*, p. 337; Moreso, *La teoría del derecho de Bentham*, p. 354; Twining, *Theories of Evidence: Bentham & Wigmore*, p. 27; id., *Rethinking Evidence*, *cit.*, p. 38.

⁶ Cf. Bentham, *The Works of Jeremy Bentham*, vol. IV, p. 334.

cabe que el legislador pretenda regular el razonamiento probatorio del juzgador y, cuando lo hace, suele ser para complicarlo y hacerlo trizas.⁷

Sin embargo, las tesis abolicionistas del derecho probatorio de Bentham, que tuvieron también algunos seguidores en nuestra cultura jurídica,⁸ descuidan un aspecto crucial del razonamiento probatorio, que será el núcleo del análisis de este capítulo. Hemos insistido ya en capítulos anteriores en que, cuanto más rico y fiable sea el conjunto de elementos de juicio que tomemos como referencia para decidir sobre los hechos, mayor será la probabilidad de que la conclusión que resulte fundada en esos elementos sea verdadera. Por eso, debemos preocuparnos por allegar al proceso el conjunto de elementos de juicio más rico y fiable posible. Pero por mucho que lo consigamos, incluso si fuéramos capaces de aportar todas las pruebas relevantes imaginables y de la mayor fiabilidad, nunca podremos tener la certeza racional de que la conclusión que esas pruebas permiten obtener sea verdadera. Siempre es posible que las pruebas que hoy consideramos extremadamente fiables mañana sepamos que no lo son tanto, que en un momento posterior al proceso se descubra una nueva prueba o incluso un nuevo tipo de pruebas hoy desconocido⁹ o que se pueda plantear una nueva hipótesis sobre lo ocurrido que hoy no podemos formular o que resulta imposible de probar a la luz de nuestro conocimiento actual. Por ello, el apoyo empírico que un conjunto de elementos de juicio puede aportar a una hipótesis fáctica le dará un grado de corroboración que, como ya señalara Popper, será más o menos alto,

⁷ Esta es la denominada *anti-nomian thesis* de Bentham, que ofrece una imagen clásica de la tradición racionalista de la prueba y que ha sido resumida por Twining en los siguientes términos: el sistema jurídico no debe contener “ninguna norma que excluya testigos o pruebas; ninguna norma sobre el peso o el *quantum* de la prueba; ninguna norma vinculante sobre la forma de presentación de la prueba; ninguna restricción artificial sobre los interrogatorios o el razonamiento probatorio; ningún derecho de silencio ni privilegios de los testigos; ninguna restricción al razonamiento que no sean las propias del razonamiento práctico; ninguna exclusión de pruebas excepto si son irrelevantes o superfluas o si su presentación supone perjuicios, gastos o retrasos excesivos en las circunstancias del caso específico” —Twining, *Rethinking Evidence*, cit., p. 195—.

⁸ Un caso muy claro es el de Sentís Melendo, quien afirma que “*Derecho y probatorio*, ese sustantivo y ese adjetivo, son términos antagónicos. La prueba es libertad; y en el momento en que el derecho intenta someterla a normas rígidas, deja de ser prueba, para convertirse, si no en una caricatura, en algo que ya no es prueba” —Sentís Melendo, *La prueba*, p. 336—.

⁹ Piénsese, por ejemplo, en el impacto que ha tenido para el proceso penal el descubrimiento y posterior desarrollo de las pruebas de ADN.

pero nunca será concluyente. Esto, sin embargo, no tiene por qué impedir que tomemos decisiones sobre la prueba y tampoco que estas estén justificadas. Como el mismo Popper advirtió también, “[a]unque no podamos justificar una teoría (...), podemos, a veces, justificar nuestra *preferencia* por una teoría sobre otra; por ejemplo, si su grado de corroboración es mayor”.¹⁰

La cuestión se complejiza aún más porque no siempre nos conformamos con que una hipótesis tenga un grado de corroboración mayor que otras para considerarla probada. En ocasiones, en función de la importancia de los bienes en juego y de la gravedad que pudiera tener una decisión equivocada, estamos dispuestos a considerar que una hipótesis no tiene corroboración suficiente, a pesar de que cuenta con un apoyo empírico mayor que sus contrincantes. Así, por ejemplo, se dice que no basta con que la hipótesis de la culpabilidad en el proceso penal, a los efectos de la decisión final en sentencia, sea más probable que la hipótesis de la inocencia, sino que será necesario que cuente con un grado de corroboración más elevado, que suele identificarse con la corroboración más allá de toda duda razonable. Esto nos sitúa ante la necesidad de disponer de reglas que determinen el grado de corroboración suficiente que debe tener una hipótesis fáctica para poder considerarla probada, que es la función de los estándares de prueba.

Es importante no hacerse aquí problemas con las palabras: lo que un estándar de prueba determina es el umbral de suficiencia probatoria para considerar acreditada —probada— una hipótesis a los efectos de la decisión que debemos tomar. Es indiferente si esa decisión es la final del procedimiento judicial, a los efectos de la sentencia, o si se trata de una decisión intermedia. Tenemos que evaluar si la hipótesis de que un cierto domicilio se está usando para el tráfico de drogas cuenta con información que la acredite suficientemente para ordenar el registro domiciliario; si el *fumus comissi delicti* está suficientemente acreditado a los efectos de decretar una prisión provisional; si hay elementos de juicio suficientes para vincular a proceso a un ciudadano; si hay elementos de juicio suficientes para decidir la apertura de juicio oral, etcétera. En todas esas decisiones y en tantas otras que

¹⁰ Popper, *Búsqueda sin término. Una autobiografía intelectual*, p. 140.

encontraremos en los procesos civiles, laborales, contencioso-administrativos, etcétera, lo que está en juego es si la hipótesis en cuestión tiene o no suficiente apoyo empírico en los elementos de juicio aportados. Que denominemos *pruebas* o no a esos elementos de juicio no cambia en absoluto la naturaleza de la operación intelectual a realizar: hay que valorar el grado de corroboración que esos elementos de juicio aportan a las hipótesis —valoración de la prueba— y determinar si ese grado de corroboración es suficiente a la luz del estándar de prueba aplicable.

Aunque la valoración de la prueba y la decisión probatoria han sido tratadas en nuestra cultura jurídica como una sola actividad, es muy importante distinguirlas. Un par de situaciones probatorias bastante habituales en la práctica pueden bastar para mostrar esa importancia. Primera: durante la deliberación de una decisión, puede suceder que tres magistradas y/o magistrados que integren un órgano colegiado acuerden completamente respecto del grado de fiabilidad que tiene cada una de las pruebas incorporadas al proceso y también sobre el grado de corroboración que esas pruebas aportan a las distintas hipótesis fácticas; y, sin embargo, discrepen aún sobre si esa corroboración es suficiente para considerar probada alguna de esas hipótesis. Es claro que en este caso las y los integrantes del órgano colegiado coinciden en la valoración individual y también en la valoración de conjunto de la prueba, mientras que discrepan sobre cuál es el estándar de prueba aplicable o si este se satisface. Segunda: el hecho de producir un daño a otro puede ser constitutivo de delito y también ser el presupuesto habilitante de una responsabilidad civil. En esos casos, cabe la posibilidad de que la corroboración alcanzada por la hipótesis que afirma la existencia del daño y la autoría del demandado no sea suficiente para considerar probado el hecho en sede penal —a lo que correspondería su absolución—, pero sí lo sea en sede civil, con la consiguiente condena a resarcir el daño. Esto es perfectamente posible incluso si quien decide sobre uno y otro valora exactamente del mismo modo la prueba y concluye en los dos casos que tiene el mismo grado de corroboración. Sucede aquí que el umbral de suficiencia probatoria es distinto en un caso y en otro. Lo que estas dos situaciones muestran, en definitiva, es que la valoración de la prueba no basta para determinar la decisión: necesitamos también aplicar un estándar de prueba que nos indique el umbral de suficiencia probatoria.

Estas no son las únicas reglas que operan en la decisión sobre los hechos. Hay que añadir aquellas que indican al juzgador cómo debe decidir en caso de que ninguna de las hipótesis sobre los hechos alcance el umbral de suficiencia probatoria: fundamentalmente, reglas sobre la carga de la prueba y presunciones. Estos dos tipos de reglas operan también en el tercero de los momentos de la actividad probatoria,¹¹ pero su aplicación es subsidiaria de los estándares de prueba. Así, para decidir un caso en aplicación de la carga de la prueba habrá que determinar primero que las hipótesis fácticas en conflicto no satisfacen la exigencia probatoria mínima requerida, de modo que ninguna de ellas puede considerarse probada. Y para aplicar una presunción —*iuris tantum*— habrá que mostrar que no se ha producido prueba suficiente en contrario. Ambas operaciones argumentativas presuponen la aplicación de un estándar de prueba.

Dedicaremos este capítulo al análisis de esos tres tipos de reglas de decisión probatoria, reglas que establecen cargas de prueba, presunciones y estándares. Los tres tipos de reglas, por otro lado, comparten una función a la que no se ha prestado suficiente atención: asignan y distribuyen el riesgo del error entre las partes. Volveré sobre ello al tratar los estándares de prueba.

II. Las reglas sobre la carga de la prueba

Más allá de los intensos debates acerca de la mejor manera de conceptualizar la carga de la prueba, es bastante pacífico en la doctrina de los países de nuestro ámbito cultural considerar que la carga de la prueba —o las reglas que la regulan— tiene dos dimensiones: una objetiva —también llamada *material* o *directa*— y

¹¹ Conviene, sin embargo, hacer una advertencia respecto del papel que pueden jugar las presunciones en el razonamiento sobre los hechos. En efecto, el razonamiento probatorio es típicamente una argumentación en cadena, con pasos inferenciales diversos en los que la conclusión de una inferencia se constituye en premisa de la siguiente. En ese contexto, hay que señalar que las presunciones pueden operar como regla de decisión que concluye el razonamiento o como regla que obliga a realizar una inferencia intermedia, cuya conclusión (el hecho presumido) será premisa de un siguiente paso inferencial. Esta última función explica que las presunciones se aborden en este manual tanto en el capítulo anterior (relativo a la valoración de la prueba y las inferencias probatorias) como en este (relativo a las reglas de decisión probatoria).

una subjetiva —también llamada *formal* o *indirecta*—. ¹² En ocasiones, las reglas jurídicas que regulan la carga de la prueba lo hacen apuntando explícitamente a una u otra de esas dimensiones, pero ello no impide que la doctrina siga extra-yéndolas ambas por vía de la interpretación.

La carga de la prueba en sentido objetivo responde a la pregunta *¿quién pierde si no hay prueba suficiente?* En este sentido, opera como regla de juicio final, aplicable únicamente si los elementos de juicio aportados al proceso no permiten superar el estándar de prueba previsto para ese tipo de casos. ¹³ Se trata de una regla de distribución del riesgo probatorio entre las partes que, al decir de Rosenberg “determina las consecuencias de la incertidumbre acerca de un hecho”. ¹⁴ Por ello, se ha considerado también que, en este sentido, “la teoría de la carga de la prueba es (...) la teoría de las consecuencias de la falta de prueba”. ¹⁵ Finalmente, también por ello se considera la carga de la prueba como una institución probatoria residual o subsidiaria, que operaría solo ante el fracaso de la actividad probatoria de las partes conducente a acreditar los hechos del caso, ¹⁶ y con la finalidad de ofrecer un criterio al juzgador para que pueda cumplir con su obligación de resolver todos los casos y evitar así el *non liquet*. ¹⁷

¹² V., al respecto, entre otros muchos, Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, tomo I, p. 424; De la Oliva y Fernández, *Lecciones de derecho procesal*, vol. II, p. 236; Taruffo, “Onere della prova”, en *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*, pp. 72 y ss.; Seoane Spiegelberg, *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones generales y Presunciones*, p. 257; Fernández López, *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, pp. 25 y ss.; Oteiza, “La carga de la prueba. Los criterios de valoración y los fundamentos de la decisión sobre quién está en mejores condiciones de probar”, en *La prueba en el proceso judicial*, p. 197; entre los clásicos a los que la doctrina se remonta cabe citar a Rosenberg, *La carga de la prueba*, pp. 26 y ss.

¹³ Cf. Micheli, *La carga de la prueba*, pp. 104 y ss.

¹⁴ Rosenberg, *op. cit.*, p. 39

¹⁵ V. Prieto Castro, *Derecho procesal civil*, vol. I, p. 138; y también la misma idea en Montero Aroca, *Derecho jurisdiccional*, p. 217.

¹⁶ Como destaca Priori —“La carga de la prueba en la motivación de resoluciones judiciales”, en *Argumentación jurídica y motivación de las resoluciones judiciales*, p. 183— y he señalado en los párrafos precedentes, ello supone que la justificación de la decisión judicial basada en la aplicación de la carga de la prueba —en sentido objetivo— requerirá de modo principal la motivación de la insuficiencia probatoria de las distintas hipótesis fácticas en conflicto. Por ello, puede decirse que la motivación de la decisión basada en la carga de la prueba es también dependiente de la motivación de la insuficiencia probatoria.

¹⁷ Cf. Fernández López, *op. cit.*, pp. 30-31.

Por lo que hace a la determinación de los criterios para atribuir la carga de la prueba objetiva a una u otra parte, es decir, para definir quién pierde en ausencia de prueba suficiente, también pueden encontrarse debates muy interesantes tanto en relación con la concreción de las reglas generales como con el establecimiento de supuestos de inversión de la carga probatoria.

La carga de la prueba en su dimensión subjetiva, en cambio, responde a la pregunta sobre qué parte *debe*¹⁸ aportar prueba al procedimiento. Aunque su origen histórico es muy anterior a la difusión de la noción de la carga de la prueba objetiva,¹⁹ hoy es común considerar la dimensión subjetiva como derivada —de algún modo no muy claro— de la objetiva. La idea puede expresarse en los términos que planteó Rosenberg: “la circunstancia de que la incertidumbre acerca de un hecho pueda significar la pérdida del proceso para una parte (...) tiene como consecuencia evidente, que esta parte se esfuer[ce] y deba esforzarse por aclarar la situación de hecho discutida para evitar el resultado desfavorable del pleito”.²⁰ Así, la carga subjetiva de la prueba resultaría ser una consecuencia de la carga objetiva de la prueba. Es claro que no se trata de una consecuencia lógica, puesto que del deber de la jueza o el juez de resolver en un cierto sentido en caso de falta de prueba suficiente no se infiere nada respecto de “deber” alguno de las partes. Lo que se afirma es más bien que la carga de la prueba objetiva incentiva de algún modo a la parte cuyas pretensiones serán rechazadas en caso de ausencia de prueba suficiente a aportar las pruebas necesarias para evitar esa consecuencia.

Ahora bien, decir que una parte tiene un incentivo para producir prueba es algo muy distinto a decir que tiene un deber en sentido estricto. Por eso, la doctrina procesal se ha esforzado en discernir en qué tipo de situación jurídica se encuentra la parte a la que se atribuye la carga de probar o, en otros términos, de qué tipo de “deber” hablamos cuando nos preguntamos qué parte “debe” aportar

¹⁸ Dejo desde ahora señalado ese elemento del *deber*, porque de su correcta comprensión dependerá la resolución de algunas de las confusiones conceptuales que, en mi opinión, han dado lugar a la teoría de la carga dinámica de la prueba. Volveré más adelante sobre este punto.

¹⁹ V. Rosenberg, *op. cit.*, pp. 33 y ss.; y Nieva Fenoll, “La carga de la prueba: una reliquia histórica que debiera ser abolida”, en *Revista Italoespañola de Derecho Procesal*, pp. 3 y ss.

²⁰ Rosenberg, *op. cit.*, p. 31.

prueba al procedimiento. El hecho de que, al menos en el proceso civil, el “deber” de aportar la prueba dependa de la libre voluntad de la parte afectada de evitar las consecuencias desfavorables —la pérdida del procedimiento— ha llevado a algunos autores a conceptualizar la situación jurídica de la parte como una facultad —más que un deber—²¹ y hasta a concebir las normas que atribuyen las cargas de la prueba como normas que atribuyen a la parte el poder o la competencia para solicitar la incorporación de la prueba al procedimiento.²² Por razones de espacio no puedo analizar con cuidado aquí esta propuesta, la cual, ya sea en su tratamiento como facultad, como poder o competencia, me parece desacertada.²³

La mejor forma de dar cuenta de los elementos característicos de la carga subjetiva de la prueba,²⁴ partiendo de la propia noción de carga tal como fuera delineada por Goldschmidt,²⁵ es la de concebir las normas que la atribuyen como reglas técnicas.²⁶ Así, se capturarían dos aspectos principales del “deber” al que se

²¹ Así, por ejemplo, Micheli, *op. cit.*, pp. 91 y ss.

²² *Cf.*, por ejemplo, Devis Echandía, *op. cit.*, pp. 420-421; y Fernández López, *op. cit.*, pp. 47 y ss.

²³ Basta observar que tanto la facultad como la capacidad o competencia para solicitar la admisión de pruebas al proceso la tienen las dos partes de forma general y no limitada a los hechos sobre cuya ocurrencia recaiga en cada una la carga de la prueba. Si esto es así, no debe buscarse en las normas que atribuyen la carga de la prueba el fundamento de esa capacidad o facultad. En mi opinión, con independencia de que esa facultad esté reiterada en los códigos procesales de cada jurisdicción, el mencionado fundamento se encuentra en el derecho a la prueba que, como elemento integrante del derecho a la defensa y al debido proceso, asiste a todas las partes en el proceso. Esa vinculación con el derecho a la prueba ha sido advertida por Taruffo —“Conocimiento científico y estándares de prueba judicial, en *Jueces para la Democracia*, p. 70—, aunque sin extraer las debidas consecuencias respecto del rechazo de la concepción aquí criticada de la carga de la prueba.

²⁴ Aunque, como se verá más adelante, también resultará una concepción inadecuada.

²⁵ *Cf.* Goldschmidt, *Derecho procesal civil*, p. 203.

²⁶ Una regla técnica, en los términos planteados por Von Wright —*Norma y acción. Una investigación lógica*, pp. 29-30—, establece que debe hacerse A si se quiere obtener el resultado B. Así, por ejemplo, “debe presionar el botón rojo si quiere encender el televisor”. Las reglas técnicas no establecen deberes en sentido estricto, no son prescripciones, puesto que la realización de la acción A depende de la voluntad del sujeto de obtener el resultado B. Por eso, toda regla técnica presupone la verdad de una proposición anankástica, que afirma que la realización de A es condición necesaria para que se produzca B o, en términos del ejemplo anterior, que presionar el botón rojo es condición necesaria para que se encienda el televisor. Esto es muy importante, porque si A no fuera necesario para obtener B, no podría ya decirse que debe hacerse A para que se produzca B. Para el tema que nos ocupa, Gavazzi —*L'onere. Tra la libertà e l'obbligo*, p. 85— adoptó, por su parte, la noción de regla técnica para dar cuenta de las normas que establecen cargas procesales, en lo que es, en mi opinión, el mejor tratamiento teórico de la noción.

hace referencia cuando se pregunta por quién debe aportar prueba al procedimiento: 1) que ese “deber” no es una genuina prescripción, sino que depende de la voluntad de la parte de conseguir un resultado ventajoso, *i. e.*, la prueba de sus pretensiones; y 2) que para conseguir ese resultado es necesario realizar una actividad, *i. e.*, aportar prueba suficiente sobre los hechos que se alegan.²⁷ De este modo, el legislador establecería incentivos para producir prueba dirigidos a las partes disponiendo las condiciones necesarias para que un hecho pueda ser considerado como probado.

Es interesante observar, por último, que la carga de la prueba en sentido objetivo o directo no se dirige a las partes, sino al juez, imponiéndole la obligación de resolver en un determinado sentido en caso de que no haya prueba suficiente de los hechos alegados por las partes. Las dos dimensiones de la carga de la prueba, pues, expresarían tipos de reglas distintas —prescripciones y reglas técnicas—, dirigidas a sujetos distintos —el juez y las partes— y aplicables a momentos distintos del procedimiento —la fase de decisión y la de aportación de pruebas—.

El problema, para decirlo de modo contundente, es que nada de esta reconstrucción en dos facetas de la carga de la prueba se sostiene en la actualidad. En primer lugar, las dos supuestas dimensiones o facetas de la carga de la prueba son, en realidad, reglas totalmente distintas, que se dirigen a sujetos diversos, tienen una fuerza normativa distinta y regulan actividades probatorias diferentes —*i. e.*, la carga subjetiva regularía la aportación de pruebas y la carga objetiva, la decisión judicial sobre los hechos—. Siendo así, ¿cómo se puede sostener que una de ellas, la subjetiva, es consecuencia de la otra, la objetiva? No hay forma de sustentar una implicación de ese tipo. Puede sostenerse que la regla dirigida al juez produce indirectamente ciertos incentivos para las partes, del mismo modo que sucede con otras muchas normas procesales y sustantivas, pero ello no justifica duplicar el concepto de carga de la prueba. Cabe defender también, sin lugar a duda, que a partir de una regla —prescriptiva o conceptual— pueden formularse reglas técnicas dirigidas a los mismos u otros sujetos. Así, por ejemplo, a partir de la dispo-

²⁷ Convendrá recordar estos dos elementos, de voluntariedad y necesidad, que serán importantes para repensar la utilidad de la propia noción de carga subjetiva de la prueba.

sición que establece que para la emisión válida de un testamento hológrafo se requieren dos testigos, puede formularse la regla técnica que dice que *si quieres hacer un testamento hológrafo debes tener dos testigos* y la proposición anankástica de que *son necesarios dos testigos para la emisión válida de un testamento hológrafo*. Lo mismo puede hacerse respecto de las normas que requieren el cumplimiento de un determinado procedimiento para emitir otras normas válidas del sistema. Pero no tiene ningún sentido en todos esos casos duplicar el universo normativo, sosteniendo la pertenencia al derecho de dos reglas, una conceptual o prescriptiva —según los casos— y una regla técnica o carga. No diríamos, por ejemplo, que el legislador tiene la carga de seguir el procedimiento legislativo en la emisión de leyes. Las y los abogados, por su parte, formulan continuamente reglas técnicas dirigidas a sus clientes a partir de las normas jurídicas vigentes, pero esas reglas técnicas no son, ellas mismas, pertenecientes al derecho ni una segunda dimensión de las normas jurídicas a partir de las que se formulan.

En segundo lugar, hemos visto que la mejor manera de dar cuenta del tipo de “deber” implicado en la pregunta sobre quién “debe” aportar prueba al procedimiento es a partir de la noción de necesidad y de regla técnica. Sin embargo, esta reconstrucción no es compatible con la vigencia, en todos nuestros ordenamientos, del principio de adquisición procesal o de comunidad de la prueba.²⁸ Así, en virtud de este principio, una vez que las pruebas se aportan al procedimiento no tiene ninguna relevancia quién las aportó a los efectos de su resultado probatorio; lo relevante es qué se puede inferir de ellas respecto de los hechos a probar, con independencia de quién las haya aportado.²⁹ Una hipótesis sobre los hechos

²⁸ Respecto del principio de adquisición procesal en relación con la carga de la prueba, v. Sentís Melendo, *op. cit.*, pp. 217 y ss.; Corbal Fernández, “La adquisición procesal y la carga de la prueba”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, p. 152 y ss.; Fernández López, *op. cit.*, pp. 31-32; y Kubica, “La inversión de la carga de la prueba en la responsabilidad civil. Una corta historia de la carga de la prueba”, en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, pp. 24 y ss., así como la bibliografía y jurisprudencia citadas en estos últimos trabajos.

²⁹ La doctrina identifica habitualmente la STS 287/1945 como la primera sentencia en España que aplicó a los resultados probatorios el principio de adquisición procesal. Desde entonces, es muy abundante y consistente en el tiempo la jurisprudencia en el mismo sentido. Baste citar, entre muchísimas, la STS 6778/2006 (EJ. 5º): “la carga de la prueba tiene como función determinar para quién deben producirse las consecuencias desfavorables cuando un hecho controvertido no ha sido probado, por lo que la doctrina de la carga de la prueba no entra en juego si los hechos controvertidos han sido

favorable a una parte puede resultar probada gracias a la corroboración aportada —total o parcialmente— por pruebas que fueron incorporadas al proceso por iniciativa de otras partes. Por ejemplo, en el proceso penal la hipótesis de la culpabilidad puede resultar probada por el resultado de pruebas aportadas por la defensa de un codemandado, que las presentó como una forma de defender a su cliente inculpando a otros. No tiene sentido decir, pues, que la culpabilidad tiene que probarla la acusación, sino solo que será la acusación quien perderá el proceso si no se prueba la culpabilidad.

No es extraño, en este contexto, que la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo español tenga establecido que las normas sobre la carga de la prueba solo se infringen cuando, en caso de incertidumbre probatoria, el juez resuelve de modo distinto a lo previsto por la regla de juicio, siendo que solo la violación de las reglas de la carga de la prueba objetiva puede dar lugar a impugnaciones.³⁰

Lo que esta jurisprudencia acredita, finalmente, es la irrelevancia jurídica de la carga de la prueba en su dimensión subjetiva;³¹ una noción que no se infiere, como se pretende, de la carga de la prueba objetiva y que en su mejor versión teórica, reconstruida como necesidad de aportación de prueba para la parte a la que se atribuye la carga, tampoco es hoy sostenible. Por todo ello, creo que una adecuada depuración conceptual aconseja, sin duda, prescindir de la propia noción de carga de la prueba subjetiva.

A una conclusión similar, basada en la propia evolución histórica de la carga de la prueba y de los sistemas de valoración de la prueba, arriba Nieva Fenoll,³² quien lleva más lejos su argumento, proponiendo también la inutilidad de la noción de

justificados, sin que importe que la prueba haya sido aportada por una u otra parte, en virtud del principio de adquisición procesal”.

³⁰ V., entre muchas otras, las sentencias 719/1999 (F. J. 2º), 2208/2001 (F. J. 2º), 544/2005 (F. J. 1º) y 256/2005 (F. J. 5º).

³¹ En la misma línea, Barbosa Moreira —“As presunções e a prova”, en *Temas de direito processual*, p. 75— concluye que el aspecto subjetivo de la carga de la prueba “tiene una relevancia más psicológica que jurídica”.

³² Cf. Nieva Fenoll, *op. cit.*, pp. 9 y ss.

carga de la prueba en su dimensión objetiva. Sostiene este autor que para poder aplicar justificadamente la norma que dice que *si p, entonces debe hacerse q*, el juez debe considerar probado que ha sucedido *p*, de modo que una vez el juez concluye que *p* no ha quedado suficientemente acreditado por las pruebas presentadas al proceso, le basta para rechazar la pretensión del actor —sea penal o civil— con la propia norma sustantiva. Dado que esta es aplicable solo si se han probado los hechos que dan lugar a la consecuencia jurídica prevista en la norma sustantiva, la falta de prueba suficiente de estos hechos hace inaplicable la norma para resolver el caso, por lo que el juez debe rechazar la pretensión de aplicarla, sin necesidad de acudir a regla de carga de prueba alguna. El argumento de Nieva me resulta solo parcialmente convincente. Considero que Nieva muestra adecuadamente que para responder a la pregunta sobre quién pierde si no hay prueba suficiente de un hecho no necesitamos reglas específicas de carga de la prueba y nos basta para ello con las reglas sustantivas cuya aplicación se pretende. Sin embargo, ello no implica que la noción de carga de la prueba —en sentido objetivo— sea conceptualmente inútil o que debamos prescindir de ella. En otros términos, aun sin la necesidad de reglas procesales específicas que determinen la carga objetiva de la prueba —porque ya lo hacen las reglas sustantivas en combinación con las pretensiones de las partes—, ello no implica que no tenga sentido la pregunta de quién pierde si no hay prueba suficiente; y la respuesta a esa pregunta es, precisamente, la carga objetiva de la prueba. Siendo así, es claro que quién tenga la carga objetiva de la prueba de un hecho depende de quién pretenda la aplicación de la regla sustantiva de que se trate.³³

³³ Una posición muy parecida a la que aquí sostengo puede encontrarse ya en Cortés Domínguez, “Algunos aspectos sobre la inversión de la carga de la prueba”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*. Por su relevancia, vale la pena recordar algunos pasos argumentales de este trabajo: 1) Se considera inútil la distinción entre carga de la prueba objetiva y subjetiva, y se rescata solo la primera de ellas: “La división de la carga de la prueba e[n] una objetiva y otra subjetiva es completamente inútil en cuanto ambas responden a un único principio: la regla de juicio que tiene el juez” —p. 582, nota 3; también p. 588, en que se funda la necesidad de prescindir de la noción de carga subjetiva precisamente en el principio de adquisición procesal—; y 2) La carga de la prueba objetiva depende de las reglas materiales, por lo que su inversión es, en puridad, una modificación del supuesto de hecho de la regla material: “(...) cuando hablamos de inversión o modificación de la carga de la prueba, tenemos que dejar de lado la posibilidad de una alteración de la regla de juicio, para introducirnos en el estudio —puramente material— de los cambios en el supuesto de hecho de la norma material (...)” —pp. 584-585—. La inversión de la carga de la prueba es, pues, en definitiva, “una modificación de la *fattispecie*” —p. 597—.

El necesario abandono de la noción de carga subjetiva de la prueba y de su derivación a partir de la carga objetiva tiene impactos prácticos muy importantes. Así, por ejemplo, suele decirse que la presunción de inocencia como regla de juicio supone que es la acusación quien tiene la carga de la prueba. Esto es sustancialmente correcto, como veremos más adelante, si se entiende como carga objetiva, es decir, que la presunción de inocencia impone que será la acusación quien pierda el caso si no hay prueba suficiente de ninguna de las hipótesis fácticas en conflicto en el proceso penal. Sin embargo, de ahí no se infiere en absoluto, como vimos, que sea la acusación quien deba aportar las pruebas que corroboren la hipótesis de culpabilidad.³⁴ Tampoco se infiere que no pueda, por esta razón, imponerse al imputado la obligación de producir o facilitar alguna prueba de cargo que está en su disposición, por ejemplo, una muestra de ADN. Podría discutirse si el derecho a la integridad corporal podría ser alegado, por ejemplo, para negarse a aportar una prueba de ese tipo, pero lo que no tiene fundamento es alegar que no puede pedirse la prueba al imputado porque la carga —subjetiva— de la prueba la tiene la acusación.³⁵

³⁴ Por ello la facultad que muchos ordenamientos atribuyen al órgano judicial de ordenar la adquisición de pruebas de oficio no puede entrar en colisión tampoco con la carga de la prueba. En efecto, solo en el sentido subjetivo de la carga de la prueba, hoy insostenible, podría afirmarse tal colisión. En el sentido objetivo, en cambio, la carga de la prueba no dice nada de quién deba producir la prueba y, por tanto, no es impedimento alguno para la posibilidad de otorgar al órgano judicial la facultad de ordenar pruebas de oficio.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación —SCJN— se ha pronunciado en sentido opuesto al que aquí se sostiene en la sentencia recaída en Amparo en Revisión 349/2012:

“[L]a presunción de inocencia contiene implícita una regla que impone la *carga de la prueba*, entendida en este contexto como la norma que determina a qué parte le corresponde aportar las pruebas de cargo. (...) En este sentido, el hecho de que las pruebas de cargo sean suministradas al proceso por la parte que tiene esa carga procesal también constituye un requisito de validez de estas” (cursivas en el original).

La SCJN se refiere aquí a la carga de la prueba en sentido subjetivo, que responde a la pregunta sobre quién debe aportar pruebas al procedimiento. Tomado en sentido literal, lo afirmado por la Corte supondría que no se puede condenar sobre la base de pruebas aportadas por otras partes que no sean la acusación, por ejemplo, la defensa de un coimputado. En mi opinión, la vigencia también en México del principio de adquisición procesal de la prueba obliga a revisar la interpretación de lo afirmado por la SCJN, de modo que la presunción de inocencia como regla de juicio se entienda que determina la carga de la prueba en sentido objetivo, esto es, que pierde la acusación si no hay prueba suficiente de ninguna de las hipótesis en conflicto, con independencia de quién aporte las pruebas al procedimiento.

³⁵ Dicho sea de paso, tampoco creo que en un ejemplo así pueda alegarse el derecho a la no autoincriminación para negarse a aportar la muestra de saliva para hacer una prueba de ADN. El derecho a la no autoincriminación fue pensado para proteger a los ciudadanos de la tortura y no para amparar conductas consistentes en esconder pruebas. El derecho a la no autoincriminación no es un derecho a esconder o destruir pruebas de cargo. Si lo fuera, tampoco podría el juez ordenar, por ejemplo, un registro domici-

III. Las presunciones

El segundo tipo de reglas que regulan la decisión probatoria y tienen un impacto en la distribución del riesgo del error entre las partes es el de las presunciones. Hay una relación intensa e imprecisa entre las presunciones y el razonamiento probatorio. En ocasiones se afirma que las presunciones son mecanismos para facilitar la prueba; en otras, que eximen de prueba; y aun en otras, que son ellas mismas una forma de probar o hasta que constituyen prueba. Desde luego, esta diversidad es muestra de algunas confusiones —sobre la prueba y sobre las presunciones—, por lo que convendrá hacer una tarea de desbrozamiento conceptual a los efectos de clarificar la relación entre las presunciones y la prueba.

Desgraciadamente, el término *presunción* se usa en el campo del derecho —y en el lenguaje ordinario— para referirse a cosas muy distintas: algunas de ellas son reglas; otras, inferencias; algunas son legales; otras, judiciales; algunas admiten prueba en contrario, otras no; algunas tienen hecho base, otras no. La ambigüedad es tal que Allen³⁶ ha propuesto prescindir del término *presunción* y dar cuenta de sus distintos tipos mediante otros conceptos jurídicos. Yo no llegaré tan lejos, aunque sí espero mostrar que algunos usos del término introducen en el discurso más confusión que claridad y sería mejor prescindir de ellos.

A los efectos que nos interesan, creo que una clasificación útil de los distintos usos del término *presunción* puede ser la que los agrupa en presunciones *iuris et de iure*, presunciones *iuris tantum* y presunciones *homini* —o presunciones judiciales—. A su vez, las presunciones *iuris tantum* pueden subdividirse en presunciones con hecho base —o presunciones *sensu stricto*— y sin hecho base —o verdades interinas—. Analizaré someramente cada una de ellas, tomando como caso paradigmático el de las presunciones *iuris tantum* en sentido estricto o con hecho base.³⁷

liario para buscar pruebas de un delito. La diferencia entre la prueba recaudada en un registro domiciliario y la muestra de saliva para una prueba de ADN es solo que la primera la obtenemos de un domicilio y la segunda del cuerpo del imputado. Siendo así, habrá que ponderar si la invasión corporal necesaria para obtener una muestra de saliva es suficientemente intensa para sacrificar el interés social y de la víctima en la persecución del delito y el objetivo de la actividad probatoria de la averiguación de la verdad.

³⁶ Cf. Allen, “Presumptions in Civil Actions Reconsidered”, en *Iowa Law Review*, pp. 845 y ss.

³⁷ Que corresponden con lo que Mendonca —*Las claves del Derecho*, p. 224— denomina la “forma básica de cualquier presunción”.

1. Las presunciones *sensu stricto*

Nos servirá como punto de partida lo que establece el artículo 324 del Código Civil de la Ciudad de México:³⁸

Se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario:

- I. Los hijos nacidos dentro del matrimonio
- II. (...)

¿Cuáles son las notas características de una presunción como esta? Siguiendo el clásico trabajo de Ullmann-Margalit,³⁹ podemos identificar las siguientes: 1) se trata de una regla —o norma, si se prefiere—, 2) establece una relación entre un hecho base y un hecho presunto, 3) obliga a sus destinatarios a aceptar el hecho presunto como si fuera verdadero si se prueba el hecho base, a no ser que 4) se pruebe que el hecho presunto no ha sucedido. Veamos ahora con algo más de detalle estas cuatro características.

La estructura de la presunción es la de una norma que impone a sus destinatarios, en este caso personas juzgadoras, funcionarias y funcionarios públicos encargados del registro civil, una cierta conducta consistente en presumir un hecho. Estamos ante una regla condicional del tipo “Si el hijo nació durante el tiempo de vigencia del matrimonio, entonces se deberá presumir —*i. e.* aceptar en el razonamiento como si fuera verdadero— que el padre es el marido de la madre”. Sobre la base de esta característica, la doctrina procesal ha sostenido la distinción entre presunciones legales y presunciones judiciales u *hominis*,⁴⁰ que analizaré más adelante. Las presunciones legales serían normas que imponen a otros

³⁸ El artículo 324 del Código Civil Federal contiene una regla muy similar, pero, en cambio, las condiciones de derrotabilidad de la presunción establecidas en la dicción literal del artículo 325 son muy limitadas. Por eso, con pretensión de no adentrarme en ese problema, adopto como ejemplo la regulación de la Ciudad de México.

³⁹ V. Ullmann-Margalit, “Sobre la presunción”, en *Presunciones*.

⁴⁰ Por todos, V. Serra Domínguez, *Normas de presunción en el código civil y la ley de arrendamientos urbanos*, p. 39.

presumir un cierto hecho, en tanto que las presunciones *hominis* serían inferencias presuntivas en el propio razonamiento. Sin embargo, como veremos enseguida, creo que hay buenas razones para limitar el uso del término *presunción* únicamente para referirse a las primeras.⁴¹

La norma que expresa una presunción establece una relación entre dos hechos genéricos.⁴² El primero es denominado hecho base y el segundo, hecho presunto o presumido. El hecho base deberá probarse —en el ejemplo de la presunción de paternidad: que el hijo nació durante la vigencia del matrimonio— y, probado este, surgirá la obligación de presumir el hecho presunto —la paternidad del marido de la madre—. La relación entre los dos hechos puede tener un fundamento epistémico, porque es una generalización acreditada que cuando se da el primero es altamente probable que se dé también el segundo. Es el caso, por ejemplo, de la presunción de la muerte de una persona cuando lleva mucho tiempo desaparecida.⁴³ Siendo así, el legislador impone la presunción del hecho presunto a los efectos de otorgar una mayor facilidad probatoria, puesto que el hecho base resulta de más fácil prueba que el presumido. Pero también cabe la posibilidad de que la relación se establezca por razones no epistémicas. Así, por ejemplo, muchos ordenamientos prevén la presunción de conmorienencia cuando dos personas llamadas a sucederse mueren en un mismo accidente, salvo prueba en contrario —en el caso mexicano, el artículo 1287 del Código Civil Federal—. Es claro que no se puede generalizar que dos personas mueran exactamente a la misma vez por el hecho de que hayan muerto en el mismo accidente. Es más, puede ser que sea hasta

⁴¹ Además, nada dice que normas que expresan las llamadas presunciones legales tengan que ser necesariamente de origen legal. De hecho, en todos los países se encuentran ejemplos de normas que establecen presunciones que tienen un origen jurisprudencial. Lo relevante no es quién las dicta, sino que se trate de normas que regulen la conducta decisoria de otros. Siendo así, optaré por denominarlas *presunciones, tout court*, para evitar calificarlas por su fuente legal.

⁴² Se denominan hechos genéricos a los hechos tipo, no identificados en el tiempo y en el espacio, como el de que una persona esté desaparecida durante seis años, a diferencia de los hechos individuales, que pueden subsumirse en los hechos genéricos y si están caracterizados por coordenadas espacio-temporales, como el hecho de que Pedro desapareció el día 1º de enero de 2010, cuando fue a trabajar a la ciudad de Zacatecas.

⁴³ La recoge el artículo 705 del Código Civil Federal en estos términos: “Cuando hayan transcurrido 6 años desde la declaración de ausencia, el juez, a instancia de parte interesada, declarará la presunción de muerte”.

lo menos frecuente. Pero si la diferencia temporal entre los dos fallecimientos no es mucha y no hubo testigos de los fallecimientos, puede ser muy difícil probar cuál de las dos personas murió primero. De nuevo, el legislador, al establecer la presunción, facilita la prueba cambiando el *thema probandum*: ya no habrá que probar el momento de la muerte de ambos sino solo que murieron en el mismo accidente. Pero ¿por qué eligió presumir la conmorienencia? La razón es de política pública: podría haber optado por presumir que se produjo en primer lugar muerte de la persona de más edad, o la del hombre, en caso de ser personas de distinto sexo. El legislador, en cambio, optó por imponer la presunción de la muerte simultánea, de modo que no se hereden entre ellos, simplemente porque esa es la consecuencia jurídica que estimó preferible.⁴⁴

Las presunciones obligan a sus destinatarios a aceptar el hecho presunto como si fuera verdadero si se prueba el hecho base. Según Cohen, “la aceptación de una proposición *p* es un estado mental consistente en tener o adoptar la política de usar *p* en el razonamiento en algunos o en todos los contextos”.⁴⁵ Está claro que no tiene sentido que el legislador obligue al juez o a cualquier otro agente a creer que un hecho ha sucedido. Dado que tener una creencia es un acto involuntario, no cabe siquiera plantearse que pueda ser objeto de una obligación. En cambio, la aceptación de una proposición *p* —la muerte simultánea de dos personas, por ejemplo— es un acto voluntario consistente en usar *p* en el razonamiento como si fuera verdadero.⁴⁶ Como ya señalé, eso no supone el compromiso con la verdad de *p* ni por parte de quien prescribe la presunción ni por parte de quien la

⁴⁴ También Ullmann-Margalit —*op. cit.*, pp. 34 y ss.—, Taruffo —“Presunzioni (Diritto processuale civile)”, en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, pp. 2-3), Mendonca —“Presunciones”, en *Presunciones*, pp. 58 y ss.—, Aguiló Regla —“Las presunciones en el derecho”, en *Presunciones*, pp. 76-77— y Gama Leyva —*Las presunciones en el Derecho. Entre la perplejidad y la fascinación de los juristas*, pp. 62-66—, entre otros, consideran la variedad de fundamentos que puede darle el legislador a la relación establecida entre el hecho base y el hecho presumido. Matida —“En defensa de un concepto mínimo de presunción”, en *Jueces para la Democracia*, p. 109—, en cambio, propone limitar el uso del término *presunción* para referirse a aquellas reglas legales que establezcan un enlace epistémicamente fundado entre un hecho base y un hecho presumido.

⁴⁵ Cohen, “Belief and Acceptance”, en *Mind*, p. 368.

⁴⁶ Cf. Bratman, “Practical Reasoning and Acceptance in a Context”, en *Mind*, pp. 10 y ss.; y Ullmann-Margalit y Margalit, “Holding True and Holding as True”, en *Synthese*, pp. 177 y ss.

aplica,⁴⁷ sino solo el compromiso de usar en el razonamiento *p* como si fuera verdadero. Así, la aceptación del hecho presunto de que Felipe es el padre de Juan compromete al juez a extraer de ello en su razonamiento todas las consecuencias jurídicas que se darían si fuera verdadero que Felipe es el padre de Juan —con independencia de si realmente lo es o no—. La cláusula *como si fuera verdadero* es aquí fundamental.⁴⁸

La obligación que impone la presunción rige solo si se prueba el hecho base y no hay prueba suficiente en contrario del hecho presunto. Respecto del primero, en principio, no veo inconveniente tampoco en que se considere que es un hecho que no necesita prueba si es un hecho notorio o bien ha sido objeto de consenso entre las partes —en los tipos de proceso en que la ausencia de conflicto sobre un hecho lo exime de prueba, claro—.⁴⁹ En otro caso, la carga de la prueba del hecho base la tendrá quien pretenda la aplicación de la presunción y la carga de la prueba de la no ocurrencia del hecho presumido la tendrá quien pretenda su no aplicación.⁵⁰ Obsérvese que para impedir la aplicación de una presunción tendremos, pues, dos estrategias posibles: 1) mostrar que el hecho base no está probado o que está probado que no ha ocurrido —estrategia de bloqueo— y 2) probar la no ocurrencia del hecho presumido —estrategia de destrucción o refutación—.⁵¹

Desde el punto de vista de su función ante una situación de incertidumbre fáctica, una presunción *stricto sensu* combina dos operaciones: por un lado, modifica el *thema probandum*, cambiando un hecho de más difícil prueba —el orden temporal en que murieron dos o más personas en un accidente o que una persona

⁴⁷ Dado que la presunción no debe tener necesariamente un fundamento epistémico —y, si lo tuviera, estaría basada en una generalización probabilística, que no garantiza la verdad del enunciado presumido—.

⁴⁸ Cf. Ullman-Margalit, *op. cit.*, p. 23.

⁴⁹ Así lo prevé expresamente, por ejemplo, el artículo 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española: “Tales presunciones solo serán admisibles cuando la certeza del hecho indicio del que parte la presunción haya quedado establecida mediante admisión o prueba”.

⁵⁰ Siempre en el sentido de carga objetiva de la prueba, es decir, de quién pierde si no hay prueba suficiente.

⁵¹ V. Ullmann-Margalit, *op. cit.*, pp. 24-25; y Mendonca, *op. cit.*, p. 229. Las dos estrategias para impedir la aplicabilidad de la presunción guardan relación con lo que Pollock —“A Theory of Moral Reasoning”, en *Ethics*, p. 511— denominó *rebutting defeaters* y *undercutting defeaters*.

desaparecida ha muerto, por ejemplo— por otro más fácil de probar —que esas personas murieron en el mismo accidente o, en el segundo caso, que la persona lleva más de seis años desaparecida—. Si el hecho base llega a probarse —o se considera que no necesita prueba porque es un hecho notorio o un hecho aceptado por las partes—, la presunción asigna la carga de la prueba de que el hecho probado no ha sucedido a la parte contraria. Así pues, estamos ante una regla que cumple dos funciones simultáneamente: cambia el *thema probandum* para una parte, ofreciendo mayor facilidad probatoria, y asigna la carga de la prueba de que no se ha producido el hecho presumido a la otra.⁵²

2. Las presunciones sin hecho base o verdades interinas

Las presunciones sin hecho base o verdades interinas comparten todas las características con las presunciones en sentido estricto, con la excepción de que carecen de hecho base: son reglas que imponen la aceptación de un enunciado que afirma la ocurrencia de un hecho como si fuera verdadero, salvo que se pruebe su falsedad. Son ejemplos clásicos de este tipo las presunciones de inocencia, en el proceso penal, o de buena fe, en el civil.

Ahora bien, en la línea planteada por Allen de reconducir a otras categorías jurídicas las presunciones que lo permitan, vale la pena observar que las denominadas *presunciones aparentes* —sin hecho base— o verdades interinas no son más que reglas que asignan la carga de la prueba.⁵³ En efecto, establecer que se presume la inocencia salvo prueba en contrario no es otra cosa que asignar la carga de la prueba a quien afirme la culpabilidad del imputado —o, en otros términos, que si no se alcanza a probar la culpabilidad ni la inocencia en el proceso, perderá la acusación—.⁵⁴ Si esto es así, podríamos prescindir conceptualmente de este tipo

⁵² Cf. Fernández López, *op. cit.*, p. 133.

⁵³ Exactamente lo mismo sostiene Serra Domínguez —“Comentario al art. 1250 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, p. 52— respecto del análogo artículo 1183 del Código Civil español. La tesis, en realidad, ya había sido anticipada por Rosenberg, *op. cit.*, pp. 243-249. V, también, Fernández López, *op. cit.*, pp. 139 y ss.

⁵⁴ Conviene recordar, dicho sea de paso, que la presunción de inocencia no resulta de aplicación si las pruebas obrantes en el proceso son suficientes para considerar probada la inocencia. En esos casos no

de presunciones y tratarlas como reglas que atribuyen la carga de la prueba, sin que ello produjera ningún impacto práctico.⁵⁵ Sería raro, por supuesto, proponer que dejemos de llamar *presunción* a la presunción de inocencia, por ejemplo; por eso, bastará con que se comprenda que su función, en cuanto regla de juicio, se agota en la asignación de la carga de la prueba a la acusación.

3. Las presunciones *iuris et de iure*

Este tercer tipo de presunciones parecería ser muy cercano a las presunciones en sentido estricto. En efecto, a primer golpe de vista compartirían todas las características, excepto que las *iuris et de iure*, o presunciones inderrotables, no admitirían prueba en contrario del hecho presumido. Sin embargo, son muchos los autores que han puesto en duda el carácter presuntivo de estas reglas, a pesar de su nombre. Así, por ejemplo, decía Rosenberg a principio del siglo XX: “las llamadas *presunciones legales irrefutables* (*praesumptiones iuris et de iure*) no son otra cosa que ficciones, tienen la forma de la presunción pero la esencia de la ficción”.⁵⁶ El caso es que, más allá de las apariencias, parece haber una diferencia demasiado grande entre las presunciones *iuris tantum* y las *iuris et de iure* para seguir usando el mismo nombre: hemos visto ya cómo las presunciones en sentido estricto tienen una función práctica consistente en facilitar la prueba en situaciones de incertidumbre sobre los hechos y asignar la carga de la prueba, vinculada a la posibilidad de probar en contrario. Pero ninguna de estas cuestiones está presente en las presunciones inderrotables. Ello parecería aconsejar que se siguiese también en este caso el camino ya recorrido en otros de los supuestos tipos de

deberá decirse que se presume la inocencia, sino que se declara probada. La carga de la prueba es un mecanismo para resolver los casos en los que no se alcance prueba de un hecho ni de su contrario.

⁵⁵ Al respecto, V. Allen, “Presumptions, Inferences and Burden of Proof in Federal Civil Actions – An Anatomy of Unnecessary Ambiguity and a Proposal for Reform”, en *Northwestern University Law Review*, pp. 897 y ss. En España, Serra Domínguez —“Comentario al art. 1250”, *cit.*, pp. 52-53— sostuvo que la redacción de estas reglas en términos de presunciones se debe a una mala técnica legislativa, puesto que una presunción, para ser tal, debería siempre vincular dos hechos, uno base y uno presumido.

⁵⁶ Rosenberg, *op. cit.*, p. 253 —cursivas en el texto original—. Una tesis parecida puede encontrarse en Serra Domínguez —*Normas de presunción en el código civil, cit.*, p. 71— y en Taruffo —“Presunzioni (Diritto processuale civile)”, *cit.*, p. 2—, entre otros. Gascón —*Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, pp. 146 y ss.—, en cambio, niega esta asimilación entre presunciones *iuris et de iure* y ficciones.

presunciones, porque, como dice Aguiló Regla, “la noción de presunción *iuris et de iure* es teóricamente prescindible, pues todas las situaciones normativas que los juristas califican con ese rótulo pueden traducirse a otras figuras teóricas componiendo una imagen más coherente”.⁵⁷

Pues bien, más allá de la posibilidad apuntada de dar cuenta de las —mal— llamadas presunciones inderrotables en términos de ficciones, creo que un ejemplo nos puede servir para otear otra opción más promisoria. Tómese el ejemplo de la regulación penal de las relaciones sexuales entre mayores de edad y menores de una cierta edad, cuya determinación varía de país en país. Es común que se reconstruya esa regulación en términos de presunción inderrotable. Así, si una persona mayor de edad tiene relaciones sexuales con otra menor de x años, se presumirá la falta de consentimiento de esta sin permitirse la prueba en contrario. Ello conlleva, claro está, que la relación sexual esté penalmente prohibida y que la persona mayor de edad haya cometido un delito. En esa situación, el imputado pudiera reclamar su derecho fundamental a la prueba para que le fuera permitido presentar las pruebas de que dispusiera sobre el consentimiento de la persona menor de edad. O, más claramente, no permitirle presentar las pruebas de que dispusiera parece constituir una violación del derecho a la prueba.

Sin embargo, la misma regulación puede ser reconstruida en términos muy distintos: será considerado delictivo que una persona mayor de edad tenga relaciones sexuales con otra menor de x años, para lo cual el consentimiento de la persona menor de edad será jurídicamente irrelevante. Cualquier evento del mundo y cualquier persona tienen un número infinito de propiedades y el derecho elige algunas de ellas para identificar los hechos jurídicamente relevantes. Así, para un delito de violación entre personas adultas se considera relevante jurídicamente la falta de consentimiento, pero no, en cambio, el color de ojos de la víctima. Si alguien pretendiera presentar prueba acerca de esta última propiedad, la jueza o juez de control debería inadmitirla, porque versaría sobre un hecho jurídicamente irrelevante y de él no puede hacerse inferencia alguna hacia un hecho relevante. No podría el imputado alegar que se está violando su derecho a la prueba con esa inadmisión,

⁵⁷ Aguiló Regla, *op. cit.*, p. 88.

puesto que ese derecho no garantiza poder presentar cualquier prueba al proceso, sino solo las relevantes. La misma respuesta merecería en este caso quien pretendiera presentar prueba sobre el consentimiento de la o el menor: debe inadmitirse porque versa sobre un hecho que el legislador ha privado de relevancia jurídica. Una reflexión parecida ha sido formulada por Schauer, para quien las presunciones inderrotables:

Estructuralmente son parecidas a las refutables, porque también especifican el estado de cosas que el derecho asume que existe [*sic*] (aún si no existe). Pero como el derecho no permite a la otra parte desafiar la conclusión de una presunción irrefutable, permanece desconectada de cuestiones procesales como la carga de la producción o la carga de la prueba. En efecto, hay poca diferencia, salvo en la forma de su expresión, entre una presunción irrefutable y lo que simplemente llamamos una regla jurídica.⁵⁸

Dei Vecchi ha formulado un fino argumento contra esta tesis,⁵⁹ que él denomina “de la identidad de consecuencias prácticas” entre las presunciones *iusuris et de iure* o absolutas y las normas sustantivas. En su reconstrucción, lo que caracterizaría una presunción absoluta es que 1) tiene fundamento epistémico, es decir, la relación entre los dos hechos —base y presumido— implicados en la presunción está basada en una generalización empírica, de modo que tenemos buenas razones epistémicas para pensar que se dará A cuando se dé B; y 2) tenemos también buenas razones prácticas para prohibir seguir indagando si, en el caso concreto, B ha dado lugar a A, de modo que excluimos la posibilidad de probar en contrario.⁶⁰ Volvamos al ejemplo del consentimiento de las relaciones sexuales en las que están implicados un menor y un mayor de edad. Podría decirse que el hecho A —que uno de los intervinientes en la relación sexual es un niño de 12 años— es un indicio de otro hecho B —que la relación sexual no ha sido consentida por su parte—, porque está respaldada en una generalización empírica que nos dice

⁵⁸ Schauer, *Pensar como un abogado. Una nueva introducción al razonamiento jurídico*, p. 230. En el mismo sentido, entre otros, cf. Micheli, *op. cit.*, p. 196; Barbosa Moreira, *op. cit.*, pp. 63-64; Taruffo, “Presunzioni (Diritto processuale civile)”, *cit.*, p. 1; y Aguiló Regla, *op. cit.*, pp. 89-95.

⁵⁹ V. Dei Vecchi, “El carácter presuntivo de las presunciones absolutas”, en *Revus, Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*.

⁶⁰ Cf. *ibid.*, p. 12.

que las personas de esa edad no tienen las condiciones de madurez para poder consentir una relación sexual. Podríamos también tener buenas razones para no permitir que se indague si el niño en cuestión tiene o no las condiciones de madurez en atención a la protección del menor —porque ello podría revictimizarlo—. Por esa razón, la presunción no podría ser sometida a una estrategia de refutación. Sin embargo, interpretar que la presunción absoluta de A cuando se da B es equivalente a la regulación sustantiva según la cual B esté prohibido —i. e., tener relaciones sexuales con un menor de 12 años, por ejemplo— escondería el hecho de que, frente a las presunciones absolutas, sí cabe la estrategia de la revisión de su respaldo; es decir, el carácter absoluto de la presunción impide que se aporte prueba en contrario de que, en el caso concreto, la edad del menor interviniente en la relación sexual produjo que este no estuviera en condiciones de madurez de otorgar su consentimiento, pero no impide que se ponga en cuestión el respaldo empírico de esa presunción, esto es, la generalización de que las personas de 12 años no tienen las condiciones de madurez necesarias para consentir la relación sexual. Esta estrategia de revisión del respaldo de la presunción no estaría, en cambio, disponible si interpretamos la regulación como una norma sustantiva que prohíbe las relaciones sexuales con menores, porque esta estaría atrincherada —sería opaca a las razones subyacentes—.⁶¹ Si esto fuera así, la tesis de la identidad de consecuencias prácticas entre las presunciones absolutas y las normas sustantivas no podría seguir sosteniéndose.

En mi opinión, Dei Vecchi tiene toda la razón en que las razones que tenemos para no permitir la prueba en contrario para el caso concreto no impiden revisar el respaldo de la generalización empírica que sustenta la presunción. Ahora bien, ¿cuál es la consecuencia de una revisión exitosa de ese respaldo? Parece que no puede ser simplemente la inaplicabilidad de la presunción al caso concreto, sino el abandono de la presunción misma. En efecto, si una presunción absoluta se caracteriza por estar fundada epistémicamente, mostrar que esa fundamentación es inexistente implica que no estemos ya ante una presunción absoluta.

Las cosas no son distintas en el caso de las reglas sustantivas: las razones que podemos tener para no entrar a juzgar si un caso es o no de sobreinclusión de la

⁶¹ Cf. *ibid.*, p. 18.

regla sustantiva no alcanzan para impedir la revisión del fundamento de la regla misma. Supongamos que tenemos prohibido circular a más de 120 kilómetros por hora sobre la base de la generalización empírica de que por encima de esa velocidad aumenta mucho el riesgo de accidente. Posteriormente, la expansión del coche autónomo puede aconsejarnos revisar la norma en cuestión, porque, por hipótesis, la tecnología de los coches autónomos permite circular a velocidades muy superiores a esa en autopista sin un significativo aumento del peligro. En ese caso, tendríamos buenas razones, no para exceptuar la aplicación de la regla sustantiva, sino para abandonarla. Si esto es así, la tesis de la identidad de consecuencias prácticas quizás podría mantenerse y, por ello, justificar la interpretación como reglas sustantivas de las disposiciones que habitualmente se entiende que expresan presunciones *iuris et de iure*.

4. Las presunciones *hominis* o judiciales

Las presunciones *hominis* o judiciales, también denominadas presunciones simples, son inferencias realizadas por la persona juzgadora para pasar de un hecho conocido —probado— a un hecho desconocido. Hay también aquí dos hechos en juego y una relación entre ellos, que es siempre un enlace epistémico, de modo que la ocurrencia del hecho conocido permite inferir que el desconocido también acaeció. Frente a los tipos de presunciones que hemos visto hasta ahora, las presunciones *hominis* no son reglas que obligan a otros a aceptar algo, sino que son inferencias en primera persona, de modo que la persona juzgadora incorporará a su razonamiento la premisa de que un hecho sucedió sobre la base de una inferencia propia y no de una regla impuesta por terceros.

No se deben confundir estas presunciones con las reglas de presunción *stricto sensu* que, contingentemente, pueden ser también de origen judicial.⁶² Lo relevante aquí no es quién es la fuente de la presunción, sino qué caracteriza a la presunción. En este sentido, Aguiló Regla propone considerar que el elemento crucial de una y otra son las cláusulas *es presumible* —característica de las presunciones *hominis* o

⁶² V. Taruffo, *La prueba*, pp. 153-155, que, en el epígrafe “Presunciones judiciales” desarrolla una crítica a la emisión de reglas de presunción por parte de los jueces y tribunales.

judiciales— y se presumirá —característica de las reglas de presunción stricto sensu—. ⁶³

Con esta extremadamente escueta caracterización puede ya observarse lo fundamental: es tremendamente confundente llamar *presunción* a lo que es, en realidad, una inferencia probatoria; induce a error denominar *hecho presumido* a la conclusión de una inferencia probatoria, es decir, a un enunciado sobre los hechos que resulta probado por efecto de esa inferencia;⁶⁴ oscurece más que aclara denominar *razonamiento presuntivo* al razonamiento probatorio; supone, seguramente, no haber percibido que todo el razonamiento empírico es inductivo, en cualquier área del conocimiento, de modo que si a ese tipo de inferencias las denominamos presunciones deberemos concluir que todo el razonamiento científico es presuntivo y buena parte también del que realizamos en nuestra vida ordinaria. Pero una categoría que sirve para tantas cosas temo que no sirva realmente para nada.

Lo dicho resulta evidente si se observa lo que regula el artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, dedicado a las presunciones judiciales:

1. A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.

La sentencia en la que se aplique el párrafo anterior deberá incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción.

2. Frente a la posible formulación de una presunción judicial, el litigante perjudicado por ella siempre podrá practicar la prueba en contrario a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior.

⁶³ Cf. Aguiló Regla, *op. cit.*, pp. 64 y ss.

⁶⁴ En ocasiones se relacionan las presunciones *hominis* con la prueba indirecta, lo que dejaría fuera del razonamiento presuntivo a aquel que se basa en pruebas directas. Sin embargo, la propia distinción entre pruebas directas e indirectas es más que discutible. Ya hace casi doscientos años que Mittermaier —*Tratado de la prueba en materia criminal*, p. 481— afirmaba que “la prueba directa y natural se resuelve por sí misma en una serie de presunciones”.

¿Percibió el legislador que con el párrafo primero estaba autorizando a la persona juzgadora nada menos que a razonar probatoriamente? ¿Entendió el legislador que la obligación que imponía de “incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción” no es otra cosa que la obligación general de motivar las decisiones probatorias? ¿Cómo podrán hacer las partes para practicar la prueba en contrario a la que se refiere el párrafo segundo si el razonamiento probatorio de la jueza o juez se expresará típicamente en la sentencia?

No dedicaré más espacio a esta mal llamada clase de presunciones, puesto que, de hacerlo, entraría en este epígrafe todo el manual: en efecto, si el razonamiento presuntivo no es nada distinto del razonamiento probatorio, decir que una de las maneras en que se puede probar un hecho es a través de las presunciones *hominis* o simples no es más que reducir el todo a una parte. No hay otra forma de probar el acaecimiento de un hecho del mundo que la de inferirlo a partir de otros hechos y de generalizaciones empíricas. ¡Así es el razonamiento inductivo!

5. Recapitulando sobre las presunciones

Llegados a este punto, vale la pena sacar algunas consecuencias de lo dicho en los epígrafes precedentes. La gran variedad de cosas a las que las y los juristas denominamos presunciones imposibilita darle un tratamiento unitario y hacer afirmaciones generales sobre estas. Por ello, he llevado a cabo una tarea de depuración conceptual, de la que resulta: 1) las presunciones aparentes o verdades interinas son reducibles a reglas que determinan la carga de la prueba, 2) las presunciones *iuris et de iure* son reducibles a reglas sustantivas, evitando su conflicto con el derecho fundamental a la prueba, 3) las presunciones *hominis* o judiciales son, en realidad, inferencias probatorias, y, en cambio, 4) tiene sentido mantener la autonomía conceptual de las presunciones en sentido estricto, *iuris tantum* y con hecho base, que operan como mecanismo de facilitación probatoria al modificar el *thema probandum* y, probado este, invierten la carga de la prueba. Dado que no tenemos una categoría conceptual distinta que pueda dar cuenta de esa doble función, tiene sentido mantener para esa clase de reglas la denominación de *presunciones*.

Aclarado el mapa, resulta que las presunciones no son en ningún caso medios de prueba —tampoco lo son las mal llamadas *presunciones hominis*—⁶⁵ ni tienen sentido expresiones como *prueba por presunciones*. Las presunciones operan, más bien, en la incertidumbre sobre los hechos y lo hacen ofreciendo una ventaja probatoria a alguna de las partes. Por eso, puede decirse que, como las cargas de la prueba y los estándares de prueba, son reglas que impactan en la distribución del riesgo probatorio.

IV. Los estándares de prueba

1. Introducción

Puede decirse, en mi opinión, que una de las consecuencias del dominio cultural en nuestra región del mundo de la concepción persuasiva de la prueba —que vincula la propia noción de prueba con el convencimiento del juzgador— es el abandono completo del estudio, la teorización, la formulación y el uso de estándares de prueba como reglas de decisión probatoria. La incompreensión de la propia noción de estándar de prueba lleva a su confusión habitual con las reglas de prueba legal y, consecuentemente, a que se estime que la determinación de los estándares de prueba es incompatible con un sistema de libre valoración de la prueba.

Afortunadamente, sin embargo, puede decirse que en las dos últimas décadas ha cambiado claramente la tendencia y la literatura a disposición de las y los estudiosos de la materia y de las y los juristas en general empieza a ser importante en calidad y cantidad también en los países de lengua española, italiana, portuguesa,

⁶⁵ Las presunciones *hominis*, como hemos visto, son inferencias probatorias, no pruebas. Lo que sí sería una prueba es el hecho conocido del que se infiere el hecho desconocido a través de una generalización o máxima de experiencia. Es decir, a partir del hecho conocido inferimos probatoriamente el hecho desconocido. Si la inferencia probatoria está bien fundada, ello significa que el denominado *hecho conocido* es una prueba del denominado *hecho desconocido*. Dicho sea de paso, en muchas ocasiones, al hecho conocido se lo denomina *indicio*, porque la inferencia que permite inferir de él al hecho desconocido es de tipo inductivo. Esto no es incorrecto, pero lo que hay que advertir es que el conocimiento empírico es siempre de tipo inductivo, lo que hace que pierda sentido distinguir entre indicios y pruebas directas.

etcétera. Ese cambio de tendencia encuentra su causa, fundamentalmente, en el progresivo asentamiento de la denominada *concepción racional de la prueba*, que ha ido ocupando el lugar en el que reinaba el subjetivismo probatorio. Aun con las normales divergencias que pueden encontrarse entre las y los autores que adoptan la concepción racional de la prueba, creo que pueden atribuírsele las siguientes notas características: 1) se asume un concepto de prueba como corroboración suficiente, de modo que un enunciado sobre los hechos se considerará probado si las pruebas disponibles le otorgan apoyo suficiente para poderlo aceptar como verdadero; 2) se requiere del juzgador la intermediación con la práctica de la prueba, pero como un mecanismo de *management* de la práctica en contradicción de la prueba, y una exigencia tendente a evitar errores producidos por la intermediación de terceros, sin que sea en ningún caso un instrumento de valoración subjetiva de la prueba ni un límite al control de esa valoración en sucesivas instancias procesales; 3) se exige una motivación de la decisión probatoria, entendida como justificación de la decisión, que debe expresarse de modo explícito y analítico en la resolución judicial; y 4) se promueve un diseño procesal que incluya recursos integrales en materia probatoria, como un mecanismo de corrección de errores.⁶⁶

Cualquier observador de la evolución de la literatura probatoria y de la jurisprudencia de los distintos países de nuestro entorno cultural podrá constatar cómo esas notas características han ido tomando mayor presencia cada día. Sin embargo, a pesar de que las concepciones racional y persuasiva o subjetivista de la prueba son radicalmente incompatibles, el paso de esta a aquella dista mucho de ser lineal. Por ello, conviven hoy en nuestros sistemas características propias de una y otra concepción que introducen tensiones —cuando no claras incoherencias—.

Una de esas tensiones tiene que ver con la asunción del concepto de prueba propio de la concepción racionalista de la prueba, esto es, la idea de que un enunciado fáctico está probado si el acervo probatorio le otorga corroboración *suficiente*, pero dejando a la vez completamente indefinido el umbral de suficiencia probatoria. Así, se constata una gran laguna en la teoría general de la prueba, compartida

⁶⁶ Puede verse una presentación más amplia de las concepciones persuasiva y racional de la prueba en Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, pp. 62-66.

también con las teorías del garantismo penal y procesal. Todas ellas, de distinto alcance pero evidentemente relacionadas entre sí, resultan seriamente incompletas si no abordan el problema de cómo determinar los umbrales de suficiencia probatoria para cada fase del procedimiento y para cada tipo de proceso. Y esa falta de teorización se traslada a la legislación, donde la ausencia de reglas que determinen el umbral de suficiencia probatoria —los denominados *estándares de prueba*— se convierte en el talón de Aquiles de un diseño procesal que pretenda limitar la arbitrariedad y fomentar el control de las decisiones probatorias. Un sistema sin estándares de prueba es un sistema sin reglas para justificar las decisiones sobre los hechos, lo que hace inútiles muchos derechos procesales *in itinere* del procedimiento y hasta el deber de motivación.

Puede decirse que son ya lugares comunes de la concepción racionalista de la prueba las siguientes asunciones, que tomaremos como premisas de partida del análisis que sigue y que ya han sido presentadas con detalle en los capítulos iniciales de este manual:

- Hay una relación teleológica entre prueba y verdad, de modo que la verdad se configura como el objetivo institucional a alcanzar mediante la prueba en el proceso judicial.
- El concepto de verdad en juego, que resulta útil para dar cuenta de esa relación teleológica, es el de verdad como correspondencia, de modo que diremos que un enunciado fáctico —formulado en el marco de un proceso judicial y sometido a prueba— es verdadero si, y solo si, se corresponde con lo sucedido en el mundo —externo al proceso—.
- Nunca un conjunto de elementos de juicio, por rico y fiable que sea, permitirá alcanzar certezas racionales —no psicológicas o subjetivas— respecto de la ocurrencia de un hecho, de modo que todo enunciado fáctico es necesariamente verdadero o falso, pero nuestras limitaciones epistémicas nos sitúan siempre ante decisiones que deben adoptarse en contextos de incertidumbre.

- El razonamiento probatorio es, pues, un razonamiento necesariamente probabilístico. Decir que un enunciado fáctico está probado es afirmar que es probablemente verdadero —a un nivel que habrá que determinar— dadas las pruebas disponibles.

Si bien estas premisas son ampliamente compartidas en la literatura probatoria, no siempre se extraen de ellas todas las consecuencias relevantes. En particular, como dije anteriormente, la necesidad de disponer de reglas que establezcan el grado de probabilidad que resulta suficiente para aceptar como probado un enunciado fáctico —o una hipótesis, si se prefiere— en un procedimiento judicial ha sido un tema generalmente olvidado en nuestra cultura jurídica.

Si el razonamiento probatorio es probabilístico⁶⁷ y la certeza racional sobre una hipótesis fáctica es inalcanzable, entonces deviene imprescindible dotarse de reglas, que denominamos *estándares de prueba*, que determinen el grado de probabilidad a partir del cual estamos dispuestos a dar por probada la hipótesis, es decir, que determinen qué grado de apoyo nos parece suficiente para aceptar como verdadera la hipótesis fáctica en cuestión —y así poder usarla como tal en nuestro razonamiento—.

Solo si disponemos de estándares de prueba que indiquen el grado de suficiencia probatoria —i. e., la probabilidad necesaria para dar por probada una hipótesis— podrán ser utilizables otras reglas para la toma de decisión, como las cargas de prueba o las presunciones. Como hemos visto, las reglas de carga de la prueba tienen la función de determinar quién pierde el proceso si no hay prueba suficiente de ninguna de las hipótesis en conflicto, pero para aplicarlas es necesario conocer cuándo hay prueba suficiente. Y lo mismo ocurre con las presunciones —*iuris tantum*—, que imponen la aceptación de una hipótesis —y su uso en el razonamien-

⁶⁷ El tipo de probabilidad capaz de estructurar el razonamiento probatorio no admite el cálculo matemático, de modo que estamos frente a una probabilidad inductiva; los estándares de prueba, por tanto, no podrán indicar numéricamente el grado de suficiencia probabilística necesaria para dar por probada una hipótesis. Son muchos los autores que han argumentado esta imposibilidad. V., por todos, Cohen, *The Probable and the Provable*, pp. 58-67; y una presentación general en Ferrer Beltrán, *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, pp. 65-100.

to— en ausencia de prueba —suficiente— en contrario. Pero ¿cuándo hay prueba suficiente de la culpabilidad del acusado? De nuevo, para aplicar las reglas de la carga de la prueba o las presunciones a los efectos de resolver un caso, es necesario disponer de estándares de prueba que determinen el umbral de suficiencia probatoria exigible para esa decisión.

2. ¿Cómo se puede formular un estándar de prueba?

Cuando en las legislaciones procesales y en las prácticas jurisprudenciales encontramos formulaciones del nivel de exigencia probatoria, estas suelen adolecer de dos graves problemas. Por un lado, suelen apelar a elementos psicológicos o mentales de quien toma la decisión —como la “convicción”, la “certeza subjetiva”, la “valoración en conciencia”, etcétera—, los cuales no permiten el control intersubjetivo y, por tanto, no son aptos para facilitar la revisión de la corrección de la decisión ni para dar garantías, por ejemplo, del cumplimiento de la presunción de inocencia en el proceso penal.⁶⁸ Volveré más adelante sobre este punto. Por otro lado, las formulaciones de pretendidos estándares de prueba vigentes en la mayoría de los sistemas tienen un nivel de vaguedad incompatible con su función de señalar un umbral de suficiencia probatoria —incluso de forma aproximada—. Valgan cuatro ejemplos al respecto:⁶⁹ 1) el artículo 20.A.VIII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que “El juez solo condenará cuando exista *convicción de la culpabilidad* del procesado”;⁷⁰ 2) el artículo 150 del

⁶⁸ En este sentido, *cf.* Laudan, “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, en *Doxa*, pp. 99 y ss.

⁶⁹ Un buen análisis del proceso penal mexicano, especialmente por lo que se refiere al auto de vinculación a proceso y de la apertura de juicio oral, puede encontrarse en Allende Sánchez, *El hecho que la ley señala como delito y estándar probatorio en el auto de vinculación a proceso. Análisis y propuesta desde el razonamiento probatorio*, pp. 147 y ss. y 163-176.

⁷⁰ Apelación a la convicción judicial que resulta incompatible con otras asunciones constitucionales y convencionales, como el derecho fundamental a la prueba, la interdicción de la arbitrariedad, la obligación de motivar las decisiones judiciales, la presunción de inocencia como regla de juicio, etcétera. Ello obliga, sin duda, a hacer una interpretación sistemática de la Constitución y de los varios artículos del Código Nacional de Procedimientos Penales que hacen referencia a la convicción, en la que se entienda la “convicción de culpabilidad” como “prueba de la culpabilidad”. La SCJN ha sido consciente de esa necesaria interpretación no literal de la citada cláusula constitucional y de los artículos del Código

Código Nacional de Procedimientos Penales regula los supuestos en que, en caso de urgencia, el Ministerio Público puede ordenar la detención de una persona, el primero de los cuales es que “Existan datos que establezcan la existencia de un hecho señalado como delito grave y que *exista la probabilidad de que la persona lo cometió o participó en su comisión*”; 3) el artículo 316 del Código Nacional de Procedimientos Penales, al regular los requisitos para dictar el auto de vinculación a proceso, establece que será necesario que “De los antecedentes de la investigación expuestos por el Ministerio Público, se desprendan *datos de prueba que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión*. Se entenderá que obran datos que establecen que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito *cuando existan indicios razonables que así permitan suponerlo (...)*”; y 4) el artículo 402 del mismo texto legal, al regular la “convicción del Tribunal de enjuiciamiento”, establece que “*Nadie podrá ser condenado, sino cuando el Tribunal que lo juzgue adquiera la convicción más allá de toda duda razonable*, de que el acusado es responsable de la comisión del hecho por el que siguió el juicio. *La duda siempre favorece al acusado*”.

Nacional de Procedimientos Penales que siguen su estela. Así, la sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 3457/2013 estableció muy claramente que:

[c]oncebir la duda en clave psicológica, es decir, como la “falta de convicción” o la “indeterminación del ánimo o del pensamiento” del juez es una interpretación contraria a un entendimiento garantista de la presunción de inocencia. En efecto, asumir que la “duda” hace referencia al “estado psicológico” que las pruebas practicadas en el proceso pueden suscitar en el juez, es algo propio de las concepciones que utilizan la idea de “intima convicción” como estándar de prueba.

Estas concepciones *subjetivistas* de la prueba no sólo impiden establecer objetivamente cuándo existe evidencia suficiente para tener por acreditada una hipótesis probatoria, sino que además resultan incompatibles con los principios que rigen la *valoración racional* de los medios de prueba. De acuerdo con la doctrina especializada, cuando una condena se condiciona a los “estados de convicción íntima” que pueda llegar a tener un juez en relación con la existencia del delito y/o la responsabilidad del imputado, se abre la puerta a la irracionalidad porque esos estados de convicción pueden emerger en el juzgador sin que haya una conexión entre estos y la evidencia disponible. [...]

De acuerdo con lo anterior, el concepto de “duda” implícito en el *in dubio pro reo* debe evitar esa desconexión entre las creencias del juzgador y la evidencia disponible. Así, la “duda” debe entenderse como la existencia de *incertidumbre racional* sobre la verdad de la hipótesis de la acusación, incertidumbre que no sólo está determinada por el grado de confirmación de esa hipótesis, sino también eventualmente por el grado de confirmación de la hipótesis de la defensa, en el supuesto de que existan pruebas de descargo que la apoyen” —cursivas en el original; citas eliminadas—.

Esta sentencia de la SCJN ha tenido seguimiento en otras; entre las más recientes cabe citar la recaída en el Amparo en Revisión 211/2021.

Parece evidente que las formulaciones precedentes dejan totalmente indeterminado cuándo y con qué condiciones hay —o no— probabilidad suficiente de que el imputado cometió un delito para que el Ministerio Público pueda ordenar su detención o para que un juez pueda vincularlo a proceso. Así, hemos visto que la probabilidad es, por definición, gradual, de modo que no basta con decir “que exista la probabilidad” de que sucedió un hecho, sino que el punto crucial es determinar, precisamente, cuál es la probabilidad suficiente. Lo mismo sucede si no se dispone de criterios de razonabilidad de la duda para entender satisfecho el umbral de exigencia probatoria para condenar —el *más allá de toda duda razonable*—, con el peligro de que quede sujeto a una interpretación subjetivista que lo vincule al convencimiento o la duda como estados psicológicos de la persona juzgadora.

En esta situación enfrentamos el grave problema de que no hay forma de dar contenido y hacer efectivas las garantías procesales si se desconocen las reglas de juicio o si estas están indeterminadas.⁷¹ Así, por ejemplo, no hay forma de hacer operativo el derecho a la presunción de inocencia como regla de juicio si está indeterminado cuándo el acervo probatorio atribuye corroboración suficiente a la hipótesis acusatoria para poder derrotar la presunción.⁷² Urge, por tanto, comprender los requisitos para formular adecuadamente un estándar de prueba y mejorar radicalmente nuestras legislaciones y jurisprudencias al respecto.

La formulación de un estándar de prueba exige el cumplimiento de dos tipos distintos de requerimientos: en primer lugar, los que versan sobre la adecuada formulación desde el punto de vista epistemológico o metodológico y, en segundo lugar, los que apuntan a la fundamentación del nivel de exigencia probatoria establecido en el estándar. Veámoslos por separado.

⁷¹ Creo que esta es, dicho sea de paso, la crítica más fundamental que puede hacerse tanto al garantismo penal como al garantismo procesal, representados respectivamente por autores como Ferrajoli y Alvarado Velloso. Ambas teorías, de presupuestos muy distintos, comparten el énfasis en las garantías durante el procedimiento judicial, y descuidan, en cambio, la necesidad de establecer reglas de juicio que operen como garantías de la no arbitrariedad de las decisiones sobre los hechos.

⁷² Un ejemplo paradigmático de la falta de protección de la presunción de inocencia resultante de la indeterminación del estándar de prueba puede encontrarse en la Sentencia del Tribunal Constitucional español 124/1983 (FJ. 1º). Un análisis al respecto puede verse en Ferrer Beltrán, “Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia”, en *Contribuciones a la filosofía del derecho. Impe-ria en Barcelona 2010*, pp. 179-183.

a. Requisitos metodológicos para formular un estándar de prueba

Para que dispongamos en el sistema jurídico de estándares de prueba bien diseñados desde el punto de vista metodológico, deben cumplirse cuatro requisitos.

1) Los estándares deben apelar a criterios relativos a la capacidad justificativa del acervo probatorio respecto de las conclusiones probatorias que se establezcan. Eso, evidentemente, excluye la utilización de criterios subjetivos del decisor, de modo que cualquier formulación del estándar de prueba que remita a estados mentales o psicológicos del juzgador no cumple este requisito. Del convencimiento psicológico de la jueza o juez respecto de p no se infiere nada respecto de la verdad de p ni tampoco respecto del grado de corroboración que las pruebas aportan a p . Por eso, desde el punto de vista justificativo de la decisión judicial, el convencimiento de la persona juzgadora es irrelevante. Sin embargo, son muchos los ejemplos en los que la legislación procesal menoscaba esta exigencia básica, utilizando criterios como la “íntima convicción” o cualquiera de las formulaciones que de uno u otro modo se vinculan con las creencias del juzgador. En otras ocasiones es la doctrina jurisprudencial la que vincula a estados mentales fórmulas legales que no remiten directamente a ellos. Es el caso de la interpretación que ha dado la jurisprudencia norteamericana al estándar del *más allá de toda duda razonable*.⁷³ Así, negando la posibilidad de enunciar criterios intersubjetivos de razonabilidad de la duda, se afirma que esta es autoevidente y que solo la íntima convicción de cada uno de los miembros del jurado puede determinarla. En otras palabras, interpretado así, el *más allá de toda duda razonable* y la *íntima convicción* son dos maneras de decir lo mismo.

Con independencia de quién tiene la competencia para tomar una decisión y de si existen o no recursos para poderla impugnar, la decisión debe estar gobernada por criterios intersubjetivamente controlables, lo que hace conceptualmente

⁷³ V., al respecto, un clarificador análisis en Laudan, *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo de epistemología jurídica*, pp. 59-102. Sobre la interpretación en Inglaterra, V. Roberts y Zuckerman, *Criminal evidence*, pp. 361 y ss.

posible el error en la aplicación de los criterios. Definitividad de la decisión e infalibilidad son, como insistía Hart, cosas distintas. De este modo, si el criterio para la compra de un automóvil es el gusto de quien lo compra, en ningún caso podremos imputarle error en la decisión; en cambio, si el criterio para tomar la decisión de comprar un modelo u otro es la mayor potencia del motor, aunque la decisión sea enteramente de quien compra y no haya posibilidad de devolución, cabe conceptualmente decir que se equivocó, puesto que seleccionó un automóvil que no es el de mayor potencia en el mercado.

2) Los criterios que se utilicen en el estándar de prueba deben cumplir la función de establecer un umbral lo más preciso posible a partir del cual una hipótesis fáctica pueda considerarse suficientemente corroborada a los efectos de la decisión que debe tomarse. Evidentemente, no cumplen con este criterio las apelaciones a la sana crítica —que, en el mejor de los casos, sería un método de valoración, pero no un umbral probatorio— ni la inducción —por las mismas razones—, ni tampoco el respeto de las leyes científicas o de la lógica. Así, resulta claro que, por ejemplo, el razonamiento probatorio es siempre un razonamiento inductivo, también que debe respetar las leyes de la lógica o de la ciencia, y que ello debe hacerse en todos los estadios del procedimiento; en cambio, en esos distintos estadios —*e. g.*, determinar la vinculación a proceso, la adopción de medidas cautelares, la apertura de juicio oral o la declaración de hechos probados en la sentencia final— las exigencias probatorias son y deben ser distintas, por lo que no basta con decir que esas decisiones deben estar inductivamente justificadas, etcétera; es necesario determinar el umbral a partir del cual se entenderán justificadas. Tampoco basta con decir que “exista la probabilidad” de que el imputado haya cometido un hecho delictivo o participado en él, como prevé el artículo 316 del Código Nacional de Procedimientos Penales para la vinculación a proceso: en términos de los requisitos para que proceda dictar el auto de vinculación a proceso, lo que se requiere es determinar cuál es el grado de probabilidad *suficiente* de que sea verdadera la hipótesis sostenida por el Ministerio Público, lo que no se determina en absoluto estableciendo simplemente que “exista la probabilidad”, sin más, o que los indicios sean razonables.⁷⁴

⁷⁴ El problema puede observarse, por ejemplo, en lo previsto por el artículo 150 del Código Nacional de Procedimientos Penales, que regula así el primer supuesto en que, en caso de urgencia, el Ministerio

3) Dado que la estructura del razonamiento probatorio está dada por la probabilidad lógica o inductiva, no matemática, el umbral de suficiencia probatoria no puede establecerse mediante números ni fórmulas matemáticas, sino a través de la utilización de criterios cualitativos.

4) Como he señalado ya anteriormente, la decisión final sobre la prueba que se incorpora a la sentencia no es la única decisión probatoria que se adopta a lo largo del proceso judicial. Antes incluso de llegar a juicio, si estamos en un proceso penal, cabe decidir sobre el sobreseimiento provisional o definitivo de la causa; más adelante, sobre la apertura de juicio oral; en algún momento, puede que la persona juzgadora deba pronunciarse sobre la adopción de una o diversas medidas cautelares; etcétera.

Y aun si nos fijamos únicamente en la sentencia, conviene observar que resulta engañoso tratar como una unidad las decisiones probatorias que en ella se expresan. Así, más allá de la imprescindible decisión sobre la prueba de la hipótesis de la culpabilidad o de la hipótesis sobre los hechos constitutivos de la demanda, la persona juzgadora de los hechos puede tener que determinar si está probada la inocencia —es decir, la no comisión del hecho por parte del demandado o imputado, o incluso la inexistencia del hecho—, si lo está alguna hipótesis sobre

Público puede ordenar la detención de una persona: “I. Existan datos que establezcan la existencia de un hecho señalado como delito grave y que exista la probabilidad de que la persona lo cometió o participó en su comisión”; y también en la regulación prevista por el artículo 316 del Código Nacional de Procedimientos Penales, al establecer el tercero de los requisitos para dictar el auto de vinculación a proceso: “III. De los antecedentes de la investigación expuestos por el Ministerio Público, se desprendan *datos de prueba que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito* y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión. Se entenderá que obran datos que establecen que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito *cuando existan indicios razonables* que así permitan suponerlo (...)”. Si se interpretan estos artículos literalmente, bastaría que hubiera alguna probabilidad de que el sujeto haya participado o cometido un delito para que procediera la detención o la vinculación a proceso, pero esto es absurdo y contrario a cualquier modo de comprender los derechos fundamentales, puesto que solo si es imposible que el sujeto haya cometido el delito puede decirse que no hay ninguna probabilidad de que lo haya hecho. Descartada esta absurda interpretación literal, queda pendiente precisamente lo que necesitamos saber: ¿cuál es el umbral de probabilidad suficiente, a la luz de los elementos de juicio disponibles, para que proceda adoptar esas decisiones? Desde luego, decir que existan indicios razonables no resuelve tampoco la cuestión, si no se sabe cuándo los indicios son razonables. Una mejor manera de entender lo previsto en esos artículos sería interpretar que se requiere que, a la luz de los elementos de juicio disponibles, la hipótesis de que el sujeto cometió o participó en los hechos delictivos sea la hipótesis más probablemente verdadera.

la ocurrencia de circunstancias atenuantes o excluyentes de la responsabilidad, si lo están hechos impeditivos o extintivos, etcétera.⁷⁵

Todas estas decisiones, ya sean adoptadas en el discurrir del proceso o en la sentencia, requieren de estándares de prueba que indiquen el umbral de suficiencia probatoria para cada una de ellas. Por ello, a la hora de diseñar el procedimiento y también a los efectos de interpretar debidamente sus reglas, deberá ponerse el punto de mira en la relación entre los distintos estándares previstos para las diversas decisiones sobre los hechos que deben adoptarse en un mismo proceso. En concreto, el grado de exigencia probatoria de los distintos estándares de prueba para distintas fases del procedimiento debe seguir una tendencia ascendente. Así, por ejemplo, en un proceso penal la exigencia probatoria para vincular a proceso debe ser inferior que la que se requiera para abrir juicio oral y esta debe ser inferior que la que se pida para dar por probada la hipótesis en la decisión final. En una primera aproximación, podría pensarse que, si no se hiciera de este modo, las decisiones intermedias no serían más que una anticipación de la decisión final, lo que haría inútil todo el procedimiento subsiguiente.⁷⁶ Sin embargo, esto es un error. Aunque dos decisiones compartan un mismo estándar de prueba, no necesariamente la decisión justificada debe ser la misma. Ello depende de cuáles sean las pruebas disponibles y la información que estas aporten. Puede suceder perfectamente que en un momento t1 el acervo probatorio sea menor que en un momento t2 o que aún no se hayan practicado algunas pruebas y, por tanto, la cantidad y calidad de la información que estas aportan sea muy distinta. En esa situación, aunque las dos decisiones se tomen con el mismo estándar de prueba, nada impone que al adoptar la primera ya estemos anticipando la segunda. Hay que buscar, pues, en otro lugar el fundamento del requisito de que los estándares de prueba que rigen un mismo procedimiento establezcan un nivel progresivo de exigencia probatoria.

⁷⁵ Y aun después de la sentencia firme, cabe la posibilidad de que, en sede de recurso de revisión, deba adoptarse la decisión sobre si nuevos elementos de juicio justifican una decisión distinta de la adoptada en la sentencia revisada.

⁷⁶ Así lo sostuve en Ferrer Beltrán, “Prolegómenos para una teoría de los estándares de prueba. El *test case* de la responsabilidad del estado por prisión preventiva errónea”, en *Filosofía del derecho privado*, p. 415. Puede verse también, en este sentido, Ferrua, *La prova nel processo penale*, p. 113.

En mi opinión, la razón de que el umbral de exigencia probatoria de los distintos estándares de prueba que operen a lo largo de un mismo proceso deba ser progresivo es, de hecho, bastante simple: solo el avance del procedimiento, con la incorporación de todas las pruebas y su práctica en contradicción, puede permitir, en su caso, satisfacer los estándares de prueba más exigentes. No tiene, por ejemplo, ningún sentido que en un estadio inicial del procedimiento se imponga como umbral de suficiencia probatoria que se hayan confirmado las predicciones que la hipótesis acusatoria permita formular y acreditado esa confirmación mediante pruebas —que, en todo caso, no se habrían todavía practicado en contradicción— y que se hayan refutado las hipótesis alternativas compatibles con la inocencia. Sin disponer aún de todas las pruebas relevantes y sin que estas hayan sido practicadas en contradicción, no es exigible —por imposible cumplimiento— la satisfacción de un estándar de prueba tan elevado. Sí, en cambio, puede ser requerido para la decisión probatoria final, por ejemplo. Por eso, al momento de diseñar el procedimiento en la ley procesal, deberá primero considerarse cuál es el grado de exigencia probatoria que se estima adecuado para la decisión final y ordenar en progresiva disminución los estándares para las decisiones intermedias, considerando para ello qué resultado probatorio es razonable esperar que se pueda producir en función del momento procesal en que cada estándar de prueba deba ser aplicado.⁷⁷

Un buen ejemplo de lo dicho podría ser el de las decisiones de vincular a proceso y abrir juicio oral: ambas podrían estar sometidas al estándar de prueba de la probabilidad prevaleciente —inferior al del más allá de toda duda razonable—, es decir, correspondería vincular a proceso a un sujeto o abrir juicio oral contra él si la hipótesis de que haya cometido o participado en un hecho delictivo es la hipótesis más probablemente verdadera a la luz de las pruebas disponibles;⁷⁸ pero, precisamente, el acervo probatorio disponible en el momento de adoptar cada

⁷⁷ Esto es lo que la Corte Suprema peruana ha denominado, con mucho acierto, *principio de progresividad* en la exigencia probatoria. Al respecto, V. la Sentencia Plenaria Casatoria núm. 1-2017/CIJ-433, F. J. 23.

⁷⁸ De acuerdo con la interpretación propuesta en la nota 73. Esta ha sido la opción adoptada en el amparo en revisión 556/2021 del Primer Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Segunda Región, considerando que el umbral de suficiencia probatoria requerido para la vinculación a proceso es el que se expresa en el estándar de prueba número 4, de los mencionados, más adelante, en el epígrafe c).

una de esas decisiones es y debe ser muy distinto, siendo más rico en el segundo caso. Por eso, aunque el criterio de adopción de las decisiones sea el mismo —la probabilidad prevaleciente—, el resultado de aplicarlo en uno y otro momento puede ser distinto.

Importa destacar aquí un último aspecto, relativo al peso probatorio —esto es, a la riqueza de los elementos de juicio disponibles—. Es claro, por ejemplo, que no basta que, para vincular a proceso, la jueza o el juez de control se limite a comprobar que la hipótesis sostenida por el Ministerio Público sea la más probablemente verdadera con los elementos de juicio que le hayan aportado, sin preocuparse por cuáles son esos elementos de juicio. Puede suceder que el Ministerio Público solicite la vinculación a proceso de un sujeto por una tentativa de secuestro ocurrido en plena luz del día en un lugar concurrido y en el que hay cámaras de seguridad, aportando únicamente la declaración de la supuesta víctima y su identificación del imputado. Pero, ¿dónde están las grabaciones de las cámaras de seguridad, la información que puedan aportar los testigos, los casquillos de bala recogidos y su vinculación con el arma usada en el crimen, la identificación de las huellas del imputado sobre el arma, etcétera? Es fundamental que para cada tipo de decisión se controle que el acervo probatorio contenga las pruebas que sea posible exigir para ese momento procesal —es decir, las que sea posible producir en ese momento—. Puede suceder que la hipótesis acusatoria sea la más probable a la luz de las pruebas presentadas —la sindicación de la víctima—, pero si era posible obtener otras pruebas que no fueron aportadas, ello no bastará para adoptar la decisión. Si no se impusiera ese requerimiento sobre la riqueza del acervo probatorio, se estaría estableciendo un incentivo perverso para la acusación, que no tendría motivos para allegar las pruebas faltantes o incluso podría no allegar voluntariamente aquellas que resultaran contrarias a sus intereses.

b. La fundamentación del nivel de exigencia probatoria de los estándares de prueba

El punto de partida para comprender el tipo de condicionantes que operan a la hora de establecer un estándar de prueba pasa por entender que la función del

estándar es la distribución del riesgo del error entre las partes.⁷⁹ Así, por ejemplo, si aumentamos el umbral de exigencia probatoria en el proceso penal, tendremos menos riesgo de inocentes condenados —puesto que será más difícil que se reúna contra ellos un acervo probatorio incriminador de ese nivel—, pero tendremos más riesgo de culpables absueltos⁸⁰ —dado que también respecto de los sujetos que efectivamente hayan cometido los hechos que se les imputan será más difícil alcanzar las exigencias probatorias establecidas por el estándar—. ⁸¹ En sentido

⁷⁹ La teoría general de la prueba debe apuntar sus esfuerzos a dos estrategias, para las que disponemos de instrumentos distintos. La primera es la reducción de los errores, para la que, fundamentalmente, hay que diseñar mecanismos procesales que maximicen la incorporación del mayor número posible de pruebas relevantes al acervo probatorio del proceso y la mayor información sobre su fiabilidad. La segunda estrategia es la distribución del riesgo del error entre las partes, que obedece a preferencias de tipo moral o político sobre quién debe soportarlo y en qué medida. Para ello, los mecanismos procesales más importantes son las cargas de la prueba, las presunciones y, precisamente, los estándares de prueba. En concreto, la estrategia de Laudan —Verdad, error y proceso penal, *cit.*, pp. 107 y ss.— parte de la necesidad de determinar la distribución de errores —de falsos inocentes y falsos culpables— que estimemos adecuada para después establecer el estándar de prueba que sea capaz de producir una distribución tal. Sin embargo, en mi opinión, esta estrategia supone algo imposible. En efecto, para poder determinar qué estándar de prueba resulta adecuado para la distribución de errores que se estima adecuada, deberíamos tener un mecanismo que permitiera identificar las falsas absoluciones y las falsas condenas que no fuera dependiente de su propio objeto de análisis: las pruebas existentes en el expediente judicial y el razonamiento probatorio aplicado a ellas. Así, por ejemplo, si queremos determinar la ratio de falsos positivos y falsos negativos de un dispositivo para la detección de embarazos, es suficiente con aplicarlo a una muestra suficientemente amplia de mujeres y observar posteriormente cuáles de ellas estaban efectivamente embarazadas, y comparar luego con los resultados del dispositivo. El embarazo de las mujeres es perfectamente identificable de forma independiente al dispositivo mismo, lo que permite establecer la ratio de errores de falsos positivos y negativos del dispositivo. ¿Pero cuál es el mecanismo con el que podríamos establecer la ratio de falsos positivos y negativos resultante de la aplicación de un estándar de prueba en el proceso judicial? No hay forma, en mi opinión, de diseñar un mecanismo independiente de las mismas pruebas, el razonamiento probatorio y la aplicación de uno u otro estándar de prueba —este problema ha sido destacado, entre otros, por Bayón, “Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano”, en *Analisi e diritto*, pp. 26 y ss.—.

Sin embargo, este problema no obsta para que pueda afirmarse que los estándares de prueba tienen un efecto directo en la distribución del riesgo del error. Basta para ello con mostrar que, sobre un mismo acervo probatorio, la aplicación de un estándar de prueba exigente concluye, por ejemplo, en la absolución, mientras que la aplicación de un estándar de prueba menos exigente concluiría en la condena. En el primer caso, es la acusación quien cargaría con el riesgo del error, mientras que lo haría la defensa en el segundo.

⁸⁰ Entiéndase que estoy usando las expresiones *inocente* y *culpable* en el sentido material, es decir, para referirme a aquellos imputados que, respectivamente, no han cometido el delito que se les imputa y que sí lo han hecho —con independencia de las pruebas existentes contra ellos—.

⁸¹ En realidad, puede suceder que en muchos casos no se inicie el proceso contra el sujeto que cometió el delito porque la propia acusación o la persona juzgadora que debe acordar la apertura del juicio oral consideran que las pruebas disponibles no permitirán alcanzar de ningún modo el estándar de prueba previsto para la condena.

inverso, si bajamos el nivel de exigencia probatoria del estándar de prueba, tendremos menos riesgo de culpables absueltos —porque será más fácil recaudar pruebas de la culpabilidad que permitan alcanzar ese nivel de exigencia—, pero más riesgo de inocentes condenados —porque también respecto de ellos será más fácil superar el grado de corroboración requerido—. Por ello, el estándar de prueba, junto con otras reglas como las que establecen cargas de prueba o presunciones, tiene el efecto de distribuir el riesgo del error entre las partes.

Por supuesto, la epistemología jurídica debe estar interesada no solo —ni principalmente— en la distribución de los errores, sino en su disminución. Pero los instrumentos procesales adecuados para maximizar las probabilidades de acierto en la decisión probatoria son otros: en particular, aquellos que apuntan a promover la formación de un conjunto probatorio lo más rico posible cuantitativa y cualitativamente. Quién, cómo y cuándo puede proponer la admisión de pruebas, qué pruebas se admiten, cómo se controla su fiabilidad a través de la práctica de la prueba o de la incorporación de otras pruebas sobre la prueba, etcétera, son algunos de los aspectos que, como hemos visto en este manual, inciden en la riqueza del acervo probatorio, lo que, a su vez, afecta a la probabilidad de acierto: a mayor y más fiable información, mayor probabilidad de acierto en la decisión sobre los hechos.

Si esto es así, entonces, la determinación del nivel de exigencia probatoria del estándar de prueba no incide sobre la disminución de errores, sino sobre su distribución entre las partes, de modo que la razón principal para determinar el grado de exigencia probatoria en el que situaremos el estándar de prueba tiene que ver con la distribución del riesgo del error —falsas condenas y falsas absoluciones— que estimamos aceptable,⁸² lo que supone claramente una decisión político-moral.

⁸² Tal como mencioné anteriormente, no se trata de que, una vez determinada la ratio de errores de un tipo y de otro que estimamos deseable, podamos formular un estándar de prueba que sea capaz de ofrecer esa ratio. Se trata más bien de determinar para cada tipo de casos a partir de qué grado de exigencia probatoria estamos dispuestos a que el riesgo del error —de una condena falsa— recaiga en la defensa —o, mirado desde la otra cara de la moneda, hasta qué grado de exigencia probatoria estamos dispuestos a que el riesgo del error, de una absolución falsa, recaiga en la acusación—. Evidentemente, a mayor exigencia probatoria, aumentará también el riesgo del error de la absolución falsa, y a la inversa.

Pero, ¿qué razones pueden contar para tomar la decisión sobre el nivel de exigencia probatoria? La lista de razones es, desde luego, abierta y en ningún caso nos podrá ofrecer resultados objetivos —puesto que de preferencias políticas hablamos—. Sin embargo, creo importante destacar las cuatro siguientes:

1) La gravedad del error en caso de condena falsa,⁸³ lo que tiene que ver fundamentalmente con la relativa importancia del bien afectado por la consecuencia jurídica y por el grado de afectación de este. Podemos convenir en que no tiene la misma gravedad una sanción pecuniaria que una privación de libertad, un arresto domiciliario de fin de semana que 20 años de cárcel. La mayor importancia del bien jurídico afectado y la mayor afectación del bien tiende a aconsejar un estándar probatorio más exigente, puesto que el error de la condena falsa tendría más graves consecuencias.⁸⁴

Por esta razón, tradicionalmente se ha distinguido en los sistemas anglosajones, por ejemplo, entre el estándar de prueba que regiría en los procesos penales y el estándar —o los estándares— que regirían en los procesos civiles. A la luz de esta primera razón, sin embargo, creo que la distinción debería ser mucho más fina. En efecto, nuestros sistemas penales han sufrido en estas últimas décadas una gran transformación, olvidándose del modelo de mínima intervención penal e incluyendo entre los tipos penales conductas de la más variada condición. Como contrapartida, también la diversidad de penas ha crecido exponencialmente, incluyendo sanciones pecuniarias, inhabilitaciones profesionales o para el ejercicio de cargo público, obligación de prestar servicios sociales, órdenes de alejamiento, junto a

⁸³ Uso la expresión *condena falsa* como un modo abreviado de referirme a cualquier decisión que declare suficientemente acreditados hechos que en realidad no ocurrieron, y de los que dependa la aplicación de una consecuencia jurídica perjudicial para el imputado, en un proceso penal, o el demandado, en uno civil. En este sentido, por ejemplo, será también un caso de condena falsa la decisión de aplicar una medida cautelar a una persona que no cometió los hechos que se le imputan. Del mismo modo, uso la expresión *absolución falsa* para referirme a cualquier decisión que declare acreditada la inocencia o que no están suficientemente acreditados hechos que en realidad sí ocurrieron, y de los que dependa esa decisión perjudicial.

⁸⁴ Por otro lado, también hay que considerar que el caso de condena falsa incluye el supuesto en que el sujeto ha sido condenado por un hecho delictivo que, en realidad, no se produjo, y el supuesto en el que el hecho sí existió pero el autor no fue el sujeto condenado. En este último caso se cometen en realidad dos errores cuyos costes deberán ser tenidos en cuenta, puesto que un inocente es condenado, pero también queda libre el culpable material del delito.

las tradicionales penas privativas de libertad, que pueden ser, a su vez, no solo de tiempo muy variado sino también en establecimiento penitenciario o incluso en el propio domicilio. Por supuesto, además, algunas de estas consecuencias jurídicas no son distintas de las que pueden resultar de un proceso civil, contencioso-administrativo o laboral. Si esto es así, la gravedad de la consecuencia jurídica ante una determinación errónea de los hechos no es siempre la misma en el proceso penal, lo que aconseja, teniendo en cuenta esta primera razón, disponer de diversos estándares de prueba para ese tipo de procesos en función de la gravedad de la consecuencia jurídica prevista. Tampoco tiene por qué ser siempre más grave el error en un proceso penal que en uno civil —no es obvio, por decirlo así, que una sanción pecuniaria errónea en un proceso penal sea más grave que la errónea retirada de la patria potestad en un proceso civil—, de manera que, de acuerdo con esta primera razón, no sería apropiado identificar un estándar de prueba unificado para todos los procesos penales, que necesariamente debiera ser más exigente que el estándar de prueba de los procesos civiles, contencioso-administrativos, etcétera.

En consecuencia, dejando a un lado los graves problemas de indeterminación del estándar del *más allá de toda duda razonable*, su aplicación indistinta a todos los procesos penales debería ser, pues, abandonada. Por otro lado, si la razón que tomamos en consideración para hacer muy exigente el estándar de prueba penal es la gravedad de la sanción y, consecuentemente, de la condena errónea, ello no es aplicable cuando se trata de determinar el estándar de prueba de la hipótesis de la inocencia, que permita considerar probada —ya no presumida— la inocencia del acusado. Siendo así, parece razonable disponer en el proceso penal de estándares de prueba distintos para las hipótesis de la inocencia y de la culpabilidad.⁸⁵

⁸⁵ Evidentemente, a la defensa le bastará en muchas ocasiones con conseguir que el acervo probatorio de cargo no alcance las exigencias del estándar de prueba para la hipótesis de la culpabilidad, resolviéndose entonces a favor de la presunción de inocencia. Pero hay también otras ocasiones en las que resulta muy relevante —no solo personal o socialmente, sino también jurídicamente— que la inocencia no sea solo presumida sino probada; basta pensar, por ejemplo, en la indemnización por prisión preventiva errónea —que exige en algunos países que se haya probado la inocencia de la persona que fue sometida a esa medida— y la procedencia del delito por denuncias falsas.

Finalmente, también esta razón para determinar el grado de suficiencia probatoria, como las que siguen, opera tanto para las decisiones finales en sentencia como para las decisiones intermedias del procedimiento. Así, por ejemplo, la suficiencia probatoria a los efectos de una medida cautelar debe determinarse también teniendo en cuenta la respectiva gravedad de los diversos tipos de errores: la gravedad de la adopción de una prisión preventiva errónea⁸⁶ no es la misma que la de la adopción de una medida de retirada preventiva del pasaporte o la prohibición de viajar al extranjero. Como ya mencioné, cuanto más valioso es el bien afectado y más importante su afectación, mayor debería ser la exigencia probatoria. Ahora bien, esto debe ponerse también en relación con el momento procesal en que se tiene que adoptar la decisión: si se plantea la conveniencia de adoptar una medida cautelar en un estadio muy inicial de la investigación, una exigencia probatoria muy alta podría ser imposible de satisfacer. Una manera adecuada de proceder, entonces, sería revisar la decisión conforme avanza el proceso, exigiendo para el mantenimiento de la medida cautelar un acervo probatorio más completo progresivamente y un umbral de suficiencia probatoria más exigente.⁸⁷

2) El coste del error de las absoluciones falsas. Es claro que si nuestro único interés fuera el de evitar las falsas condenas, la mejor manera de asegurarlo —de hecho, la única— es la de no condenar nunca a nadie. De ese modo, conseguiríamos realizar completamente una de las pretensiones que tenemos frente al Estado: que no use su capacidad sancionadora para dañar a sujetos inocentes. Sin embargo, también de ese modo estaríamos descuidando absolutamente otro reclamo que dirigimos, como sociedad, al Estado: que proteja nuestros derechos —a la vida, la integridad física, la libertad, la propiedad, la libertad sexual, etcétera— evitando que terceros nos dañen. Por ello, debemos ser conscientes de que conforme se aumente el nivel de exigencia del estándar de prueba aumentaremos también el riesgo de absoluciones falsas o, lo que es lo mismo, el riesgo de culpables absueltos. En la medida en que estos puedan ser reincidentes o que

⁸⁶ En el sentido material, esto es, la imposición de prisión preventiva a una persona inocente del delito del que se le acusa.

⁸⁷ Lo que, en el caso del procedimiento penal federal, se puede vehicular a través de lo previsto en el artículo 161 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

la falta de condenas disminuya o elimine la capacidad disuasoria del derecho, el estándar de prueba tendría un impacto destacable en el grado de cumplimiento de la función del Estado de protección de los derechos.

También esta razón puede afectar a la decisión sobre las medidas cautelares. Un caso muy claro es el de la adopción de una orden de alejamiento para casos de violencia de género, por ejemplo. Aquí se observa cómo la no adopción de la medida, si el acusado ha cometido los hechos que se le imputan, puede tener gravísimas consecuencias para la integridad física o hasta la vida de la víctima. En cambio, la adopción errónea de la medida tiene una afectación mucho menor a la libertad de movimientos del acusado.

3) La tercera razón a considerar en el momento de determinar el estándar de prueba tiene que ver con las dificultades probatorias del tipo de casos al que se pretende aplicar, tal como ha sido caracterizado por el legislador. Veamos un ejemplo que puede ser ilustrativo: la evolución de la tipificación de los delitos sexuales en muchos países de nuestro entorno cultural ha llevado a eliminar la exigencia de resistencia física para determinar la falta de consentimiento, de modo que basta ahora con la sola negativa a la relación sexual. Lo que sin duda constituye un avance en un sentido introduce, en otro, serios problemas probatorios, puesto que es mucho más sencillo el escenario probatorio en el que quedan huellas de la resistencia física que el escenario en el que debe probarse una ausencia de consentimiento que puede ser solo verbal o incluso no verbal. Como, además, los delitos sexuales no suelen cometerse en público, esto conlleva que estemos ante un tipo de delitos que conllevan normalmente muy serias dificultades probatorias.

Otro ejemplo claro de este tipo de problemas se encuentra en los delitos de corrupción, en los que se enfrentan considerables dificultades para seguir el movimiento del dinero —muchas veces entre cuentas de diversos países, especialmente de paraísos fiscales, con personas interpuestas, etcétera—, para vincular esas disposiciones económicas con el pago de decisiones políticas, por ejemplo.

En estos tipos de casos,⁸⁸ las dificultades probatorias operan como una razón para disminuir el nivel de exigencia del estándar, evitando así la impunidad y, con ello, que el tipo penal devenga inútil por inaplicable. En otras palabras, las especiales dificultades probatorias de estos tipos de casos tienden a producir un gran número de falsas absoluciones, con la consiguiente desprotección de los bienes jurídicos a los que el tipo penal pretendía proteger. Si queremos evitar ese resultado, podemos modificar la definición del tipo delictivo, de modo que no produzcan esos graves problemas probatorios, o bien disminuir la exigencia del estándar de prueba.⁸⁹

Evidentemente, no es nada extraño que se presenten simultáneamente razones para aumentar o mantener alto el nivel de exigencia probatoria y razones para disminuirlo. Esto sucede, por ejemplo, cuando a los tipos de casos que presentan fuertes dificultades probatorias se les atribuye una consecuencia jurídica de especial gravedad —*e. g.*, una privación de libertad de larga duración—. No disponemos de un método objetivo para ponderar esas razones que tensan la cuerda en sentidos opuestos, y la decisión no podrá ser más que política. Pero hay que tomar seriamente en consideración que un diseño legislativo que defina los supuestos de hecho de tal modo que impliquen graves dificultades probatorias y que, a la vez, les atribuya graves consecuencias jurídicas corre un serio riesgo de acabar resultando ineficaz y/o inefectivo.

4) Como ya hemos visto durante todo este capítulo, los estándares de prueba no son las únicas reglas que inciden en la distribución del riesgo probatorio en nuestros sistemas jurídicos. También lo hacen, entre otras, las reglas que establecen cargas de la prueba y las presunciones. La carga de la prueba determina quién pierde el procedimiento en caso de que ninguna de las partes consiga corroborar sus respectivas hipótesis fácticas al nivel del estándar o estándares de prueba aplicables. En consecuencia, esa será la parte que corra con el riesgo del error por

⁸⁸ Es importante enfatizar que estoy hablando de tipos de casos, no de casos individuales que, por las razones que sean, enfrenten dificultades probatorias. Por razones básicas de previsibilidad de las reglas con las que se nos juzga, los estándares de prueba tienen que estar previstos como reglas generales y abstractas.

⁸⁹ Con lo que disminuiríamos el número de falsas absoluciones pero aumentaríamos también el de las condenas falsas. Por otra parte, es claro ya que esta tercera razón es, en realidad, instrumental de la segunda.

falta de prueba —el error por absolución falsa—. Observar la incidencia conjunta de las distintas reglas de distribución del riesgo probatorio nos permite constatar, por ejemplo, que —contra lo que se afirma en muchas ocasiones— el denominado estándar de la preponderancia de la prueba no distribuye necesariamente a partes iguales el riesgo del error. Ello depende no solo del estándar, sino también de la atribución de la carga de la prueba. Así, aunque el estándar sea el mismo para las hipótesis fácticas de las dos partes y exija solo la preponderancia de la prueba, será una de las partes la perjudicada por la carga de la prueba —es decir, quien pierda si no hay prueba suficiente—, y, por tanto, será solo esta la que corra con el riesgo de la falta de prueba.

Es fácil observar que, si queremos distribuir el riesgo probatorio a través de los estándares de prueba, debemos también tener en cuenta qué otras reglas operan en esa misma distribución. Si, por ejemplo, con el argumento de favorecer a la parte débil en las relaciones de consumo, establecemos la regla de que la carga de la prueba en procesos por productos defectuosos corresponde al fabricante y simultáneamente rebajamos mucho el estándar de prueba, quizás el resultado será exactamente el contrario al buscado. En definitiva, al tomar en consideración las razones atinentes a la gravedad de las consecuencias de la decisión probatoria errónea o a las dificultades probatorias de los tipos de casos, debe tenerse en cuenta, simultáneamente, quién tiene la carga de la prueba y cuáles son los efectos de posibles presunciones aplicables al caso.

c. Algunos ejemplos de estándares de prueba

En los apartados precedentes he expuesto los requisitos metodológicos y valorativos o políticos que deben tomarse en consideración para definir un estándar de prueba. En este epígrafe, en cambio, me limitaré a ofrecer un abanico de formulaciones que cumplirían todos los requisitos antes señalados, fijando el grado de corroboración de mayor a menor exigencia. No pretendo con ello proponer que estos debieran ser los estándares que se utilicen, entre otras cosas porque ello presupone una decisión sobre la distribución del riesgo probatorio que se estime políticamente adecuada en cada momento. Aspiro solo a mostrar cómo podrían

formularse estándares de prueba que no conlleven los problemas de las formulaciones vigentes.

Estándar de prueba 1)

Para considerar probada una hipótesis sobre los hechos deben darse conjuntamente las siguientes condiciones:

a) La hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas y aportadas como pruebas al proceso.

b) Deben haberse refutado todas las demás hipótesis plausibles⁹⁰ explicativas de los mismos datos que sean compatibles con la inocencia del acusado/demandado o más beneficiosas para él, excluidas las meras hipótesis *ad hoc*.⁹¹

Estándar de prueba 2)

Para considerar probada una hipótesis sobre los hechos deben darse conjuntamente las siguientes condiciones:

⁹⁰ Entiendo que una hipótesis es plausible si es compatible con las generalizaciones y leyes científicas sobre el mundo que son hechos notorios. En este sentido puede interpretarse la consideración de la Corte Suprema italiana de que para superar el estándar de prueba del más allá de toda duda razonable no es exigible refutar aquellas hipótesis que “están fuera del orden natural de las cosas”. V., entre otras, la Sentencia de Casación, Sez. I, Franzoni, núm. 240763.

En el contexto latinoamericano, la Corte Suprema colombiana ha sostenido también la exigencia de refutación de las hipótesis alternativas a la de la culpabilidad para que esta última pueda considerarse probada —sentencia de 26 de octubre de 2011, radicado 36.357—, aunque no resulta claro cuáles son las hipótesis alternativas que deben ser refutadas.

⁹¹ Este estándar ha sido adoptado por la jurisprudencia portuguesa como forma de dotar de sentido, mediante criterios intersubjetivamente controlables, al *más allá de toda duda razonable*. Pueden verse, entre otras, las siguientes sentencias: Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, relativo al proc. núm. 5901/09.8TDLSB.E1; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, relativo al proc. núm. 256/10.0GARMR.L1-3; Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, relativo al proc. núm. 2/13.7GCETR.P1; y Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, relativo al proc. núm. 347/10.8PJPT.P1.

a) La hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas y aportadas como pruebas al proceso.

b) Debe haberse refutado la hipótesis alternativa formulada por la defensa de la parte contraria, si es plausible, explicativa de los mismos datos y compatible con la inocencia del acusado/demandado o más beneficiosa para él, salvo que se trate de una mera hipótesis *ad hoc*.⁹²

Estándar de prueba 3)

Para considerar probada una hipótesis sobre los hechos deben darse conjuntamente las siguientes condiciones:

a) La hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas y aportadas como pruebas al proceso.

⁹² Un planteamiento claro en la línea de este estándar 2 puede encontrarse en la sentencia de 3 de junio de 2019 de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, que dice en su F. J. 1.º:

“A este respecto, ha de recordarse que en materia fáctica, las facultades del órgano de apelación se contraen a la revisión de la estructura racional y el discurso lógico de la sentencia dictada, lo que implica la valoración de la suficiencia de la prueba de cargo, así como su validez y licitud, comprobando que la culpabilidad del recurrente se ha establecido *después de refutar las hipótesis alternativas más favorables al reo que le hayan sido alegadas*” —cursiva añadida—.

También la Corte Suprema mexicana ha adoptado la exigencia prevista en el estándar de prueba 2 como requisito para derrotar la presunción de inocencia en un proceso penal. Al respecto puede verse, por ejemplo, lo dicho en el Amparo Directo en Revisión 3457/2013:

“[E]sta Primera Sala se ha ocupado en otras ocasiones de desarrollar el contenido al derecho a la presunción de inocencia en su vertiente de *estándar de prueba*, de tal manera que se ha sostenido de forma reiterada en varios precedentes —amparo directo en revisión 715/2010, el amparo en revisión 466/2011, el amparo en revisión 349/2012, el amparo directo 78/2012 y el amparo directo 21/2012— que para poder considerar que hay *prueba de cargo suficiente* para enervar la presunción de inocencia, el juez debe cerciorarse de que las pruebas de cargo desvirtúen la hipótesis de inocencia *efectivamente alegada* por la defensa en el juicio y, al mismo tiempo, en el caso de que existan, debe descartarse que las pruebas de descargo o contraindicios den lugar a una *duda razonable* sobre la hipótesis de culpabilidad sustentada por la parte acusadora” —cursivas en el original; notas al pie omitidas—.

b) Debe haberse refutado la hipótesis alternativa formulada por la defensa de la parte contraria, si es plausible, explicativa de los mismos datos y compatible con la inocencia del acusado/demandado o más beneficiosa para él, siempre que se haya aportado alguna prueba que le otorgue algún grado de confirmación.

Estándar de prueba 4)

Una hipótesis sobre los hechos se considerará probada cuando se den, conjuntamente, las siguientes dos condiciones:

a) Que sea la hipótesis más probablemente verdadera, a la luz de los elementos de juicio existentes en el expediente judicial.

b) Que el peso probatorio del conjunto de elementos de juicio relevantes incorporados al proceso sea completo —excluidas las pruebas redundantes—.

Estándar de prueba 5)

Una hipótesis sobre los hechos se considerará probada cuando se den, conjuntamente, las siguientes dos condiciones:

a) Que la hipótesis sea más probablemente verdadera que la hipótesis de la parte contraria, a la luz de los elementos de juicio existentes en el expediente judicial.

b) Que el peso probatorio del conjunto de elementos de juicio relevantes incorporados al proceso sea completo —excluidas las pruebas redundantes—.

Estándar de prueba 6)

Una hipótesis sobre los hechos se considerará probada en un proceso cuando:

Sea la hipótesis más probablemente verdadera, a la luz de los elementos de juicio existentes en el expediente judicial.

Estándar de prueba 7)

Una hipótesis sobre los hechos se considerará probada en un proceso cuando:

La hipótesis sea más probablemente verdadera que la hipótesis de la parte contraria, a la luz de los elementos de juicio existentes en el expediente judicial.

Con estos u otros estándares formulados de este modo, el legislador dispondría de un abanico de posibilidades para decidir en función del nivel de exigencia probatoria que estimara oportuno prescribir para cada decisión sobre los hechos en el proceso.⁹³ Todas estas formulaciones tienen, además, la virtud de hacer operativas las otras reglas de distribución del riesgo probatorio: la carga de la prueba y las presunciones. En efecto, y esto es muy importante, ni una ni otras en mi opinión tienen implicación alguna respecto del grado de exigencia probatoria que debe alcanzarse, pero presuponen que disponemos de una regla que lo establezca. No es posible aplicar la regla de la carga de la prueba en caso de insuficiencia probatoria si no está determinado cuándo hay insuficiencia probatoria. Y, del mismo modo, no hay manera de que pueda ser operativa una presunción *iuris tantum* si no está establecido en qué condiciones podrá considerarse derrotada la presunción, esto es, cuándo habrá prueba suficiente en contrario.

Si lo dicho hasta aquí es correcto, debemos trabajar intensamente para colmar esa pieza faltante de los estudios sobre la prueba y, sobre todo, de nuestras legislaciones procesales. Debe estudiarse, en primer lugar, cuáles son los requisitos metodológicos para la correcta formulación de un estándar de prueba y, en segundo lugar, deberemos ofrecer el conocimiento empírico necesario para servir de base a la

⁹³ Puede verse una detallada explicación de cada uno de esos estándares, de lo que requieren y de cómo pueden ser aplicados en Ferrer Beltrán, *Prueba sin convicción*, cit., pp. 210-236.

decisión política sobre el nivel de exigencia probatoria en el que situar el umbral de suficiencia. Nuestras legislaciones procesales suelen apelar a criterios subjetivos —como la convicción, el grado de creencia, etcétera—, extremadamente vagos —como los indicios bastantes, la sospecha razonable, etcétera— o incapaces de determinar un umbral de suficiencia —como las leyes de la lógica y de la ciencia—. Es evidente que una decisión judicial sobre los hechos será incorrecta si es contraria a las leyes de la lógica o de la ciencia, pero también lo es que todas las decisiones fácticas durante el procedimiento —sobre el archivo o sobreseimiento, sobre una medida cautelar, sobre la apertura de juicio oral, sobre la condena o absolucón final, entre otras— deben respetar esas leyes de la lógica o de la ciencia y, en cambio, sus umbrales de suficiencia probatoria son distintos.

Bibliografía

Aguiló Regla, J., “Las presunciones en el derecho”, en D. Mendonca, E. Ullmann-Margalit y J. Aguiló Regla, *Presunciones*, Fontamara, México, 2019.

Allen, R., “Presumptions in Civil Actions Reconsidered”, en *Iowa Law Review*, vol. 66, 1981.

———, “Presumptions, Inferences and Burden of Proof in Federal Civil Actions – An Anatomy of Unnecessary Ambiguity and a Proposal for Reform”, en *Northwestern University Law Review*, vol. 76, núm. 6, 1982.

Allende Sánchez, F., *El hecho que la ley señala como delito y estándar probatorio en el auto de vinculación a proceso. Análisis y propuesta desde el razonamiento probatorio*, Editorial Juventud, México, 2021.

Barbosa Moreira, J. C., “As presunções e a prova”, en *Temas de direito processual*, segunda serie, 1988.

Bayón, J. C., “Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano”, en *Analisi e diritto*, 2008.

Bentham, J., *Rationale of Judicial Evidence*, 7 vols., ed. de J. Stuart Mill, citado por la edición incluida en Bentham, 1838-43, vols. VI y VII, 1827.

—————, *The Works of Jeremy Bentham*, (1838-43), 11 vols., ed. de J. Bowring, Thoemmes Press, Bristol, 1995.

Bratman, M., “Practical Reasoning and Acceptance in a Context”, en *Mind*, vol. 101, 1992.

Cohen, L. J., *The probable and the provable*, reimp. de Gregg Revivals, Clarendon Press, Oxford, Aldershot, 1991.

—————, “Belief and Acceptance”, en *Mind*, vol. XCVIII, núm. 391, 1989.

Corbal Fernández, J. E., “La adquisición procesal y la carga de la prueba”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm 34, 1993, CGPJ, Madrid.

Cortés Domínguez, V., “Algunos aspectos sobre la inversión de la carga de la prueba”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núms. 2-3, 1972.

Damaška, M., *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*, Yale University Press, New Haven-London, 1986.

—————, *Evidence Law Adrift*, Yale University Press, New Haven-London, 1997.

De la Oliva, A. y Fernández, M. A., *Lecciones de derecho procesal*, vol. II, PPU, Barcelona, 1984.

Dei Vecchi, D., “El carácter presuntivo de las presunciones absolutas”, en *Revus, Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, vol. 38, 2019.

Devis Echandía, H., *Teoría general de la prueba judicial*, tomo I, Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1981.

Fernández López, M., *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, La Ley, Madrid, 2006.

Ferrer Beltrán, J., *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

—————, “Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia”, en J. L. Martí, y J. J. Moreso, (eds.), *Contribuciones a la filosofía del derecho. Imperia en Barcelona 2010*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

—————, “Prolegómenos para una teoría de los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del estado por prisión preventiva errónea”, en D. M. Papayannis y E. Pereira Fredes, (eds.), *Filosofía del derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 2018.

—————, *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, Marcial Pons, Madrid, 2021.

Ferrua, P., *La prova nel processo penale, vol. 1*, Giappichelli, Torino, 2017.

Gama Leyva, R., *Las presunciones en el Derecho. Entre la perplejidad y la fascinación de los juristas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Gascón, M., *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2004.

Gavazzi, G., *L'onere. Tra la libertà e l'obbligo*, Giappichelli, Torino, 1970.

Goldschmidt, J., *Derecho procesal civil*, Labor, Barcelona, 1936.

Kubica, M. L., “La inversión de la carga de la prueba en la responsabilidad civil. Una corta historia de la carga de la prueba”, en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, tomo XXIX, núm. 1, 2017.

Laudan, L., “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, en *Doxa*, 28, 2005.

———, *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo de epistemología jurídica*, trad. de C. Vázquez, y E. Aguilera, Marcial Pons, Madrid, 2013.

Matida, J., “En defensa de un concepto mínimo de presunción”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 93, 2018.

Mendonca, D., “Presunciones”, en D. Mendonca, E. Ullmann-Margalit y J. Aguiló Regla, *Presunciones*, Fontamara, Ciudad de México, 2019.

———, *Las claves del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 2000.

Micheli, G. A. *La carga de la prueba*, trad. de S. Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961.

Mittermaier, C. J. A. *Tratado de la prueba en materia criminal*, Reus, Madrid, 1959.

Montero Aroca, J., *Derecho jurisdiccional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

Moreso, J. J., *La teoría del derecho de Bentham*, PPU, Barcelona, 1992.

Nieva Fenoll, J., “La carga de la prueba: una reliquia histórica que debiera ser abolida”, en *Revista Italoespañola de Derecho Procesal*, núm. 0, 2018.

Oteiza, E., “La carga de la prueba. Los criterios de valoración y los fundamentos de la decisión sobre quién está en mejores condiciones de probar”, en E. Oteiza, (ed.), *La prueba en el proceso judicial*, Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires, 2009.

Pollock, J. L., “A Theory of Moral Reasoning”, en *Ethics*, vol. 96, núm. 3, 1986.

- Popper, K. *Búsqueda sin término. Una autobiografía intelectual*, trad. de C. García Trevijano, Tecnos, Madrid, 2002.
- Prieto Castro, L., *Derecho procesal civil, vol. 1*, Tecnos, Madrid, 1978.
- Priori, G., “La carga de la prueba en la motivación de resoluciones judiciales”, en G. Priori, (ed.), *Argumentación jurídica y motivación de las resoluciones judiciales*, Palestra, Lima, 2016.
- Rescher, N. y Joynt, C. B., “Evidence in History and in the Law”, en *The Journal of Philosophy*, vol. LVI, núm. 13, 1959.
- Roberts, P. y Zuckerman, A., *Criminal evidence*, Oxford University Press, Oxford, 2004.
- Rosenberg, L., *La carga de la prueba*, trad. de E. Krotoschin, Olejnik, Lima, 2017.
- Schauer, F., *Pensar como un abogado. Una nueva introducción al razonamiento jurídico*, trad. de T. J. Schleider, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- Sentís Melendo, S., *La prueba*, EJE, Buenos Aires, 1979.
- Seoane Spiegelberg, J. L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones generales y presunciones*, Aranzadi, Pamplona, 2002.
- Serra Domínguez, M., *Normas de presunción en el código civil y la ley de arrendamientos urbanos*, Nauta, Barcelona, 1963.
- , “Comentario al art. 1250 del Código Civil”, en M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XIV, vol. 2, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1991.
- Taruffo, M., “Modelli di prova e di procedimento probatorio”, en *Rivista di diritto processuale*, vol. XLV, núm. 2, 1990.

_____, “Presunzioni (Diritto processuale civile)”, en *Enciclopedia Giuridica Trecanni*, XXIX, Roma, 1991.

_____, “Onere della prova”, en *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*, vol. XIII, UTET, Torino, 1995.

_____, “Conocimiento científico y estándares de prueba judicial”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 52, 2005.

_____, *La prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2008.

Thayer, J. B., *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, reed., Elibron Classics, Boston, 2005.

Twining, W., *Theories of Evidence: Bentham & Wigmore*, Stanford University Press, Stanford, California, 1985.

_____, *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, 2ª ed., Northwestern University Press, Evanston, Illinois, 1994.

Von Wright, G.H., *Norma y acción. Una investigación lógica*, Tecnos, Madrid, 1970.

Ullmann-Margalit, E., “Sobre la presunción”, trad. de A. Lozada, en D. Mendonca, E. Ullmann-Margalit y J. Aguiló Regla, *Presunciones*, Fontamara, México, 2019.

Ullmann-Margalit, E. y Margalit, A., “Holding True and Holding as True”, en *Synthese*, núm. 92, 1992.

Sentencias de la Corte Suprema de Casación de Italia

- Sentencia de Casación, Sez. I, de 21 de mayo de 2008, Franzoni, núm. 240763.

Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de Colombia

- Radicado 36.357, sentencia de 26 de octubre de 2011.

Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú

Sentencia Plenaria Casatoria núm. 1-2017/CIJ-433, de 11 de octubre de 2017, F. J. 23.

Sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México

Amparo en Revisión 211/2021. Ponente: ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo.

Amparo Directo en Revisión 3457/2013, de 26 de noviembre de 2014. Ponente: ministro Arturo Zaldívar.

Amparo en Revisión 349/2012, de 26 de septiembre de 2012. Ponente: ministro Arturo Zaldívar.

Amparo en revisión 556/2021 (cuaderno auxiliar 98/2022) del índice del Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Cuarto Circuito, con apoyo del Primer Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Segunda Región. Ponente: magistrado Roberto Obando Pérez

Sentencias de tribunales de Portugal

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, relativo al proc. núm. 347/10.8PJPR. P1, de 21 de febrero de 2018.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, relativo al proc. núm. 2/13.7GCETR. P1, de 9 de septiembre de 2015.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, relativo al proc. núm. 256/10.0GAR-MR.L1-3, de 13 de febrero de 2013.

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, relativo al proc. núm. 5901/09.8TDLSB.E1, de 6 de diciembre de 2011.

Sentencias del Tribunal Constitucional de España

- STC 124/1983, de 14 de enero de 1984 (F.J. 1º).

Sentencias del Tribunal Supremo de España

- STS 6778/2006, de 15 de noviembre de 2006 (F. J. 5º).
- STS 544/2005, de 27 de junio (F. J. 1º).
- STS 256/2005, de 15 de abril (F. J. 5º).
- STS 2208/2001, de 20 de marzo (F. J. 2º).
- STS 719/1999, de 6 de febrero de 1999 (F. J. 2º).
- STS 287/1945, de 20 de marzo de 1945.

La motivación sobre los hechos

Jordi Ferrer Beltrán*

* Profesor titular de filosofía del derecho de la Universidad de Girona y director de la Cátedra de Cultura Jurídica y del Máster de Razonamiento Probatorio de la misma universidad. Codirector, junto con Diego Dei Vecchi, de *Quaestio facti*, *Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*.

La motivación sobre los hechos. I. Introducción; II. Motivación como explicación y como justificación; III. La justificación de la fiabilidad atribuida a cada una de las pruebas aportadas al proceso; IV. La justificación del grado de corroboración atribuido a las distintas hipótesis; V. La justificación de la decisión sobre los hechos probados.

I. Introducción

Para determinar el rol de la motivación de las decisiones judiciales y, especialmente, el alcance del deber de motivarlas es imprescindible comprender qué función cumple esa obligación en el diseño institucional. Dependiendo de para qué queramos que se motiven las decisiones judiciales sobre los hechos variarán aspectos tan cruciales como qué se entiende por motivación, cuál es su contenido o cuál es el nivel de detalle que debe tener.

En mi opinión, el punto de partida debe buscarse en el derecho fundamental a la prueba. Vimos en el segundo capítulo que la garantía de cierre de ese derecho es obtener del Poder Judicial una decisión motivada a través de la que pueda controlarse que la decisión sobre los hechos esté justificada a partir de las pruebas disponibles en el proceso. Dado que el derecho a la prueba es, a su vez, un corolario del derecho al debido proceso, un déficit de motivación supone también la afectación a este último, lo que ha sido también establecido claramente en varias sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos —Corte IDH—: “el deber de motivación es una de las `debidas garantías´ incluidas en el artículo 8.1

para salvaguardar el derecho a un debido proceso”.¹ Habrá, pues, que sacar las consecuencias de ese papel de garantía de cierre de la motivación.

II. Motivación como explicación y como justificación

Podemos distinguir dos grandes concepciones de la motivación, que denominaré *psicologista* y *racionalista*.² La primera de ellas identifica la motivación con la expresión lingüística de los motivos que han causado la adopción de una decisión. La segunda, en cambio, entiende la motivación como justificación: una decisión motivada sería, pues, una decisión que cuenta con razones que la justifican. Las dos concepciones cuentan con el apoyo lingüístico de la ambigüedad del término *motivar*, que denota tanto la expresión de los motivos como de las razones de una decisión.³ Pero ambas cosas no deben ser confundidas.⁴

Un enunciado que afirma que *c* es una de las causas de una creencia, decisión o conducta humana es, desde luego, un enunciado descriptivo y, en consecuencia, verdadero o falso. Por lo que hace a las decisiones sobre los hechos, la vinculación entre prueba y creencias⁵ del juzgador conllevaría que este debiera describir los motivos que hayan causado la adquisición de la creencia de que los hechos sucedieron de ese modo.⁶ En otros términos, si motivar es expresar lingüísticamente

¹ Sentencia *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*, párr. 78, y Sentencia *Trabajadores cesados de Petroperú y otros vs. Perú*, párr. 168.

² V. al respecto, entre otros, Colomer Hernández, *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, pp. 31 y ss.; y Gascón Abellán, *Cuestiones probatorias*, pp. 175 y ss.

³ Al respecto, V., entre otros muchos, Igartua, *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, pp. 61 y ss.

⁴ La distinción entre *motivos* y *razones* fue considerada por Nino —“Derecho, moral, política”, en *Doxa*, p. 37— una distinción fundamental de la filosofía analítica.

⁵ No suele hablarse de las “creencias” de la persona juzgadora en la legislación, ni en la jurisprudencia ni en la dogmática procesal. Se usan otros términos, sin embargo, sinónimos de este, como *convicción*, *convencimiento*, *certeza*, *certeza moral*, etcétera. Por eso, los trataré como intercambiables.

⁶ Entendida de esta forma la obligación de motivar, resultaría que las o los juzgadores deberían expresar en sus sentencias las motivaciones causales que los lleven a tomar sus decisiones jurisdiccionales. Dado que entre estas motivaciones habrá factores de lo más diversos —que van desde sus traumas infantiles hasta la presión mediática, desde su ideología hasta la cultura jurídica adquirida—, no se entiende bien qué relevancia social y jurídica tendría que su expresa formulación fuera exigida constitucional y/o convencionalmente.

los motivos —los factores que han causado la creencia en la que se basa la decisión sobre los hechos—, la resolución judicial debería dar cuenta del *iter* mental que haya llevado al juez al convencimiento. El problema es que los factores causales de nuestras creencias nos resultan —parcialmente— inaccesibles.⁷ Solo somos capaces de describir algunas de las más inmediatas circunstancias que nos llevan a adquirir una creencia, pero, desde luego, esta descripción, aun hecha concienzudamente, no sería más que limitada y parcial respecto de las causas de la decisión.⁸

La concepción psicologista de la motivación está vinculada con la concepción persuasiva o subjetivista de la prueba. Como ya hemos visto, esta última considera que decir que un enunciado sobre los hechos está probado significa que la persona juzgadora se convenció o adquirió la convicción de que ese enunciado es verdadero, esto es, que los hechos sucedieron tal como son descritos por el enunciado en cuestión. Precisamente por las razones expresadas en el párrafo anterior, la concepción persuasiva de la prueba no ha exigido tradicionalmente que el órgano decisor sobre los hechos motive su decisión, lo que resulta totalmente coherente con su punto de partida. El problema, para esta concepción, es cómo enfrentar entonces una obligación jurídica de motivar que no tiene sentido en su esquema conceptual. No es extraño, pues, que la motivación, entendida como expresión de las causas de una decisión, se limite a descripciones muy parcas y vagas del *iter* mental del juzgador y la mayoría de las veces sea sustituida por largas e inútiles descripciones del desarrollo probatorio del proceso.

Frente a esta manera de entender la obligación de motivar, la concepción racionalista de la motivación la entiende como *justificación* de la decisión judicial. Así, decir que una sentencia está motivada significará que está debidamente justificada. En palabras de Nieto:

⁷ Y en caso de Tribunales Colegiados resulta, además, especialmente complicado: ¿habría que describir los factores causales que han llevado al convencimiento de cada uno de los magistrados o de los miembros del jurado? Evidentemente, los motivos de las convicciones de cada uno de ellos pueden ser distintos, de manera que resultaría necesario expresarlos todos ellos.

⁸ Sobre estas dificultades, puede verse, por todos, Taruffo, *La motivación de la sentencia civil*, pp. 147-149.

el juez ni debe ni puede “explicar” los motivos psicológicos de su decisión (de los que con frecuencia ni él mismo es consciente), la ley no se lo exige ni tendría utilidad alguna para las partes. Lo que importa —y lo que es legalmente exigible— es la motivación en el contexto de justificación, es decir, el razonamiento que justifica que la decisión es admisible dentro de los conocimientos y reglas del Derecho.⁹

Se trata, pues, de que la decisión probatoria cuente con buenas razones epistémicas y normativas que le den fundamento suficiente.¹⁰ Las primeras resultarán de la valoración individual y conjunta de la prueba, a los efectos de determinar el grado de corroboración que los elementos de juicio aportados al proceso otorgan a las distintas hipótesis fácticas en conflicto. Las razones normativas, en cambio, apuntan a la suficiencia o insuficiencia de esa corroboración, que habrá que justificar sobre la base de los estándares de prueba aplicables al caso y a las otras reglas de decisión —cargas de la prueba y presunciones— si son de aplicación.

Ahora bien, de nuevo aquí se abren dos posibilidades: una decisión puede considerarse justificada si hay razones suficientes que la funden o si, además de existir tales razones, estas han sido analíticamente formuladas,¹¹ *i. e.*, lingüísticamente expresadas en la sentencia. En otras palabras, se trata de distinguir entre *tener*

⁹ Nieto, *El arbitrio judicial*, p. 157. También Taruffo se ha expresado con claridad en el mismo sentido en multitud de ocasiones. Valga por todas esta: “La realidad es que la motivación no es y no puede ser un relato de lo que ha sucedido en la mente o en el alma del juez cuando ha valorado la prueba. Las normas que exigen la motivación de la sentencia no reclaman que el juez se confiese reconstruyendo y expresando cuáles han sido los recorridos de su espíritu. Estas normas, por el contrario, le imponen justificar su decisión, exponiendo las razones en forma de argumentaciones racionalmente válidas e intersubjetivamente ‘correctas’ y aceptables. Para decirlo de manera sintética: los procesos psicológicos del juez, sus reacciones íntimas y sus estados individuales de conciencia no le interesan a nadie: lo que interesa es que justifique su decisión con buenos argumentos” —Taruffo, “Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba”, en *Discusiones*, pp. 95-96—. En el mismo sentido, *V.* también, entre otros, Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoría del garantismo penal*, pp. 38 y ss., y 640; Atienza, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, pp. 4 y ss.; Igartua, *op. cit.*, p. 15; Aliste Santos, *La motivación de las resoluciones judiciales*, pp. 153-4; Andrés Ibáñez, “Acercas de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, en *Doxa*, pp. 288 y ss.; e *id.*, *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del Estado constitucional*, pp. 280-281.

¹⁰ Sobre los requisitos para una correcta motivación como justificación de las decisiones judiciales, *V.* Igartua, *op. cit.*, pp. 96 y ss. y, específicamente, sobre la motivación de las decisiones probatorias, *ibid.*, pp. 135 y ss.

¹¹ Sobre la distinción entre el modo analítico y el holista de motivar o justificar una decisión, *V.* Taruffo, *La prueba de los hechos*, pp. 307 y ss.

razones para x y *dar* razones para x .¹² Es claramente esta última la forma en la que entiende la obligación de motivar la Corte IDH, cuando afirma que la motivación “es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión”,¹³ de modo que la motivación de la decisión judicial consistiría en la expresión lingüística de las razones que justifican la decisión adoptada.¹⁴

Sobre esta base, se sostiene que la exigencia de que se motiven las decisiones judiciales tiene dos funciones principales, que acostumbran denominarse *endoprocetal* y *extraprocetal*.¹⁵ En su función endoprocetal, la motivación está dirigida, por un lado, a facilitar a las partes el control de la fundamentación de la decisión judicial y su eventual impugnación en vía de recurso, y por otro, a hacer posible la revisión de la decisión por parte del juez o tribunal ante quien se sustancie el recurso, quien deberá controlar la corrección de la decisión impugnada a través de la motivación contenida en esta.¹⁶ Y es justo aquí donde se engarza, en materia probatoria, el derecho a una decisión judicial motivada como parte del derecho a la prueba. De nada servirían el derecho de las partes a que les sean admitidas las pruebas relevantes que propongan, el derecho a que las pruebas presentadas sean practicadas y el derecho a una valoración racional si no tuvieran, además, un mecanismo de control de que la decisión judicial es el resultado, precisamente, de la valoración racional de las pruebas disponibles y de la correcta aplicación de las reglas de decisión probatoria. El derecho a una decisión probatoria motivada es, pues, la garantía de la racionalidad de la decisión a partir de las pruebas presentadas y practicadas.

¹² V. Schauer, *Pensar como un abogado. Una nueva introducción al razonamiento jurídico*, pp. 183 y ss.

¹³ Sentencia *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, párr. 107.

¹⁴ Afirma Taruffo, en este sentido, que “la motivación es (...) un discurso justificativo constituido por argumentos racionales” —“Consideraciones sobre prueba y motivación”, en *Consideraciones sobre la prueba judicial*, p. 37—. En el mismo sentido, cf. Gascón Abellán, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, p. 201.

¹⁵ V., a efectos indicativos, Colomer Hernández, *op. cit.*, p. 131; Igartua, *op. cit.*, p. 23; Taruffo, “La motivación de la sentencia”, en *Páginas sobre justicia civil*, pp. 516-519; y Aliste Santos, *op. cit.*, p. 154 y ss.

¹⁶ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos —TEDH— ha puesto énfasis en la función endoprocetal como posibilitadora del ejercicio del derecho al recurso. Al respecto, V., por ejemplo, la sentencia del TEDH en el caso *Hadjianastassiou vs. Grecia*, párr. 33. La Corte IDH, en la misma línea, ha considerado que “la motivación de la decisión judicial es condición de posibilidad para garantizar el derecho de defensa” —sentencia del caso *Zegarra Marín vs. Perú*, Serie C, núm. 331, párr. 155—.

También autores como Ferrajoli y Gascón Abellán han atribuido a la función endoprocesal de la motivación un papel garantista. Así, Ferrajoli considera la motivación como garantía “instrumental” respecto de las garantías epistemológicas de la decisión, en la medida en que permite el control de la justificación de la decisión por instancias superiores.¹⁷ Un aspecto importante adicional de la función endoprocesal de la motivación es que cumple como límite de lo decidible, puesto que una decisión que el juzgador no pueda justificar no debería ser planteada siquiera como alternativa en la deliberación.¹⁸ Así, entendida la motivación como justificación de la decisión, el deber de motivar opera como una garantía de la correcta administración de justicia y, por ello, del debido proceso.¹⁹

¹⁷ V. Ferrajoli, *op. cit.*, pp. 132-135; y Gascón Abellán, *Los hechos en el derecho... cit.*, p. 199, donde califica la motivación como “garantía de cierre del sistema cognoscitivista”. Conviene recordar en este punto que, en materia penal, este papel instrumental de la motivación como mecanismo que posibilita el control de las decisiones mediante los recursos tiene también un nivel de protección internacional, en el caso del Convenio Europeo de Derechos Humanos a través del artículo 2.1 del Protocolo 7, que ha reconocido explícitamente el derecho al recurso, en estos términos: “Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por una jurisdicción superior. (...)”. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, por su parte, reconoce el derecho al recurso en materia penal a través de su artículo 8.2.h), lo que ha dado lugar al desarrollo por la Corte IDH del denominado *derecho al doble conforme*, a partir de la sentencia del caso *Mohamed vs. Argentina*, Serie C, núm. 255, párr. 92. En materia probatoria, la Corte ha señalado en dicha sentencia —párr. 100— que “[e]llo requiere que pueda analizar cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada, puesto que en la actividad jurisdiccional existe una interdependencia entre las determinaciones fácticas y la aplicación del derecho, de forma tal que una errónea determinación de los hechos implica una errada o indebida aplicación del derecho. Consecuentemente, las causales de procedencia del recurso deben posibilitar un control amplio de los aspectos impugnados de la sentencia condenatoria”. Más allá del nivel regional, también el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce explícitamente el derecho al recurso, en el ámbito penal, en estos términos: “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”.

¹⁸ En este sentido, V. Iacoviello, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, p. 8; y Gascón Abellán, *Los hechos en el derecho... cit.*, p. 202. Taruffo —*La motivación de la sentencia civil, cit.*, p. 400— habla incluso de la motivación como “condición de ‘jurisdiccionalidad’ de los mandatos del juez, en el sentido de que los mismos constituyen expresión de la jurisdicción cuando se encuentran motivados”.

¹⁹ En el mismo sentido, *cf.* Roberts, “Does Article 6 of the European Convention of Human Rights Require Reasoned Verdicts in Criminal Trials?”, en *Human Rights Law Review*, p. 215, al que me remito también para la jurisprudencia inglesa allí citada. Vale la pena mencionar asimismo la sentencia de la Court of Appeal inglesa en el caso *Flannery vs. Halifax Estate Agencies Ltd*, en la que se considera el deber de motivar las decisiones como “una función del debido proceso y, por ello, de la justicia” —(1999) 149 NLJ 284—.

En su faceta extraprocesal, la motivación permite a toda la sociedad el control de las decisiones judiciales a través de la publicidad de las propias decisiones y de sus fundamentos. Evidentemente, no se espera que ese control sea, de hecho, ejercido por millones de ciudadanos, pero el conocimiento de la motivación permite a las y los juristas no involucrados en el proceso un análisis crítico de las decisiones y el conocimiento de sus fundamentos a los efectos de predecir decisiones futuras. Y a través de los medios de comunicación se posibilita también el escrutinio ciudadano como límite y balance imprescindibles de cualquier poder democrático.²⁰

Las dos funciones, endoprocesal y extraprocesal, de la motivación entendida como justificación están claramente reconocidas, por ejemplo, en la doctrina de la Corte IDH, como puede verse en la sentencia *V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua*, de 8 de marzo de 2018:

La Corte ha precisado que la motivación “es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión” [Sentencia *Chaparro Álvarez y Lapo Ñíguez vs. Ecuador*, párr. 107] y conlleva una exposición racional de las razones que llevan al juzgador a adoptar una decisión. La relevancia de esta garantía se encuentra ligada a la correcta administración de justicia y a evitar que se emitan decisiones arbitrarias. Asimismo, la motivación otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática y demuestra a las partes que éstas han sido oídas.

Ello, se encuentra ligado con otro de los aspectos que realzan el valor de la motivación como garantía, que es proporcionar la posibilidad, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. De este modo, la Corte ya ha señalado que “la motivación de la decisión judicial es condición de posibilidad para garantizar el derecho de defensa” [caso *Zegarra Marín vs. Perú*, párrs. 147 y 155].²¹

²⁰ En este sentido, Taruffo —*La motivación de la sentencia civil*, cit., p. 361— ha considerado el deber de motivación como una “garantía de controlabilidad democrática sobre la administración de justicia”. V. también, en la misma línea, Nieto, *op. cit.*, p. 165; Taruffo, “La motivación de la sentencia”, cit., pp. 518-519; y Aliste Santos, *op. cit.*, pp. 156-157.

²¹ Sentencia *V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua*, párrs. 254-255. La vinculación entre la prueba como mecanismo para la averiguación de la verdad, la motivación y el debido proceso puede encontrarse también en Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, pp. 134-137.

Llegados a este punto, resulta ya evidente que la concepción adecuada de la motivación para dar cumplimiento a las exigencias del derecho a la prueba y al debido proceso es aquella que la concibe como justificación de la decisión judicial.²² En materia probatoria, esta concepción de la motivación está vinculada con la concepción racional de la prueba. Para esta última, decir que una hipótesis sobre los hechos está probada en un proceso es totalmente independiente de las creencias o convicciones del juzgador, o de cualquier otro sujeto, y significa, en cambio, que la verdad de esa hipótesis está suficientemente corroborada por el acervo probatorio aportado al proceso. La persona juzgadora deberá justificar, por tanto, que la hipótesis que declare probada cuenta con esa corroboración suficiente o que, en caso de que la declare no probada, no cuenta con ella.

Esto permite, ahora, delimitar cuál es el contenido que debe tener la motivación en materia probatoria, lo que dependerá de los distintos pasos argumentales necesarios para justificar la decisión. Así, una motivación completa deberá contener 1) la justificación de la valoración individual de la prueba, 2) la justificación de la valoración en conjunto de la prueba y 3) la justificación de si el grado de corroboración que las pruebas aportan a las hipótesis fácticas en conflicto es suficiente o no para satisfacer el estándar de prueba aplicable a esa decisión. Vayamos, pues, por partes. En todo caso, la atención prestada en los capítulos siete y ocho a la valoración individual y a la valoración de conjunto de la prueba me permitirá pasar más rápidamente por esos puntos.

III. La justificación de la fiabilidad atribuida a cada una de las pruebas aportadas al proceso

Vimos ya que la motivación de las decisiones judiciales requiere no solo que haya razones que justifiquen la decisión, sino que el juez explicité esas razones en una motivación-documento, que formará parte de su sentencia. Esa motivación-

²² Por esta razón, usaré a partir de aquí de forma indistinta las expresiones *motivación de la decisión* y *justificación de la decisión*.

documento deberá contener un razonamiento que siga los pasos de la valoración de la prueba realizada para justificar su racionalidad.

La corroboración que estimemos que otorga a una hipótesis fáctica un conjunto de pruebas depende, en parte, de la fiabilidad que asignemos a cada una de las pruebas que forman el conjunto. Por eso, un paso necesariamente previo a la valoración de conjunto es realizar una valoración individual de cada una de las pruebas aportadas. El objeto de la valoración individual —a diferencia de la valoración de conjunto— no son las hipótesis fácticas, sino las pruebas. En ese estadio, el juzgador deberá otorgar mayor o menor fiabilidad a cada prueba, a partir de lo que resulte de ella misma, de su contraste con otras pruebas aportadas y de la aplicación de máximas de la experiencia.

Ahora bien, esa atribución de fiabilidad debe ser explicitada en la motivación y fundada en buenas razones. Ello excluye estrategias de valoración genérica, que no individualicen el valor probatorio atribuido a cada prueba, y también formas en que se evite justificar la fiabilidad atribuida apelando a atajos argumentales, como el de la inmediatez. Desgraciadamente, es un lugar común en nuestra cultura jurídica el recurso argumentativo a la inmediatez como mecanismo mágico no solo para que el juzgador perciba las pruebas, sino también para atribuirle mayor o menor fiabilidad en función de la impresión que estas le hayan causado. Sin embargo, es imprescindible que, en un manual de razonamiento probatorio que se incardina en el ámbito de la concepción racional de la prueba, quede asentado con toda claridad que la inmediatez no es un método de valoración de la prueba ni tampoco un argumento justificativo de la valoración realizada. La inmediatez es solo, pero esto ya es mucho, un mecanismo para llevar a cabo la práctica de la prueba, que hace posible la dirección de esa práctica por parte del juzgador y le permite participar de ella para obtener toda la información que necesite para decidir e implementar en su integridad el principio de contradicción.²³

²³ Por ello, la inmediatez no otorga ninguna prioridad a la decisión del juzgador de primera instancia ni impide el control de su razonamiento por tribunales superiores. V., por todos, al respecto, Andrés Ibáñez, “Sobre el valor de la inmediatez (una aproximación crítica)”, en *En torno a la jurisdicción*, pp. 153 y ss.; e *id.*, *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del Estado constitucional*, pp. 272 y ss.

Por todo ello, será imprescindible que durante la práctica de la prueba el juzgador haya estado atento a obtener de las pruebas la información que estas mismas pueden y deben dar acerca de su fiabilidad. Si estamos ante una prueba testifical, por ejemplo, serán relevantes aspectos como la distancia a la que estuviera el testigo de los hechos que relata, el nivel de luminosidad del momento, la coherencia o contradicción del propio relato, si el recuerdo del testigo —que le permite por ejemplo identificar al imputado— fue contaminado durante la fase de instrucción mediante malas prácticas, como la exposición en los medios de comunicación de la cara del detenido por parte de la policía, etcétera. Los elementos que pueden indicar una mayor o menor fiabilidad pueden ser muy variados, dependiendo de cada tipo específico de prueba.²⁴ Si esos elementos que indican la fiabilidad no surgieron durante la práctica de la prueba en contradicción por las partes y el juzgador no se preocupó por obtenerlos —mediante preguntas aclaratorias, por ejemplo—, su falta tendrá un efecto fatal en el momento en que debería usarlos para justificar la fiabilidad que atribuya a la prueba.

Pero, para justificar la fiabilidad que se asigna a una prueba, no basta con la información que puede aportar de sí misma la propia prueba, sino que se puede y debe poner en relación con otras pruebas y con las máximas de la experiencia. Otras pruebas, por ejemplo, pueden entrar en contraste con la prueba cuya fiabilidad se está valorando. Así, podríamos comparar los dichos de un testigo con las imágenes de una cámara de seguridad que han sido aportadas como prueba documental, valorar su fiabilidad sobre la base de una prueba psicológica a la que haya sido sometido el testigo, etcétera. Y, además, operarán también en la justificación de la valoración individual de la prueba las máximas de la experiencia. Esta es una categoría extremadamente amplia de conocimientos, algunos asentados y fundados científicamente, otros propios del saber común y otros absolutamente infundados y que son más bien expresión de sesgos o prejuicios del juzgador.²⁵ Por eso, será fundamental una vez más que la motivación

²⁴ Porque, incluso en el ámbito de la prueba testifical, nada tienen que ver los problemas que plantea la fiabilidad del testimonio infantil, del testigo-víctima, del testimonio de un coimputado, etcétera.

²⁵ Sobre las máximas de la experiencia, V., por todos, Taruffo, “Consideraciones sobre las máximas de la experiencia”, en *Páginas sobre justicia civil*; y Limardo, “Repensando las máximas de experiencia”, en *Quaestio facti, Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*.

de la decisión probatoria contenga no solo la valoración individual de la prueba realizada, sino también las razones que se han tenido en consideración para justificar la atribución de una mayor o menor fiabilidad a cada prueba.

IV. La justificación del grado de corroboración atribuido a las distintas hipótesis

Una vez justificada la valoración individual de la prueba, será el momento de justificar el grado de corroboración que la persona juzgadora o el órgano judicial consideren que ha recibido cada hipótesis sobre los hechos del conjunto de pruebas aportado. Se trata, pues, de justificar la valoración de la prueba. No desarrollaré en detalle, tampoco en este caso, cómo debe hacerse porque ello ha sido objeto de análisis en el capítulo ocho. Allí hemos visto qué patrones debería seguir una correcta valoración de conjunto de la prueba. La motivación, por su parte, deberá contener la explicitación de la valoración realizada para que esa corrección pueda ser objeto de control.

Sí conviene insistir, en cambio, en algunos aspectos a los que no suele dárseles la debida importancia. En primer lugar, la motivación de la decisión probatoria debe explicitar y justificar la valoración realizada de las distintas hipótesis fácticas en conflicto, no solo de aquella que el juzgador vaya a estimar probada. También deberá justificar el grado de corroboración alcanzado por otras hipótesis rivales o si estas han sido refutadas por el material probatorio disponible. Es muy importante tener en cuenta aquí que, en función de cuál sea el estándar de prueba aplicable, no solo es necesario mostrar que una hipótesis ha alcanzado un cierto grado de corroboración, sino también que no hay ninguna otra hipótesis alternativa que pueda dar cuenta de lo ocurrido que haya obtenido un cierto grado de corroboración, aunque sea menor, y que no haya sido refutada por otras pruebas. En otras ocasiones, por ejemplo, el estándar de prueba impondrá la comparación entre el apoyo probatorio con que cuentan las diversas hipótesis en conflicto, y, para que sea posible justificar la decisión que se quiera fundar, habrá que mostrar cuál es el grado de corroboración de cada una de ellas.

En segundo lugar, y aunque pueda resultar sorprendente, para justificar la valoración de la prueba en conjunto no solo hay que tomar en consideración las pruebas aportadas al proceso, sino también aquellas que, por su relevancia, debieron ser aportadas y no lo fueron. Se trata, pues, de tomar en consideración las llamadas *lagunas probatorias*. Si, por ejemplo, nos encontramos ante la necesidad de juzgar un caso de violación, que se produjo en un edificio que tiene cámaras de seguridad y portero las 24 horas del día, y el acusado no es vecino del edificio, será relevante disponer del testimonio de las personas que trabajan en la portería y las grabaciones de las cámaras de seguridad, para poder acreditar si el acusado entró en el edificio antes de la hora de los hechos. Si la ropa de la víctima quedó manchada de semen del agresor, será relevante disponer de una prueba de ADN que compare la muestra obtenida de la ropa con una muestra del imputado. Si no tenemos en el proceso esas pruebas y nos limitamos a extraer consecuencias del acervo efectivamente presentado, estaremos perdiendo de vista que ese acervo puede ser muy pobre, porque le faltan pruebas de gran relevancia. Por eso, para poder determinar y justificar el grado de corroboración que las distintas hipótesis han obtenido de las pruebas hay que tomar en consideración las pruebas aportadas, pero también la existencia, si es el caso, de lagunas probatorias.

V. La justificación de la decisión sobre los hechos probados

Hemos visto en el capítulo nueve las razones por las que un diseño procesal que sea compatible con el debido proceso debe contener reglas que determinen el umbral de suficiencia probatoria. Esta es precisamente la función de los estándares de prueba. Pero el umbral no es necesariamente único: una misma hipótesis, con las mismas pruebas y el mismo grado de corroboración, puede estimarse probada si el estándar de prueba es X y no probada si es $X + 1$. Esto explica, por ejemplo, que las mismas pruebas puedan ser suficientes para considerar probado un hecho en un tipo de proceso e insuficientes para otro tipo de proceso; o suficientes para adoptar una decisión intermedia durante el proceso —una prisión preventiva, por ejemplo—, pero insuficientes para la decisión final en sentencia. También explica que pueda suceder que, en la deliberación de un Tribunal Cole-

giado, sus integrantes puedan estar completamente de acuerdo en la valoración individual de cada una de las pruebas y también en el grado de confirmación de las hipótesis fácticas, pero en desacuerdo respecto de si ese grado de confirmación es suficiente para considerar probada alguna de ellas. Por eso, para que una decisión sobre la prueba de una hipótesis esté justificada debemos mostrar que las pruebas disponibles le otorgan un cierto grado de corroboración —a través de la valoración individual y de conjunto— y que ese grado de corroboración es suficiente de acuerdo con el estándar de prueba aplicable. Ahora bien, si no conocemos el estándar de prueba aplicable o este resulta indeterminado, no hay forma de justificar que la corroboración es suficiente. Sin aplicar el estándar de prueba la motivación será irremediabilmente incompleta. Y tampoco hay posibilidad de determinar si se han respetado o no otras reglas de decisión, como la presunción de inocencia, porque se desconoce cuál es el umbral de suficiencia probatoria para derrotarla.²⁶

En definitiva, el deber de motivar las decisiones judiciales, planteado como garantía secundaria²⁷ del cumplimiento de la interdicción de la arbitrariedad²⁸ —que sería la garantía primaria—, pierde todo sentido si la decisión sobre los hechos no está, a su vez, sujeta a criterios de racionalidad intersubjetivamente controlables, públicos y predeterminados.²⁹

²⁶ En el mismo sentido, entre otros, cf. Gascón Abellán, “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos”, en *Doxa*, p. 138; Laudan, *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo de epistemología jurídica*, p. 104; Accatino, “Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, p. 484; Viale de Gil, “¿La prueba es suficiente cuando es suficiente? Aproximación a la construcción de la decisión de suficiencia de la prueba en materia penal”, en *Revista Pensar en Derecho*, p. 146; Tuzet, “Assessment Criteria or Standards of Proof? An Effort in Clarification”, en *Artificial Intelligence and Law*, p. 94; y Peixoto, *Standards probatórios no direito processual brasileiro*, p. 71

²⁷ Cf. Ferrajoli, *El garantismo y la filosofía del derecho*, pp. 132 y ss.

²⁸ Como sostiene la propia Corte IDH, entre otras, en la sentencia *Claude Reyes y otros vs. Chile*, párrs. 112-113.

²⁹ Así, por ejemplo, Castillo de la Torre y Gippini Fournier —*Evidence, Proof and Judicial Review in EU Competition Law*, pp. 38 y ss.— han mostrado cómo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea —TJUE—, a pesar de insistir, en materia de derecho de la competencia, en la vigencia de la presunción de inocencia, ha sido renuente a explicitar cuál es el umbral de suficiencia probatoria para derrotarla, apelando en distintas sentencias a que la prueba debe ser “suficientemente precisa y coherente”, “sólida, específica y corroborativa”, “firme, precisa y consistente”, “convergente y convin-

Para cumplir con ese deber, por otra parte, no bastará con la mera mención del *nomen iuris* del estándar de prueba aplicable. No es suficiente en absoluto, por ejemplo en el ámbito penal, afirmar que el grado de corroboración alcanzado está más allá de toda duda razonable. Deben elaborarse criterios de razonabilidad de la duda, que permitan precisamente controlar de forma intersubjetiva su cumplimiento. La Suprema Corte mexicana ha dado un paso en la buena dirección en el Amparo Directo en Revisión 3457/2013, Sentencia de la Primera Sala, de 26 de noviembre de 2014, donde puede leerse que:

[E]sta Primera Sala se ha ocupado en otras ocasiones de desarrollar el contenido al derecho a la presunción de inocencia en su vertiente de *estándar de prueba*, de tal manera que se ha sostenido de forma reiterada en varios precedentes —amparo directo en revisión 715/2010, el amparo en revisión 466/2011, el amparo en revisión 349/2012, el amparo directo 78/2012 y el amparo directo 21/2012— que para poder considerar que hay *prueba de cargo suficiente* para enervar la presunción de inocencia, el juez debe cerciorarse de que las pruebas de cargo desvirtúen la hipótesis de inocencia *efectivamente alegada* por la defensa en el juicio y, al mismo tiempo, en el caso de que existan, debe descartarse que las pruebas de descargo o contraindicios den lugar a una *duda razonable* sobre la hipótesis de culpabilidad sustentada por la parte acusadora.³⁰

También la Corte Suprema peruana, por ejemplo, ha realizado más recientemente el mismo trabajo de concreción de los criterios, adoptando la formulación del estándar de prueba núm. 2 presentado en el capítulo anterior:

El estándar de prueba que excluye la duda y fija un alto nivel de acreditación de la culpabilidad desde el material probatorio disponible, al punto (...) de permitir descartar la hipótesis defensiva y consolidar, con exclusión de aquella la hipótesis acusatoria —la hipótesis que se considere probada debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y debe haberse refutado la

cente”, etcétera. Como no puede ya ser sorprendente para el lector a estas alturas, la extrema vaguedad de esos criterios, que derivan en la indefinición de los estándares de prueba requeridos, ha dado lugar a decisiones divergentes e incontrolables sobre la suficiencia probatoria, a veces incluso por parte de los mismos jueces —V. *ibid.*, pp. 39-40, y la jurisprudencia del TJUE allí citada—.

³⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 3457/2013. Cursivas en el original. Notas al pie omitidas.

hipótesis alternativa formulada por la defensa de la parte contraria, si es plausible, explicativa de los mismos datos y compatible con la inocencia del acusado o más beneficiosa para él, siempre que se haya aportado alguna prueba que le otorgue algún grado de confirmación—³¹

Una vez concretados los criterios que permiten superar el más allá de toda duda razonable, los juzgadores tendrán claridad respecto de qué deben justificar para acreditar que la hipótesis que declaran probada supera el umbral de suficiencia probatoria —o que no lo supera aquella que declaren no probada—. Así, por ejemplo, deberán justificar que 1) la hipótesis es capaz de explicar los datos disponibles de forma coherente y que las predicciones que permite formular han sido contrastadas y aportadas como pruebas y 2) que las hipótesis alternativas compatibles con la inocencia o más beneficiosas para el acusado que permitirían explicar también los datos de partida han sido refutadas por las pruebas.

Giovanni Tuzet³² ha mostrado que, de forma general, en los países de cultura jurídica anglosajona se ha puesto el acento en los estándares de prueba a los efectos de ofrecer criterios de decisión a los juzgadores, mientras que en los países de cultura jurídica romano-germánica se ha prestado más atención a las exigencias para la valoración de la prueba y a la motivación de las decisiones como forma de control de aquellas. El intento de ser respetuosos con las características de las dos tradiciones ha puesto en dificultades, dicho sea de paso, a los tribunales internacionales de derechos humanos. Sin embargo, en mi opinión, ambas tradiciones culturales tienen elementos necesarios pero insuficientes para un desarrollo integral del debido proceso: si no disponemos de estándares de prueba, metodológicamente bien formulados, que determinen los umbrales de suficiencia probatoria de un modo aceptablemente preciso y de forma intersubjetivamente controlable, es imposible motivar —*i. e.*, justificar— que el grado de corroboración alcanzado por una hipótesis fáctica a la luz de las pruebas presentadas al proceso es suficiente. Sin estándares de prueba no es posible la motivación. Y si

³¹ Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Recurso de Casación 1897/2019/La Libertad, sentencia de 25 de agosto de 2021. Citas omitidas.

³² *V. op. cit.*

no se exige la motivación expresa de las decisiones no tenemos forma de controlar la corrección del razonamiento probatorio y de la aplicación de los estándares de prueba, lo que impide también el ejercicio del derecho al recurso por las partes. Disponer de estándares de prueba debidamente formulados como reglas generales preestablecidas a la decisión probatoria y exigir la justificación de esta a partir de las pruebas presentadas y los estándares aplicables son dos condiciones ineludibles para escapar de la arbitrariedad y, por tanto, hacer posible el debido proceso. Solo así es posible evitar la dicotomía planteada por Engel, quien, haciendo referencia precisamente a los déficits de ambas tradiciones señalados en el texto, inicia su trabajo con esta contundente afirmación: “La regulación jurídica continental es irracional. La regulación jurídica estadounidense es irresponsable”.³³

En ocasiones, sin embargo, la necesidad de justificación de la decisión no termina con la aplicación del estándar de prueba y la determinación de si la corroboración alcanzada basta para superar el umbral de suficiencia probatoria fijado por el estándar. Esto sucede cuando ninguna de las hipótesis en conflicto llega a cumplir ese objetivo y, por tanto, el caso culmina con la consideración como no probadas de todas ellas. En esa situación, la decisión judicial requerirá la aplicación adicional de la carga de la prueba. Conviene recordar, en efecto, que la carga de la prueba en sentido objetivo responde precisamente a la pregunta sobre quién pierde si no hay prueba suficiente. Su aplicabilidad, por tanto, es residual a la del estándar de prueba y solo entra en juego cuando el estándar no ha sido satisfecho por ninguna de las hipótesis fácticas.

Bibliografía

Accatino, D., “Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXXVII, 2011.

³³ Engel, “Preponderance of the Evidence versus *Intime Conviction*: A Behavioral Perspective on a Conflict Between American and Continental European Law”, en *Vermont Law Review*, p. 435. Desde luego, la irresponsabilidad cabe extenderla a todos los sistemas que no exijan la motivación de las decisiones.

Aliste Santos, T. J., *La motivación de las resoluciones judiciales*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2018.

Andrés Ibáñez, P., “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, en *Doxa*, vol. 12, 1992.

_____, “Sobre el valor de la intermediación (una aproximación crítica), en P. Andrés Ibáñez, *En torno a la jurisdicción*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2007.

_____, *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del Estado constitucional*, Trotta, Madrid, 2015.

Atienza, M., *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003.

Castillo de la Torre, F y Gippini Fournier, E., *Evidence, Proof and Judicial Review in EU Competition Law*, Edward Elgar, Cheltenham, Reino Unido, 2017.

Colomer Hernández, I., *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

Engel, C., “Preponderance of the Evidence versus *Intime Conviction*: A Behavioral Perspective on a Conflict Between American and Continental European Law”, en *Vermont Law Review*, vol. 33, 2009.

Ferrajoli, L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma, 1989.

_____, *El garantismo y la filosofía del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000.

Gascón Abellán, M., *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, 3ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2010.

- _____, “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos”, en *Doxa*, núm. 28, 2005.
- _____, *Cuestiones probatorias*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012.
- Iacoviello, F. M., *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Giuffrè, Milano, 1997.
- Igartua, J., *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.
- Laudan, L., *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo de epistemología jurídica*, trad. de C. Vázquez y E. Aguilera, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- Limardo, A., “Repensando las máximas de experiencia”, en *Quaestio facti, Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, núm. 2, 2021.
- Nieto, A., *El arbitrio judicial*, Ariel, Barcelona, 2000.
- Nino, C. S., “Derecho, moral, política”, en *Doxa*, vol. 14, 1993.
- Peixoto, R., *Standards probatórios no direito processual brasileiro*, Juspodivm, Salvador de Bahía, 2021.
- Roberts, P., “Does Article 6 of the European Convention of Human Rights Require Reasoned Verdicts in Criminal Trials?”, en *Human Rights Law Review*, vol. 11, núm. 2, 2011.
- Schauer, F., *Pensar como un abogado. Una nueva introducción al razonamiento jurídico*, trad. de T. Schleider, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- Taruffo, M., *La motivación de la sentencia civil*, trad. de L. Córdova, Trotta, Madrid, 2011.

_____, *La prueba de los hechos*, trad. de J. Ferrer Beltrán, Trotta, Madrid, 2002.

_____, “Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba”, en *Discusiones*, núm. 3, 2003.

_____, “La motivación de la sentencia”, en *Páginas sobre justicia civil*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

_____, “Consideraciones sobre las máximas de la experiencia”, en *Páginas sobre justicia civil*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

_____, “Consideraciones sobre prueba y motivación”, en M. Taruffo, P. Andrés Ibáñez, y A. Candau Pérez, *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010.

_____, *Simplymente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, trad. de D. Accatino, Marcial Pons, Madrid, 2010.

Tuzet, G., “Assessment Criteria or Standards of Proof? An Effort in Clarification”, en *Artificial Intelligence and Law*, vol. 28, núm. 1, 2020.

Viale de Gil, P. A., “¿La prueba es suficiente cuando es suficiente? Aproximación a la construcción de la decisión de suficiencia de la prueba en materia penal”, en *Revista Pensar en Derecho*, núm. 4, 2014.

Sentencia de la England and Wales Court of Appeal

- *Flannery vs. Halifax Estate Agencies Ltd* (1999) 149 NLJ 284.

Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos —Corte IDH—

- *V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua*, sentencia de 8 de marzo de 2018.

- *Trabajadores cesados de Petroperú y otros vs. Perú*, sentencia de 23 de noviembre de 2017.
- *Zegarra Marín vs. Perú*, Serie C, núm. 331, de 15 de febrero de 2017.
- *Mohamed vs. Argentina*, Serie C, núm. 255, de 23 de noviembre de 2012.
- *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*, sentencia de 5 de agosto de 2008.
- *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, sentencia de 21 de noviembre de 2007.
- *Claude Reyes y otros vs. Chile*, sentencia de 19 de septiembre de 2006.

Sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México —SCJN—

- Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 3457/2013, de 26 de noviembre de 2014.

Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos —TEDH—

- *Hadjianastassiou vs. Grecia*, sentencia de 12 de diciembre de 1992.

La formación editorial de esta obra fue elaborada por la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis. Se utilizaron tipos ITC Berkeley de 10 y 11 puntos, Futura 12, 13 y 19 puntos. Mayo de 2022.

