

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

- MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG**
Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia
- ANA CAÑIZARES LASO**
Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Málaga
- JORGE A. CERDIO HERRÁN**
Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho Instituto Tecnológico Autónomo de México
- JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ**
Ministro en retiro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y miembro de El Colegio Nacional
- MARÍA LUISA CUERDA ARNAU**
Catedrática de Derecho Penal de la Universidad Jaume I de Castellón
- MANUEL DÍAZ MARTÍNEZ**
Catedrático de Derecho Procesal de la UNED
- CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO**
Catedrática de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica de Chile
- EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT**
Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
- OWEN FISS**
Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la Universidad de Yale (EEUU)
- JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ**
Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED
- JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC**
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia
- LUIS LÓPEZ GUERRA**
Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid
- ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ**
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla
- MARTA LORENTE SARIÑENA**
Catedrática de Historia del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid
- JAVIER DE LUCAS MARTÍN**
Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política de la Universidad de Valencia
- VÍCTOR MORENO CATENA**
Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de Madrid
- FRANCISCO MUÑOZ CONDE**
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla
- ANGELIKA NUSSBERGER**
Catedrática de Derecho Constitucional e Internacional en la Universidad de Colonia (Alemania). Miembro de la Comisión de Venecia
- HÉCTOR OLASOLO ALONSO**
Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad del Rosario (Colombia) y Presidente del Instituto Ibero-Americano de La Haya (Holanda)
- LUCIANO PAREJO ALFONSO**
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid
- CONSUELO RAMÓN CHORNET**
Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Valencia
- TOMÁS SALA FRANCO**
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia
- IGNACIO SANCHO GARGALLO**
Magistrado de la Sala Primera (Civil) del Tribunal Supremo de España
- ELISA SPECKMAN GUERRA**
Directora del Instituto de Investigaciones Históricas de la UNAM
- RUTH ZIMMERLING**
Catedrática de Ciencia Política de la Universidad de Mainz (Alemania)

Fueron miembros de este Comité:

Emilio Beltrán Sánchez, Rosario Valpuesta Fernández y Tomás S. Vives Antón

Procedimiento de selección de originales, ver página web:
www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

TESTIMONIOS: ECOS SOBRE LOS HECHOS EN EL PROCESO

Coordinadora:

MARÍA DE LOS ÁNGELES GONZÁLEZ COULON



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE HISTORIA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

tirant lo blanch
Valencia, 2024

Índice

<i>Prólogo</i>	13
JESÚS EZURMENDIA ÁLVAREZ	

Capítulo 1

<i>Prueba y argumentación. El caso de las “presunciones simples” y su aplicación al testimonio</i>	17
GIOVANNI TUZET FLAVIA CARBONELL BELLOLIO	
1. Introducción: prueba y silogismo	17
2. La justificación externa de la premisa fáctica	20
3. La justificación de la argumentación fáctica	29
4. Conclusión.....	53
Bibliografía.....	54

Capítulo 2

<i>Fabricación del testimonio e inducción al error epistémico jurídico en los procesos judiciales</i>	59
CARMEN PATRICIA LÓPEZ OLVERA	
1. Introducción	59
2. Marco teórico y metodológico	63
3. La “inducción al error epistémico jurídico” y la “fabricación del testimonio”	66
4. Las prácticas relativas a la fabricación de la prueba testimonial: aproximaciones documentales y empíricas.....	69
5. Estrategias de intervención epistémica para contener la fabricación de la prueba testimonial y la inducción al <i>error</i> epistémico jurídico	81
6. Conclusiones.....	85
Bibliografía	87

Capítulo 3

Encuadres y contrainterrogatorio: riesgos de las preguntas inductivas.... 91

NICOLÁS CARRASCO DELGADO

1. Encuadre..... 91
 2. Vinculación no intencionada de la percepción..... 94
 3. Finalidad del contrainterrogatorio 98
 4. Breves palabras sobre el recuerdo y sus falencias 106
 5. Los riesgos del contrainterrogatorio por el uso de técnicas de encuadre 111
 6. Conclusiones..... 114
- Bibliografía 116

Capítulo 4

Testigos y virtualidad en el proceso penal: más luces que sombras 119

CARLOS CORREA ROBLES

JAVIER VELÁSQUEZ VALENZUELA

1. Introducción 119
 2. Tres momentos de la virtualidad en el proceso penal..... 121
 3. Pandemia y Virtualidad de la Audiencia 125
 4. ¿Un verdadero cambio de paradigma? La práctica de la virtualidad en un proceso penal altamente burocratizado..... 128
 5. Las luces y sombras del uso de herramientas virtuales en el proceso penal 131
 6. Desafíos adicionales de la virtualidad en la rendición de la prueba testimonial..... 137
 7. Algunos lineamientos para el correcto desarrollo de audiencias de rendición de prueba por medios telemáticos 143
- Bibliografía 146

Capítulo 5

Testigos privilegiados y enjuiciamiento penal con perspectiva de género: la eficacia probatoria del testimonio de las víctimas de violencia de género en España 151

ANTONIO MARTÍNEZ SANTOS

LORENA BACHMAIER WINTER

1. Introducción 151

2. El criterio (aparente) del Tribunal Supremo español: la mujer víctima de violencia de género como testigo privilegiado.. 159
 3. Testigo privilegiado, perspectiva de género, presunción de inocencia y derecho de defensa 178
- Bibliografía 192

Capítulo 6

Testigo privilegiado contra presunción de inocencia..... 197

PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ

1. Preliminar 197
 2. Cada época tiene sus emergencias 198
 3. Preocupante *revival* de la prueba privilegiada 201
 4. Principio de presunción de inocencia: razón de ser constitucional y función procesal..... 206
 5. El principio de presunción de inocencia: su dimensión epistémica..... 208
 6. El testigo privilegiado: una construcción aberrante 210
 7. En particular, sobre el llamado “*principio* de victimización”... 215
 8. Acerca de la posición de la víctima en el proceso penal 221
- Bibliografía 223

Capítulo 7

La preconstitución del testimonio de menores y personas con discapacidad en España y Chile. Un análisis comparado 227

MERCEDES FERNÁNDEZ LÓPEZ

MARÍA DE LOS ÁNGELES GONZÁLEZ COULON

1. La preconstitución de la prueba testifical 227
 2. El sistema español..... 237
 3. El sistema chileno 250
 4. Algunas propuestas para la regulación de un sistema de preconstitución a caballo entre la integridad del testimonio, la protección del declarante y la efectividad del derecho de defensa 259
- Bibliografía 267

Prólogo

Pocas cosas pueden ser más claras evidencias del trabajo colectivo que la publicación de un libro capaz de reunir múltiples voces. La academia desarrollada de ese modo, colectivo, es casi la única forma de sentido que tiene la producción de conocimiento. Más aún cuando se refiere a un libro que trata a las fuentes primarias de conocimiento.

Los seres humanos solemos usarnos, unos a otros, como fuente primaria de información. Lo que otras personas nos cuentan o dicen suele ser la principal vía de conocimiento, desde la temprana infancia hasta la discusión académica más seria (si existe tal cosa). Los relatos sobre el miedo o el amor ideal provienen de jornadas donde lo único que existe en el ambiente son las palabras. Casi todo lo que conocemos proviene de alguna forma testimonial.

Se asocia el rol testifical a objetos o lugares que han visto pasar ante sí grandes eventos históricos y pequeños momentos de personas ordinarias y comunes, y que permanecen como testigos mudos de lo presenciado. Entonces, es posible afirmar que la historia misma de las personas consta en esos lugares como un testimonio.

El patio de la Escuela de Derecho tiene en el centro un viejo jacarandá. Ese árbol ha sido testigo silencioso de cientos de eventos en los últimos 90 años, y cada noviembre al entrar en flor y teñir de violeta la Facultad, nos recuerda que sigue allí registrando la vida todos quienes transitamos delante de él.

En el panorama de los medios de prueba, y de la evidencia en general, el testimonio ha tenido un rol central. En la historia de la humanidad, y por lo tanto del Derecho que le sirve como regulador de la conducta de quienes la conforman,

existe siempre un mecanismo de resolución de conflictos encargado a un órgano autoritativo que decide la disputa mediante alguna clase de audiencia, en la que se busca establecer la verdad de lo ocurrido.

En ese contexto, desde las más elementales y originarias formas procedimentales, la existencia de evidencia que diera cuenta de qué había ocurrido como antecedente de un juicio resulta indispensable, y por lo tanto el papel que juegan los testigos, insoslayable (*ubi societas, ibi ius... ¿et ibi testis?*). Hasta data reciente, posiblemente el mundo posrevolución industrial, el testimonio de quienes hubieren presenciado la ocurrencia de algún evento era el único medio para afirmar su acaecimiento. Antes de la aparición de la fotografía, el video y el audio grabado, y teniendo presente la limitación que el analfabetismo suponía a un grupo importante de la población, el testimonio se presentaba como la prueba por antonomasia, casi en una relación sinonímica, que haya pruebas, significada que había testigos.

Entonces el estudio de la prueba es indefectiblemente el estudio de los testigos, incluso el lenguaje usa el "testimonio" como dispositivo de explicación de otros medios de prueba: "esta fotografía da testimonio de la escena del crimen", reivindicando en uso de la palabra común el rol preponderante de la testificación como centro de todo el proceso.

De este rol capital no cabe duda, tampoco de su importancia central en la historia -presente siempre en todos los grandes procesos relativos a personajes importantes-, pero no debe perderse de vista que los testigos, en sí mismos, presentan al proceso una paradoja, puesto que llamados a ser la fuente de información que permite sostener la veracidad de lo ocurrido, pueden servir para precisamente todo lo contrario.

Los testimonios están mediados por todas las circunstancias que afectan a los agentes que deponen, quien declara como testigo inevitablemente aporta su construcción social

y personal respecto de los hechos, y, por lo tanto, encierra la posibilidad de un (pre)juizar la situación discutida mediante las gafas de su propia vivencia, o su contexto social, incluso de forma inconsciente.

Como canta Sabina: "*Y, si dos vascos atracan A un farmacéutico en Vigo, Jura el testigo que eran sudacas*"¹.

Es posible que la información entregada al proceso este completamente influida por las preferencias del testigo, por sus deseos y aspiraciones, incluso por espurios incentivos², con todos los riesgos que eso supone tanto para la administración de justicia como para los sujetos involucrados.

Esta obra, que he tenido la noble misión de prologar, supone un esfuerzo colectivo de un grupo de académic@s de distintos países y latitudes comandados por María de los Ángeles, en un esfuerzo por diagramar la textura del testimonio como medio de prueba, contrastando sus características virtudes y defectos de cara a la operación de un sistema de justicia contemporáneo, en el que - pese al avance de la ciencia y la tecnología- sigue teniendo un rol insustituible. En este esfuerzo es posible encontrar profundas reflexiones sobre la prueba anticipada, el privilegio del testimonio frente a la presunción de inocencia, el rol del contenido de las preguntas inductivas, la virtualidad pospandémica de las declaraciones, el testimonio de la víctima y la construcción epistémica del testimonio.

Como se puede apreciar, no se trata una obra introductoria, malamente podría serlo cuando en ella escriben expert@s que ya se han iniciado en el camino de la prueba, que conocen

¹ Joaquín Sabina. La casa por la Ventana.

² Del mismo tenor, el calico de Bob Dylan "Hurricane": Rubín Carter was falsely tried. The crime was murder one, guess who testified? Bello and Bradley and they both baldly lied. And the newspapers, they all went along for the ride.

sus vericuetos y están al corriente de las discusiones contemporáneas. El texto no podría ser de otra manera, teniendo presente que es dirigido y editado por la persona que más estudio y trabajo ha dedicado a su reflexión, elevando la distinción entre agente-producto al de piedra angular del estudio del testimonio.

Este libro, desarrollado en el alero de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, ha sido desarrollado bajo altísimos estándares de calidad académica, seriedad investigativa y cumplimiento de las más altas exigencias propuestas por su editora, me consta, pudiendo dar testimonio de aquello, pues he podido presenciar el desarrollo completo de todo el iter de la obra en mi calidad de compañero de trabajo de la profesora González. Desde comienzos del año 2023 con la frase “hace falta un libro colectivo con problemas actuales del testimonio, debería intentar armarlo” hasta la conclusión que supone su mensaje solicitando ser el prologuista durante los primeros días del año 2024.

En ese tránsito este libro es solo reflejo del trabajo académico incansable de su editora, y mediante sí el de todos quienes escriben, para aportar a la reflexión sobre uno de los temas que jamás se agotará para quienes nos dedicamos al estudio del proceso. No puedo sino expresar mi alegría sincera y orgullo por la labor concluida, por la contribución que presenta y por haber visto el paso de la idea a la concreción como un testigo presencial, bajo la sombra del jacarandá.

JESÚS EZURMENDIA ÁLVAREZ

Profesor asociado

Departamento Derecho Procesal

Facultad de Derecho

Universidad de Chile

Capítulo 1

Prueba y argumentación. El caso de las “presunciones simples” y su aplicación al testimonio¹

GIOVANNI TUZET²

FLAVIA CARBONELL BELLOLIO³

1. INTRODUCCIÓN: PRUEBA Y SILOGISMO

Hay dos cosas muy importantes para la comprensión del papel de las pruebas en el derecho: en primer lugar, la ubicación del razonamiento probatorio en el contexto de la argumentación jurídica; y en segundo lugar, el uso de ejemplos reales para mostrar cómo se desarrollan estos argumentos.

En los últimos años la literatura sobre prueba jurídica ha crecido mucho⁴, pero algunas de las contribuciones al debate

¹ Este texto elabora, de forma diferente, algunas tesis de Canale y Tuzet, 2021: caps. 4 y 5. Su primera versión se presentó en el taller “La enseñanza de la prueba” en mayo de 2022 en Girona (“1st Michele Taruffo Girona Evidence Week”); agradecemos a los organizadores y a los participantes por sus comentarios, y a Rodrigo Coloma por sus variadas sugerencias.

² Profesor Filosofía del Derecho Universidad Bocconi, Italia.

³ Profesora asociada Derecho Procesal Universidad de Chile.

⁴ Algunos de los mejores libros en castellano son Gascón, 2012; Taruffo, 2013a; Gama, 2019; García Amado, 2019; Dei Vecchi, 2020;

tratan la cuestión como “insular”, es decir, como si las conexiones con las otras partes de la argumentación jurídica no fueran relevantes o importantes, o como si lo único importante fuera el derecho probatorio. A ello se suma que no es raro encontrar trabajos muy teóricos que reservan un espacio mínimo a los ejemplos y que, cuando utilizan ejemplos, lo hacen de forma muy abstracta. Esto no ayuda a la comprensión del papel de las pruebas, que tiene mucho que ganar con el uso y el análisis de ejemplos y casos reales. Los *Gedankenexperimente* resultan interesantes para los filósofos, pero mucho menos para los juristas.

Empecemos por el contexto argumentativo. Según un modelo clásico de justificación de la decisión judicial, el juez debe formular un silogismo donde una norma jurídica desempeña el papel de premisa mayor, la representación de un hecho desempeña el papel de premisa menor y la decisión es la conclusión lógica de la inferencia (Canale y Tuzet, 2021: 33 y ss.)⁵. El modelo es normativo, o reconstructivo, mas no descriptivo de la práctica judicial. Lo que lo hace atractivo es el valor de la seguridad jurídica, junto con el hecho de que las conclusiones del silogismo se ajustan no sólo a la lógica sino también a un principio de igualdad jurídica: ¿por qué no sancionar a Fulano con S si todos los que hacen A deben ser sancionados con S (premisa mayor) y Fulano hizo A (premisa menor)?

Por otro lado, como es bien sabido, las premisas no se encuentran como dólares en la calle o trufas bajo los árboles: ellas deben ser construidas a partir de los argumentos que aducen las partes en el juicio. Si llamamos “interna” a la justificación que dan las premisas a la conclusión del silogismo, podemos llamar “externa” a la justificación que aquellos argumentos

Paula Ramos, 2020; Ferrer, 2021.

⁵ Para más detalles véase Dei Vecchi, 2018:12 y ss.; Dei Vecchi, 2020: 20 y ss.; Atienza, 2013: 23 y ss. Cfr. Duarte d’Almeida, 2019 desde una perspectiva crítica.

dan a sus premisas. De esta manera, en conjunto, el modelo del silogismo se transforma en lo que puede llamarse “modelo de la doble justificación”⁶.

La justificación externa de la premisa menor, o premisa fáctica, viene dada por los argumentos sobre los hechos relevantes. Estos argumentos se formulan a partir de las pruebas disponibles. El razonamiento que los estructura es el razonamiento probatorio.

Por lo tanto, una comprensión del papel de las pruebas en el derecho necesita de la teoría de la argumentación jurídica. En este sentido, es fundamental comprender las características de los argumentos jurídicos sobre la prueba y las características del razonamiento probatorio que los estructura⁷. Además, desde una mirada normativa, hay razones para defender el modelo clásico del silogismo judicial, si este modelo se enriquece con la distinción entre justificación interna y externa de la decisión judicial. Por eso, el discurso sobre la prueba jurídica puede ser parte del modelo de la doble justificación. Ilustraremos todo esto con ejemplos tomados en particular del ámbito de las presunciones (más precisamente, del ámbito de las presunciones *hominis*) y veremos la manera en que ellas se utilizan al valorar la prueba testimonial.

Antes de entrar en el discurso sobre la prueba, quisiéramos especificar que, técnicamente, con la palabra “argumento” nos referimos a una inferencia pública sobre un tema controvertido,

⁶ Este requisito de doble justificación puede encontrarse en autores como Wróblewski, 1974 y, a partir de allí, en varios teóricos de la argumentación jurídica como Alexy, 1989, MacCormick, 1997, Chiassoni, 2011.

⁷ “Si los razonamientos probatorios desarrollados en las decisiones son adecuados, si las argumentaciones son aceptables, se habrá dado ya un gran paso. Será posible identificar decisiones correctas e incorrectas sobre la base del *razonamiento*” Dei Vecchi, 2020: 232.

es decir, una forma de razonamiento que se presenta a una audiencia sobre un tema en el que hay desacuerdo. En este sentido, no hay propiamente argumentos privados, ni tampoco argumentos sobre asuntos que todos aceptan⁸.

2. LA JUSTIFICACIÓN EXTERNA DE LA PREMISA FÁCTICA

Como hemos dicho, la justificación externa de la premisa fáctica es la justificación de la premisa menor del silogismo judicial. Se trata de dar razones para considerar como verdadera (o, al menos, como correcta) la representación del hecho jurídicamente relevante. Aquí hay dos tipos de problemas: (1) los problemas del razonamiento probatorio y (2) los problemas de la calificación jurídica de los hechos.

Los primeros son problemas de reconstrucción del hecho relevante a partir de las pruebas disponibles y procesalmente admisibles. En muchos casos, se trata de reconstruir un hecho del pasado, no directamente observable, a través de argumentos articulados a partir de pruebas: testimonios, documentos, pericias e indicios de diferente naturaleza. Frecuentemente, se parte de un efecto observado (por ejemplo, la muerte de Mengano) y se intenta llegar a sus causas (la conducta de Fulano). Pero hay casos en los que se discuten las circunstancias fácticas presentes (por ejemplo, el estado de conservación de un bien) y las circunstancias futuras (los previsible efectos dañinos de una conducta). En cualquier caso, se trata de reunir pruebas a partir de las cuales, a través de argumentos, puede representarse correctamente el hecho relevante.

⁸ Puede haber, por cierto, argumentos a partir de una premisa que todos aceptan o que se presenta como una que todos aceptan.

El hecho relevante puede ser llamado "hecho principal" en la medida en que es aquello de lo que depende una determinada consecuencia jurídica prevista por una norma. Por el contrario, se puede llamar "hecho secundario" a aquel del que se puede inferir el hecho principal (Taruffo, 2005: 119 y ss.). El hecho de que se haya rendido un determinado testimonio, o se haya producido un determinado documento, o se haya encontrado un cierto indicio, son todos hechos secundarios a partir de los cuales se puede inferir el hecho principal. Un hecho principal es un *factum probandum*; un hecho secundario es un *factum probans* (Anderson et al., 2015: 131 y ss.)⁹.

Los problemas de calificación jurídica de los hechos son, en cambio, problemas de "traducción" de los hechos probados en hechos jurídicamente relevantes. ¿Es la conducta probada de Fulano subsumible bajo un determinado supuesto fáctico previsto por el derecho? ¿Presenta las características previstas por el supuesto de hecho? Por ejemplo, un robo efectuado rodeando el cuello de un taxista con una bufanda ¿es un robo con "arma impropia"?¹⁰ El hurto realizado llevando un sombrero ancho con el ala calada sobre parte de la cara ¿constituye un hurto realizado por "persona disfrazada"? (Moreso, 2005: 140). La calificación jurídica de los hechos pone en contacto el razonamiento probatorio con el razonamiento interpretativo, ya que requiere considerar los aspectos de los hechos que son jurídicamente relevantes y, a su vez, guía la interpretación de las disposiciones jurídicas para obtener normas aplicables a los hechos¹¹.

⁹ Estos autores también emplean las expresiones "*probandum final*" y "*probanda intermedias*" para referirse, respectivamente, a los hechos principales y hechos secundarios.

¹⁰ Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba (Argentina), Sala Penal, 5 de julio de 2002.

¹¹ Sin embargo, véase Ubertone, 2022 sobre la importancia de no confundir las cuestiones jurídicas con las fácticas.

Aquí nos concentraremos en la argumentación fáctica, refiriéndonos, primero, a la relación entre pruebas y verdad, luego a los estándares de prueba y finalmente a la justificación de las inferencias probatorias.

2.1. Pruebas y verdad

Según una concepción tradicional de la relación entre pruebas y verdad, las pruebas son razones para considerar como verdadera, o al menos como probada, una determinada representación del hecho jurídicamente relevante. MICHELE TARUFFO ha dicho que “ninguna decisión puede considerarse justa si se basa en una averiguación falsa o errónea de los hechos relevantes” (2013a: 13). Y JORDI FERRER ha dicho que hay una relación teleológica entre prueba y verdad (2021: 17 y ss.)¹². Pero ¿qué se entiende aquí por “verdad”? ¿Qué significado tiene esta palabra en la argumentación de las partes y de los juzgadores?

Si observamos el contexto de la *praxis* argumentativa en el derecho, es posible notar que “verdad” tiene el mismo significado que asume en otros contextos en los que usamos la palabra, especialmente en los contextos cotidianos. No hay, en este sentido, ningún misterio ni ninguna cuestión profundamente metafísica que examinar. Por el contrario, en nuestras interacciones lingüísticas cotidianas, incluidas aquellas dotadas de una dimensión argumentativa, usamos palabras como “verdadero” y “falso” entendiéndonos perfectamente. Cuando decimos “Es verdad que Manolo publicó un libro” estamos queriendo referirnos al hecho de que Manolo publicó un libro. Si después al-

¹² Otra cuestión, que no discutimos aquí, es si hay una relación conceptual entre prueba y verdad. Para ello, Ferrer, 2005: 27 y ss.; Tuzet, 2020: 149 y ss.; Dei Vecchi, 2020: 15 y ss.

guien añade que Manolo publicó más de un libro¹³, podremos correctamente responder que esto también es verdad y que es falso que Manolo no publicó ningún libro.

El análisis filosófico estándar de este uso de “verdad” consiste en decir que estamos frente a un enunciado verdadero cuando hay correspondencia entre un enunciado y el hecho sobre el que versa tal enunciado. Si el enunciado se corresponde con el hecho, el enunciado es verdadero; en caso contrario, es falso. Si Manolo publicó un libro, el enunciado “Manolo publicó un libro” es verdadero; en caso contrario, falso. En términos generales, podemos decir que el enunciado “H” es verdadero si y solo si H.

Esto es válido también en el campo jurídico y procesal. Cuando el fiscal afirma que “Lizzie Borden mató a sus padres con un hacha” (Putnam, 1994: 495 y ss.), él formula un enunciado con pretensiones de verdad. Si hay una relación de correspondencia entre el hecho jurídicamente relevante y el enunciado que lo representa, el enunciado es verdadero; en caso contrario, es falso. De este modo, el enunciado “Lizzie Borden mató a sus padres con un hacha” es verdadero si y solo si Lizzie Borden mató a sus padres con un hacha.

El problema, naturalmente, es que los juzgadores casi nunca tienen un acceso directo a los hechos: no los presenciaron, ni pueden hacerlo. Únicamente pueden reconstruirlos o representarlos a través de pruebas y argumentos probatorios. Tal vez precisamente por este tipo de dificultades se han defendido también, en el ámbito filosófico, otras concepciones de la verdad. Además de la concepción de la verdad como correspondencia, se ha propuesto la concepción de la verdad como

¹³ El ejemplo es un caso de “implicatura escalar”. Levinson, 1983: 132 y ss. Por supuesto, hay que determinar a qué se refieren las palabras “Manolo”, “publicó” y “un libro”. Para ello, Bulygin, 2015: 258.

coherencia. Desde este punto de vista, un enunciado será verdadero cuando subsista una relación de coherencia entre tal enunciado y el conjunto de enunciados al que el primer enunciado pertenece¹⁴.

Una razón filosófica para encontrar interesante esta idea es la dificultad para acceder a los hechos en cuanto tales. En efecto, nuestro acceso a los hechos está mediado por nuestros sentidos y conceptos, de manera tal que intentar establecer los hechos más allá de cómo los veamos o percibamos parece una tarea ilusoria. Ello explicaría el aire de tautología que tiene la concepción correspondentista cuando afirma que el enunciado "H" es verdadero si y solo si H. No obstante, desde otro punto de vista, la concepción coherentista tiene problemas para mantener la relación con el mundo. En este sentido, una fábula es un conjunto de enunciados coherentes, pero nadie cree que realmente existió una niña llamada "Caperucita Roja" que saliera a visitar a su abuela enferma y a la que se la comió un lobo. El conjunto de los enunciados que constituyen la historia es coherente, pero no por ello constituye un conjunto de enunciados verdaderos. A lo sumo, la coherencia es uno de los criterios por los que consideramos (podemos creer) verdadera una representación de los hechos (Ferrajoli, 1995: 38, 49, 64-67) pero, precisamente, verdadera en el sentido de correspondencia con los hechos. De un testimonio incoherente pensamos que es falso (no se corresponde con lo sucedido), mientras que solemos aceptar como verdadero un testimonio coherente (aunque no se debe olvidar que un testimonio coherente podría narrar hechos completamente inventados).

¹⁴ Una compilación de artículos sobre las teorías de la verdad, que incluye las teorías correspondentista y coherentista, puede encontrarse en Nicolás y Frápolli, 1997.

Algo similar se podría decir respecto de la concepción de la verdad como demostrabilidad¹⁵. Esta concepción es bastante lejana a la forma ordinaria en la que empleamos la palabra "verdad". Si Beatriz le pregunta a Dante "¿Es verdad que me has traicionado?" es impropio pensar que Beatriz le pregunta si esto es demostrable. Normalmente, Dante no responde "No, no se puede probar". Si quiere tranquilizar a Beatriz, Dante responde "No, no ha sido así". Si Dante hace esto, él adopta una concepción correspondentista de la verdad. Pero es cierto que en un proceso judicial cuentan las pruebas y que, en una acusación penal, no sería impropio que la defensa dijese "La pretensión del fiscal no puede ser probada". No obstante, quien dice esto no afirma que la pretensión es *falsa* porque no puede ser probada, sino que únicamente dice que no está *justificada* porque no puede ser probada. Por lo tanto, la concepción de la verdad como demostrabilidad confunde el significado de "verdad" con los instrumentos que tenemos para saber si un enunciado es verdadero, es decir, con la disponibilidad de pruebas que permitan probarlo. Sin embargo, tal concepción sugiere algo apropiado en relación con la justificación de las pretensiones sobre los hechos en el marco de un proceso.

Por un lado, las pruebas practicadas sirven para *justificar* las pretensiones fácticas de las partes y las creencias de los decisores (si las creencias cuentan para la justificación) o la aceptación de una hipótesis sobre los hechos (si la aceptación cuenta para la justificación de la decisión). Por otro lado, las pruebas sirven para *cuestionar* las reconstrucciones de los hechos

¹⁵ Es una concepción filosófica que es discutida en diferentes formulaciones, como aquella de la "verificabilidad en condiciones ideales" o la "asertabilidad garantizada". Según esta concepción, un enunciado es verdadero si y solo si es verificable en condiciones ideales o podemos afirmarlo de manera garantizada. Putnam, 1994: 461-491. No discutiremos aquí las concepciones "deflacionistas" de la verdad, dado que no parecen relevantes para nuestro contexto.

de la contraparte, o para proponer una versión diferente de los hechos. Quien tiene la carga de la prueba está llamado a fundamentar con pruebas y argumentos sus propias pretensiones fácticas. Por el contrario, quien no tiene tal carga puede limitarse a atacar las pretensiones de la contraparte, esgrimiendo que son inconsistentes o que son incompatibles con otras pruebas disponibles¹⁶.

No obstante, la parte que no tiene la carga de la prueba también puede presentar su versión de los hechos y fundamentarla con pruebas, si lo considera estratégicamente oportuno. Éste es el aspecto dialéctico del proceso, en el que las pruebas y los argumentos sobre los hechos son sometidos a un análisis crítico que comienza por la argumentación de las partes y termina con los argumentos de los juzgadores. Ahora bien, la justificación epistémica¹⁷ de la representación de los hechos está dada por las pruebas y los argumentos fácticos, y se alcanza cuando se cumple el estándar de prueba aplicable.

¹⁶ Sobre la (controvertida) distinción entre carga en sentido subjetivo y en sentido objetivo, véase Nieva et al., 2019.

¹⁷ Véase Dei Vecchi, 2020: 43-184 para más detalles sobre esa noción. Las razones epistémicas son razones para creer de manera justificada, mientras que las razones prácticas son razones para actuar de manera justificada; sin embargo, como sostiene el autor, la justificación epistémica en el razonamiento probatorio tiene un componente pragmático: “Es importante subrayar que lo contextual no son los criterios o parámetros epistémicos en sí, sino la completitud o suficiencia en la satisfacción de (los únicos, los auténticos o genuinos) criterios epistémicos. Es la *suficiencia* de las razones epistémicas en favor de las proposiciones lo que varía según el contexto de decisión”. Dei Vecchi, 2020: 190-191.

2.2. Estándares de prueba

En los últimos años se ha debatido mucho sobre los estándares de prueba, y aquí diremos solo algunas cosas esenciales¹⁸. Los estándares de prueba pueden ser considerados como *umbrales de justificación de una conclusión fáctica*¹⁹. Hemos dicho que las pruebas sirven para justificar las creencias de los juzgadores sobre los hechos, o su aceptación de una hipótesis acerca de los hechos. Cuando se alcanza o supera tal umbral, la pretensión es considerada probada. Si está justificada, bajo el modelo de la doble justificación, la conclusión se convierte en la premisa fáctica del silogismo.

No existe un único estándar por la simple razón de que existen diferentes tipos de procesos con diferentes bienes en juego. En el proceso penal, tendencialmente se usa un estándar más exigente respecto del utilizado en el proceso civil, puesto que en el primero están en juego bienes considerados fundamentales, como la libertad personal y, en ocasiones, la vida. Por esta razón, el umbral que deben alcanzar las pruebas y los argumentos de la acusación debe ser superior al estándar de prueba normalmente aplicable en el proceso civil. Según el estándar de la “duda razonable”, para aceptar la hipótesis de la acusación, la prueba debe haber alcanzado el umbral en el que

¹⁸ Cfr. Ferrer y Tuzet, 2018 y Ferrer, 2021: 22 y ss., sobre la necesidad de contar con estándares de prueba. Véase también Dei Vecchi, 2022 como crítica a la concepción “objetivista” de los estándares. Loeb y Reyes, 2022 proponen, en cambio, una concepción de los estándares como normas de competencia. Cfr. Reyes, 2020.

¹⁹ Una reconstrucción de los estándares de prueba que no los considera solo como umbrales, sino también como prototipos y, en razón de ello, presta atención no solo a una perspectiva cuantificable, sino también presta atención a la forma de estructurar el razonamiento en términos de llevar a cabo una evaluación desde las semejanzas y diferencias con casos indubitados que pertenezcan a la categoría de probado o no probado, puede verse en Coloma, 2016: 26-54.

la duda sobre la culpabilidad del imputado sería irrazonable. Se trata de un estándar exigente, de espíritu garantista, que intenta minimizar las condenas de inocentes²⁰. Naturalmente, queda abierta la cuestión interpretativa acerca de qué se deba entender por duda “razonable”, pero la idea detrás del estándar es clara: un umbral alto, que proteja al imputado.

En términos cuantitativos, es posible encontrar diferentes tesis acerca de dónde colocar el estándar, siendo esto para algunos un umbral de probabilidad cercana a la certeza, alrededor del 99%, aunque para otros bastaría un 95% o incluso un 90%. Sin embargo, es difícil fijar en términos cuantitativos un estándar que nace como cualitativo. E incluso fijándolo en un determinado valor de probabilidad, es difícil realizar estimaciones de ese tipo en los casos en los que la prueba no tiene una dimensión estadística. Ciertamente, se pueden hacer asignaciones subjetivas de probabilidad, pero no se ve qué utilidad tiene en un contexto de este tipo (Ferrer, 2021: 19-65; Taruffo, 2013a: 42-57)²¹.

En el ámbito civil el estándar de prueba es inferior. La tradición angloamericana lo identifica con el estándar de la “prueba preponderante”, o “probabilidad prevaleciente”, o “más probable que no” (hay diferentes matices en estas formulaciones). En términos cuantitativos, el estándar queda satisfecho cuando a la pretensión fáctica se le atribuye una probabilidad superior al 50%²².

²⁰ La exigencia alta del estándar de la “duda razonable” acarrea problemas en ciertos contextos, como es el caso de las violaciones a los derechos humanos en que la producción de prueba es difícil por las cortapisas que, en su momento, impone el aparato estatal. Esto favorece la existencia de discursos paralelos al judicial. Ver Accatino, 2016: 354-361.

²¹ Ambos autores se refieren a la probabilidad “lógica” o “inductiva”, que en su opinión no admite el cálculo matemático.

²² Véase también Haack, 2014: 47 y ss., sobre las diferentes concepciones de la probabilidad y del peso probatorio.

Aquí vuelve a aparecer la dificultad de operar con estimaciones de este tipo, aunque el problema es menos grave que en el ámbito penal dado que no está en juego ni la libertad ni la vida de los individuos (aunque podemos estar hablando de enormes cantidades de dinero o de otros importantes valores económicos o derechos). En todo caso, los argumentos construidos a partir de las pruebas deben llegar a conclusiones justificadas según los estándares aplicables, sean cuantitativos o cualitativos.

3. LA JUSTIFICACIÓN DE LA ARGUMENTACIÓN FÁCTICA

3.1. La argumentación fáctica y las presunciones

Una vez considerado el papel de las pruebas y de los estándares, veamos ahora qué tipos de argumentos fácticos podemos encontrar en el marco del razonamiento probatorio. Esto nos ayudará a entender las características de su justificación. Recordemos que, en la reconstrucción de los hechos, a partir de efectos conocidos, con frecuencia se intenta reconstruir las causas desconocidas de aquellos, llevando a cabo un razonamiento hacia atrás. Una analogía matemática puede ser útil, relevando la diferencia entre los dos siguientes problemas²³:

$$5 + 2 = ?$$

$$? + ? = 7$$

El primer problema lo podemos resolver de manera deductiva, mientras que el segundo no. Volviendo al contexto probatorio, de una pelea podemos inferir que hubo desorden en el

²³ El ejemplo es de Frixione, 2007: 116.

lugar donde se produjo. ¿Pero podemos inferir del desorden, hacia atrás, que ha habido una pelea? En casos de este tipo, frecuentemente se habla de “signos de pelea”, ¿Pero qué tipo de garantía proporciona un razonamiento de este tipo? ¿A qué tipo de conclusiones podemos llegar dado que tales “signos” podrían haberse producido por otras causas? El problema de fondo es que se trata de un razonamiento que tiene que ver con la *incertidumbre* producida por el carácter incompleto de la información disponible: no sabemos todo lo que sería necesario saber para decidir de manera completamente justificada.

Para manejar esta dificultad, hay que analizar los nexos inferenciales que unen hechos secundarios y principales. Los hechos secundarios funcionan básicamente como premisas menores de las inferencias probatorias. Después, hay “reglas-puente” utilizadas como premisas mayores de dichas inferencias, y hechos principales que funcionan sobre todo como conclusiones del razonamiento²⁴. Recordemos que el hecho principal es el *factum probandum* de que trata la premisa menor del silogismo judicial.

Las “reglas-puente” son reglas generales que pueden ser de distintos tipos: reglas empíricas (como máximas de la experiencia y leyes científicas), reglas conceptuales (como una definición legal o doctrinaria), o reglas legales (por ejemplo, reglas sobre prueba legal, reglas de valoración o reglas de presunción). Mediante estas reglas-puente, se pasa de hechos secundarios a hechos principales, es decir, de las pruebas o de los hechos conocidos a los hechos que deben ser probados.

²⁴ Decimos “básicamente” y “sobre todo” porque puede haber inferencias en las que los hechos principales están en las premisas y se comprueban los hechos secundarios que deberían seguir como conclusiones.

Muchas reglas-puente tienen una justificación inductiva, ya que son derivadas de la experiencia (Dei Vecchi, 2018: 79)²⁵.

La estructura típica del razonamiento probatorio es la siguiente: hecho secundario (HS) / regla-puente (RP) // hecho principal (HP). A estas estructuras, algunos autores las llaman “inferencias probatorias”, que se distinguen unas de otras precisamente por el tipo de reglas-puente que emplean (González Lagier, 2022: 371 y ss.). Pero pueden darse estructuras más complejas en las que, por ejemplo, de un hecho secundario se infiere otro hecho secundario del cual, a su vez, se infiere el hecho principal²⁶.

Raramente tales inferencias tienen una estructura deductiva, debido a la incertidumbre probatoria que caracteriza gran parte de los casos. Se intenta llegar a hechos desconocidos a partir de hechos conocidos²⁷: esto se lleva a cabo mediante elementos indiciarios o presuntivos, o más precisamente, mediante un razonamiento presuntivo (Taruffo, 1974).

Tomemos por ejemplo el artículo 2729 c. 1 del Código Civil italiano sobre las presunciones simples (o presunciones

²⁵ El autor las llama “reglas de enlace” o “reglas de sustento”, y siguiendo la terminología de TOULMIN dice que las consideraciones (inductivas) que fundamentan esas reglas son su “respaldo” o “fundamento”. Ver Coloma y Agüero, 2014 sobre máximas de experiencia, ciencia y lógica.

²⁶ Gascón, 2012: 52-55 critica la idea de que no se pueden utilizar esos argumentos complejos (o presunciones de presunciones), ya que la idea parte de un prejuicio contra las pruebas indirectas y de otro a favor de las directas (aunque, en realidad, ambos tipos tienen carácter inferencial). González Lagier, 2013: 62-64, explica que la diferencia es “cuantitativa”, es decir, referida al número de pasos inferenciales.

²⁷ En el discurso sobre presunciones (legales) se utiliza a menudo la distinción entre hechos base y hechos presumidos. Véase Gama, 2019.

hominis): “Las presunciones no establecidas por ley son dejadas a la prudente consideración del juez, quien debe admitir solo presunciones graves, precisas y concordantes”²⁸. Cuando se razona basándose en presunciones simples, el juez no está obligado a llevar a cabo inferencias impuestas por la ley (lo que ocurre con las presunciones legales, sean ellas *iuris tantum* o *iuris et de iure*)²⁹, sino que debe ejercer una prudente valoración que admita únicamente las presunciones graves, precisas y concordantes³⁰. Algo análogo dispone el artículo 192 c. 2 del Código de Procedimiento Penal italiano sobre los *indicios*: “La existencia de un hecho no puede ser derivada a partir de indicios, salvo que éstos sean graves, precisos y concordantes”³¹. El

²⁸ Similarmente, el Código Civil chileno prescribe lo siguiente: Art. 1712. Las presunciones son legales o judiciales. Las legales se reglan por el artículo 47. Las que deduce el juez deberán ser graves, precisas y concordantes.

Art. 47. Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas. Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal.

²⁹ No discutimos el estatuto de las presunciones legales en este trabajo. Ver Dei Vecchi, 2020: 77 y ss., sobre las presunciones absolutas (*iuris et de iure*) en particular. Ver Carbonell, 2021 para un análisis de las diferentes acepciones de la expresión “presunciones” en el derecho y de sus características y funciones. También Mendonca, 1998

³⁰ La determinación de la gravedad, precisión y concordancia de las presunciones es el resultado de un ejercicio de valoración probatoria, que no discutiremos en este lugar. Sobre las presunciones simples y la triada puede verse Taruffo 2020: 336 y ss. Sobre los modelos atomistas y holistas de valoración probatoria, Accatino, 2014.

³¹ En el Código de Procedimiento Civil chileno (CPC), la regla sobre presunciones judiciales (presunciones simples u *hominis*) reza así: Art. 426 (428). Las presunciones como medios probatorios, se regirán por las disposiciones del artículo 1712 del Código Civil. Una sola presunción puede constituir plena prueba cuando, a juicio del

hecho principal de la acusación no puede ser inferido a partir de indicios, a menos que éstos tengan tales características.

En este sentido, las inferencias a partir de indicios (en el proceso penal) y de elementos presuntivos (en el proceso civil) se llevan a cabo del mismo modo, más allá de las diferencias de los diversos contextos procesales y los estándares aplicables. Veamos algunos ejemplos.

Un ejemplo (penal) puede servir para ilustrar cómo funcionan estas reglas-puentes cuando ellas consisten en generalizaciones empíricas. En un proceso por el homicidio consumado de dos personas, un Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, razonó de la siguiente manera³²:

“En cuanto al enlace entre los elementos de juicio y la hipótesis acusatoria, la máxima consistente en que quien logra ser ubicado en el sitio del suceso portando un cuchillo, al lado de un cadáver, con heridas compatibles con dicho medio comisivo en una calle solitaria es el autor del homicidio, información que es ratificada con las imágenes captadas en los videos, así como con el informe del Servicio Médico Legal que da cuenta de las heridas que presentaban los cadáveres, así como parcialmente con la versión que entrega el propio acusado, cumple con los criterios epistémicos desde que se encuentra suficientemente fundada en el entendimiento común sobre cómo ocurren regular o frecuentemente las cosas y cómo se correlacionan los hechos en términos lógicos y conforme a un razonamiento de carácter inductivo. Además, dicha máxima se encuentra sólidamente establecida desde que los antecedentes incorporados al juicio permiten refutar las hipótesis alternativas planteadas por la defensa, consistente por ejemplo, en que pudiese haber sido otra persona y no el acusado quien

tribunal, tenga caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar su convencimiento.

El Código Procesal Penal chileno (CPP) del 2000 no contiene norma alguna referida a presunciones simples ni a la noción de indicios.

³² Segundo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 14 de septiembre de 2023, RIT N° 258-2023.

dio muerte a las víctimas. Como se aprecia la máxima establecida por el Tribunal permite conectar de manera coherente, simple y sin contradicciones los medios de prueba vertidos en el juicio, con la conclusión consistente en que el acusado fue el autor de los homicidios que se le imputan en términos tales que la decisión correcta conforme al acervo probatorio con que cuenta el tribunal una vez practicada la prueba no puede ser otra que la condena del acusado”.

Aquí, es el propio tribunal el que describe su razonamiento como uno de naturaleza inductiva. Concretamente, construye una inferencia probatoria empírica o presunción simple que conecta el *factum probans* con el *factum probandum* a través de una máxima de la experiencia:

(1)

Quien logra ser ubicado en el sitio del suceso portando un cuchillo, al lado de un cadáver, con heridas compatibles con dicho medio comisivo en una calle solitaria es el autor del homicidio (máxima de la experiencia, ME) /

R.A.S.A. fue ubicado en el sitio del suceso, portando un cuchillo, al lado de uno de los cadáveres //

R.A.S.A. es el autor del homicidio.

Desde el punto de vista de la valoración conjunta de la prueba, el tribunal intenta reforzar su conclusión probatoria por medio de otras pruebas en favor de la decisión de culpabilidad, del siguiente modo:

(2)

Si el caso concreto es una instancia de una ME y ello es corroborado por otras pruebas no desvirtuadas, entonces la decisión cumple con los criterios de racionalidad epistémica (es sólida) /

El caso concreto es una instancia de una ME y se encuentra corroborado por imágenes captadas en videos, por el informe del Servicio Médico Legal y parcialmente por la declaración del propio acusado //

La decisión cumple con los criterios de racionalidad epistémica (es sólida).

Veamos otro ejemplo (civil). La Segunda Sección del Tribunal de Justicia de la Unión Europea decidió en 2017 el caso C-621/15 sobre la prueba del daño por vacuna defectuosa³³. Al Sr. W. se administró en Francia una vacuna producida por Sanofi Pasteur contra la hepatitis B, en tres inyecciones entre diciembre de 1998 y julio de 1999. En agosto de 1999 el Sr. W. comenzó a presentar varios síntomas que llevaron, en noviembre de 2000, a un diagnóstico de esclerosis múltiple. En 2006 el Sr. W. y algunos de sus familiares presentaron un recurso para obtener una compensación de Sanofi Pasteur, conforme a la ley francesa, por los daños causados por un producto defectuoso. Lo relevante aquí es el razonamiento probatorio que, a partir de unos hechos secundarios, conduciría a una conclusión sobre el papel causal de la vacuna. El derecho francés, al igual que el derecho italiano, permite esta prueba sobre la base de presunciones graves, precisas y concordantes. Para el Tribunal de Justicia esto es compatible con el derecho de la UE, siempre que los elementos presuntivos no se traten de manera que se invierta la carga de la prueba (de la parte demandante a la parte demandada). Un sistema de presunciones “automáticas” contra el productor desencadenadas por “indicios materiales predeterminados” (§ 47 de la decisión) invertiría la carga de la prueba.

A favor del Sr. W. se indicaron las siguientes circunstancias: (1) el breve lapso entre la inoculación de la vacuna y los primeros síntomas de la patología; (2) sus excelentes condiciones de salud anteriores; (3) la falta de antecedentes personales y familiares referida a la patología.

Ahora supongamos que el Sr. W. quiere simplemente esgrimir el breve lapso (HS) como prueba de la causalidad (HP). El breve lapso entre inoculación y primeros síntomas es el hecho

³³ El caso es discutido en más detalle en Ferrer y Tuzet, 2018. Dejaremos de lado las cuestiones de causalidad jurídica.

conocido y secundario a partir del cual probar el hecho principal desconocido. Para justificar la solicitud de compensación, se podrían articular estas dos inferencias (cuyas premisas mayores tienen, por supuesto, forma lógica condicional):

(3)

Si hay breve lapso, entonces hay causalidad (si HS entonces HP) /

Hay breve lapso (HS) //

Hay causalidad (HP).

(4)

Si hay causalidad, entonces hay breve lapso (si HP entonces HS) /

Hay breve lapso (HS) //

Hay causalidad (HP).

Ambas inferencias tienen la misma premisa menor y la misma conclusión, pero premisas mayores diferentes en la medida en que el condicional de cada una tiene los factores invertidos respecto de la otra: “si HS entonces HP” en (3); “si HP entonces HS” en (4).

La estructura lógica de (3) es *deductiva*: la conclusión no puede ser falsa si las premisas son verdaderas. Pero no se puede decir lo mismo de (4): la conclusión podría ser falsa pese a que las premisas sean verdaderas, dado que la patología podría deberse a otros factores. Desde un punto de vista lógico, (4) constituye una falacia formal de “afirmación del consecuente” (Atienza, 2013: 116 y 213)³⁴: se afirma el consecuente

³⁴ Véase también Frixione, 2007: 125, en cuya opinión quien comete una falacia de afirmación del consecuente está convencido erróneamente de que está realizando una inferencia lógicamente correcta, mientras que quien realiza una inferencia conjetural es consciente de que se trata de un proceso falible.

del condicional (HS) para inferir el antecedente (HP). Ahora bien, la conclusión no está garantizada en la medida en que la patología podría deberse a otros factores.

La estructura lógica de (4) es *abductiva*: es una inferencia que formula una hipótesis explicativa (Tuzet, 2020: 39-62; Tuzet, 2021). El breve lapso entre la inoculación y los primeros síntomas de la patología se explica mediante el papel causal de la vacuna. Debe recordarse que una inferencia hipotética no garantiza la corrección de su conclusión, esto es, la conclusión puede ser falsa incluso cuando las premisas son verdaderas. Ahora bien, esta inferencia obtiene una conclusión que sólo es considerada probable o plausible (con cierto grado de probabilidad o plausibilidad). Esto es lo que sucede con las inferencias en las que, a partir de uno o varios hechos conocidos, se razona “hacia atrás” hasta un hecho desconocido, imaginando aquello que podría explicar los hechos conocidos. En este sentido, podemos hablar de la abducción como “lógica de la incertidumbre”: hay razones para inferir una conclusión, aunque ésta no es segura. Por otra parte, no debe pasarse por alto que el papel de la abducción está sujeto a distintas condiciones en la fase de investigación (cuando se formulan hipótesis explicativas) y en la fase de control de hipótesis.

¿Debemos preferir (3) a (4) por su estructura deductiva? Aunque se pueda afirmar que la deducción también es deseable en la justificación externa del silogismo judicial, hay que señalar que, en situaciones como esta, es fácil formular un razonamiento en forma deductiva. Para hacerlo, es suficiente con poner los factores del condicional de la premisa mayor en el orden necesario para que tenga la forma de una deducción: “si HS entonces HP”, en lugar de “si HP entonces HS” (dado que conocemos HS). Ahora bien, esta es una estrategia dialéctica puramente formal. La premisa mayor de (4), es decir, su regla-puente, tiene, en cambio, dos ventajas: la primera es que permite presentar el orden *causal* de los hechos (la vacuna como supuesta causa de la patología); la segunda

es que permite una inferencia abductiva *honest*a, es decir, una inferencia que se presenta como hipotética en lugar de fingir una falsa seguridad deductiva.

Es más, si se quisiese ser completamente honestos, habría que debilitar la premisa mayor de la inferencia abductiva ("Frecuentemente, si HP entonces HS") y su conclusión ("Probablemente, HP"). Y si hubiera estadísticas sobre la correlación de HP y HS, la conclusión sería aún más precisa. Dicho de otra manera, es importante identificar y controlar las premisas mayores de las inferencias probatorias. Sus reglas-puente (RP) pueden ser máximas de la experiencia, leyes científicas, regularidades estadísticas, o reglas de valoración de algún tipo. Hay que identificarlas y controlar su aceptabilidad. Este punto también nos permite decir que el requisito de la doble justificación se aplica incluso a las inferencias probatorias, ya que tanto sus conclusiones como sus premisas pueden ser objeto de controversia.

De hecho, si fuésemos los abogados del demandado contra quien se dirige la pretensión, ¿cómo podríamos rebatir una inferencia honesta como lo es (4)? Si la premisa menor constituida por el hecho secundario (HS) es pacífica, podríamos atacar el argumento diciendo que la regla-puente no es aceptable, o que el hecho secundario (HS) no es suficiente para inferir el principal (HP). En efecto, la probabilidad o plausibilidad de una conclusión incierta está en función del valor probatorio de los elementos en las premisas; y tales elementos, según el derecho francés, italiano y chileno sobre presunciones simples, deben ser graves, precisos y concordantes. Se podría afirmar, en este sentido, que el breve lapso no es suficiente para justificar la pretensión de causalidad. Imaginemos, entonces, que el argumento del demandante sea reforzado del modo siguiente:

(5)

Si hay causalidad entre vacuna y patología, entonces hay breve lapso, excelentes condiciones anteriores y falta de antecedentes personales y familiares (RP: si HP entonces HS₁, HS₂, HS₃) /

Hay breve lapso, excelentes condiciones anteriores y falta de antecedentes personales y familiares (HS₁, HS₂, HS₃) //

Hay causalidad entre vacuna y patología (HP).

Esta ha sido, en efecto, la estructura de la argumentación probatoria del demandante en el caso que estamos considerando. Ahora, (5) sigue siendo una falacia formal, pero la conclusión es más fuerte que antes. La conclusión de (4) es más débil dado que está fundamentada en un solo hecho secundario y por una regla-puente demasiado simple. La conclusión de (5) está fundamentada en una pluralidad de hechos secundarios que el demandante podría presentar como "graves, precisos y concordantes". Y la regla-puente de (5) es bastante menos simple.

Llegados a este punto, ¿qué podría hacer el abogado del demandado? Podría bien defender todavía que el conjunto de los elementos de prueba presentados por el demandante (hechos secundarios) no es suficiente para inferir la hipótesis (hecho principal), o bien que al menos alguno de los elementos presentados no es correcto. Mediante la primera estrategia, no se conseguiría mucho allí donde el estándar de prueba civil fuese el de la "probabilidad prevaleciente", o "prueba preponderante", según el cual no se exige al demandante probar la certeza (o casi certeza) de su conclusión, sino únicamente su mayor probabilidad o plausibilidad. El demandado, más bien, tendría que alegar una causa explicativa diferente de los hechos conocidos y argumentar que las cosas han sido de manera diferente. O bien, utilizando la segunda estrategia, el demandado podría atacar algunos de los elementos que aparecen en la premisa menor. Por ejemplo, mediante esta segunda estrategia, podría probar que las condiciones anteriores del Sr. W. no eran

excelentes. De este modo, se podría falsificar el asunto HS_2 si la parte demandante hubiese alegado que las condiciones anteriores del Sr. W. eran excelentes. Como resultado de un enfrentamiento como este, los juzgadores deberían establecer si la pretensión del demandante sobre los hechos resulta probada según el estándar de prueba relevante.

3.2 *Abducción justificada, falacias y cargas argumentativas*

Ninguna inferencia abductiva, por definición, satisface el criterio de validez deductiva. Ahora bien, dado que las abducciones, en cuanto inferencias no deductivas, intentan formular hipótesis que expliquen lo que ha sucedido, se las puede considerar justificadas en la medida en que satisfagan el correspondiente estándar de prueba en un determinado contexto (como el de prueba preponderante, o el de duda razonable).

De este modo, se puede considerar justificada la abducción que, pese a no tener validez deductiva, formula la hipótesis más probable o más plausible – o la “mejor explicación” de los hechos conocidos – en el ámbito civil, o la única explicación razonable de los hechos conocidos en el ámbito penal. La hipótesis más probable o más plausible es suficiente para el ámbito civil, mientras que en el penal – dado el requisito de prueba más allá de toda duda razonable – es necesaria una hipótesis más fuerte, es decir, una hipótesis sin alternativas razonables.

Nótese que en el caso de esclerosis múltiple ya considerado, las circunstancias alegadas por el demandante tienen perfiles diferentes: el breve lapso (HS_1) sugeriría el nexo de causalidad, mientras que las condiciones previas (HS_2) y la falta de antecedentes (HS_3) servirían para excluir otros procesos causales. HS_2 y HS_3 son hechos del pasado con respecto a la inoculación, mientras que HS_1 es un hecho posterior a ésta. El conjunto de los tres probaría la hipótesis causal del demandante. Y cuando

una argumentación probatoria logra descartar las hipótesis rivales, la abducción se convierte en la “mejor explicación”.

Incluso la abducción más fuerte sigue siendo una falacia desde el punto de vista formal. No obstante, si es razonable asumir la hipótesis formulada, no se trata de una falacia material. La falacia material en la que puede incurrir una abducción consiste en presentar como fuertes pruebas que son, en realidad, débiles o, por el contrario, presentar como débiles pruebas que son fuertes. Algo similar se puede decir respecto a otras inferencias no deductivas como la inducción y la analogía.

Por ejemplo, es una falacia material considerar el testimonio de una persona poco fiable como una prueba fuerte del hecho controvertido, o viceversa, considerar como prueba débil el testimonio de una persona muy fiable³⁵.

Quien quiera persuadir sobre la corrección de una determinada hipótesis, tendrá la tentación de presentar como fuertes pruebas que son en, realidad, débiles. ¿Quién presentaría como débiles pruebas que son fuertes? Por supuesto, quien tenga un interés argumentativo contrario en la dialéctica procesal. Las partes en un juicio con frecuencia caen en dichas tentaciones, por comprensibles y legítimas que sean sus estrategias procesales. Ahora bien, corresponde a los jueces estimar el valor probatorio de los elementos que les presenten e identificar posibles falacias materiales en la argumentación de las partes.

¿Qué estrategia es correcta, por el contrario, para demoler o atacar gravemente el argumento del adversario? Hacer una

³⁵ TARUFFO ocupa las categorías “prueba suficiente”, “prueba débil” o “insuficiente” y “falta de prueba” en favor de la verdad o falsedad de un enunciado relativo a un hecho, y el resultado de estas combinaciones da lugar a un “hexágono de compatibilidad”. Véase Taruffo, 2013b.

inferencia mediante un *modus tollens*. Supongamos que se ha denunciado un acto de violencia sexual y la acusación haya inferido, a partir de testimonios y otros indicios, que el imputado es culpable. La defensa podría argumentar del siguiente modo:

(6)

Si hubiese habido violencia sexual, habría signos de lucha en el cuerpo de la víctima (RP: si HP entonces HS) /

No hay signos de lucha en el cuerpo de la víctima (no HS) //

No ha habido violencia sexual (no HP).

Esta inferencia asume provisionalmente la hipótesis de la acusación (o, al menos, una hipótesis diferente de la propia) y, a partir de ella, deriva una consecuencia que, si la hipótesis de la acusación fuese correcta, tendría que ocurrir. Ahora bien, al no haberse producido dicha consecuencia, se concluye que es incorrecto asumir tal hipótesis. La regla de inferencia aquí utilizada es el *modus tollens* porque, a partir de la negación del consecuente del condicional que funciona como premisa mayor (no HS), se llega a concluir la negación del antecedente (no HP)³⁶. Se trata de un argumento, volviendo al ejemplo, típicamente propuesto por la defensa cuando se trata de persuadir a los juzgadores acerca de la voluntariedad de la relación sexual entre el imputado y la supuesta víctima. Llegados a este punto, la acusación debería formular una ulterior abducción que explique la ausencia de signos de lucha (por ejemplo, sosteniendo que la víctima quedó paralizada por el terror), aunque la defensa se haya anotado un punto a su favor.

³⁶ Nótese la diferencia con la "estrategia de destrucción", Mendonca, 1998: 97-98, que se aplica a las presunciones *iuris tantum* y que consiste en probar la negación del hecho presumido, mientras que con la "estrategia de bloqueo" se prueba la negación del hecho base respecto de las presunciones legales en general.

Aún más persuasivo sería un *modus tollens* como el siguiente, en el que no se niega la violencia sexual, sino la participación del imputado:

(7)

Si Giuseppe hubiese cometido dicho acto de violencia sexual en Milán tal día a tal hora, habría estado en Milán también poco después /

En realidad, poco después Giuseppe estaba en Roma (y, por tanto, no en Milán) //

Giuseppe no cometió dicho acto de violencia sexual.

Esta forma lógica de la *coartada* consiste en mostrar algo incompatible con la hipótesis de la acusación. Nótese que, desde un punto de vista lógico, el *modus tollens* es una deducción. La conclusión se sigue necesariamente de las premisas: si aceptamos la premisa mayor de (7) y no rechazamos la premisa menor, no podemos rechazar la conclusión.

El *modus tollens* no debe ser confundido con la afirmación del consecuente: en el *modus tollens*, se niega el consecuente del condicional y se concluye la negación del antecedente; en la *afirmación del consecuente*, se afirma – precisamente – el consecuente para afirmar el antecedente.

Recordemos, además, una cosa que, hasta aquí, solo ha sido mencionada. En las dinámicas procesales no todos deben argumentar sobre todas las cuestiones. Para estructurar los procesos y con el objetivo de alcanzar decisiones, los sistemas procesales establecen cargas argumentativas y probatorias. Típicamente, en el proceso civil la carga de la prueba corresponde al demandante y en el proceso penal a la acusación. De este modo, según el artículo 192 c. 2 del Código de Procedimiento Penal italiano, por ejemplo, la defensa no debe demostrar la ausencia de indicios graves, precisos y concordantes de culpabilidad, ni menos todavía tiene que ofrecer indicios graves, precisos y concordantes de la inocencia del imputado. Por el contrario,

es la acusación la que debe ofrecer indicios contra el imputado. Lo mismo ocurre en la regulación procesal penal chilena, donde es el Ministerio Público, como ente persecutor penal, quien ejerce la acción penal pública, dirige la investigación y, en su caso, acusa y presenta prueba de cargo en el juicio oral (artículos 6, 77, 259 del Código Procesal Penal). La defensa puede conformarse con presentar defensas, en el sentido de “oponerse, negar, cuestionar o introducir matices y modificaciones relevantes a aquello que se le atribuye” (Carbonell y Valenzuela, 2021: 59) al imputado, o puede introducir una hipótesis defensiva de inocencia, que tendrá que apoyar con pruebas para tener posibilidades de que sea acogida.

El derecho puede, además, prever un reparto diferente de las cargas argumentativas, dependiendo del supuesto de hecho, invirtiendo las cargas probatorias o distribuyéndolas de varias maneras si alguna razón lo justifica³⁷. Ello muestra que la argumentación jurídica, incluida aquella sobre los hechos, no sigue las reglas informales de las discusiones cotidianas, sino la sucesión de etapas dialécticas previstas por las normas jurídicas que regulan los actos del proceso. También la distinción entre grados de conocimiento de los hechos y del derecho, o de diversos niveles del proceso, y el papel de los diferentes tribunales suponen una división del trabajo argumentativo, razón por la cual a algunos juzgadores se les encargan determinadas tareas y no otras. Por otro lado, es cierto que la parte que no tiene la carga argumentativa debe valorar bien su propia estrategia procesal: si le es más conveniente limitarse a la crítica de los argumentos de la contraparte, o si es mejor proponer una hipótesis propia y argumentar en su favor.

³⁷ Más técnicamente, esto requiere la articulación de cargas de producción y cargas de persuasión. Véase Allen, 2014 y De Paula Ramos, 2020.

3.3. Prueba testimonial y razonamiento presuntivo

La prueba testimonial, de tan frecuente empleo en los procesos judiciales, es también un terreno fértil para mostrar la utilidad de los conceptos teóricos y mejorar la comprensión de las pruebas y de la argumentación fáctica. Para alcanzar conclusiones probatorias a partir de testimonios se emplean, usualmente, inferencias probatorias empíricas, que no son otra cosa que estas clásicas estructuras de razonamiento que el derecho denomina presunciones simples o presunciones judiciales.

Los testimonios consisten en la comunicación a través de la cual una persona transmite a otra u otras personas información que éstas últimas desconocen, y que puede generar nuevas creencias o conocimientos (Ezurmendia, González y Carbonell, 2023: 51)³⁸. En el campo jurídico, los testimonios son declaraciones que una persona realiza ante el tribunal en el contexto de un proceso judicial, y que versan sobre hechos o conocimientos relevantes para la decisión del asunto controvertido. Los testimonios pueden provenir bien de personas legas (*lay testimony*), bien de expertos (prueba pericial o *expert testimony*) (Tuzet, 2021b: 206)³⁹ y, en el primer caso, ya sea de personas que presenciaron los hechos respecto de los cuales declaran (*eyewitness testimony*), ya sea de personas que deponen acerca de hechos que escucharon de otras personas (testigos de oídas o *hearsay*) (Tuzet, 2021b). En lo que sigue, nos referiremos a, y ejemplificaremos con, testimonios de personas legas que declaran sobre hechos que afirman haber presenciado.

Mucho se ha discutido sobre el valor que debe otorgarse a los testimonios en general y a los testimonios judiciales en

³⁸ Véase también Vázquez, 2015: 51; Lackey, 1999: 471; González, 2021: 204.

³⁹ En este caso, no obstante, no se trata de mera transmisión de información, sino producción de información.

particular. Básicamente, existen dos tesis acerca de la prueba testimonial, con puntos de partida opuestos: la tesis reduccionista, según la cual la “declaración de un testigo sólo debe ser creída cuando haya una mínima justificación para hacerlo”, y la tesis antirreduccionista, que señala que la “declaración de un testigo debe ser creída a menos que haya razones más poderosas para no hacerlo” (Páez, 2014: 101). Se denomina “reduccionista” porque postula que el conocimiento de segunda fuente (por ejemplo, un testimonio de oídas) debe ser reducido a conocimiento de primera fuente (por ejemplo, un testimonio presencial) y el conocimiento del testigo presencial debe ser reducido a conocimiento perceptual. En este sentido, la prohibición de testimonio de oídas en algunas legislaciones encuentra justificación precisamente en esta tesis reduccionista.

El reduccionismo tiene por fundamento el principio de desconfianza hacia los testigos (*principle of distrust*), y el antireduccionismo se basa en el principio de confianza (*principle of trust*). Sin embargo, en lugar de tomar partido por uno u otro extremo, pareciese ser que el mejor camino consiste en encontrar una vía intermedia entre reduccionismo y antireduccionismo que dé cuenta, por un lado, del rol social del testimonio y, por otro, de la importancia de adoptar una posición epistémicamente vigilante (tener filtros epistémicos y evitar confianza ciega) (Tuzet, 2021b: 206-207)⁴⁰.

⁴⁰ “Si es verdad que en contextos cotidianos seguimos el principio de confianza o credulidad, también es verdad que, en contextos especiales, como el proceso judicial, seguimos el principio de desconfianza. Allí no creemos por defecto, porque los intereses en juego pueden inducir a los testigos a mentir o a informar mal los hechos en algunos aspectos”. En el mismo sentido, se ha sostenido que “en un contexto como el procesal vale más bien el Principio de desconfianza: no creemos y no debemos creer en los testigos por default, sino solo bajo determinadas condiciones”. Tuzet, 2020: 99-100.

Esta vía intermedia, por lo demás, es coherente/se complementa con el “principio de proximidad maximal”, según el cual deben preferirse las fuentes de información más cercanas a los hechos relevantes; en otras palabras, mientras más lejos esté aquella fuente o elemento de prueba de los hechos, menor valor probatorio tendrá⁴¹. Por una parte, la vía intermedia asume que no es posible eliminar el testimonio como fuente de conocimiento, tampoco en el ámbito judicial, pero morigerará las expectativas de los intervinientes en el proceso acerca del grado de apoyo que dichas pruebas puedan aportar a las conclusiones probatorias. Por otra parte, también con un criterio de realidad, el principio de proximidad maximal asume que, a medida que aumenta la distancia entre la fuente de información y los hechos, la información se debilita, pierde calidad o disminuye su fuerza probatoria.

La tesis reduccionista puede incorporarse en la argumentación fáctica de un proceso concreto a través de una inferencia como esta:

(8)

Generalmente, los testigos propuestos por las partes en un proceso judicial actúan motivados por sus intereses económicos o personales; es decir, tienen incentivos para mentir y, por tanto, no son creíbles, a menos que existan razones para creerles /

A es un testigo de parte que declara en un proceso judicial //

A no es un testigo creíble.

En este caso, se emplea una generalización acerca del comportamiento de los testigos propuestos por las partes en el contexto de un proceso judicial para dudar de la credibilidad de los testigos. Esta falta de credibilidad también puede provenir

⁴¹ Esta es la terminología propuesta en Tuzet 2021b: 207. Por ejemplo, se preferirá el testimonio de un testigo presencial (“testigo directo”) al de un testigo de oídas (“testigo indirecto”).

de la gravedad de las consecuencias para una de las partes derivada de acoger la hipótesis respaldada por el testimonio.

La cautela epistémica de la tesis reduccionista, por tanto, exige que existan razones adicionales para creer al testigo, tales como otras pruebas o el cumplimiento de determinados criterios de credibilidad. Este juicio de credibilidad puede considerar elementos tales como la verosimilitud (i.e. describe situaciones o hechos físicamente posible) y coherencia de su declaración, las capacidades del testigo (tales como percepción, memoria o comunicación), las causas indicativas de parcialidad, y la corroboración del testimonio con otros medios de prueba. Si el testigo es creíble, entonces está permitido dar por probados los enunciados fácticos objetos de su declaración.

La sospecha de la credibilidad de un testigo de parte como un caso de desconfianza epistémica puede, en ciertos casos, fundarse en razones adicionales. Así, por ejemplo,

(9)

Generalmente, si los testigos tienen facultades de mando y representación en una empresa en razón de los cargos que detentan, entonces es plausible que tengan interés en el resultado del juicio (por tanto, su testimonio no es creíble) /

A y B son testigos que ejercen cargos que involucran facultades de mando y representación //

A y B tienen interés en el resultado del juicio (por tanto, su testimonio no es creíble)⁴².

⁴² El ejemplo se extrae de la Sentencia del Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, de 6 de noviembre de 2020, Rol N° I-154-2020. Respecto de este y el siguiente ejemplo, nótese que en materia laboral rige el sistema de valoración de sana crítica (art. 456 del Código del Trabajo) y están prohibidas las tachas o causales de inhabilidad para declarar o para restar valor a las declaraciones de los testigos (art. 454 n°5, inc. 5, Código del Trabajo: "No se podrá formular tachas a los testigos. Únicamente en la oportunidad a que se refiere el número 9 de este artículo, las partes podrán hacer las

Igualmente, la falta de "imparcialidad" del testimonio de un testigo podría deberse a razones de enemistad:

(10)

Generalmente, una persona que termina su relación laboral en malos términos tiene al menos interés indirecto en la resolución del juicio, por lo que sus declaraciones no son objetivas. Se entiende que la relación termina en malos términos cuando

observaciones que estimen oportunas respecto de sus circunstancias personales y de la veracidad de sus manifestaciones"). Sin embargo, la valoración que realiza el tribunal incorpora los fundamentos de las reglas sobre tachas que existen en el Código de Procedimiento Civil, que consagra un sistema de prueba tasada. En efecto, están afectos a una causal de inhabilidad relativa para declarar, "5°. Los trabajadores y labradores dependientes de la persona que exige su testimonio; 6°. Los que a juicio del tribunal carezcan de la imparcialidad necesaria para declarar por tener en el pleito interés directo o indirecto; y 7°. Los que tengan íntima amistad con la persona que los presenta o enemistad respecto de la persona contra quien declaren. / La amistad o enemistad deberán ser manifestadas por hechos graves que el tribunal calificará según las circunstancias" (art. 358 del CPC). El Tribunal Constitucional de Chile ha sostenido recientemente que esta disposición, y la institución de las tachas en general, no atenta contra la garantía del debido proceso y la igualdad de armas, rechazando un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad fundado en aquellas razones. En este sentido, sostiene que "[L]as inhabilidades de los testigos operan como garantía frente a la ausencia de imparcialidad de los testigos que presenta un litigante y que podrían afectar a la contraria. Tal disposición supone una limitación razonable a este medio probatorio y no resulta vulneratoria ni contraria a la igualdad ante la ley toda vez que esta norma, en caso de ser invocada, se aplica con independencia de la calidad procesal del recurrente. De esta manera, las partes están en situación de igualdad frente a la prueba testimonial, pues ambas tienen la facultad de solicitarla y la posibilidad de tacharla cuando ha sido el juez o la contraparte quienes han dado lugar a la comparecencia del testigo" (Sentencia del Tribunal Constitucional Rol 13.111-2022, de 06 de abril de 2023, considerando 7°).

la persona interpone demandas y/o querellas en contra de la demandada /

A y B terminaron sus relaciones en malos términos //

Las declaraciones de A y B no son objetivas⁴³.

Ahora bien, desde el punto de vista jurídico, el valor que se lo otorgue a los testimonios dependerá del sistema de valoración de la prueba previsto por el legislador. En un sistema de libre valoración de la prueba, los jueces sólo estarán limitados por reglas epistémicas generales y por reglas jurídicas que prohíban extraer conclusiones vulneradoras de derechos (por ejemplo, que afecten el principio de igualdad y no discriminación) o que prohíban valorar prueba ilícitamente obtenida. Este es el sistema de valoración de la prueba que, a partir del año 2000, rige el proceso penal chileno (artículo 297 CPP), el proceso laboral chileno, al que pertenecen los ejemplos (9) y (10), y otros procesos (de familia, tributario, ambiental).

⁴³ El ejemplo se extrae de la Sentencia del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, de 5 de septiembre de 2017, Rol N° O-2866-2017. En este sentido, se sostiene que “ (...) al particular si bien la testimonial rendida por la demandante, consistente en los dichos de la señora Kojakovic y el señor Pallares [A y B], se esforzaron por configurar un escenario en que apareciera como plausible la naturaleza privada de los dineros que maneja la corporación, lo cierto es que sus argumentaciones, más propias de un informe en derecho que una prueba testimonial, se encuentran influidas por sus propias situaciones personales en relación a la demandada, habiendo terminado sus relaciones laborales en malos términos con la misma, habiendo deducido litigios contra esta, y habiendo sido objeto la primera hasta de una querrela criminal por motivo de los mismos anexos contractuales que se pretende aplicar en la presente causa, todo lo cual no permite establecer un carácter objetivo de sus declaraciones, las que claramente tienen un interés al menos indirecto en la resolución del litigio, por cuanto podrá reflejar un antecedente en sus propias causas, lo que no permite otorgarles credibilidad”.

En un sistema de prueba tasada, habrá que estarse a lo que señale el legislador acerca del valor que debe otorgársele a uno o más testimonios que se practiquen en el proceso para respaldar enunciados sobre hechos relevantes. El proceso civil chileno contempla este sistema de valoración de la prueba, pero con algunas atenuaciones⁴⁴, toda vez que las reglas dejan márgenes de apreciación al juez.

Veamos con algunos ejemplos qué forma adopta el razonamiento probatorio referido a la prueba testimonial en estos dos escenarios procesales. Partamos por el proceso penal, que adopta un sistema de valoración libre de la prueba. Imaginemos que en un proceso por abuso sexual una trabajadora sexual rinde prueba testimonial para probar un hecho secundario que afirma haber presenciado y el tribunal razona así:

(11)

Generalmente, el testimonio de las trabajadoras sexuales no es creíble /

Una trabajadora sexual declara haber visto a los acusados rodear a la víctima y conducirla a un callejón //

Con alta probabilidad, el testimonio de la trabajadora sexual no es creíble.

Si no es creíble el testimonio, continua el razonamiento, y a falta de otra prueba en el mismo sentido, no puede darse por probado el enunciado según el cual “los acusados rodearon a la víctima y la condujeron a un callejón”. Podría pensarse que la regla-puente es una concreción de la tesis reduccionista expresada en (8) y, en ese sentido, es aceptable en un

⁴⁴ Por ejemplo, el legislador ha dispuesto que la prueba pericial se apreciará en conformidad a las reglas de la sana crítica (art. 425 CPC) y que, en caso de existir dos o más pruebas contradictorias y a falta de ley que resuelva el conflicto, los tribunales preferirán la que crean más conforme con la verdad (art. 428 CPC).

razonamiento judicial. Sin embargo, la regla-puente en (11) asocia la falta de credibilidad a un determinado grupo, trabajadoras sexuales, sin mediar justificación ni respaldo empírico. En (8), en cambio, la falta de credibilidad se asocia a todos los testigos propuestos por las partes, y la justificación consiste en que tienen incentivos para mentir. Estas reglas-puente que cumplen la función de enlace de enunciados también son objeto de evaluación a partir de criterios de racionalidad epistemológica tales como el grado de fundamentación de la generalización o el grado de probabilidad de la correlación que expresan (González Lagier, 2022)⁴⁵.

Así las cosas, la inferencia en (11) emplearía un estereotipo descriptivo, que asocia una característica, “no es creíble”, a una persona, “trabajadora sexual”, por el solo hecho de serlo, y que produce un efecto discriminatorio (Arena, 2016: 54-55). Desde otra terminología, sería un claro caso de injusticia epistémica testimonial: “un prejuicio que hace que un hablante sea minusvalorado y percibido como epistémicamente inferior (discriminación directa)” (Fricker, 2021: 97). En efecto, el déficit de credibilidad se debe a un “prejuicio identitario” del oyente hacia el hablante (Fricker, 2007: 28), cuyo empleo está proscrito por el derecho (Ezurmendia, González y Carbonell, 2023)⁴⁶.

El segundo escenario es el proceso civil chileno, en el que contamos con varias reglas sobre valoración legal del testimonio

⁴⁵ “Cuanto mejor fundadas estén las generalizaciones empíricas en inducciones ampliativas sólidas, mejor confirmada está la hipótesis”; “cuanto mayor sea la probabilidad-frecuencia expresada en la generalización empírica, más sólida es la hipótesis”. González Lagier, 2022: 388-389.

⁴⁶ Véase, además, Páez y Arcila-Valenzuela, 2024.

en el artículo 384 del Código de Procedimiento Civil⁴⁷. Detengámonos en una de ellas:

“Artículo 384. Los tribunales apreciarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas siguientes:

2a. La de dos o más testigos contestes en el hecho y en sus circunstancias esenciales, sin tacha, legalmente examinados y que den razón de sus dichos, podrá constituir prueba plena cuando no haya sido desvirtuada por otra prueba en contrario”.

Este artículo podría ser reconstruido condicionalmente como conteniendo una regla de presunción legal: Si (a) dos o más testigos; (b) declaran lo mismo sobre el hecho y sus circunstancias esenciales; (c) no adolecen de tachas (causales de parcialidad); (d) han sido examinados de acuerdo con la ley; (e) apoyan sus declaraciones con razones; y (f) la declaración no haya sido desvirtuada por otra prueba en contrario; *entonces* hay plena prueba. Y esta regla de presunción podría ser usada como la regla-puente (en este caso, normativa) que permite conectar los requisitos (a) al (f), satisfechos en el caso concreto, con una consecuencia normativa referida al valor de dicha prueba (“plena prueba”).

4. CONCLUSIÓN

Resumiendo, estos son los puntos principales que queríamos sostener en las páginas anteriores: (i) la prueba requiere argumentación; (ii) la compresión del papel de las pruebas en el derecho se beneficia de la familiaridad con las estructuras

⁴⁷ Como ya dijimos antes, hay ciertas morigeraciones a la “tasación legal” toda vez que este art. 384 CPC incorpora diversas expresiones valorativas, tales como referencias a testigos que “parezca que dicen la verdad por estar mejor instruidos de los hechos, o por ser de mejor fama, más imparciales y verídicos” (regla 3a.).

del razonamiento, junto al análisis de casos y problemas reales, no meramente hipotéticos; (iii) el razonamiento probatorio es parte del razonamiento jurídico; (iv) el modelo de la doble justificación puede orientar el razonamiento de las partes y del juez; (v) las inferencias probatorias tienen diferentes formas y contenidos; (vi) las inferencias presuntivas (en términos de presunciones simples o inferencias probatorias empíricas) pueden presentarse incluso como deducciones, pero en esencia son inferencias abductivas fundadas en generalizaciones empíricas (inducciones); (vii) las inferencias abductivas, como las otras formas de argumentación fáctica en el derecho, están justificadas cuando cumplen con los estándares de prueba aplicables; (viii) los estándares de prueba se encuentran en el marco de las cargas argumentativas establecidas por el derecho; (ix) el razonamiento judicial a partir de la prueba testimonial requiere cautela epistémica, pero sin desplazar la importancia social y procesal de esta prueba; (x) en un sistema de libre valoración de la prueba, la valoración de la prueba testimonial se realiza a través de razonamientos presuntivos, mientras que en sistemas de prueba tasada habrá que atender a lo que establezca el legislador.

BIBLIOGRAFÍA

- ACCATINO, Daniela. Atomismo y holismo en la justificación probatoria. *Isonomía*. 2014, n° 40, pp. 17-59.
- ACCATINO, Daniela. Prueba, verdad y justicia de transición. El caso de Cecilia Magni y Raúl Pellegrin (Corte Suprema). *Revista de Derecho (Valdivia)*. 2016, vol. 29, n° 1, pp. 337-361.
- ALEX, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- ALLEN, Ronald. Burdens of Proof. *Law, Probability and Risk*. 2014, vol. 13, n° 3-4, pp. 195-219.

- ANDERSON, Terence, SCHUM, David y TWINING, William. *Análisis de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2015.
- ARENA, Federico. Los estereotipos normativos en la decisión judicial: Una exploración conceptual. *Revista de derecho (Valdivia)*. 2016, vol. 29, n° 1, pp. 51-75.
- ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta, 2013.
- BULYGIN, Eugenio. *Essays in Legal Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- CANALE, Damiano y TUZET, Giovanni. *La justificación de la decisión judicial*. Lima: Palestra Editores, 2021.
- CARBONELL, Flavia. Presunciones y razonamiento probatorio. En: Jesús Ezurmendia (coord.), *Proceso, prueba y epistemología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, pp. 373-414.
- CARBONELL, Flavia y VALENZUELA, Jonatan. La prueba de la inocencia y las defensas probatorias: el caso de la revisión. *Revista Chilena de Derecho*. 2021, vol. 48, n° 1, pp. 55-80.
- CHIASSONI, Pierluigi. *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*. Madrid: Marcial Pons, 2011.
- COLOMA, Rodrigo. Los usos de los estándares de prueba: entre umbrales y prototipos. *Discusiones*. 2016, vol. 18, n° 2, pp. 23-57.
- COLOMA, Rodrigo y Agüero, Claudio. Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba. *Revista Chilena de Derecho*. 2014, vol. 41, n° 2, pp. 673-703.
- DEI VECCHI, Diego. *Problemas probatorios perennes*. México: Fontamar, 2018.
- DEI VECCHI, Diego. *Los confines pragmáticos del razonamiento probatorio*. Puno: Zela, 2020.
- DEI VECCHI, Diego. Prueba sin convicción en su justa medida. *Doxa*. 2022, n° 45, pp. 337-373.
- DE PAULA RAMOS, Vitor. *La carga de la prueba en el proceso civil. De la carga al deber de probar*. Madrid: Marcial Pons, 2020.
- DUARTE D'ALMEIDA, Luis. On the Legal Syllogism. En: David Plunkett, Scott Shapiro y Kevin Toh (eds.), *Dimensions of Normativity*. Oxford: Oxford University Press, 2019, pp. 335-364.
- EZURMENDIA, Jesús, González, María de los Ángeles y Carbonell, Flavia. Me llaman calle. Trabajo sexual e Injusticia epistémica. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*. 2023, vol. 91, n° 253, pp. 37-66.

- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995.
- FERRER, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- FERRER, Jordi. *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*. Madrid: Marcial Pons, 2021.
- FERRER, Jordi y Tuzet, Giovanni. Sulla necessità degli standard di prova per la giustificazione delle decisioni giudiziali. *Diritto & Questioni Pubbliche*. 2018, n° 18, pp. 455-472.
- FRICKER, Miranda. *Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- FRICKER, Miranda. Conceptos de injusticia epistémica en evolución. *Las Torres de Lucca. Revista internacional de filosofía política*. 2021, vol. 10, n° 19, pp. 97-104.
- FRIXIONE, Marcello. *Come ragioniamo*. Roma-Bari: Laterza, 2007.
- GAMA, Raymundo. *Las presunciones en el Derecho. Entre la perplejidad y la fascinación de los juristas*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2019.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *La prueba judicial: Sus reglas y argumentos*. Sucre: Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, 2019.
- GASCÓN, Marina. *Cuestiones probatorias*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. México: Fontamara, 2013.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Inferencia probatoria y valoración conjunta de la prueba. En: Jordi Ferrer (coord.), *Manual de derecho probatorio*. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022, pp. 353-396.
- HAACK, Susan. *Evidence Matters. Science, Proof, and Truth in the Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- LACKEY, Jennifer. Testimonial Knowledge and Transmission. *The Philosophical Quarterly*. 1999, vol. 49, n° 197, pp. 471-490.
- LEVINSON, Stephen. *Pragmatics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1983.
- LOEB, Don y Reyes, Sebastián. Standards of Proof as Competence Norms. *Jurisprudence*. 2022, n° 13, pp. 349-369.
- MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Segunda ed. Oxford: Clarendon, 1994.

- MENDONCA, Daniel. Presunciones. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. 1998, n° 21, pp. 83-98.
- MORESO, Juan José. *Lógica, argumentación e interpretación en el derecho*. Barcelona: Editorial UOC, 2005.
- NICOLÁS, Juan Antonio y Frápolli, María José (coords.). *Teorías de la verdad en el siglo XX*. Madrid: Tecnos, 1997.
- NIEVA, Jordi, Ferrer, Jordi y Giannini, Leandro. *Contra la carga de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2019.
- PÁEZ, Andrés. La prueba testimonial y la epistemología del testimonio. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. 2014, n° 40, pp. 95-118.
- PÁEZ, Andrés y Arcila-Valenzuela, Migdalia. Los problemas probatorios de la injusticia testimonial en el derecho. *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del Derecho*. 2024, n° 59, pp. 199-228.
- PUTNAM, Hilary. Sense, Nonsense, and the Senses: An Inquiry into the Powers of the Human Mind. *Journal of Philosophy*. 1994, vol. 91, n° 9, pp. 445-517.
- REYES, Sebastián. Judicial Discretion as a Result of Systemic Indeterminacy. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*. 2020, vol. 33, n° 2, pp. 369-395.
- TARUFFO, Michele. Certezza e probabilità nelle presunzioni. *Il Foro Italiano*. 1974, n° 97, pp. 83-112.
- TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2005.
- TARUFFO, Michele. *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Nación, 2013a.
- TARUFFO, Michele. Las situaciones probatorias. Aspectos lógicos de la decisión sobre los hechos. *Jueces para la democracia*. 2013b, n° 77, pp. 73-79.
- TARUFFO, Michele. *Hacia la decisión justa*. Puno: Zela, 2020.
- TUZET, Giovanni. *La prueba razonada*. Puno: Zela, 2020.
- TUZET, Giovanni. *Filosofía de la prueba jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2021a.
- TUZET, Giovanni. Testimony and Hearsay. En: Verena Klapstein y Maciej Dybowski (eds.). *Theory of Legal Evidence—Evidence in Legal Theory*. Cham: Springer, 2021b, pp. 205-223.
- UBERTONE, Michele. Come non confondere questioni di fatto e questioni di diritto. *Ragion pratica*. 2022, n° 58, pp. 201-222.

VÁZQUEZ, Carmen. *De la prueba científica a la prueba pericial* Madrid: Marcial Pons, 2015.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision. *Rechtstheorie*. 1974, n° 5, p. 33-46.

Jurisprudencia

Segunda Sección del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2017, N° C-621/15.

Segundo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 14 de septiembre de 2023, RIT N° 258-2023.

Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 05 de septiembre de 2017, Rol N° O-2866-2017,

Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 06 de noviembre de 2020, Rol N° I-154-2020,

Tribunal Constitucional de Chile, 06 de abril de 2023, Rol N° 13111-2022.

Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba (Argentina), 5 de julio de 2002, Sala Penal.

Capítulo 2

Fabricación del testimonio e inducción al error epistémico jurídico en los procesos judiciales

CARMEN PATRICIA LÓPEZ OLVERA¹

1. INTRODUCCIÓN

Una de las preguntas centrales que se formulan en el ámbito de la epistemología jurídica aplicada es: ¿Bajo qué condiciones es posible determinar la verdad en el derecho? Algunas de las variables de las que depende dar respuesta a dicha pregunta son:

(a) Que las pruebas documentales, periciales y testimoniales sean atinentes y confiables. La atinencia se refiere a que pruebas ofrecidas por las partes en un proceso judicial efectivamente sean de utilidad para demostrar la verdad de las proposiciones aseverativas de hechos jurídicamente relevantes, mientras que la confiabilidad implica que no sean producto de pseudociencia, desfase científico o de *dispraxis*, ya sean material, técnica y por corrupción.

¹ Investigadora de Tiempo Completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5005-8145>. Contacto: patlopezolvera@unam.mx