

JORDI FERRER BELTRÁN
CARMEN VÁZQUEZ
(EDS.)

**EL RAZONAMIENTO
PROBATORIO
EN EL PROCESO JUDICIAL**

Un encuentro entre diferentes tradiciones

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2020

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PRESENTACIÓN , <i>por Jordi Ferrer Beltrán y Carmen Vázquez</i>	15

I

LA PRUEBA COMO ÁREA DE CONOCIMIENTO

CAPÍTULO I. LA PRUEBA COMO UN ÁMBITO MULTIDISCIPLINAR: ¿DE QUÉ MANERA PUEDE EL DERECHO Y SU ESTUDIO CONTRIBUIR A ESTA EMPRESA? , <i>por William Twining</i>	19
1. EL CONTEXTO	20
BIBLIOGRAFÍA	38
CAPÍTULO II. NUEVAS DIRECCIONES PARA LA CIENCIA DE LA PRUEBA, LOS SISTEMAS ADAPTATIVOS COMPLEJOS Y UNA HIPÓTESIS POSIBLEMENTE NO COMPROBABLE SOBRE EL FLORECIMIENTO HUMANO , <i>por Ronald J. Allen</i>	41
BIBLIOGRAFÍA	57

II

CONVERGENCIAS ENTRE LOS SISTEMAS JURÍDICOS

CAPÍTULO III. LA TRANSFORMACIÓN DE LAS TEORÍAS SOBRE LA PRUEBA Y DEL DERECHO PROBATORIO EN CHINA: DE LA OBJETIVIDAD A LA RELEVANCIA , <i>por Baosheng Zhang y Ping Yang</i>	63
1. INTRODUCCIÓN	63

	<u>Pág.</u>
2. HECHO EMPÍRICO Y EXISTENCIA OBJETIVA	64
3. LA AVERIGUACIÓN DE LOS HECHOS Y EL «ESPEJO DE LAS PRUEBAS».....	68
4. LA PROBABILIDAD DE VERDAD Y LOS ESTÁNDARES DE PRUEBA	72
5. INDICIOS DE UNA TRANSFORMACIÓN DE LAS TEORÍAS SOBRE LA PRUEBA Y DEL DERECHO PROBATORIO EN CHINA: DE LA OBJETIVIDAD A LA RELEVANCIA	74
6. CONCLUSIÓN	79
BIBLIOGRAFÍA.....	81
CAPÍTULO IV. LA AVERIGUACIÓN DE LA VERDAD Y EL ESPEJISMO DEL PROCESO INQUISITORIO, por Adrian A. S. Zuckerman	83
1. INTRODUCCIÓN	83
2. EL PROCESO ADVERSARIAL.....	86
3. RAZONES COGNITIVAS DE LA SEPARACIÓN ENTRE INVESTIGACIÓN Y ADJUDICACIÓN.....	87
4. LA INFLUENCIA DE LOS PRESUPUESTOS QUE CONFORMAN LAS MÁXIMAS DE EXPERIENCIA	89
5. ESTRATEGIAS PARA SUPERAR LA DISTORSIÓN EN LA DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS: LA REPLICACIÓN Y EL DEBATE	90
6. EL PROCESO ADVERSARIAL: LA ÚNICA GARANTÍA DE INTEGRIDAD DEL PROCESO JUDICIAL.....	91
7. EL PROCESO ADVERSARIAL BLINDA AL TRIBUNAL CONTRA LA RESPONSABILIDAD POR ERROR.....	94
8. EL MITO DE UN SISTEMA INQUISITORIO	94
9. CONCLUSIÓN	96
BIBLIOGRAFÍA.....	96
CAPÍTULO V. REMEDIOS PROBATORIOS POR INFRACCIÓN DE GARANTÍAS PROCESALES: DERECHO PROBATORIO COMPARADO E INVESTIGACIÓN ACADÉMICA, por Sarah Summers	97
1. INTRODUCCIÓN	97
2. PROHIBICIONES DE USO DE LA PRUEBA ILÍCITAMENTE OBTENIDA.....	100
3. EL DERECHO A CONTAR CON UN ABOGADO.....	101
4. RESTRICCIONES <i>DE FACTO</i> AL EJERCICIO DEL DERECHO A CONTAR CON UN ABOGADO Y EL ROL DE LOS REMEDIOS PROBATORIOS	106
5. CONCLUSIONES	109
BIBLIOGRAFÍA.....	111

CAPÍTULO VI. LA PRUEBA EN EL *COMMON LAW* Y SU TRADICIÓN EN DERECHOS HUMANOS: ¿HACIA UNA CONVERGENCIA ARMÓNICA?, por John Jackson 113

1. EL MODELO DE DERECHO PROBATORIO DEL *COMMON LAW* 114

2. DE LA INTERFERENCIA MÍNIMA AL MAYOR ROL DE SUPERVISIÓN 117

3. EL DESAFÍO METODOLÓGICO 121

4. EL DESAFÍO DE LA PARTICIPACIÓN EQUITATIVA DE LA DEFENSA 125

5. ESTRASBURGO DA MARCHA ATRÁS..... 128

6. CONCLUSIÓN: ¿VINDICACIÓN O REFORMULACIÓN DEL *COMMON LAW*? 134

BIBLIOGRAFÍA..... 137

III

LAS INFERENCIAS PROBATORIAS

CAPÍTULO VII. VIRTUDES, DELIBERACIÓN COLECTIVA Y RAZONAMIENTO PROBATORIO EN EL DERECHO, por Amalia Amaya..... 141

1. INTRODUCCIÓN 141

2. LAS VIRTUDES DELIBERATIVAS 142

3. EL VALOR DE LAS VIRTUDES DELIBERATIVAS 144

 3.1. Valor epistémico 145

 3.2. Valor práctico..... 145

 3.3. Valor político-moral..... 146

4. LAS VIRTUDES DE LA DELIBERACIÓN COLECTIVA Y LAS DISTORSIONES DELIBERATIVAS 147

5. CONCLUSIONES 152

BIBLIOGRAFÍA..... 153

CAPÍTULO VIII. SOBRE LA OSTENSIÓN PROBATORIA, por Giovanni Tuzet..... 155

1. INTRODUCCIÓN: DOS TESIS SOBRE LA PRUEBA..... 155

2. LA TESIS DE LA INFERENCIA 156

3. LA TESIS DE LA OSTENSIÓN 161

 3.1. Prueba, ostensión e indexicalidad 164

 3.2. La estructura lógica de la ostensión 169

 3.3. El principio de proximidad maximal..... 170

	<u>Pág.</u>
4. CONCLUSIÓN: ANÁLISIS Y SÍNTESIS.....	173
BIBLIOGRAFÍA.....	174
CAPÍTULO IX. LAS INFERENCIAS EN LAS DECISIONES JUDICIALES SOBRE LOS HECHOS, por Michele Taruffo	177
1. ALGUNAS PREMISAS	177
2. ALGUNAS TEORÍAS DE LA DECISIÓN FÁCTICA	179
3. MODELOS DE RAZONAMIENTO INFERENCIAL.....	181
3.1. Inferencias complejas.....	181
4. UN PROBLEMA ESPECIAL: LA PRUEBA ESTADÍSTICA.....	185
4.1. Un caso dudoso: la atribución de responsabilidad por daños causados por productos tóxicos	187
BIBLIOGRAFÍA.....	188
CAPÍTULO X. EL SILENCIO COMO PRUEBA, por Hock Lai Ho	189
1. INTRODUCCIÓN	189
2. LAS DIMENSIONES DEL DERECHO AL SILENCIO	190
3. EL DERECHO AL SILENCIO EN SINGAPUR	191
4. LA FACULTAD DE FORMULAR INFERENCIAS ADVERSAS....	193
5. EL VALOR PROBATORIO DEL SILENCIO.....	193
6. LA RELACIÓN ENTRE LA FACULTAD DE FORMULAR INFERENCIAS PROBATORIAS ADVERSAS Y EL PRIVILEGIO CONTRA LA AUTOINCRIMINACIÓN	197
7. LA REGULACIÓN JURÍDICA DEL RAZONAMIENTO PROBATORIO.....	198
8. LA HISTORIA DE LA NORMA	199
9. VALORES ASIÁTICOS.....	202
10. VALORES NACIONALES Y SOBERANÍA	202
11. REVISIÓN DEL DISCURSO OFICIAL.....	208
12. JUSTIFICACIONES BASADAS EN EL INDIVIDUALISMO LIBERAL.....	209
13. UNA PERSPECTIVA COMUNITARISTA.....	211
14. CONCLUSIÓN	214
BIBLIOGRAFÍA.....	214
CAPÍTULO XI. ¿SANCIONES POR ACCIONES O SANCIONES POR ACTORES?, por Frederick Schauer	219
1. UN EJEMPLO OPORTUNO.....	219
2. UN EJEMPLO RELACIONADO.....	221

	<u>Pág.</u>
3. PERO ¿DEBE SER ESTO ASÍ?	224
4. SIENDO REALISTA	231
BIBLIOGRAFÍA.....	233

IV

LA PRUEBA PERICIAL

CAPÍTULO XII. PREVENCIÓN Y EDUCACIÓN: EL CAMINO HACIA UNA MEJOR CIENCIA FORENSE EN EL SISTEMA DE JUSTICIA, por Marina Gascón Abellán	239
---	------------

1. CIENCIA FORENSE: «BOOM», MITIFICACIÓN Y ERRORES	239
2. MÁS TRANSPARENCIA Y MENOS EXAGERACIÓN. LA CRÍTICA DE LA CIENCIA FORENSE.....	244
3. AVANCES Y RETOS	249
3.1. El camino (ético) a recorrer por la ciencia forense: prevención ..	250
3.2. El reto del derecho: educación	253
BIBLIOGRAFÍA.....	263

CAPÍTULO XIII. LOS PERITOS DE DESIGNACIÓN JUDICIAL: EL DISEÑO INSTITUCIONAL, LOS JUECES Y LOS GRUPOS DE EXPERTOS, por Carmen Vázquez	269
---	------------

1. INTRODUCCIÓN	269
2. LA CONFORMACIÓN DE LOS LISTADOS, EL CONTROL DE LOS GRUPOS DE EXPERTOS Y EL MERCADO DE PERITOS DE DESIGNACIÓN JUDICIAL.....	275
3. LA SELECCIÓN DEL PERITO PARA EL CASO CONCRETO: ¿UNA FUNCIÓN JURISDICCIONAL?.....	285
4. ¿CUÁN IMPORTANTE ES SI UN PERITO HA SIDO DESIGNADO JUDICIALMENTE O ES DE ELECCIÓN DE ALGUNA DE LAS PARTES?	291
A MANERA DE BREVE CONCLUSIÓN	298
BIBLIOGRAFÍA.....	299

CAPÍTULO XIV. CUANDO EL DERECHO ES POCO FIABLE: RESPUESTAS JURÍDICAS A LA PRUEBA DE HUELLAS DACTILARES LATENTES (II), por Gary Edmond.....	301
---	------------

1. INTERLUDIO CIENTÍFICO: REVISIONES EXÓGENAS DE LA PRUEBA Y LOS PROCEDIMIENTOS DE HUELLAS DACTILARES.....	301
--	-----

	<u>Pág.</u>
2. IMPACTO DE LOS INFORMES DEL NRC, NIST, PCAST, AAAS Y LA COMISIÓN INVESTIGADORA SOBRE HUELLAS DACTILARES	308
2.1. Estados Unidos: <i>US v. Cerna</i> (2010) y <i>Commonwealth v. Gambora</i> (2010).....	309
2.2. Inglaterra y Gales: <i>R v. Smith</i> (2011), <i>R v. Otway</i> (2011), la Comisión Legislativa y el FSR	313
2.3. Australia: <i>Ghebrat v. R</i> (2011) y <i>JP v. DPP</i> (2015)	318
2.4. Canadá: <i>R v. Bornyk</i> (desde 2013)	321
2.5. Resumen	324
3. DEBATE	325
3.1. La falta de decisiones tempranas de admisibilidad (y el problema de las historias de los orígenes).....	326
3.2. Confianza jurídica basada en criterios equivocados: ¿Ciencia v. Derecho?.....	328
3.3. Epistemología primero	332
3.4. Confianza excesiva en garantías procesales ineficaces	332
3.5. La posibilidad de una valoración racional.....	335
3.6. La colaboración entre el derecho y el conocimiento y el asesoramiento exógeno	336
3.7. Las prácticas jurídicas, los errores en la comprensión de las respuestas y la incapacidad de aprender	339
3.8. Otros tipos de pruebas científico-forenses y la prueba médico forense	341
4. ¿MÁS ALLÁ DEL SISTEMA ADVERSARIAL?	342
BIBLIOGRAFÍA.....	343
CAPÍTULO XV. PRÁCTICAS PROBATORIAS Y RIESGOS DE CONDENAS ERRÓNEAS: UNA VISIÓN EMPÍRICA, por Mauricio Duce J....	347
INTRODUCCIÓN	347
1. LOS ERRORES DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL Y LOS FACTORES QUE AUMENTAN SU PROBABILIDAD	350
2. EL USO DE LA PRUEBA PERICIAL Y LOS ERRORES DEL SISTEMA	354
2.1. La magnitud del problema: evidencia en algunos países paradigmáticos	356
2.2. Los problemas específicos identificados en el ámbito comparado	361
2.2.1. El uso de prueba pericial poco confiable.....	361
2.2.2. El testimonio inválido de los peritos.....	364
2.2.3. El mal comportamiento de los peritos.....	365

	Pág.
2.2.4. Dificultades en la valoración y confrontación de la prueba pericial producida en juicio	368
2.2.4.1. Dificultades en la valoración	368
2.2.4.2. Dificultades en la confrontación de la prueba pericial.....	371
3. LOS RECONOCIMIENTOS OCULARES Y LOS ERRORES DEL SISTEMA.....	373
3.1. La magnitud del problema en la experiencia comparada.....	374
3.2. Los problemas específicos identificados	378
3.2.1. Las variables del sistema.....	380
3.2.2. Las variables de estimación.....	383
4. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES	386
BIBLIOGRAFÍA.....	391

V

LAS REGLAS DE DECISIÓN

CAPÍTULO XVI. LAS CARGAS DE LA PRUEBA Y LA ELECCIÓN DEL DERECHO APLICABLE, por Dale A. Nance	399
1. INTRODUCCIÓN	399
2. EL ENFOQUE TRADICIONAL.....	400
3. EVOLUCIÓN DURANTE EL SIGLO XX EN LOS ESTADOS UNIDOS.....	402
4. EL SEGUNDO <i>RESTATEMENT</i>	404
5. LAS CUESTIONES ANALÍTICAS.....	405
6. LA CARGA DE LA PRODUCCIÓN Y EL PESO DE LAS PRUEBAS .	411
7. CONCLUSIÓN.....	413
BIBLIOGRAFÍA.....	414
 CAPÍTULO XVII. ¿ES POSIBLE FORMULAR UN ESTÁNDAR DE PRUEBA PRECISO Y OBJETIVO? ALGUNAS DUDAS DESDE UN ENFOQUE ARGUMENTATIVO DE LA PRUEBA, por Daniel González Lagier.....	 415
1. INTRODUCCIÓN	415
2. TRES MODOS DE RAZONAR SOBRE HECHOS	416
3. SOBRE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA Y LA CONFIRMACIÓN DE HIPÓTESIS.....	418
3.1. El ámbito de la valoración de la prueba	418

	Pág.
3.2. Las «reglas de la sana crítica».....	419
3.3. Reglas de la sana crítica y máximas de experiencia.....	421
3.4. El carácter gradual de la confirmación de las hipótesis	422
4. LOS ESTÁNDARES DE PRUEBA	423
4.1. Estándares y decisiones prácticas.....	423
4.2. Creencia y aceptación.....	424
4.3. Estándar de prueba y aceptación	425
4.4. ¿Es posible un estándar de prueba preciso y objetivo?	426
4.4.1. La vía del «probabilismo matemático»	428
4.4.2. El problema de la vaguedad intensional: la formulación del estándar a partir de una selección de criterios de valoración de la prueba	429
4.4.3. El problema de la vaguedad gradual: la refutación de las hipótesis alternativas, ¿un criterio todo o nada?	430
4.4.4. El problema de la medición de la eficacia de los estándares al distribuir el riesgo de error	431
5. UNA REFLEXIÓN FINAL	433
BIBLIOGRAFÍA.....	433
CAPÍTULO XVIII. PROLEGÓMENOS PARA UNA TEORÍA SOBRE LOS ESTÁNDARES DE PRUEBA. EL TEST CASE DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRISIÓN PREVENTIVA ERRÓNEA, por Jordi Ferrer Beltrán.....	
	435
1. INTRODUCCIÓN	435
2. ¿CÓMO SE PUEDE FORMULAR UN ESTÁNDAR DE PRUEBA? ..	438
2.1. Requisitos metodológicos para formular un estándar de prueba..	439
2.2. La fundamentación del nivel de exigencia probatoria de los estándares de prueba.....	440
2.3. Algunos ejemplos de estándares de prueba.....	450
3. ESTÁNDARES DE PRUEBA Y TIPOS DE ERRORES JUDICIALES SOBRE LA PRUEBA	453
4. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y PRISIÓN PREVENTIVA: LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRISIÓN PREVENTIVA «INDEBIDA».....	454
4.1. La doctrina original del Tribunal Supremo	455
4.2. La jurisprudencia del TEDH	458
BIBLIOGRAFÍA.....	462

PRESENTACIÓN

Los días 6 a 8 de junio de 2018 se llevó a cabo en Girona el I Congreso Mundial sobre Razonamiento Probatorio, organizado por la Cátedra de Cultura Jurídica de la Universidad de Girona. El congreso reunió a 350 inscritos y contó con 18 ponentes, provenientes de cuatro continentes. Fue la primera vez que un congreso de estas características se realizó en un país de *civil law*, rompiendo la tradicional desatención que en nuestras latitudes se ha prestado al razonamiento probatorio.

Tres días de ponencias y debates formales e informales dieron estupendos resultados y fortalecieron la interrelación entre las comunidades jurídicas y los especialistas de distintas tradiciones. De ahí surgieron tres iniciativas que queremos destacar: la apertura al área hispano-parlante de la *International Association of Evidence Science*, la creación de la revista *Quaestio facti, Revista internacional sobre razonamiento probatorio* y este libro que usted, lector o lectora, tiene entre las manos. Estamos seguros de que se trata de pasos firmes en la línea de fortalecer los estudios sobre los problemas probatorios en nuestra cultura jurídica, participar desde nuestros países en el debate internacional al respecto y ofrecer una mejor comprensión del fenómeno probatorio, que se traduzca en mejores legislaciones y prácticas jurisprudenciales.

Las 18 ponencias del congreso fueron objeto de revisión por parte de sus autores a partir de los debates y las sugerencias expuestas en el congreso. Todas ellas se publican en este libro, organizadas en cinco ejes temáticos: 1) La prueba como área de conocimiento, 2) convergencias entre sistemas, 3) las inferencias probatorias, 4) la prueba pericial y 5) las reglas de decisión.

Se trata de trabajos sobre temas distintos, escritos por autores de culturas jurídicas muy diversas y con debates a menudo paralelos y poco permeables. Sin embargo, la lectura de todos ellos permite extraer una interesante conclu-

sión: los problemas probatorios y los aspectos fundamentales sobre los que se está discutiendo son en muy buena parte compartidos. Hay, en ocasiones, instituciones específicas de un ordenamiento o familia de sistemas, en otras terminologías técnicas distintas que hay que desvelar para evitar desacuerdos meramente verbales, pero hay también un hilo conductor común, opciones teóricas compartidas y problemas y discusiones muy parecidos. Por eso es tan importante hacer el esfuerzo de trascender el debate parroquial y ampliar el foco de nuestros estudios. Con ello podremos aprender también de los éxitos y de los fracasos de las experiencias de otros sistemas, podremos evitar comprensiones superficiales de los mismos y trasplantes apresurados.

Todo esto tiene una importancia crucial en el ámbito del razonamiento probatorio, en el que la literatura en castellano ha crecido mucho en calidad y cantidad en los últimos veinte años, pero que no alcanzará su madurez hasta que pueda interactuar en los debates internacionales. Estamos convencidos de que vamos en la buena dirección y dinámicas como la que supuso la elaboración de este libro nos parecen una clara muestra de ello.

Nuestro agradecimiento a los autores por sus grandes contribuciones y, en la misma línea, a los diversos traductores que han hecho un estupendo y arduo trabajo. Gracias también a quienes participaron en el Congreso.

Girona, octubre de 2020.

Jordi FERRER BELTRÁN
Carmen VÁZQUEZ

CAPÍTULO I

**LA PRUEBA COMO UN ÁMBITO
MULTIDISCIPLINAR: ¿DE QUÉ MANERA
PUEDE EL DERECHO Y SU ESTUDIO
CONTRIBUIR A ESTA EMPRESA?**

William TWINING*
University College London

The field of evidence is no other than the field of knowledge.
Jeremy BENTHAM¹

The law has no mandamus on the logical faculty.
James Bradley THAYER²

So let us forget about psychology, sociology, technology and mathematics, ignore the echoes of structural engineering and collage in the words «grounds» and «backing», and take as our model the discipline of jurisprudence. Logic (we may say) is generalised jurisprudence.

Stephen TOULMIN³

* Este documento se basa y amplía algunas ideas desarrolladas en W. TWINING, «Evidence as a multi-disciplinary subject» (en lo sucesivo EMS), 2 *Law, Probability and Risk*, pp. 91-107 (2003). Dicho trabajo apareció publicado posteriormente con algunas modificaciones menores en TWINING, 2009: cap. 15. Traducción de Raymundo Gama.

¹ BENTHAM, 1838-1843: VI 5.

² THAYER, 1898.

³ TOULMIN, 1964: 7.

1. EL CONTEXTO

Las personas que lean este artículo habrán realizado inferencias probatorias en las últimas veinticuatro horas. Me atrevo a hacer esta afirmación con seguridad porque prácticamente todos los seres humanos formulan inferencias probatorias en su vida diaria. También las formulan académicos, investigadores, periodistas, operarios, las personas que toman decisiones y otros agentes en contextos más o menos especializados. Las personas que no realicen inferencias probatorias, posiblemente algunos recién nacidos, las personas con daño cerebral o las personas inconscientes, no forman parte de mi auditorio. Este tipo de razonamiento inferencial es una actividad humana básica que a menudo se combina con otras actividades y que se realiza en distintos niveles de competencia⁴.

Tanto las disciplinas consolidadas como las disciplinas en ciernes, las subdisciplinas y las áreas de investigación que se ocupan de cuestiones empíricas están interesadas en mayor o menor medida en el razonamiento inferencial probatorio. Sin embargo, al día de hoy, no tenemos una disciplina establecida ni mucho menos institucionalizada de la Prueba en la que las distintas disciplinas y actividades involucradas dialoguen de manera habitual, se impulsen y se enriquezcan entre sí.

En los últimos años, acontecimientos de gran trascendencia pública, los medios de comunicación, la cultura popular, la medicina basada en pruebas y la elaboración de políticas basadas en pruebas le han dado una mayor visibilidad a las cuestiones probatorias en la conciencia colectiva⁵.

La teoría de la prueba tiene una larga tradición en la cultura occidental. Recorre la filosofía y la historiografía griega, la retórica clásica y medieval, los debates acerca de la existencia de Dios, la teoría de la probabilidad, las disciplinas que conforman la CTIM*, las distintas formas de escepticismo, posmodernismo y relativismo, la inteligencia artificial, la neurociencia y mu-

⁴ Una investigación empírica podría identificar y analizar útilmente una demografía de actividades y de decisiones comunes en las que se emplea el razonamiento inferencial probatorio. Para ello podría utilizarse una taxonomía aproximativa como el mapa de lugares estructurales que emplea Santos y en el que se incluye «el espacio doméstico, el lugar de trabajo, el mercado central, el espacio comunitario y el espacio ciudadano». SANTOS, 1995: 416 y ss., o taxonomías más refinadas y elaboradas en la literatura sociológica.

⁵ Un buen número de corrientes han alimentado este fenómeno, incluyendo el ADN, la guerra en Irak, las pruebas de dopaje a los atletas. La novela de detectives amplió sus horizontes para incluir la ciencia forense (Patricia CORNWELL), la antropología forense (Kathy REICHS), policías forenses (especialmente en televisión) y otras formas de análisis de inteligencia. La medicina basada en pruebas y la elaboración de políticas basadas en pruebas se pusieron de moda. Actualmente, en la era de Trump, las *Fake News*, los rumores virales, la investigación de MUELLER (Rusia) y el desprecio hacia los expertos han continuado esta tendencia. *Vid.* TWINING, 2009, para ejemplos más detallados.

* *N. del T.*: CTIM es el acrónimo empleado para designar las disciplinas académicas de ciencia, tecnología, ingeniería y matemáticas.

chos otros enclaves de nuestra vida intelectual contemporánea. Sin embargo, hasta donde tengo conocimiento, la prueba y las inferencias no han sido objeto de atención interdisciplinaria hasta tiempos muy recientes. Prácticamente toda la teoría, la tecnología y la investigación académica se ha centrado en áreas bastante reducidas. La Prueba no es un área consolidada en la historia intelectual o en la historia de las ideas⁶.

El derecho probablemente es la principal disciplina en la que el estudio de la Prueba se ha institucionalizado como una subdisciplina, especialmente en la tradición del *common law*, con cursos, revistas, especialistas y profesiones relacionadas como la ciencia forense. Algunas otras áreas como la epistemología, la historiografía, la estadística, la lógica informal y la filosofía de la ciencia pueden tener pretensiones similares, aunque más modestas.

La perspectiva que adoptaré el día de hoy es la de un jurista angloparlante que ha tenido un interés teórico en la Prueba en el derecho a lo largo de varios años⁷. Esto me ha permitido ser consciente de mi ignorancia acerca de esta materia en otros idiomas, en otras tradiciones jurídicas e incluso en disciplinas y subdisciplinas bastante próximas. En este trabajo me enfocaré primordialmente en la tradición angloamericana, con la esperanza de que colegas de otras tradiciones jurídicas puedan extender el análisis.

Mi objetivo en este trabajo es articular de qué manera puede contribuir el derecho como disciplina y su objeto de estudio a la Prueba como un ámbito multidisciplinario claramente identificable y semiautónomo⁸. Con todo, es importante advertir que a lo largo de la historia, y especialmente en el siglo xx, el derecho ha sido bastante receptivo a influencias externas en el ámbito de la prueba. WIGMORE describió los «principios sobre la prueba» como basados en «la lógica, la psicología y en la experiencia general». La «experiencia ge-

⁶ HACKING, 1975; HAACK, 1993 y 2014 son algunas excepciones importantes, pero mi tesis es más amplia.

⁷ Una nota terminológica. Utilizo Prueba, Derecho probatorio y Prueba en contextos jurídicos con mayúscula como conceptos de área, es decir, como etiquetas amplias para designar un área de estudio, una disciplina o una subdisciplina. Los conceptos de área tienden a variar en el tiempo y el espacio y no tienen límites fijos ni mucho valor analítico. Utilizo minúsculas en «pruebas», «materialidad», «valor probatorio» y «admisibilidad», como conceptos analíticos. WIGMORE dividió el estudio de la Prueba en contextos jurídicos en dos partes: los principios de la prueba y las reglas de la prueba. WIGMORE, 1931-1937. Esta distinción se refleja ampliamente en etiquetas contemporáneas como «*Evidence and Proof*», la cual refleja la intención de tratar el Derecho probatorio como la única parte del estudio de la Prueba en el derecho. En mis primeros escritos utilicé «*Evidence, proof and factfinding (EPF)*» como una categoría para indicar que me interesaban tanto las dimensiones empíricas como las lógicas de la prueba. También intenté promover la idea de «información en el litigio» (TWINING, 2009: 248-262), pero comprensiblemente no tuvo éxito. Curiosamente, Jeremy BENTHAM usó «derecho adjetivo» como su principal categoría organizativa. Sus manuscritos revelan que tuvo muchas dificultades para mantener una distinción entre Prueba (*Evidence*) y Procedimiento. Para los propósitos de este documento, la elección de una etiqueta apropiada o de un concepto organizativo para el campo de estudio relevante no es importante, siempre y cuando quede claro que, en este contexto, el Derecho probatorio es solo una parte del amplio campo de la Prueba en contextos jurídicos.

⁸ La amplitud y complejidad de la disciplina del derecho es un tema central en TWINING, 2019a.

neral» comprende desde las creencias en las pruebas clínicas más rigurosas, repetidas y aleatorias, el conocimiento experto práctico, hasta mitos de sentido común, cuentos de hadas, prejuicios y falacias. En otras palabras, es un almacén de creencias de la sociedad o de la comunidad. Desde un punto de vista más general se puede apreciar un flujo continuo de movimientos académicos de carácter multidisciplinar en áreas como la psicología⁹, la ciencia forense, las probabilidades y la prueba, entre otras. La «prueba científica» ha sido un importante punto de conexión entre el derecho, las «ciencias» duras¹⁰ y las ciencias no tan duras, incluyendo áreas bastante especializadas como la antropología forense o la narratología. Aunque algunas partes del Derecho probatorio parecieran ser poco realistas, en conjunto, la Prueba en contextos jurídicos ha estado abierta a influencias externas. Por otra parte, dado que el ámbito de las reglas de admisibilidad en el *common law* ha ido reduciéndose de manera constante en los dos últimos siglos, el campo de la Prueba se aproxima a la idea de «experiencia general» planteada por WIGMORE. Por consiguiente, tenemos mucho que construir cuando reflexionamos sobre la manera en que podemos contribuir a esta empresa.

Motivado por el trabajo de David SCHUM¹¹, en los últimos veinticinco años he tenido un interés intermitente en la idea de la Prueba como un ámbito multidisciplinar. Es pertinente hacer un recuento de mi participación bajo su influencia, aunque soy consciente de que ha habido otros lugares y centros que han tenido intereses análogos.

En los años sesenta, SCHUM, un psicólogo social y estadístico de la Universidad de Rice se topó casi por casualidad con *The science of Judicial Proof* de WIGMORE (1937). Esta obra le generó un gran interés teórico, pero también utilizó el «*chart method*» de WIGMORE para entrenar a analistas de inteligencia de la CIA, lo que lo llevó a escribir un libro brillante en dos volúmenes titulado *Evidence and Inference for Intelligence Analysts* (1987). Es probable que la comunidad del área de inteligencia se sintiera demasiado intimidada por esta obra y que no consiguiera atraer atención fuera de este campo¹².

Sin embargo, SCHUM persistió y escribió algunos artículos importantes que culminaron en otra obra importante, *Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning* (1994). Este libro sintetizó ideas básicas sobre la prueba y la in-

⁹ En los años setenta y ochenta fui asesor del Centro de Estudios Socio-Jurídicos en Oxford, ayudando principalmente a una psicóloga social, la Dra. Sally-LLOYD-BOSTOCK. Ella organizó una excelente serie de talleres en los que participaron una amplia gama de académicos y juristas prácticos. *Vid.*, por ejemplo, LLOYD-BOSTOCK, 1980.

¹⁰ *Vid.* el excelente resumen de DIAMOND y LEMPERT, 2018.

¹¹ Lamentablemente, David SCHUM murió el 29 de marzo de 2018 después de una larga enfermedad. Este trabajo está dedicado a su memoria.

¹² *Vid.* TECUCI, SCHUM, MARCU y BOICU, 2016. Aunque el trabajo se presenta como un manual de capacitación práctica para analistas de inteligencia, contiene una gran cantidad de ideas interesantes de un mayor alcance, incluyendo algunas ideas controvertidas desde distintos puntos de vista.

ferencia en varias disciplinas, incluyendo la lógica, la filosofía, la semiótica, la inteligencia artificial y la psicología como la base de un enfoque ciego-en sustancia (*substance-blind approach*)* de carácter multidisciplinar que no estaba limitado a investigaciones teóricas. SCHUM destacó que los contables, los actuarios, los controladores de tráfico aéreo y otros profesionales de distintas disciplinas tenían que tomar decisiones a partir de inferencias probatorias.

No trataré de hacer justicia al trabajo de SCHUM en este momento. Sin embargo, me parece importante destacar tres puntos. En primer lugar, SCHUM fue uno de los primeros en destacar que había preocupaciones comunes y puntos de enlace entre las disciplinas, lo que justificaba adoptar un enfoque ciego-en-sustancia del razonamiento inferencial probatorio¹³. En segundo lugar, SCHUM estaba interesado principalmente en la toma de decisiones prácticas y en la manera en que el intercambio de ideas entre distintos tipos de decisiones podía hacer una diferencia en el mundo de la práctica. Sin embargo, SCHUM adoptó un enfoque analítico de los conceptos y de las propiedades de la prueba. En tercer lugar, tras descubrir a WIGMORE, SCHUM le dedicó gran atención al derecho en sentido amplio, analizando conceptos relacionados con el razonamiento acerca de cuestiones de hecho en los juicios orales, en las investigaciones policiales, así como en la literatura jurídica secundaria. SCHUM llegó al punto de afirmar que las investigaciones sobre la Prueba en el derecho representan «la principal fuerza de inspiración para cualquier persona interesada en las propiedades generales de la prueba y en los usos de la prueba»¹⁴. Esta afirmación es estimulante, pero me parece un tanto exagerada. Más adelante señalaré algunas limitaciones de la Prueba en el derecho, especialmente en relación con los tipos de investigación que se presentan de manera más frecuente en el litigio, a saber, la investigación de hechos pasados.

El trabajo más importante de SCHUM apareció poco tiempo antes de que Terry ANDERSON y yo fuésemos elegidos como investigadores en el *Netherlands Institute for Advanced Study* (NIAS) en Wassenaar de 1994 a 1995. Nuestro proyecto grupal estaba relacionado con el sistema de justicia penal de los países bajos, pero establecimos un grupo adicional de carácter multidisciplinar con otros investigadores para explorar problemas metodológicos

* *N. del T.*: Un «enfoque ciego-en sustancia» de la prueba supone prescindir de la naturaleza de la prueba (su sustancia) para enfocarse en sus propiedades inferenciales. Se emplea aquí la traducción en castellano utilizada en *Análisis de la prueba* de ANDERSON, TWINING y SCHUM, 2015: 107 y ss.

¹³ El enfoque «ciego en-sustancia» de SCHUM fue cuestionado en el proyecto en UCL que se examinará a continuación. Detrás del escepticismo había varias posturas: quienes creían en la autonomía de las disciplinas; quienes enfatizaban el contexto y la importancia del conocimiento especializado; la postura de los epistemólogos escépticos y posmodernos, quienes plantearon dudas acerca de la racionalidad y la idea misma de prueba. En el otro extremo había quienes cuestionaban la originalidad de la idea de «ciego en sustancia» al señalar que la lógica, las matemáticas y otras formas abstractas de investigación también encajan en esa categoría. En mi opinión, SCHUM salió prácticamente ileso de esas críticas, aunque se trata de cuestiones que deben abordarse dentro de un campo multidisciplinario de la Prueba. Para una defensa de esta idea, *vid.* DAWID, TWINING y VASILAKI, 2011: 18-26.

¹⁴ SCHUM, 1994: 6.

relacionados con la prueba, la inferencia y la interpretación, tomando como referencia el enfoque de SCHUM. Al final del año lo invitamos a Wassenaar para que se hiciera cargo de la última sesión. Al poco tiempo se publicó un volumen con los trabajos del proyecto en el que se incluía una reseña y un comentario de SCHUM¹⁵.

En el NIAS formulé la siguiente hipótesis como punto de partida:

«A pesar de las diferencias en (i) los objetivos de nuestras investigaciones concretas; (ii) la naturaleza y la amplitud del material disponible; (iii) la cultura de nuestras respectivas disciplinas (incluyendo sus historias, convenciones, grados de desarrollo, etc.); (iv) los trasfondos nacionales; y (v) otros factores contextuales, todos nuestros proyectos involucran, como parte de su actividad, realizar inferencias probatorias para validar hipótesis y justificar conclusiones, y la lógica de este tipo de investigación está gobernada por los mismos principios»¹⁶.

Como se mencionó anteriormente, desde los años noventa la prueba se convirtió en tema de interés¹⁷. Posiblemente por ello la Fundación Leverhulme convocó a un concurso para obtener un fondo de 1 millón de libras para un proyecto sobre la Prueba en el Reino Unido. En *University College London* (UCL), Philip DAWID, un distinguido estadístico, invitó a la gente de UCL a que se sumara a este proyecto. Académicos de alrededor de veinte departamentos respondieron y se presentó una propuesta multidisciplinar, al igual que una propuesta de la *London School of Economics*. Estas dos propuestas obtuvieron los fondos (los cuales fueron aumentados por el *Economic and Social Research Council*). Las personas del área de humanidades y algunos de ciencias sociales consideraron que se trataba de una cantidad demasiado elevada y no estaban acostumbrados a unos fondos tan extensos¹⁸. Hábilmente liderados por Philip DAWID y con participantes de casi veinte disciplinas, el proyecto se enfrentó con determinación a las resistencias del trabajo multidisciplinar¹⁹. El proyecto culminó con un importante congreso que tuvo lugar en la Academia Británica en 2007 y con una publicación de 2011 en la que se describe y evalúa el proyecto²⁰.

¹⁵ TWINING y MONK, *Evidence and inference in History and Law*, 2003. El título de este libro refleja el hecho de que casi todos los colaboradores adoptaron el punto de vista «del historiador», pero sus artículos ejemplifican las variedades de la historiografía, incluidas las de iconografía teatral, la musicología, la historia de las ideas, la historia sindical, la asiriología y el derecho.

¹⁶ La formulación fue deliberadamente provocativa, pero no recuerdo que nadie en NIAS la cuestionara seriamente; esto contrasta con el proyecto UCL en el que no hubo consenso acerca de las hipótesis de trabajo y se cuestionó el enfoque de SCHUM (*vid. supra*). Esto sigue siendo una cuestión abierta, pero sospecho que la Prueba como un campo multidisciplinario necesita una agenda de preguntas más amplia y más rica (*vid. infra*).

¹⁷ TWINING, EMS/2009: 436 y ss.

¹⁸ El proyecto de LSE fue dirigido por Mary MORGAN, una historiadora en economía, y culminó en HOWLETT y MORGAN, 2010 y 2011.

¹⁹ DAVIES, 2011, cap. 3.

²⁰ DAWID, TWINING y VASILAKI, 2011.