

Giovanni Tuzet

# LA PRUEBA RAZONADA

Traducción de

CÉSAR E. MORENO MORE

ENRIQUE SOTOMAYOR TRELLES



**ZELA**

# Índice

Introducción .....	9
--------------------	---

## **CAPÍTULO 1** **LA PRUEBA RAZONADA**

1. Las dos tesis principales .....	15
2. Prueba y ostensión .....	20
2.1. Ostensión e indexicales .....	23
2.2. Ostensión y prueba jurídica .....	28
3. Prueba e inferencia .....	37
3.1. Razonamiento probatorio y tipos de inferencias .....	39
3.2. Pruebas directas e indirectas .....	42
4. El testimonio .....	46
4.1. Testimonio e inferencia .....	47
4.2. Testimonio y ostensión .....	52
5. Conclusiones .....	57

## **CAPÍTULO 2** **ABDUCCIÓN: CUATRO USOS JURÍDICOS**

1. La abducción en Peirce .....	62
2. La abducción en la filosofía del siglo XX .....	63

## ÍNDICE

3. Cuatro usos jurídicos de la abducción .....	64
3.1. La inferencia de hechos a normas .....	65
3.2. La inferencia de normas a principios .....	66
3.3. La inferencia de hechos a hechos .....	70
3.4. La inferencia de propiedades a conceptos .....	72
4. Abducción, deducción e inducción en el razonamiento jurídico.....	74

### **CAPÍTULO 3**

#### **LA PRUEBA TESTIMONIAL**

1. El testimonio entre epistemología y psicología.....	79
2. Testimonio y conocimiento .....	81
3. Testimonio y proceso .....	91
4. Conclusión.....	101

### **CAPÍTULO 4**

#### **SOBRE LA AUSENCIA DE PRUEBA**

1. Introducción .....	103
2. Ausencia de prueba y teoría de la argumentación.....	105
3. La ausencia de prueba no es prueba de ausencia .....	111
4. Ausencia de prueba, cargas de la prueba y presunciones.....	119

### **CAPÍTULO 5**

#### **ARGUMENTANDO SOBRE HECHOS.**

#### **VERDAD, JUICIOS Y PROCEDIMIENTOS ADVERSARIALES**

1. Introducción .....	125
2. Derecho y verdad .....	126
3. ¿Investigación o defensa? .....	129
4. ¿Verdad en juicio? .....	132

## ÍNDICE

5. Verdad sustantiva vs. verdad formal .....	137
6. Argumentación jurídica y falibilismo.....	143

### **CAPÍTULO 6**

#### **PRUEBA, VERDAD Y VALORACIÓN. DISCUTIENDO CON JORDI FERRER**

1. Prueba y teoría del derecho .....	149
2. Prueba y verdad en el derecho .....	150
2.1. Sobre el método.....	153
2.2. Sobre la estructura general de la tesis.....	154
2.3. Sobre la relación entre prueba y verdad .....	156
2.4. Sobre la actitud proposicional del juez .....	161
3. La valoración racional de la prueba.....	165
3.1. ¿Cuántas y qué pruebas?.....	167
3.2. ¿Qué estándares de prueba?.....	169

### **CAPÍTULO 7**

#### **EL DILEMA DE LA VALORACIÓN PROBATORIA: CRITERIOS Y ESTÁNDARES, RELEYENDO A CESARE BECCARIA**

1. Incerteza y probabilidad .....	178
2. La valoración de las pruebas .....	180
3. Los estándares probatorios.....	185
4. El dilema de la valoración.....	192

### **CAPÍTULO 8**

#### **¿CRITERIOS DE VALORACIÓN O ESTÁNDARES DE PRUEBA? UN INTENTO DE CLARIFICACIÓN**

1. Introducción .....	197
2. Algunos puntos de partida analíticos .....	200

## ÍNDICE

3. Algún trabajo comparado .....	202
3.1. Países del common law .....	203
3.2. Países del civil law .....	207
4. Análisis y preguntas.....	215
5. Conclusión.....	222

## CAPÍTULO 9

### LAS METÁFORAS PROBATORIAS

1. Lenguajes y metáforas .....	225
2. Las metáforas probatorias .....	226
2.1. Metáforas de peso .....	227
2.2. Metáforas de sustento .....	230
2.3. Metáforas de crédito .....	232
2.4. Metáforas de combinación .....	233
3. La valoración de la prueba: ¿canon atomista u holístico?.....	238
4. ¿Una conclusión escéptica? .....	246
Bibliografía .....	249

# Introducción

Para todo se halla prueba y razón en qué fundarlo;  
y no hay razón para nada, de haber razón para tanto.  
(Juana Inés de la Cruz)

En sí misma, ninguna prueba es suficiente para una decisión sobre hechos controvertidos. En sí misma, una prueba no demuestra nada, ni permite alcanzar una decisión. La prueba debe ser «razonada» en el sentido de estar sometida a un tratamiento inferencial, al juego del dar y pedir razones.

Típicamente, en ámbito jurídico y procesal, dichas razones son articuladas en inferencias probatorias brindadas como argumentos para justificar o criticar determinadas pretensiones o decisiones. Como sugieren las palabras del exergo de esta introducción, se trata de una actividad, al mismo tiempo, maravillosamente racional y problemática. Las cuestiones discutidas en los ensayos aquí reunidos, creo, lo demuestran ampliamente.

Apelando a la razón, me pongo en relación de continuidad con la tradición racionalista en materia de prueba (en especial, debemos a William TWINING su reconstrucción y defensa). Al mismo tiempo, quisiera remarcar que el razonamiento probatorio en ámbito jurídico tiene una serie de características que lo hacen peculiar respecto a otros ámbitos en que se reúnen y valoran pruebas. Este se desarrolla según modalidades definidas por el propio derecho y en vista de una decisión judicial sobre hechos controvertidos.

En síntesis, para poder ir de las pruebas a la decisión, por lo menos debemos satisfacer cinco requisitos: 1) las pruebas deben ser *admisibles*

según las normas del sistema relevante; 2) las pruebas deben ser *presentadas* a los juzgadores según las modalidades previstas por el sistema; 3) las pruebas deben ser *procesadas inferencialmente*, según las perspectivas de las partes y en vía definitiva por el juez, con argumentos probatorios basados en lo admitido y presentado; 4) las pruebas deben ser *valoradas* para determinar su valor (o mejor, las inferencias y los argumentos en juego deben ser valorados para determinar el sustento probatorio, la garantía o la justificación que las premisas procuran a las conclusiones); y 5) los juzgadores deben considerar si las pruebas (por cómo son inferencialmente procesadas y valoradas) satisfacen el *estándar probatorio* relevante. Estos cinco pasos y requisitos estructuran la vicisitud probatoria en el ámbito aquí considerado.

El primer ensayo del volumen discute, en especial, dos tesis sobre la prueba jurídica: la *tesis de la ostensión* y la *tesis de la inferencia*. Para la primera tesis la prueba es objeto de una ostensión, en tanto consiste en una fuente o elemento susceptible de ser mostrado, exhibido, indicado a alguien en un contexto determinado. Para la segunda tesis la prueba es objeto de una inferencia, en tanto es el contenido de una premisa que, junto a las demás premisas, lleva a una conclusión en mérito a los hechos analizados, o es el contenido de una conclusión a la que llevan determinadas premisas. Discuto algunas dificultades de estas tesis (en especial, si la primera da cuenta de la prueba testimonial) y sostengo que ambas son necesarias para rendir cuenta de la prueba jurídica.

En el segundo ensayo profundizo algunos aspectos inferenciales de la prueba y distingo *cuatro usos de la abducción* en ámbito jurídico: la inferencia de hechos a normas (usada típicamente en los estudios empírico-sociológicos), la inferencia de normas a principios (usada típicamente por el jurista que se propone reconstruir el marco normativo de un ordenamiento), la inferencia de hechos a hechos (usada en el razonamiento probatorio) y la inferencia de propiedades a conceptos (usada en la calificación jurídica de los hechos). Estas distinciones son precedidas por una reconstrucción sintética del concepto de abducción en PEIRCE y en la filosofía contemporánea. El ensayo concluye con una breve presentación de tres modelos de razonamiento jurídico.

El tercer ensayo retoma la cuestión del *testimonio*. Comienzo observando que la epistemología contemporánea atribuye al testimonio gran valor epistémico, considerándolo como la única fuente social de conocimiento; pero a continuación advierto que mucha literatura psicológica evidencia los límites y errores en que incurren los testigos. En ámbito jurídico, en mi opinión, prevalece un principio de desconfianza frente a la prueba testimonial, mientras que otros contextos son gobernados por un principio de credulidad. La diferencia puede ser explicada con los intereses y la puesta en juego en un contexto procesal.

En el cuarto ensayo discuto una situación peculiar: la *ausencia de pruebas*. A uno se le ocurre que de la ausencia de prueba no siga ninguna conclusión epistémica. Como reza un muy difundido refrán entre los autores anglosajones, la ausencia de prueba no es prueba de una ausencia. Por otra parte, es falaz la inferencia de la falsedad de una tesis de la ausencia de pruebas a su favor, así como es falaz inferir que una tesis es verdadera dado que no existen pruebas en contra. No obstante, la práctica jurídica muestra casos en los que es razonable concluir de tal forma (con inferencias básicamente abductivas). En conexión con este tema, deben considerarse las reglas sobre las cargas probatorias y las presunciones.

El tema de la verdad lleva al contenido del quinto ensayo, que afronta una cuestión tradicional: si el descubrimiento de la *verdad* es uno de los fines o funciones del proceso. Diversos autores asocian el fin de la verdad al proceso inquisitorio, sosteniendo que el proceso de tipo acusatorio tiene distintas finalidades o de hecho tiene resultados distintos dado el modo en cómo funciona. Susan HAACK, en especial, ha insistido sobre las diferencias entre la investigación científica y la actividad procesal. A pesar de dichas diferencias, sostengo que la verdad es una condición de la justicia (como reconocen, entre otros TARUFFO y la propia HAACK), que la argumentación sobre los hechos está orientada a la verdad y que el falibilismo exige algunos procedimientos acusatorios.

En el sexto ensayo discuto algunas tesis de Jordi FERRER sobre *prueba, verdad y valoración*. Como ha sido sostenido en el ensayo anterior, concuerdo con la relación teleológica entre prueba y verdad; pero estoy en desacuerdo con FERRER sobre la relación conceptual entre prueba y



verdad, en la medida en que reconozco pertenecer a una concepción bipartita según la cual las condiciones individualmente necesarias y conjuntamente suficientes de «Está probado que  $p$ » son «Es verdad que  $p$ » y «Existen suficientes elementos de juicio a favor de  $p$ » (mientras que para FERRER es suficiente la segunda condición). Además discuto el estándar de prueba penal configurado por FERRER para suplir la indeterminación de estándares como la duda razonable. No estoy seguro de que la adopción de un estándar como el propuesto por FERRER ponga a los juzgadores en una situación epistémica y decisional mejor que la criticada por él.

El tema de la *valoración probatoria* es el centro del séptimo ensayo, donde retomo y discuto algunos aspectos teóricos de las tesis de BECCARIA en ámbito penal. Toco las cuestiones de la incerteza procesal, de la probabilidad, de la valoración de las pruebas y de los estándares probatorios. El dilema de la valoración probatoria que presento al final del trabajo consiste en la dificultad de encontrar una vía intermedia entre el sistema de la prueba legal y el de la libre valoración.

En el octavo ensayo ahondo en la *diferencia entre criterios de valoración y estándares de prueba*, entendidos como reglas decisorias. En primer lugar, sostengo que ambos aspectos son necesarios para la decisión sobre los hechos, en tanto las pruebas primero deben ser valoradas y, por ende, consideradas en su capacidad de satisfacer el estándar relevante. Además, desarrollo algunas consideraciones de derecho comparado con relación a los modos en que los distintos sistemas jurídicos regulan dicha actividad. Por último, sostengo que, no obstante con la diferencia analítica antes indicada, existe una conexión funcional entre criterios y estándares.

En el noveno y último ensayo me propongo realizar un examen de algunas *metáforas* utilizadas en ámbito probatorio, es decir, las principales metáforas con las que son tratadas las pruebas en el lenguaje de los juristas. Distingo cuatro grupos de metáforas (de peso, de sustento, de crédito y de combinación) tratando de echar luces sobre sus caracteres peculiares y sobre su uso en la valoración de las pruebas. Esto me brinda la ocasión de discutir brevemente la alternativa entre atomismo y holismo probatorio, con especial referencia a la prueba científica.

Estos ensayos han sido publicados, en formas más o menos distintas de las presentadas aquí, en el curso de varios años (al final indico las fuentes originales). Este volumen es una ocasión para evidenciar sus relaciones y observar las cuestiones que aún quedan abiertas. Para mí se trata de una ocasión valiosa, por la que agradezco al editor y a los traductores del presente volumen.

Quiero agradecer especialmente a Ron ALLEN, Jordi FERRER y Michele TARUFFO, por haberme indicado algunas perspectivas fundamentales de investigación y por su amistad. Quisiera agradecer, por haberme ayudado a título diverso a elaborar estas ideas, a Daniela ACCATINO, Perfecto Andrés IBAÑEZ, Damiano CANALE, Flavia CARBONELL, Gaetano CARLIZZI, Rodrigo COLOMA, Diego DEI VECCHI, Paolo FERRUA, Raymundo GAMA, Marina GASCÓN, Susan HAACK, Daniel GONZÁLEZ LAGIER, Baldo PASTORE, Giulio UBERTIS y Carmen VÁZQUEZ.

Lucerna, 13 de julio de 2019

G. T.

A continuación, las fuentes originales de los ensayos aquí reunidos:

1. «Analisi e diritto», 2016, pp. 127-161.
2. «Sociologia del diritto», 2004 (n.º 1), pp. 117-131, posteriormente Cap. 1 de G. TUZET, «Dover decidere. Diritto, incertezza e ragionamento», Carocci, Roma, 2010; una versión ulterior de este trabajo fue publicada como *Usos jurídicos de la abducción* en J.A. GARCÍA AMADO, P.B. BONORINO (eds.), *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho. Debates sobre abducción*, Comares, Granada, 2014, pp. 121-147.
3. «Ragion pratica», n.º 47, 2016, pp. 279-297.
4. T. BUSTAMANTE, C. DAHLMAN (eds.), *Argumentation Types and Fallacies in Legal Argumentation*, Springer, Cham, 2015, pp. 37-51.
5. C. DAHLMAN, E. FETERIS (eds.), *Legal Argumentation Theory: Cross-Disciplinary Perspectives*, Springer, Dordrecht, 2013, pp. 207-223.

6. «Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile», vol. LXVIII, 2014, pp. 1517-1536.
7. «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», vol. 2014/4, pp. 667-685; de este ensayo existe otra traducción española, con el título «El dilema de la evaluación probatoria: criterios y estándares relejendo a Beccaria», publicada en *Jueces para la Democracia*, n.º 84, 2015, pp. 84-95.
8. «Artificial Intelligence and Law», vol. 28, 2020, pp. 91-109.
9. «Cassazione penale», vol. LI, 2011, pp. 3622-3636.

La distribución del trabajo de traducción fue la siguiente:

Los capítulos I, II, III, VI, VII y IX estuvieron a cargo de César Moreno.

Los capítulos IV, V y VIII estuvieron a cargo de Enrique Sotomayor.