

DUDAS RAZONABLES. SOBRE LA CONCEPCIÓN DE ESTÁNDAR DE PRUEBA DE LARRY LAUDAN*

Rodrigo Coloma Correa**

Renato Lira Rodríguez***

Sebastián Sandoval Ayala****

RESUMEN: En este trabajo discutimos dos tesis y un presupuesto de la concepción de Larry Laudan sobre los estándares de prueba. Se trata de que: (1) los estándares subjetivos y/o ambiguos no son estándares en el sentido estricto de la expresión; (2) los estándares de prueba son mecanismos diseñados para distribuir falsos positivos y falsos negativos; y (3) los estándares de prueba se reconstruyen adecuadamente como umbrales. Concluimos que la primera afirmación no se encuentra justificada (los estándares de prueba pueden ser subjetivos y ambiguos), la segunda es de escasa utilidad (lo indeterminable no puede ser distribuido), y la tercera resulta reduccionista (la metáfora del umbral deja de lado una forma importante en que operan los estándares de prueba).

* La contribución de cada uno de los autores ha sido equivalente. Agradecemos las observaciones de quienes evaluaron anónimamente esta investigación. El trabajo se ha elaborado en el marco de Imputatio: *Centro de Análisis sobre la atribución de intenciones y la imputación de responsabilidades* (www.imputatio.cl). El segundo autor agradece el patrocinio de ANID-Subdirección de Capital Humano/ Doctorado Nacional/2023-21230033 y del Programa de Doctorado en Derecho, mención constitucionalismo y derecho, de la Universidad Austral de Chile.

** Profesor titular de la Universidad Alberto Hurtado de Chile. <https://orcid.org/0000-0003-3347-7625>.

*** Doctorando en Derecho, mención Constitucionalismo y Derecho, Universidad Austral de Chile. Máster en Estado de Derecho y Democracia Constitucional por la Universidad de Génova. <https://orcid.org/0000-0003-1119-0834>.

**** Doctorando en Derecho, Universidad Alberto Hurtado. Magíster en Derecho, mención en Derecho Público, de la Universidad de Chile. Profesor del Departamento de Teoría y Filosofía del Derecho de la Universidad Diego Portales. <https://orcid.org/0000-0002-9355-5907>.

Palabras clave: estándar de prueba; Larry Laudan; error; prototipo; Prueba.

REASONABLE DOUBTS. ON LARRY LAUDAN'S CONCEPTION OF THE STANDARD OF PROOF

ABSTRACT: In this paper, we discuss two theses and a presupposition of Larry Laudan's conception of standards of proof. They are that: (1) subjective and/or ambiguous standards are not standards in the strict sense of the term; (2) standards of proof are mechanisms designed to distribute false positives and false negatives; and (3) standards of proof are adequately reconstructed as thresholds. We conclude that the first claim is not justified (standards of proof can be subjective and ambiguous), the second is of limited utility (the indeterminable cannot be distributed), and the third is reductionist (the threshold metaphor overlooks an important way in which standards of proof operate).

Keywords: standard of proof; Larry Laudan; Error; prototype; evidence.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. LOS ESTÁNDARES DE PRUEBA SUBJETIVOS Y/O AMBIGUOS SÍ PUEDEN SER ESTÁNDARES.— 3. LOS EDP NO SIRVEN PARA DISTRIBUIR FALSOS POSITIVOS Y FALSOS NEGATIVOS.— 4. LOS EDP NO (SOLO) SON RECONSTRUIBLES COMO UMBRALES.— 5. CONCLUSIÓN.— BIBLIOGRAFÍA.

«¿Quién dijo que todo está perdido?»
Fito Páez, *Yo vengo a ofrecer mi corazón*

1. INTRODUCCIÓN

En el campo de la teoría de la prueba se discute intensamente sobre los estándares de prueba (en adelante, EdP). Las controversias versan sobre numerosos aspectos, como la posibilidad de fijarlos, la conveniencia de hacerlo, el grado de exigencia probatoria adecuado para tomar decisiones, o la forma en que se expresa la suficiencia probatoria en los textos normativos. Al respecto, la influencia de Larry Laudan es indiscutible. Sus investigaciones sobre el EdP focalizadas en el «más allá de toda duda razonable» (MADR) —extensibles a otros estándares probatorios y difundidas, principalmente, en «Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar» y en «Verdad, Error y Proceso Penal»— instalaron entre nosotros un conjunto de ideas que, hasta hoy, marcan la manera en que entendemos los EdP.

En este trabajo pondremos en duda dos tesis de la concepción de Laudan y uno de sus presupuestos, a saber: (1) que los estándares subjetivos y/o ambiguos no son estándares en el sentido estricto de la expresión (tesis); (2) que su función principal es la distribución de falsos positivos y falsos negativos (tesis); y (3) que es adecuado reconstruirlos como umbrales (presupuesto). A nuestro juicio, la primera afirmación no está justificada, la segunda es de escasa utilidad, y la tercera es reduccionista si se tiene en cuenta cómo se desarrolla la práctica judicial.

2. LOS ESTÁNDARES DE PRUEBA SUBJETIVOS Y/O AMBIGUOS SÍ PUEDEN SER ESTÁNDARES

Las preocupaciones de Laudan al estudiar el funcionamiento de los sistemas judiciales y, más específicamente, la manera en que el procedimiento penal define la culpabilidad de los acusados apunta a: i) producir conocimientos acerca de cuán bien o mal determinan la verdad en los asuntos que se investigan; y ii) proponer mejoras de las prácticas investigativas con miras a reducir los errores que usualmente arrojan. En lo que a los EdP concierne, Laudan (2005, p. 96) pretende aclarar ¿qué son?, ¿cómo funcionan? y ¿a qué se parecen? Para llevar a cabo dicha tarea, recurre a saberes asociados a su destacadísima trayectoria científica, esta es, la de un físico teórico ocupado de cuestiones de epistemología. No es de extrañar, entonces, encontrar en sus textos afirmaciones tales como:

No me andaré con rodeos, esto [el proceso penal] es una parodia de sistema de prueba. Un EdP —en cualquier ámbito fuera del derecho en que se reclamen las pruebas (incluyendo las ciencias naturales, los ensayos clínicos en la medicina, las matemáticas, los estudios epidemiológicos, etcétera)— tienen la intención de indicar al investigador o aquel que se está cuestionando cuándo está autorizado a considerar como probado, esto es, cuándo la relación entre la prueba o las premisas justifica la aceptación de la conclusión como probada para los propósitos pretendidos (2005, p. 104).

Laudan sostiene que un EdP cuya aplicación en un proceso judicial dependa de los juicios subjetivos¹ del decisor no resulta apto para establecer niveles adecuados de exigencia probatoria². De hecho, indica que ese defecto incide en que el sistema procesal carezca de fiabilidad (entendida como uniformidad y predictibilidad) y sea «incoherentemente injusto» (2013, pp. 62-63). A su entender, si los estados mentales

¹ Como bien observa González Lagier (2020, p. 91), la subjetividad que preocupa a Laudan puede ser leída de dos formas distintas: como una apelación directa a los estados mentales del juzgador (así ocurre, por ejemplo, con fórmulas como íntima convicción) y como sinónimo de vago o impreciso «porque, al ser impreciso (un EdP), acaba decidiendo el juez discrecionalmente, de acuerdo con su criterio subjetivo». La tesis de Laudan asume que podemos eliminar (o al menos reducir significativamente) la vaguedad que afecta a los EdP y, de esta forma, eliminar (o al menos reducir significativamente) la discrecionalidad.

² Para Laudan (2005, pp. 100-106), depurar los EdP por la vía de recurrir al cálculo bayesiano, conduce a un subjetivismo no muy diferente al de aquellos EdP que se basan en grados de confianza en los decisores.

de los decisores no están guiados por criterios que fomenten una conexión inferencial entre las pruebas y la decisión, «son propensos a ser infundados, prejuiciosos e irracionales» (2013, p. 90). Por esto, sostiene que, mientras las definiciones de la duda razonable permanezcan obsesionadas con la intensidad de las creencias, estaremos expuestos a la «devastadora crítica de que confunde la fuerza o intensidad de una creencia (que puede ser totalmente irracional) con que la creencia en cuestión esté justificada» (2013, pp. 101-102).

Para Laudan, la intensidad de la convicción no es un criterio relevante para determinar una conexión fundada con las pruebas. La dependencia de un EdP en el nivel de confianza del decisor «no aporta nada al proyecto de promocionar la emisión de veredictos válidos» (2013, p. 102)³. Así, sostiene que formulaciones como la «convicción estable en la culpabilidad del acusado» o alcanzar un «estado subjetivo cercano a la certidumbre» no son auténticos EdP. Para ilustrar la imposibilidad, piénsese en un caso cualquiera donde A considera que ha alcanzado una convicción estable de la culpabilidad de X, mientras que B entiende que no ha alcanzado tal estado. Acorde a ello, A condenará y B absolverá. ¿Podría decirse que ambos sujetos han aplicado el EdP exigible? Laudan lo pone en duda.

Según Laudan, entonces, el EdP debe ser objetivo, es decir, estar formulado en «términos del vínculo inferencial que debe existir entre las pruebas disponibles y la hipótesis como una proposición probada» (2013, p. 126). Solo de ese modo es posible definir las propiedades o criterios epistémicos que debe cumplir la evidencia (como la refutación de hipótesis alternativas o la confirmación de ciertos datos). Así, su idea «es que las enunciaciones del estándar dejen de ser enunciaciones de principio, y que pasen a tener una relación directa con la prueba de los hechos en el caso particular» (Taruffo, 2005, p. 120)⁴.

El problema de la subjetividad, según Laudan (2013, pp. 66-83), se ve favorecido por la ambigüedad de los EdP⁵, como resulta palmario en el caso del MADR⁶. En

³ Hay una cierta distancia entre el concepto de validez manejado por Laudan (2013, pp. 33-37) y la mayoría de los juristas. La propuesta de Laudan no parece dar mayor espacio a la idea de que las normas procedimentales tienen un carácter de normas constitutivas.

⁴ En la misma línea, Ferrer (2025, p. 178 y ss.) indica que si los EdP no satisfacen las expectativas epistémicas que debe cumplir la prueba, resultará imposible cumplir la obligación de justificar la superación del umbral de suficiencia probatoria. Solo en el caso que aquello sea logrado, será posible el control de la corrección del razonamiento probatorio mediante los recursos, como también la regulación de la manera en que los jueces y tribunales deben ejercer su competencia para decidir sobre los hechos del caso.

⁵ Ferrer (2007, p. 152) también destaca la importancia de definir con claridad los EDP: «sin ellos no puede pretenderse una valoración racional de la prueba ni un control de la valoración realizada». Ferrer (2025) sigue a Schauer (2004, pp. 195, 209-221; 2013, p. 201) para sostener que los tribunales deben enfocarse «en la presencia o ausencia de ciertos hechos y permitiéndoles «relajarse» con respecto a otros». Ello impide que «decisores sabios y sensibles tomen las mejores decisiones, a fin de impedir que decisores incompetentes o simplemente injustos tomen decisiones incorrectas».

⁶ En el mismo sentido, Accatino (2011, pp. 496-498).

sus palabras: «la idea de que el significado de una duda razonable debe ser claro para todos, por el hecho de que la gente comprende cada uno de los términos que conforman la frase, es hilarante» (2013, p. 84). A lo más, sirve como una mera exhortación a no tomar el encargo decisorio a la ligera, pero no otorga «pistas mínimas acerca de cómo deberían lucir unas pruebas contundentes de culpabilidad» (2013, p. 92). Por esto, Ferrer (2025, p. 189 nota 40) también indica que «de nada sirve adherir el adjetivo «razonable» a la duda porque seguiría siendo condición necesaria del cumplimiento del estándar que el juzgador tenga el estado mental de duda (...)». Es así como Laudan (2005, p. 111) afirma que los genuinos EdP «no dejan mucho margen de ambigüedad respecto a si han sido satisfechos» (2005, p. 111), de modo que los decisores no debieran tener desacuerdos sobre sus obligaciones derivadas del EdP.

Veamos, entonces, cuáles serían para Laudan (2005, p. 107) algunos ejemplares de genuinos EdP. De ellos se espera que la judicatura solo verifique la presencia de criterios epistémicos que debe cumplir la evidencia para sostener que un hecho está probado⁷:

Si es creíble la prueba acusatoria o un testimonio que resultaría difícil de explicar si el acusado fuera inocente y no es creíble la prueba exculpatoria o un testimonio que sería muy difícil de explicar si el acusado fuese culpable, entonces condénalo. De otro modo, absuélvalo; o bien

Si la historia de la acusación acerca del delito es plausible y usted no puede imaginar una historia plausible que muestre al acusado como inocente, entonces condénalo. De otro modo, absuélvalo.

Hasta aquí, podría decirse que las preocupaciones de Laudan son —¿qué duda cabe!— del todo atendibles: *un EdP que produzca decisiones que no generen discrepancias en una comunidad racional (en cuanto a que se han establecido conexiones sólidas entre la prueba rendida y los hechos probados) es preferible a uno que no vaya en dicha dirección*. Pero ello no implica que la objetividad deba considerarse como una propiedad definitoria de los EdP. Las objeciones hacia ello se producen en dos niveles: uno conceptual y otro epistémico.

La objeción conceptual argumenta que es insostenible plantear a la objetividad como una propiedad definitoria de los EdP. Para justificar nuestro punto de vista, nos vemos forzados a hacer algunas precisiones sobre lo que se quiere decir con la partícula *estándar* y, por extensión, a lo que se dice con la locución *estándar de prueba*. Si bien nuestras formas de hablar y el análisis conceptual no parecen estar dentro de las preocupaciones de Laudan, la forma de construir su argumentación y de titular sus textos hacen ineludible llevar a cabo un modesto ejercicio de depuración.

El Diccionario de la Lengua Española define la palabra *estándar* como: «Que sirve como tipo, modelo, norma, patrón o referencia». A su vez, al tratar la palabra *estan-*

⁷ Para su formulación tiene en consideración las propuestas de Ronald Allen. Más detalles en nota 9 de Laudan, (2005, p. 107). En forma similar, Ferrer (2025, pp. 57-58) sostiene que, para evitar la contaminación de la decisión probatoria con valores privados (incompatible con el Estado de derecho y el derecho a la prueba) es esencial establecer EdP que garanticen la no arbitrariedad enfocados en la capacidad justificativa y propiedades epistémicas concretas.

darizar, se quiere decir: «tipificar (ajustar a un tipo o norma)». Por cierto, al aludir a este diccionario, no pretendemos que el significado de la noción «estándar» dependa completamente del lenguaje ordinario, ni menos de lo que dice la Real Academia Española. Solo se trata de que, al no haber un desarrollo generalizado *sobre lo que significa esta partícula*, aludir a este recurso facilita la discusión⁸. Más aún, creemos que Laudan no tendría ninguna objeción con el uso de estas definiciones, pues sus esfuerzos al tratar los EdP apuntan precisamente a reducir la dispersión en las decisiones asegurando un cierto tipo de relación⁹. Así las cosas, si un EdP subjetivo y/o ambiguo provocase un mayor alineamiento en las decisiones probatorias, sería un candidato a EdP.

Teniendo en cuenta lo recién señalado, prestemos atención a lo que nos dice Laudan acerca de lo que ocurre si se aplica una formulación del MADR, en clave subjetiva y ambigua. En una nota de Verdad, Error y Proceso Penal (2013, nota 5, p. 112) sostiene:

Lo que Kalven y Zeisel encontraron, no fue que dos de cada 10 absoluciones correspondían a personas que fueran culpables, sino que dos de cada diez absoluciones, en la opinión de los jueces, ameritaban una condena justificada; o sea que esas dos absoluciones tenían todo para satisfacer el EdP en materia penal. Dado que dicho estándar es bastante severo, tenemos buenas razones para esperar que las absoluciones falsas, del modo en que venimos empleando la expresión —es decir, la absolución de acusados genuinamente culpables— ocurran con mucho mayor frecuencia de lo que la cifra 20 por 100 podría implicar.

Desde el punto de vista del uso y significado de las palabras, lo recién observado no pone en tela de juicio que los EdP subjetivos y ambiguos sean ejemplares de la clase genérica de los estándares. Y esto es así porque hay un 80 por 100 de absoluciones en que se producen coincidencias entre jurados y jueces. El porcentaje no es bajo considerando que jurados y jueces pertenecen a comunidades disciplinares diferentes. Así, a nivel conceptual, podríamos decir que el EdP *ha estandarizado* las decisiones. Aunque no ha estandarizado de la manera en que ético-políticamente nos gustaría, ello no justifica privar a formulaciones calificadas como subjetivas y ambiguas del estatus de EdP.

A la luz de lo señalado, alguien podría decir: *De acuerdo, un EdP subjetivo y ambiguo estandariza, pero no como cabe esperar de un EdP*. En otras palabras, si los jueces condenan solo si tienen una «convicción estable en la culpabilidad del acusado», la estandarización podría lograrse sin necesidad de que dicha convicción tenga que ver con un vínculo inferencial entre las pruebas rendidas y los hechos que se dan por probados. Así, por ejemplo, un juez racista podría formar una convicción estable de culpabilidad cuando el acusado pertenezca a cierta etnia, y aquello, por cierto,

⁸ Sobre el punto: Gama, (2016, pp. 61 y ss.) y Coloma, (2016a; 2016b, pp. 108 y ss). En un sentido opuesto, Aguilera, (2023).

⁹ La dispersión se asocia a lo que más adelante categorizamos como «ruido» para hablar sobre la variabilidad de las decisiones humanas en asuntos donde se espera mayor coincidencia (Kahneman, Sibony y Sunstein, 2021, p. 42).

no se entendería como una forma de conectar las pruebas rendidas con los hechos probados. Lo mismo podría ocurrir con un conjunto de jueces indolentes que simplemente hagan depender su decisión del azar. En casos así, por cierto, no se estaría aplicando un EdP sino otra forma de tomar decisiones que aquí no interesa.

La idea de que un EdP formulado en términos subjetivos aún sirva para estandarizar se refuerza gracias a la circunstancia de que el EdP funciona de manera coordinada con otras reglas. Este sería el caso de la obligación de motivar las decisiones judiciales, como también, la de llevar a cabo un ejercicio de deliberación si se forma parte de un tribunal colegiado¹⁰. Así las cosas, el tribunal deberá superar el filtro de la deliberación y/o de la motivación que lo llevarán a explicitar razones que tienen que ver con la conexión entre las pruebas rendidas y los hechos probados. Si así no ocurre, el sistema prevé que las decisiones sean modificadas y/o que el juez pueda ser sancionado. Estas son las mismas garantías que operarían para controlar a tribunales que, debiendo aplicar un EdP objetivo (suponiendo que es posible/conveniente formularlos), no lo hagan. De esta manera, en la medida que los sistemas procesales consideren algún nivel de control, también un EdP subjetivo y con ciertos niveles de ambigüedad sería conceptualmente un EdP.

Vamos ahora a la objeción epistémica sobre los EdP subjetivos y/o ambiguos. Lo que hemos dicho hasta el momento no se hace cargo de la crítica de que los EdP subjetivos y/o ambiguos podrían no ser los más útiles para que nuestros procedimientos alcancen un nivel adecuado de corrección en la distribución de cargas y/o beneficios. Laudan tiene un punto indudable a su favor y que, probablemente, ha sido un importante factor del éxito de su teoría: *las formulaciones de los EdP no pueden desentenderse de que, para la decisión de dar por probados los hechos en un proceso judicial, es clave la calidad (robustez) de la conexión que se construye entre ellos y la prueba rendida*. En lo que sigue, no negamos que se trata de una pretensión relevante y que debe estar presente en cualquier intento de depuración de los EdP. El problema es que la propuesta de Laudan pareciera desconocer que, en un proceso judicial, la toma de decisiones probatorias está vinculada a la toma de decisiones interpretativas y valorativas. Como diagnóstico, obsérvese que los candidatos propuestos por Laudan como EdP genuinos utilizan palabras tales como: «creíble», «difícil de explicar», «plausible» o «usted no puede imaginar». Ninguna de ellas parece erradicar la subjetividad del decisor¹¹.

Revisemos esta idea más en detalle. Laudan advierte una conexión fuerte entre la equivocidad que afecta a las disposiciones que expresan los EdP y la relevancia que

¹⁰ En descargo de Laudan podría señalarse que él se enfoca primordialmente en sistemas anglosajones en que opera un jurado que no está sujeto a la obligación de motivar los hechos probados, aunque sí de deliberar. Sin embargo, el propio Laudan (2005, p. 98) se preocupa de hacer algunos guiños al sistema continental.

¹¹ La crítica que formulamos a continuación no es del todo novedosa. Los candidatos propuestos por Laudan para asumir el papel de un EdP objetivo no erradican la vaguedad que afecta a las disposiciones normativas ni tampoco se elimina el recurso a la subjetividad al momento de tomar una decisión.

cobra el juzgador al momento de tomar una decisión. La intuición parece indicar que, al disminuir la equívocidad que afecta a los textos normativos, también se disminuye el espacio para la subjetividad. De ahí que sus propuestas busquen robustecer las disposiciones normativas enunciando operaciones que, *prima facie*, serían fácilmente identificables y replicables. Al respecto, nuestra crítica sostiene (1) que los términos a los que Laudan se ve obligado a recurrir para ensayar formulaciones de EdP genuinos («creíble», «difícil de explicar», «plausible» o «usted no puede imaginar») no cumplen con el propósito de eliminar la subjetividad (y equívocidad) de los EdP; y (2) que tales vínculos con lo que es propio del juzgador parece ser un *componente necesario* para adoptar decisiones probatorias.

Vamos con el primer punto. A nuestro entender, la formulación de un EdP siguiendo las recomendaciones de Laudan no altera de manera significativa el hecho de que la suficiencia probatoria siga dependiendo, en última instancia, de la estimación interpretativa y valorativa que realiza el tribunal. Esto ocurre porque las propuestas normativas de EdP recurren a criterios que, en palabras de Dei Vecchi (2020a, p. 41) «son tan graduales como la justificación epistémica misma a la que conforman». Ello provoca que sean los mismos parámetros epistémicos («credibilidad», «plausibilidad», entre otros) los que imponen la necesidad de efectuar juicios de valor y alejarse de su mera constatación¹². Por ejemplo, como indica Calderón (2023, p. 159) «sostener que una hipótesis resulta plausible es similar a decir que una exhibición resulta obscena: obedece a criterios valorativos que se predicen respecto del acto, que dependen de otras variables además de las condiciones o características del acto en sí mismo». Lo interesante, entonces, es que dicha gradualidad no puede entenderse como un defecto lingüístico pronto a ser corregido, sino como una pieza constitutiva del razonamiento probatorio, que nos habilita a realizar juicios contextuales en términos de «más o menos»¹³.

Conforme a lo anterior, la toma de decisiones probatorias requiere que el tribunal no solo determine el significado de criterios epistémicos equívocos, sino también que establezca si la evidencia cumple con expectativas de suficiencia. En este sentido, cualquier propuesta sobre EdP debe reconocer que las razones epistémicas están vinculadas al establecimiento discrecional de la suficiencia probatoria. De ahí que la aplicación de un EdP implique elaborar juicios contextuales (asumir que la suficiencia

¹² Esta evaluación es posible precisamente *porque* los términos son vagos tanto en un sentido intensional como extensional. Como observa González Lagier (2020, p. 92 nota 13), las expresiones propuestas «no logran superar la remisión a factores subjetivos (como la capacidad de imaginar historias o de pensar hipótesis plausibles a favor de la inocencia), no avanzan mucho en la reducción de la vaguedad intensional (remiten a nociones vagas como “sí es creíble”, “plausible”, “difícil de explicar”, sin indicar cuándo debe ser creíble, plausible, etc.) y no solucionan el problema de vaguedad gradual (los conceptos a los que se remiten: credibilidad, plausibilidad, etc., son claramente conceptos graduales)». Dei Vecchi (2020b, p. 422) advierte lo mismo en la propuesta de Laudan referido a la «alta dificultad de explicar ciertas pruebas, a lo fiable de ellas, a lo plausible de ciertas historias, a la posibilidad personal de concebir historias alternativas o no, a lo razonable de las hipótesis alternativas (personalmente) imaginables».

¹³ Ver más adelante nuestras observaciones sobre la noción de prototipo.

puede diferir en términos diacrónicos) y variables (reconocer que dos sujetos pueden contar con las mismas pruebas, pero llegar a resultados probatorios diferentes). Desde esta perspectiva, lo más adecuado es concebir a los EdP como mecanismos cuyos criterios epistémicos sirven de anclaje para estructurar prácticas argumentativas¹⁴.

Esto nos lleva al segundo punto. Para los efectos de formular un EdP, el recurso al juzgador parece ineludible, por lo que no es cierto que el reconocimiento de la subjetividad haga que las conexiones entre la prueba rendida y los hechos probados pierdan valor. Intuimos que el problema es alimentado por ciertas perspectivas que, por un lado, desconocen la participación del sujeto cognoscente en la formación del conocimiento y, por otro lado, ignoran que nuestras búsquedas están condicionadas por las herramientas que nos permiten justificar nuestros hallazgos (Gutting, 1980, p. 221; Mazzaresse, 1997, pp. 587-616).

Laudan parece olvidar que sus propuestas sobre EdP genuinos contienen criterios que no son propiedades intrínsecas de los objetos, sino una característica que se construye entre la evidencia disponible y las habilidades argumentativas del tribunal. Es precisamente en ese espacio de decisión (o de juicio), donde el tribunal debe considerar las particularidades propias del caso concreto¹⁵. En esta línea, Gama (2021, párr. 80-81) destaca que las formulaciones en que se expresan los EdP son necesariamente subjetivas y epistemológicas, ya que enfatizan (con razón) tanto la calidad de las pruebas como el impacto que generan en quien debe decidir. Dicho autor plantea que pruebas y actitudes subjetivas no son elementos excluyentes y que no es necesario condenar al irracionalismo a teorías que incorporen la convicción del tribunal. En sus palabras, «una teoría que no da cuenta de las creencias o de la convicción del órgano jurisdiccional es una teoría del razonamiento probatorio incompleta».

Pues bien, la búsqueda de la objetividad *tout court* provoca un alejamiento sobre cómo se razona en términos probatorios en los procesos judiciales. La pretensión de Laudan ignora que el razonamiento probatorio no puede *congelarse* en formulaciones abstractas que sacrifican la adaptación del razonamiento a las posibilidades¹⁶. Por

¹⁴ Dei Vecchi, (2022, p. 340), y Gama, (2021, párr. 6), sostienen que los EdP deben ser entendidos como exigencias argumentales que, si bien no garantizan objetividad en el grado de justificación epistémica, permiten identificar los diferentes puntos, temas o aristas que deben ser abordados en las decisiones. La idea es mirar la motivación judicial para diseñar metodologías útiles para valorar las pruebas.

¹⁵ En contra, Aguilera (2023, pp. 256-257) plantea que la restricción de significados solo se justifica bajo una concepción cognoscitivista de la prueba, aunque también existen concepciones que serán «análoga a la creación de una receta culinaria, cuyo contenido depende de las meras preferencias subjetivas de quien la inventa». Sin embargo, no es necesario ir tan lejos y sostener que todo es subjetivismo, sino simplemente destacar que no es necesariamente cierto que exista una interpretación que garantice un vínculo estrecho entre lo pretendido por el legislador al momento de regular un EdP y lo interpretado por el tribunal. En otras palabras, siempre puede haber una disonancia entre la concepción de la prueba asumida por el legislador al momento de regular un EdP y la concepción de la prueba asumida por el tribunal al momento de aplicarlo.

¹⁶ Estimamos que lo que tensiona a Laudan, es algo similar a lo que plantea Carlo Ginzburg (2013, p. 220) acerca de lo que cabe esperar de disciplinas lejanas a su sólida física: «La orientación cuantitativa

eso, si bien la crítica a los EdP formulados en términos exclusivamente subjetivos es pertinente, una idea de total objetivación carece de asidero: la aplicación de los EdP está inevitablemente mediada por la interpretación y los juicios valorativos de los operadores jurídicos. De esta manera, es preciso reconocer que la argumentación probatoria también depende de factores circunstanciales, como las destrezas y capacidades de quienes toman las decisiones, o de las creencias compartidas de la comunidad dentro de la cual se opera¹⁷. Esta peculiaridad evidencia que los hechos probados, además de derivar del análisis de la prueba disponible, son el reflejo de las formas en que los criterios epistémicos son regulados e interpretados¹⁸.

Un breve comentario más para cerrar este punto. Recientemente Coloma y otros (2024, párr. 48) han propuesto concebir al razonamiento probatorio desde una *perspectiva situada*. A nuestro entender, el carácter situado está mediado por la manera en que los individuos conciben ciertas actitudes o situaciones y, en definitiva, por aspectos determinados por la experiencia, género, clase social, entre otros. En ese sentido, el acto de conocer y de establecer la suficiencia probatoria no sería una actividad neutra y desvinculada de los sujetos, sino ligada al contexto social donde se realiza tal actividad. Asumir que la realidad puede ser observada de forma neutra es también asumir que todas aquellas personas que no cumplen con un «estándar de normalidad» (o ciertas credenciales) se encuentran ante una dificultad para situarse en la calidad de observadores honestos¹⁹. Por eso, perspectivas que se inscriben bajo una concepción universal de sujeto cognoscente, donde el tribunal debería operar aislado de su ambiente social y desatendiendo de su contexto histórico, no representan la realidad de la toma de decisiones probatorias. Así las cosas, el acceso al pasado está mediado por el punto de vista (*standpoint*) de quien conoce, lo que implica tomar partido por una visión del mundo, con distintos compromisos sobre lo que es (y debe ser) considerado como verdadero. En este marco, Gama (2020, p. 290) advierte que la inserción del sujeto cognoscente en su entorno «mantiene abierta la crítica ahí donde la concepción racional de la prueba parece insistir en la pretensión de neutralidad y objetividad de los métodos y presupuestos»²⁰.

y antropocéntrica de las ciencias de la naturaleza, desde Galileo en adelante, ha llevado a las ciencias humanas ante un desagradable dilema: o asumen un estatus científico débil, para llegar a resultados relevantes, o asumen un estatus científico fuerte, para llegar a resultados de escasa relevancia».

¹⁷ Coloma y otros, (2021, p. 136). Azócar (2018, p. 24), por su parte, ha estudiado cómo las emociones de jueces y juezas de familia impactan en la valoración de testimonios y en la acreditación de hechos.

¹⁸ Gascón (2010, p. 110) recuerda que, gracias a la teoría epistemológica postpositivista, las normas procesales y probatorias pueden entenderse «como los esquemas teóricos desde los que se conocen los hechos en el proceso».

¹⁹ La idea de «estándar de normalidad» se asocia a una concepción de estándar como prototipo desarrollada más adelante.

²⁰ Tuzet (2021, p. 80) recuerda que la justificación probatoria se elabora dentro de una práctica social, donde no cuenta la opinión individual, sino lo que la comunidad reconoce como justificación (ciertas fuentes, ciertos métodos, etcétera).

Como a continuación veremos, la dispersión de resultados probatorios no puede ser suprimida, sino sólo atenuada mediante ciertas *medidas de higiene*²¹ que toman la forma de procedimientos y criterios más estructurados. Por esto, aunque es posible buscar una mayor estandarización con nuevas formulaciones de EdP, no representa un avance sostener que la determinación de la suficiencia probatoria deba desligarse de los juicios de quien debe decidir²².

3. LOS EDP NO SIRVEN PARA DISTRIBUIR FALSOS POSITIVOS Y FALSOS NEGATIVOS

Laudan (2013, p. 23) sostiene que «un sistema de justicia penal es primordialmente un *motor epistémico*, es decir, un dispositivo o herramienta para descubrir la verdad a partir de lo que a menudo comienza con una mezcla confusa de pistas e indicios». Consciente de la dificultad de alcanzar ese objetivo, defiende que las normas probatorias deben diseñarse no sólo para minimizar el error, sino también para distribuirlo entre las partes²³. Esto se debe a que no es posible «eliminar la incertidumbre por completo, ni hacer que las inferencias abductivas que se emplean en el razonamiento jurídico preserven siempre la verdad» (2013, p. 130)²⁴. Así, Laudan propone dejar de lado «las preguntas relacionadas con el papel que los valores no-epistémicos desempeñan en la administración de justicia» (2013, p. 26), para adherirse «al punto de vista de que cuanto menos se hable de derechos, tradiciones y doctrinas jurídicas y derecho constitucional, será mejor» (2013, p. 29).

Para Laudan, el error se produce cuando hay discrepancia entre lo que se ha probado dentro del proceso y lo que realmente ocurrió. Estos errores conforman los llamados «veredictos falsos» que, en el proceso penal, se manifiestan de dos formas: «cuando una persona inocente es tratada como culpable [falso hallazgo inculpatório o también falsos positivos] o cuando una persona culpable no es hallada como

²¹ Kahneman, Sibony y Sunstein, (2021, pp. 271 y ss).

²² Dei Vecchi (2023, párr. 52) advierte que confiar en la posibilidad de fijar legislativamente umbrales de suficiencia probatoria capaces de eliminar el juicio valorativo judicial es, en definitiva, un *wishful thinking*.

²³ También asume una mirada naturalista según la cual «la mayoría de los asuntos de interés filosófico, en última instancia, descansan en averiguar cuáles son los hechos relevantes y dependen de ello» (Laudan, 2013, p. 31). A pesar de ello, considera que, además del EdP, la presunción de inocencia, el beneficio de la duda y la carga de la prueba depositada en la acusación conforman la *doctrina de la distribución del error*. Así, aunque ninguno de aquellos conceptos «está inspirado en la búsqueda de la verdad deben, no obstante, ocupar un lugar central en un libro de epistemología del derecho procesal penal» (Laudan, 2013, p. 60).

²⁴ Recientemente Dei Vecchi (2023, párr. 39) ha destacado que la verdad de la premisa fáctica no es condición necesaria de la justificación externa de dicha premisa, aun cuando esa justificación apunta a alcanzar dicha verdad. Como la justificación probatoria es parte del género de la justificación epistémica, «al igual que sucede en cualquier otro ámbito de la investigación empírica, un enunciado acerca de ciertos hechos puede estar justificado siendo, a pesar de ello, falso».

tal por el sistema [falso hallazgo exculpatório o también falsos negativos]» (2013, pp. 33-34). En este contexto, el efecto esperado del EdP es distribuir los errores de acuerdo con las inclinaciones político-morales de la sociedad e, incluso, reflexionar sobre la asignación de un riesgo de error simétrico (o no) a las partes del proceso. De este modo, la formulación de un EdP requiere, por un lado, determinar cuál es la distribución del error deseada desde una perspectiva político-moral y, por otro lado, establecer un umbral de suficiencia que materialice dicha distribución (Dei Vecchi, 2020, p. 421).

Como se sabe, salvo que se asuma una concepción cognoscitivista de la moral, el reparto adecuado del riesgo y el umbral de suficiencia son asuntos definidos de forma contingente. Determinar el *quantum* de suficiencia probatoria es una decisión que difícilmente tiene una respuesta unívoca, ya que los bienes jurídicos en juego gozan de una importancia social diferente (Ferrer, 2025, pp. 140-152). Así, conforme a Laudan (2013, p. 105), «el umbral se establece más allá del punto medio sólo cuando creemos que una de las clases de error que pueden cometerse es más costosa —por lo que nos interesa que se evite con mayor asiduidad— que la otra». Esto es de particular importancia para el funcionamiento del sistema procesal penal ya que, si la formulación de un EdP para condenar es oscura, no contribuye mucho a inspirar confianza en el sistema (Laudan, 2013, p. 88)²⁵. De ahí que los EdP conecten la epistemología con la moralidad: la primera proporciona los medios que consideramos adecuados para conocer y la segunda proporciona el umbral que consideramos adecuado para tomar una decisión²⁶.

En resumen, un genuino EdP debiese operar como un mecanismo adecuado para distribuir el error entre las partes de un proceso mediante el establecimiento de un umbral de justificación adecuado para adoptar una decisión por sobre otra, asociando un costo a cada tipo de error frente a posiciones dicotómicas, como la de condenar o absolver. No dudamos que esta tesis puede ser útil para explicar una faceta de la discusión relativa a las finalidades del proceso penal, pero su alcance es bastante más restringido al momento en que los tribunales deben aplicar los EdP.

Nuestras dudas se originan en el concepto de error que, a juicio de Laudan, sería posible «distribuir». La idea según la cual podemos distribuir falsos positivos y negativos mediante un EdP parece suponer que estamos en condiciones de identificar, en

²⁵ Conforme a Ferrer (2025, pp. 34-36) no se trata un umbral probabilístico o cuantificado, sino de uno que reduzca en todo lo posible la vaguedad que todo criterio no matemático tendrá. La idea es lograr una mayor cantidad de casos claros de (in)cumplimiento del estándar y un menor margen de casos dudosos.

²⁶ Céspedes (2021, p. 253) argumenta que el EdP no distribuye los errores dentro del proceso, sino (i) materializa la importancia que le asignamos a la posibilidad de causarle daño moral a un acusado al condenarlo erróneamente (derivada del deber de no dañar injustamente a otro) y (ii) otorga un tratamiento igualitario a los miembros de la comunidad. Un criterio cualitativo «no responde a ninguna relación entre falsos positivos y falsos negativos, sin perjuicio de que, contingentemente, de la utilización del criterio adoptado resultará —al menos desde un punto de vista estadístico— una determinada relación entre dichos extremos».

alguna medida, cuándo acontece un veredicto falso, es decir, cuándo se da el caso de que lo afirmado formalmente en el proceso no coincide con aquello que ha ocurrido en la realidad. Así, las objeciones que nos interesa destacar son las siguientes: (1) no es posible distribuir algo que desconocemos y (2) es posible llamar error judicial no solo a decisiones que (suponemos) se fundamentan en premisas falsas, sino también a conjuntos de decisiones dispersas sobre asuntos similares carentes de un fundamento aceptable para explicar tal dispersión²⁷.

Con respecto al primer punto, es preciso distinguir dos dimensiones de los EdP: aquella que los entiende como productos de una decisión de política procesal, y aquella que los concibe como guía para la acción de los tribunales en los casos que resuelven. Por un lado, los EdP se presentan como una decisión política sobre la cantidad de errores (por ejemplo, condena de inocentes o absolución de culpables) que la sociedad está dispuesta a tolerar. Es una determinación *a priori* sobre la tasa de distribución de errores en los múltiples juicios que serán realizados. Así, al momento de evaluar si la aplicación del MADR ha sido exitosa, debemos estar en condiciones de afirmar, por ejemplo, que se ha condenado solo un 4 por 100 de inocentes; y que, en cambio, el 20 por 100 de culpables han sido absueltos. El éxito radicaría en que la disposición a absolver a un número considerable de culpables logra mantener el porcentaje de condenas erróneas de inocentes por debajo del 4 por 100. Por otro lado, la situación será distinta al analizar el cumplimiento del MADR en un caso concreto. Aquí la preocupación es determinar la probabilidad de condenar a un inocente antes de dictar sentencia. Si el porcentaje es superior al 4 por 100 debemos absolver; si es inferior, debemos condenar. Así, si al decidir, el porcentaje de error de condena es de 3 por 100 y la persona en realidad era inocente, aunque la condena fue errónea desde la perspectiva de la verdad, no lo fue desde la perspectiva de la aplicación del MADR (estábamos en una posición que justifica la decisión de condenar).

A nuestro juicio, la pretensión del párrafo anterior no tiene sentido dado el actual estado de las cosas: no sabemos el porcentaje real de inocentes condenados ni de culpables absueltos. El estado de ignorancia sobre el error desde el punto de vista de la verdad es un dato inaccesible²⁸. Para profundizar en ello distinguiremos entre un punto de vista interno y externo al proceso judicial. El primero se relaciona con el

²⁷ Piense, por ejemplo, en las decisiones donde un tribunal dispone que no procede la prisión preventiva solo para que, días más tarde, un tribunal superior establezca, en la misma causa, la necesidad de privar de libertad al imputado mientras dure la investigación. Aquí el error no parece ser un sinónimo de falsedad, sino de dispersión injustificada. Tenemos dos afirmaciones relativas al mismo caso que parecen incompatibles (no con la realidad, sino) entre sí.

²⁸ Para Ferrer (2025, pp. 134-138), como no es posible contar con información empírica sobre «la cantidad y distribución de verdaderos inocentes y verdaderos culpables que son enjuiciados», no es posible identificar «mecanismos causales directos que vinculen los estándares de prueba con ratios específicas de distribución de decisiones erróneas». Tampoco es posible tener «información empírica fiable sobre esas mismas ratios, de modo que resulta del todo inviable la estrategia de fundar el nivel de exigencia probatoria de los estándares de prueba en las ratios de distribución de los errores a las que supuestamente darían lugar».

punto de vista de quienes participan en un proceso buscando cumplir con una serie de objetivos institucionales. El segundo, en cambio, con el punto de vista de quienes, interesados por la correcta aplicación del derecho, observan el funcionamiento del sistema judicial sin participar en la dinámica procesal. Esta distinción es importante porque nos permite comprender el sentido o alcance que podemos adscribir a la tesis según la cual los EdP son mecanismos adecuados para distribuir el error. En particular, la distinción implica que el concepto mismo de error utilizado en tal tesis no puede significar lo mismo desde un punto de vista interno que desde un punto de vista externo.

La distribución de errores, asumiendo un punto de vista interno del proceso, parece difícil de sostener porque la aproximación a la realidad en instancias judiciales se produce, precisamente, a partir de la prueba disponible. Luego, afirmar que existe una discrepancia entre lo probado y lo verdadero, sugiere que estamos en condiciones de propiciar una aproximación a la realidad diferente a la que se produce mediante la prueba. Así, la idea de que los hechos verdaderos (lo que «realmente ocurrió») pueden operar como un criterio útil para evaluar la corrección de las decisiones sobre hechos probados no es viable porque, dentro del proceso judicial, no tenemos acceso a los primeros como algo diferente a los segundos.

Lo anterior conduce a que, al interior del proceso judicial, decimos que el juez ha cometido un error si es posible realizar acciones que impiden que la sentencia adquiera el estatus de cosa juzgada. Así, es posible interponer recursos para mantener abierta la discusión (como la apelación o la casación) para sostener que el tribunal de instancia ha errado. En estos casos, error no significa falsedad, ya que los sistemas recursivos (salvo circunstancias excepcionales como la acción de revisión que recae sobre una sentencia que ya produce cosa juzgada) no exigen estar en condiciones de sostener que ha existido una discrepancia entre lo que ha afirmado el juez y lo que ha ocurrido realmente. Lo que se exige es algo mucho más modesto: sostener que la decisión no se encuentra justificada en relación con las reglas que regulan el procedimiento probatorio. Entonces, desde un punto de vista interno, un concepto de error como sinónimo de falsedad establece un baremo inoperante para cumplir con las funciones que asignamos a los EdP dentro del proceso judicial.

Se podría intentar defender a Laudan argumentando que parece estar más interesado en el punto de vista externo al proceso judicial (recordemos que, a su juicio, el proceso penal podía ser *una parodia de sistema de prueba*). Es decir, asume que la discrepancia entre lo probado y lo verdadero puede ser identificada comparando el resultado formal del proceso con otro resultado obtenido mediante una aproximación a la realidad que no se encuentra condicionada por reglas procesales subóptimas. De esta forma, en un contexto sin las reglas que favorecen la aparición de errores en el proceso penal, podríamos llegar a resultados que nos permitan contrastar lo probado y lo «real»; siendo lo «real», en este caso, aquello que ha sido probado en un escenario hipotético con reglas epistémicas adecuadas. Si este es el caso, la tesis de Laudan parece resistir, pero con un alcance limitado. Resulta curioso, en este sentido, que la principal función de un EdP no tendría relación con los mecanismos procesales

que permiten el control de las decisiones probatorias; y no resulta particularmente útil para comprender el error cuando este se refiere, no a la realidad, sino que a la suficiencia de la prueba disponible. Si «error» es sinónimo de «falsedad», entonces, la distribución de errores sería un dato accesible solo para quienes están fuera del proceso; e irrelevante para quienes están dentro²⁹.

Nuestra segunda objeción apunta a la falta de reconocimiento de errores entendidos como conjuntos de decisiones dispersas sobre asuntos similares en ausencia de un fundamento aceptable para explicar tal dispersión. Para abordar esto, recurriremos a las ideas de Kahneman, Sibony y Sunstein (2021, p. 37) en torno a la relación que existe entre las nociones de «juicio» y «error». Para los autores, «las cuestiones de juicio, incluidas las profesionales, ocupan un espacio intermedio entre las cuestiones de hecho o de cálculo, por un lado, y las cuestiones de gusto u opinión, por otro». Mientras que las cuestiones de cálculo admiten una única respuesta correcta, las cuestiones de juicio están definidas por la expectativa de un desacuerdo limitado, donde el «grado exacto de desacuerdo aceptable es en sí mismo un juicio subjetivo que depende de la dificultad del problema»³⁰. Así, las prácticas disciplinares suelen exigir que los distintos juicios de sus participantes estén en el marco de las respuestas posibles y que las diferencias puedan ser explicadas. Cuando ello no ocurre, la práctica pierde credibilidad en tanto los juicios de sus participantes se parecen demasiado a simples opiniones.

Es posible que al momento de pensar en el correcto funcionamiento del sistema judicial, Laudan tuviese en mente que las decisiones probatorias pueden representarse, de manera exitosa, como cuestiones en donde solo existe una única respuesta correcta para cada caso. Su noción de error da buena cuenta de ello. Como se sabe, el sistema penal debe adoptar una decisión entre dos posiciones opuestas, condenar o absolver. Las posibles decisiones presuponen, a su vez, una justificación estructurada en términos dicotómicos: el imputado cometió o no cometió el delito que se le imputa; luego, la decisión de condenar o absolver puede (o no) ser correcta si se corresponde (o no) con la realidad. En este esquema de pensamiento, toda dispersión es siempre indicativa de que se ha cometido un error. No es posible que dos jueces,

²⁹ Es preciso aclarar que, incluso, si aceptamos que a Laudan le interesa solo la faceta externa de la discusión probatoria, podrían subsistir legítimas dudas de que error sea sinónimo de falsedad. Para que aquello fuese operativo debiese debilitarse su posición sobre lo que es un falso positivo y un falso negativo, en cuanto a que, tendría que ser algo contingente al sistema probatorio externo al que se recurre y no un asunto de correspondencia con el mundo.

³⁰ Para los autores, las cuestiones de «hecho o de cálculo» se definen en relación con la existencia de un valor que resulta posible verificar en el mundo para los efectos de establecer si ha existido o no un error. Por ejemplo, la afirmación de que «las dolencias del paciente se deben a un desgarró en la pierna derecha» puede verificarse si consultamos las radiografías que acabamos de tomar al paciente. Luego, es el conjunto de radiografías las que operan como criterio de la existencia de un error. Este tipo de evaluación puede darse ocasionalmente y, en general, sobre un punto específico de prueba de los procesos judiciales. Sería el caso de «X es el padre de Y, pues así se confirma del examen de ADN». Al ser tan bajo el margen de error, no hay gestión de la incertidumbre, ni tampoco dispersión en las decisiones: se trata de un escenario en que los EdP carecen de relevancia.

aplicando el mismo EdP al mismo caso, tomen decisiones diferentes sin que la respuesta de uno de ellos sea incorrecta. Incluso si no sabemos cuál es el juez que se ha equivocado, podemos estar seguros de que ha tenido lugar un error.

En conformidad a lo señalado, resulta más satisfactorio discutir sobre la suficiencia probatoria en los términos de quien decide bajo la expectativa de que su decisión no se aleje demasiado de las decisiones habitualmente toleradas por el sistema. Aquí, el error no implica falsedad, sino dispersión injustificada: un juicio es errado cuando se aleja de las pautas de decisión aceptadas por los miembros de una comunidad disciplinar³¹. Esto nos obliga a conformarnos con analizar la fundamentación de la decisión adoptada y a reconocer que es perfectamente posible que exista más de una respuesta correcta para las cuestiones fácticas debatidas en juicio.

Por cierto, resulta extraño hablar de la existencia de dos o más respuestas correctas en el terreno probatorio (salvo que las diferencias entre ellas sean de matices). Para entender mejor esto, aclaramos que entendemos que una decisión es correcta cuando es compatible con la normativa aplicable (EdP incluido). La respuesta correcta sería, entonces, aquella que ha respetado las exigencias del sistema y no es susceptible de anular. Esto se puede ver con claridad si observamos lo que sucede en otros ámbitos, como la historiografía, donde no se trata de contraponer «lo verdadero a lo inventado sino la integración, puntualmente señalada en toda ocasión, de “realidades” y “posibilidades”» (Ginzburg, 2010, p. 439). Es cierto que, en el caso de los procesos judiciales, no pareciera haber tanta flexibilidad para arriesgar diferentes relatos que cuenten con credenciales para reconstruir lo posible a partir de la prueba rendida, pero aquello no está excluido. Son precisamente los EdP quienes determinan hasta dónde podemos llegar.

Pues bien, a pesar de que los desacuerdos en la aplicación de los EdP son indeseables, a nuestro entender también son inevitables: distintas personas pueden llegar a decisiones divergentes bajo circunstancias idénticas. Por esto, si bien es adecuado instaurar *medidas de higiene* (como las propuestas por el propio Laudan o Ferrer) es importante entender que no garantizan respuestas que resistan cualquier objeción epistémicamente fundada, pero sí contribuyen a estandarizar las decisiones. De ahí que las propuestas puedan servir como mecanismos para que las decisiones probatorias no dependan *en exceso* de la presunta experticia o intuición de los operadores jurídicos, sino que promuevan un enfoque basado en el seguimiento de procedimientos estructurados. En otras palabras, aunque no somos tan optimistas a los efectos de neutralizar toda potencial libertad en la argumentación sobre la suficiencia probatoria, sí reconocemos que es posible compactar la variabilidad de las decisiones (el ruido)³².

³¹ Véase la noción de prototipo más adelante.

³² En ese sentido, al momento de establecer una nueva legislación, la autoridad normativa se pregunta acerca de qué formulación se presenta a menores manipulaciones en sede interpretativa. Esto implica reconocer que la interpretación depende de los presupuestos teóricos con los que cada intérprete se aproxima a las disposiciones normativas. Guastini, (1999, p. 34).

Antes de cerrar, vale la pena aclarar que no objetamos la idea muy gruesa de que los EdP inciden en los falsos positivos y falsos negativos que arroja el sistema judicial en su conjunto. En tal sentido, un EdP muy exigente debiese arrojar menos falsos negativos y más falsos positivos que uno poco exigente. Así, lo que ponemos en duda es que, en el terreno de la práctica, los EdP tengan la función primordial de distribuirlos. No olvidemos que lo que se debate en juicio es la elección de uno entre dos o más enunciados representacionales, y son las pruebas disponibles las que sirven para decidir. Tal elección implica la generación de hechos probados que resultan de una serie de operaciones institucionalizadas que adquieren sentido, precisamente, porque desconocemos lo que realmente ocurrió. Por esto, en rigor, los hechos probados no son una reproducción de una realidad externa, sino conclusiones epistémicas elaboradas mediante procedimientos institucionales y normas procesales³³. El punto interesante es que más allá de una serie de funciones indirectas de los EdP (cuánta prueba hay que producir, de qué magnitud pueden ser los saltos inferenciales en los discursos de justificación, etc.)³⁴, ellos son importantes para reducir el ruido en los sistemas de adjudicación, acorde a las directivas del legislador, conforme a un juicio de semejanzas y diferencias. Sobre esto seguiremos profundizando en lo que sigue.

4. LOS EDP NO (SOLO) SON RECONSTRUIBLES COMO UMBRALES

En consonancia con lo ya indicado, Laudan sostiene que los EdP deben definir el grado de confirmación requerido para que una hipótesis se tenga por probada. Para ello concibe a los EdP como un mecanismo que estipula «cuándo la relación que existe entre (...) las premisas y la conclusión que se busca justifica la aceptación de dicha conclusión como probada en el contexto específico» (2013, p. 124)³⁵. Así,

³³ Aunque Laudan (2013, p. 35) rechaza que los fallos crean la culpabilidad o inocencia de las personas, consideramos que es más preciso entender el hecho probado como una construcción institucional que surge al superar las exigencias procesales. En ese sentido, lo determinante para la resolución del conflicto es aquello que queda establecido dentro del proceso tras respetar los procedimientos, cerrar definitivamente la discusión y bloquear nuevas problematizaciones. Concebir al hecho probado como una construcción no conduce a un relativismo puesto que, lejos de ser individuales, las construcciones son histórico-sociales. Conforme a Tuzet (2021, pp. 92-93), construcción no significa creación, sino elaboración a la luz de categorías jurídicas, o selección de elementos fácticos jurídicamente relevantes. En su modelo cognoscitivista, Gascón (2010, p. 108) reconoce que en el ámbito judicial la cuestión sobre la verdad debe ser cerrada autoritativamente. En sus palabras: «claro está que esta verdad última no será infalible, pero será final, en el sentido de que pondrá fin al conflicto autorizadamente. Por eso, según vimos, alguna razón tenía Kelsen al hablar de la naturaleza constitutiva de la sentencia».

³⁴ Un desarrollo amplio de lo indicado puede verse en Coloma, 2016a, pp. 36-47.

³⁵ En el mismo sentido, Gascón (2005, p. 134): «en lugar de indicar numéricamente el grado de probabilidad que debe alcanzar una hipótesis sobre un hecho, [los EdP] deberán indicarnos cuándo está justificado aceptar dicha H como verdadera; es decir, cuáles son los criterios que establecen cuándo se ha conseguido la prueba de un hecho».

los genuinos EdP, en el sentido en que Laudan los entiende, debieran indicar con claridad un «punto de quiebre» que distinga los enunciados que han sido probados de aquellos que no lo han sido. Para ello recurre a la metáfora³⁶ de los *umbrales*³⁷.

¿Es esta la mejor manera de representar los EdP? ¿Captura la metodología de toma de decisiones en situaciones de incertidumbre? Nuestra objeción aparece al momento de contrastar la propuesta de Laudan con la forma en que habitualmente procesamos las preguntas relativas a la vaguedad extensional de una categoría. Aquello tiene sentido porque los EdP nos sirven para determinar si un cierto ejemplar dudoso debe o no ser incorporado dentro de una categoría relevante («los que han matado a otro», «los que han provocado un daño ambiental», etc.). De esta forma, si se nos pide, por ejemplo, determinar si «X» cuenta como un «ave», o si «Y» cuenta como un «buen libro», parecen existir dos caminos posibles; y solo uno de ellos coincide con la metáfora de los umbrales.

El primer camino consiste en listar un número de propiedades necesarias para incluir un caso dentro de una categoría. Si tenemos dudas sobre la inclusión de «X» en la categoría de «ave» (o testigo creíble), debiésemos corroborar que las propiedades definitorias del concepto de ave (o testigo creíble) estén presentes en «X». Por cierto, algunas de las categorías que nos interesan podrán padecer del problema de la vaguedad combinatoria, esto es, podría no ser necesario que concurren todas las propiedades que en principio se vinculan a ellas (no todas las aves vuelan, o no todos los testigos creíbles son capaces de mantener un relato coherente). Otra opción es que baste que una o más propiedades se den *hasta cierto punto*. Esto último supone transformar en porcentajes el nivel de concurrencia requerido de cada una de las propiedades definitorias, lo que no excluye el uso de conceptos graduables en lugar de números (Clermont, 2013, pp. 35 y ss.). En otras palabras, este camino supone operar con algo equivalente a un *check list* y, si se cumple con los valores prefijados, se entenderá que el caso originariamente dudoso entra en la categoría que interesa (en nuestro caso, la de hecho probado).

Aun cuando esa forma de operar pareciera asegurarnos un método fiable para tomar decisiones, algunos filósofos de la mente y científicos sostienen que no es la manera habitual en que nuestro cerebro categoriza fenómenos. La psicóloga y neurocientífica Lisa Feldman Barrett (2018, p. 152) sostiene lo siguiente:

De las cenizas de los conceptos clásicos nació una nueva visión que defendía que un concepto se representa en el cerebro como el mejor ejemplo de su categoría, al que se llamó «prototipo». Por ejemplo, el ave prototípica tiene plumas y alas y puede volar. No todos los casos de «Ave» tienen

³⁶ En cuanto al contenido metafórico del uso del concepto de umbral, véase Agüero, (2016, pp. 83 y ss.).

³⁷ Laudan no aborda de lleno el problema que aquí se plantea en cuanto a que para hablar EdP, la manera adecuada de hacerlo es por la vía de recurrir a la metáfora de los umbrales. Lo que ocurre es, simplemente, que Laudan parece darlo por descontado. Al focalizar el problema de los EdP en la suficiencia probatoria, no da cuenta de una aproximación diferente como la que aquí se realiza desde la metáfora de los prototipos. Para la relación entre EdP y umbrales, véase Páez, (2015, pp. 129 y ss.).

estas características, como los avestruces y los emús, pero siguen siendo aves. La variación en relación con el prototipo es posible, pero siempre que no sea demasiada: una abeja no es un ave aunque tenga alas y pueda volar. Según esta visión, cuando aprendemos una categoría se supone que nuestro cerebro representa el concepto como un solo prototipo. Podría ser el ejemplo más frecuente de la categoría o el ejemplo más típico, es decir, el caso que encaja más con la categoría o que tiene una mayoría de sus características.

Así, la idea de que los estándares pueden representarse solo a modo de umbrales resulta contraria a nuestra experiencia, pues la regla general es que no estamos en condiciones de solucionar los problemas extensionales mediante un ejercicio de medición. A nuestro juicio, no toda pregunta puede responderse exitosamente mediante un análisis cuantitativo porque no todo fenómeno puede ser medido. Además, la medición es un acto costoso en términos epistémicos: requerimos de una escala y de suficiente claridad sobre las propiedades que estamos midiendo en cada caso. De esta forma, la representación de los EdP a modo de umbrales parece cubrir solo parcialmente la manera en que normalmente resolvemos casos dudosos sobre la extensión de una categoría.

Agúero (2016, pp. 85-86) ilustra el problema del uso de umbrales aludiendo a la historia de la medición de la temperatura. Antes de disponer de escalas de medición como las que hoy utilizamos y que miden la energía térmica mediante instrumentos calibrados entre sí, lo que se hacía era simplemente considerar la sensación térmica. Y ello, por cierto, no es lo mismo.

Sigamos con ese ejemplo: para la toma de decisiones a partir de la temperatura entendida como energía térmica la idea de umbral funciona perfecto (*déle un analgésico a la niña cuando la temperatura le aumente a 38°*). En cambio, para la toma de decisiones a partir de la temperatura entendida como sensación térmica la idea de umbral deja de funcionar (al menos en términos fuertes, pues no contamos con °Celsius, ni Fahrenheit) y es necesario recurrir a algunas señales específicas (*déle un analgésico cuando le den escalofríos*) o a un prototipo (*déle un analgésico a la niña cuando sienta su frente parecida a la de una persona que lleva dos horas cocinando en pleno verano y sin una brizna de viento*)³⁸.

El atractivo que posee el uso de la metáfora de los umbrales, tal vez, radica en su consistencia con la tendencia hacia la fragmentación de nuestros objetos de análisis. En el caso de Laudan (2005, pp. 96-97) aquello queda bien reflejado cuando en el inicio del artículo al que ampliamente hemos referido distingue entre distintas clases de problemas teniendo como patrón de diferenciación su relación con lo epistémico. Al considerar que los EdP quedan dentro de aquellos conceptos que nos sirven para proteger los valores que califica como quasi epistémicos, pareciera verse compelido a diferenciarlo de todo aquello que sirve para proteger los valores epistémicos (especialmente regulación de la valoración de la prueba). Esto, a nuestro juicio, es un problema pues fuerza a fijar momentos nítidamente diferenciados para aludir a actividades que *en la práctica* son difíciles de diferenciar (valorar la prueba y aplicar

³⁸ Lo expresado no parece absurdo. Así, antes de encontrar puntos de referencia para medir la temperatura se propusieron prototipos tales como *el frescor de un sótano parisino*. Seth, (2023, p. 50).

el EdP). Aquello no es inofensivo pues nos plantea el difícil problema de establecer unidades de medición separadas de lo que sería los criterios del análisis³⁹.

Para reforzar lo anterior, permítasenos recurrir a un breve fragmento del ensayo de Thomas Kuhn, *La función de la medición en la física moderna* (1993, pp. 217 y 237). Allí se dice que: «Es frecuente que el científico no pueda obtener cifras que concuerden con la teoría mientras no sepa qué cifras debe hacer que produzca la naturaleza» y más adelante se añade:

«[...] normalmente, es condición previa, para una cuantificación fecunda de un campo de investigación dado, una gran cantidad de investigación cualitativa, tanto empírica como teórica. Sin tal trabajo previo, la directriz metodológica “Salgamos a medir” puede resultar tan solo una invitación a perder el tiempo».

El análisis cuantitativo es atractivo, pues cuando está disponible permite un nivel de control elevado sobre la discrecionalidad/arbitrariedad del tribunal. El problema es que la medición propia de un umbral solo en unos pocos casos judiciales está disponible.

El segundo camino para zanjar el problema de si un ejemplar dudoso pertenece a una categoría consiste en emplear un prototipo para realizar un análisis cualitativo de semejanzas y diferencias. Ello ocurre cuando se formula, de manera hipotética, un caso que indubitadamente pertenece a una categoría. Imaginemos entonces que Ud. desea determinar si un libro cualquiera, por ejemplo, alguno perteneciente a la saga de *Harry Potter*, pertenece o no a la categoría de «buenos libros». Dado que no existe un criterio cuantitativo útil para este ejercicio (no vale contar el número de páginas o la cantidad de copias vendidas), usted debiese recurrir a una comparación a partir de un ejemplo indubitado. Según su percepción, nadie duda de que *Los Hermanos Karamazov* es un ejemplo de lo que cuenta como un buen libro, por lo que nos valdría bien para comparar. Ello exige un esfuerzo argumentativo según el cual se asemeje o distinga un caso determinado con el prototipo que hemos seleccionado; es decir, determinar si *Harry Potter* «se parece» o no a *Los Hermanos Karamazov*, al menos en aquellas características o propiedades que son consideradas como las más relevantes. Dadas las diferencias claras entre ambas novelas, es probable que se requiera hacer algunos ajustes de nuestro ejemplar básico indubitado. Así, podría ser útil buscar algunos ejemplares de libro con características más cercanas al que nos interesa, incluso si la propiedad de ser un buen libro no sea tan indubitada. En dicha dirección podríamos arriesgar de ajustar nuestro prototipo recurriendo, por ejemplo, a *El Señor de los Anillos*.

³⁹ David Bohm (2018, p. 20), un destacado físico teórico, expresa preocupación por la excesiva tendencia a la fragmentación en distintos ámbitos de la vida (la ciencia, por supuesto). Dice textualmente: «La idea que todos estos fragmentos existen por separado es, evidentemente una ilusión, y esta ilusión no puede hacer otra cosa que llevarnos a un conflicto y una confusión sin fin [...] Porque, como ya sabemos, este modo de vivir nos ha abocado a la contaminación, a la destrucción del equilibrio de la naturaleza, a la superpoblación [...]».

Como se puede observar, un prototipo aspira a ser lo suficientemente situado como para arriesgar algunos ajustes al problema concreto que nos preocupa. Para explicar esto recurriremos nuevamente a Feldman Barrett (2018, p. 154). Ella afirma que:

[L]os prototipos podrían parecer buenos modelos [...] de no ser por un detalle paradójico. Cuando medimos casos reales [...] este prototipo rara vez se encuentra en la vida real. [...] Si no hay prototipos almacenados en el cerebro, ¿cómo es que la gente enumera sus características con tanta facilidad? Lo más probable es que el cerebro construya prototipos en el acto cuando los necesitamos.

En definitiva, los prototipos con los que operamos no son estáticos, sino que se ajustan al contexto en que requerimos operar. Así, para la determinación de si Fulano es un *buen padre de familia* (o una *persona razonable*), no nos desentendemos, en la medida de lo posible, de su participación en cierta cultura, de su nivel de formación, de sus creencias religiosas, de su orientación sexual, etc.⁴⁰. Conforme a esto, Coloma (2016b, p. 27) ha sostenido:

El modus operandi de los estándares entendidos en este sentido [como prototipo] se diferencia del [de los umbrales] al tener que realizar el agente un análisis de semejanzas y/o diferencias de los casos dudosos respecto del prototipo. La semejanza implica pertenencia y la diferencia, no pertenencia. El análisis que se lleva a cabo cuando se entiende un estándar como prototipo es cualitativo.

El asunto de si los estándares de prueba quedan mejor representados si se les entiende solo como umbrales, como umbrales o prototipos, o únicamente como estos últimos, debiera decidirse observando prácticas afortunadas de su aplicación. De lo que se trata, entonces, es de identificar uno o más casos en los cuales entendamos estar autorizados a decir que se operó con un EdP, y que esa forma de operar calza mejor con la metáfora del estándar como umbral o como prototipo. A falta de este ejercicio, lo que podemos afirmar es que la metáfora propuesta por Laudan explica solo parcialmente algunas de las expectativas que tenemos al momento de operar con un estándar. Probablemente, puede funcionar bien cuando contamos con suficientes elementos para analizar el caso desde una aproximación que podríamos llamar atomista (las distintas partes nos permiten construir una imagen del todo). Pero no hemos encontrado razones para creer que estas expectativas excluyan otras representaciones, sobre la manera en que se resuelven los casos ubicados en la zona penumbra (donde la mejor aproximación es holista, al ser necesario ver el problema desde la totalidad, ya sea porque los fragmentos se nos escapan, o porque nos hacen perder la complejidad).

Cabe destacar que la apertura a concebir a los EdP como prototipos no implica presentar a los EdP del «modo en que nos venga en gana» (Aguilera, 2023, p. 238). La crítica no debe tomarse a la ligera toda vez que advierte sobre el peligro de la arbi-

⁴⁰ Ferraris (2023, pp. 93-94) sostiene que el reconocimiento de ejemplares entraña la realización de un «juicio reflexionante» (o de generalización) sobre características compartidas entre distintos individuos.

trariedad en la aplicación de los EdP, tal como ocurriría si se asumiera que el prototipo se agota en la intuición del decisor que no requiere ser justificada. En este sentido, la representación prototípica de los EdP no es una licencia para la discrecionalidad ilimitada, sino una herramienta que permite una mejor adaptación de los estándares a la realidad de la práctica judicial. Siempre se requiere de una argumentación que explique en qué medida el caso en cuestión se asemeja o se diferencia de los ejemplos paradigmáticos⁴¹. Así, por ejemplo, implica una apertura a identificar criterios jurisprudenciales y a no olvidar que, con o sin EdP, la judicatura debe fundamentar sus decisiones lo que, por definición, excluye presentar la evaluación probatoria de la forma en que se venga la gana.

Antes de pasar a las conclusiones, veamos brevemente un caso acerca de cómo opera un EdP entendido como un prototipo. El caso ilustra, por una parte, que la metáfora del prototipo es satisfactoria para resolver el problema de la dispersión de las respuestas y, por la otra, cuestiona las ideas de Laudan acerca de las propiedades que aquellos debieran tener. A partir de la prueba disponible en el caso, resulta fácil construir una argumentación según la cual el MADR se entienda superado, pues vuelve innecesario seguir escarbando en otras posibles respuestas a la situación planteada. Para facilitar el análisis, recurriremos a un prototipo como el de las buenas novelas policíacas, pues aquel da cuenta de una clase de discurso explicativo que depende de la satisfacción del criterio de la plausibilidad de la reconstrucción elegida y de la muy escasa plausibilidad de reconstrucciones rivales⁴². Como todo prototipo, el de las novelas policíacas admite diferencias según sea el sujeto que lo aplique, pues la experiencia y evaluación de la literatura de ese género es variable. Aquello no obsta a que los desacuerdos serán limitados. Así, si alguien se excede en (o minusvalora) los requerimientos de completitud, de precisión o de coherencia, llegará un momento en que se le cuestionará su calidad de lector que entiende lo básico del género de las novelas policíacas y, por ende, si su prototipo es adecuado⁴³.

⁴¹ Justificar un prototipo podría ser una operación similar a justificar una máxima de la experiencia. A juicio de Sandoval (2023, p. 259) justificar una máxima de la experiencia requiere desarrollar cuatro pasos: «(i) excluir conocimiento que no cumpla con las exigencias del derecho, (ii) incluir aquel conocimiento que sí responda a tales exigencias, (iii) precisar el conocimiento difuso y (iv) explicitar la máxima de forma que esta pueda llegar a evaluarse». Lo interesante es que, de forma similar, los prototipos deben justificarse de forma ad-hoc, exhibiendo las propiedades que posibilitan un juicio comparativo en cada caso. Nada excluye que estas propiedades puedan ser sometidas a escrutinio por parte de los intervinientes y sean efectivamente controladas cuando vulneren criterios de corrección propios del sistema de valoración probatoria.

⁴² Por cierto, no queremos sostener que un buen prototipo del MADR sea coincidente con el de las buenas novelas policíacas. Lo usamos simplemente a modo de ilustración ya que, probablemente, todos los lectores de este texto disponen de uno (y bueno). Un buen prototipo del MADR debiese articular distintas propiedades esperables de las buenas sentencias judiciales como foco, precisión, coherencia, anclaje, economía e integridad discursiva, y claridad. Véase Coloma, (2025, pp. 195-239). La concurrencia de estas propiedades asegura que la reducción de la dispersión no se alcance por la vía de la adopción de decisiones segadas.

⁴³ Hay criterios, por cierto no uniformes, para distinguir un buen relato policíaco de uno malo. Chesterton, (2011, pp. 33-37, 87-91, 141-145).

El caso refiere al asesinato de Emilienne Gerard (E.G.) del cual fue condenado Louis Voisin (L.V.)⁴⁴. El enigma surge cuando el tronco y las extremidades de la víctima son hallados dentro de cuatro sacos en un parque londinense. En el interior de uno de ellos hay un papel con la leyenda *Blodie Belgiam*, palabras que nada significan en inglés. La investigación comienza sin gran éxito hasta que un agente le pide a uno de los varios sospechosos (L.V.) que escriba la locución *Bloody Belgium* (Bélgica sangrienta) y este escribe *Blodie Belgiam*. Con posterioridad, se encuentra la cabeza de E.G. en un sótano al que se pudo acceder usando unas llaves en posesión de L.V. Junto a ello se produce un cúmulo de nuevas pruebas en contra de L.V. ¿Cuáles serían las claves para afirmar que en este caso se supera el MADR?

1) La historia disponible, a partir de las pruebas, explica por qué L.V. habría querido dar muerte a E.G. Se demostró que: i) L.V. había terminado recientemente una relación sentimental con E.G., a quien le debía dinero; en poder de L.V. se encontraron dos libretas de ahorro de la víctima, etc.

2) La historia disponible explica que L.V. pudo haber dado muerte a E.G. y que no se ha problematizado que dicha muerte y ocultamiento ocurrió (fue descuartizada). Así, se probó que: i) L.V. era carnicero y que era capaz de realizar los cortes que se le hicieron al cadáver; ii) que tenía las llaves del sótano donde encontraron la cabeza de E.G., etc.

3) La historia disponible excluye a otras personas que potencialmente hubieren querido y podido dar muerte a E.G. según la manera en que se puede reconstruir lo ocurrido. Así, hubo evidencias de que: i) L.V. escribía *Blodie Belgiam* si se le pedía que escribiera *Bloody Belgium*; ii) un aro ensangrentado fue encontrado en una toalla en el departamento de L.V. y que hacía pareja con otro que fue encontrado en la oreja de la víctima, etc.⁴⁵.

¿En un caso así, el MADR requiere entenderse como umbral? No, pues no se está midiendo algo específico de las conexiones entre las pruebas y el hecho probado, sino que la relación se está comparando con la del prototipo⁴⁶. Y no se piense que se trata de una metodología de trabajo inútil, pues al advertir las semejanzas con dicho prototipo se facilita la toma de una decisión. Así, no nos hemos quedado inmobilizados ante el riesgo de tomar una mala decisión, aun cuando reconocemos que en este caso aquel parece bajo⁴⁷. A la vez, la aplicación del MADR contribuye a que no haya mucho ruido en el sistema (casos similares que tienen en cuenta el mismo prototipo debieran resolverse de forma similar).

¿Hemos entendido el MADR en clave objetiva? No necesariamente. La evaluación del nivel de conexión alcanzado entre la prueba rendida y la decisión probatoria adoptada, puede ser reconstruida en términos (parcialmente) subjetivos. Así, para aplicar el MADR se ha tenido en cuenta una comparación para la cual se ha tenido

⁴⁴ Véase Evans, (2006, pp. 65 y ss.); MacCormick, (1980, p. 49) y Coloma, (2025, pp. 121-126).

⁴⁵ En este caso además se produce una dinámica que es bastante propia de las novelas policíacas, cual es el chispazo de genialidad del agente de Scotland Yard al hacer escribir a L.V. la locución *Bloody Belgium*.

⁴⁶ La utilización del teorema de Bayes nos permitiría medir, pero ya hemos visto que Laudan desecha esa opción por la subjetividad que lleva implicada.

⁴⁷ Whitman, (2008, pp. 10 y ss).

que recurrir al prototipo de las buenas novelas policíacas (¿al declarar culpable a L.V. el lector de la sentencia queda en una situación, en alguna medida, semejante a la de quien lee una novela policíaca?⁴⁸). Como hemos visto, el prototipo no es fijo sino depende de la experiencia específica del sujeto que lo aplica (no sabemos qué novelas policíacas ha leído o escuchado, ni cuáles considera buenas) y de la interacción con otros para desambiguar qué es una buena novela policíaca (hay intersubjetividad). Así, pese a toda la indeterminación que aquello pudiese implicar, no sería muy distinto a si, por ejemplo, se le pidiese que evalúe si la historia es plausible (es más, esto podría generar más dispersión). Un punto adicional que pudiese considerarse es que la estandarización podría ser mayor si a la comparación realizada se le añade un indicador subjetivo. Quien aplica el MADR podría considerar no sólo la semejanza con el género de novelas ya indicado, sino también, la persistencia en el tiempo del convencimiento de la culpabilidad de L.V., en los términos propios del prototipo utilizado (y que para formarse tuvo en consideración la conexión entre las pruebas y lo que da por probado)⁴⁹. Esto refleja que en determinadas circunstancias lo cualitativo (que sería el juicio de semejanza respecto del prototipo), se puede complementar con lo cuantitativo (que sería la persistencia del punto de vista por un cierto período), y de esa manera funcionar mejor que si se les considerase aisladamente⁵⁰. Así, la estabilidad de las creencias en una persona que se espera tenga una disposición a cambiar su punto de vista ante buenas razones (humildad epistémica) puede ser una buena guía para la decisión⁵¹.

¿El EdP ha servido para distribuir errores? No, al menos, de manera directa o de manera exclusiva. En cuanto a esto último, contamos con razones para sostener que el MADR fue tenido en cuenta por Scotland Yard (o el Ministerio Público) para determinar cuánto tenía que investigar antes de llevar el caso a juicio, cuán minucioso debía ser en la fase de producción de prueba y de presentación de argumentos ante el tribunal, etc. Pero vamos a lo de la distribución de errores que es lo más interesante de la pregunta. El MADR no nos blindamos del todo frente al riesgo de que el día de mañana aparezca nueva prueba que *eche por tierra* lo que, al día de hoy, es posible sostener respecto de la culpabilidad de L.V. (prestamos atención a esto porque es lo más cercano a los errores que preocupan a Laudan)⁵². Sin embargo, sí es más que suficiente para sostener que se trata de un discurso bien justificado. Lo que se diga en

⁴⁸ El uso de los EdP admite grados relativos al nivel de semejanza con el prototipo. Véase Clermont (2013, pp. 35 y ss.) y Coloma (2016a, pp. 52-54).

⁴⁹ Usamos esta reconstrucción del MADR no porque nos parezca especialmente acertada, sino simplemente porque para Laudan no constituye un EdP y, en el ejemplo, sí pareciera operar como tal.

⁵⁰ Laudan tiene razón en que la sola persistencia de la convicción es un mal estándar de prueba. Sin embargo, no es tanto por su subjetividad, sino por una falta de control de la creencia de base. En el ejemplo, esta última se controla por la aplicación del prototipo.

⁵¹ Asumimos un nivel de sensatez básico para que funcione el EdP, pero Laudan también lo presupone, por ejemplo, para que evalúe la plausibilidad de una historia.

⁵² Piénsese en el sorprendente y muy excepcional caso conocido como el regreso de Martin Guerre. Davis, (1984, pp. 1 y ss.).

la sentencia, nos situará en una posición que nos habilita para clausurar la discusión respecto de la culpabilidad de L.V., sin mucha dispersión respecto de casos similares⁵³. Y más allá de que L.V. haya o no matado a E.G., el que se le haya condenado como tal resulta propio de un sistema de adjudicación que calificaríamos como más que decente.

Se nos podrá enrostrar que el caso elegido parece muy fácil, tal como lo anticipamos. Así, lo que esperamos del EdP no parece especialmente determinante como sí cabría esperar en muchos otros casos⁵⁴. Lo importante es que, pese a ello, ilustra acerca de los usos de los EdP en que la concepción de Laudan pareciera no haber reparado. Así, a nuestro juicio, el ejemplo da cuenta de lo que son nuestras prácticas. Ellas, dentro de todo, alcanzan un nivel de operatividad, nada despreciable, para que la tarea judicial no se detenga ante los difíciles problemas propios de la toma de decisiones en contextos de incertidumbre.

5. CONCLUSIÓN

En este trabajo hemos analizado críticamente dos tesis y un presupuesto de Larry Laudan en torno a los EdP. Hemos formulado objeciones con el objetivo de enriquecer la discusión, explorar las limitaciones de su modelo y ofrecer una perspectiva que considere los límites y complejidades del razonamiento probatorio en la toma de decisiones judiciales.

En primer lugar, planteamos que, si bien las formulaciones subjetivas y ambiguas de los EdP podrían propiciar, *prima facie*, una mayor dispersión en las decisiones probatorias, aquello no es un obstáculo para sostener que se tratan, de todas formas, de EdP. Ello se debe a que no excluyen la estandarización ni el compromiso con conectar las pruebas con las hipótesis fácticas. Asimismo, como lo deja entrever la formulación de los EdP genuinos del propio Laudan, no parece plausible la formulación EdP objetivos *tout court* que sean consistentes con los propósitos que se espera que cumplan. Por cierto, las pretensiones de Laudan acerca de los procesos judiciales no están fuera de lugar si consideramos que existen exigencias que tienden a la reducción de la dispersión de las decisiones y a la construcción de conexiones entre pruebas rendidas y hechos probados. Nos referimos, como mínimo, a la deliberación en tribunales colegiados y a la obligación de motivar sentencias.

⁵³ Decimos esto, pensando que este caso hubiera de ser resuelto por jueces que hubieren tenido que justificar su decisión probatoria. En el caso del jurado, el foco debiera estar en la manera en que sería de esperar se hubiera desarrollado la deliberación.

⁵⁴ Sin perjuicio de lo señalado, creemos que una reconstrucción como la que hemos hecho sería útil para reducir malas decisiones probatorias en casos emblemáticos en que se debía aplicar el MADR. Nos referimos, por ejemplo, a que la reconstrucción que es posible hacer considerando a Sacco y Vanzetti (especialmente a este último) sería una muy mala novela policíaca. En cambio, la reconstrucción que es posible en el caso del asesinato de Nicole Brown y Ronald Goldman por parte de O.J. Simpson sí podría funcionar como una buena novela policíaca.

En segundo lugar, hemos examinado la relación entre los EdP y la distribución de falsos positivos y falsos negativos. La imposibilidad, en un alto número de casos, de reconocer que se ha incurrido en un error en la relación entre palabras y mundo, lleva a que la pretensión de que los EdP los distribuyan a través de decisiones judiciales la hace metodológicamente muy difícil de sostener. Sin embargo, este inconveniente no implica la inutilidad de los EdP. Ellos cumplen otras importantes funciones, como influir en la conducta de los distintos intervinientes en los procesos judiciales y validar los resultados obtenidos, lo que subraya el carácter constitutivo de las decisiones probatorias⁵⁵. Finalmente, abordamos el problema de la dispersión excesiva en las decisiones en las cuales cabría esperar niveles limitados de desacuerdo, para lo cual hemos al concepto de «ruido».

En tercer lugar, a diferencia de los dos puntos anteriores, hemos abordado un presupuesto de Laudan consistente en considerar a los EdP exclusivamente como umbrales de suficiencia probatoria. Si bien atractiva para casos en que se podría llevar a cabo mediciones, la metáfora de los umbrales no permite dar cuenta de un universo amplio de casos que no requieren contabilizar la concurrencia de ciertas variables, sino realizar un análisis de semejanzas y diferencias. Recurrimos, entonces, a la metáfora de los prototipos para recoger formas argumentativas más consistentes con una evaluación desde la totalidad y que, en no pocas ocasiones, parece dialogar mejor con aquello de que la prueba en los procesos judiciales corresponde a una clase de asuntos de juicio en los que se trata de cautelar que los desacuerdos sean limitados.

Comenzamos este texto con un reconocimiento a la influencia ejercida por Larry Laudan en la discusión sobre los EdP. Su teoría (traducida al español) ha sido una de las principales responsables de una amplia literatura que de manera constante se está produciendo en relación con los EdP. La influencia de Laudan ha redundado en una búsqueda incesante de formas de dar operatividad a los EdP, la que, sin embargo, se ha visto aquejada por una dosis no menor de pesimismo. Vaya, entonces, nuestro decidido reconocimiento por la agudeza de Laudan al haber instalado con fuerza un problema, en el que muchos no habían reparado. El valor de aquello es más evidente al ir acompañado de un análisis lúcido y metodológicamente interesante. Nuestro análisis —que va de la mano de las ideas de otros autores— ha dejado, sin embargo, algunas *dudas razonables* acerca de dos de sus tesis y uno de sus presupuestos. Reconocer aquellas debilidades debiera ser un acicate para seguir explorando acerca de los usos de los EdP, pues —como creemos haber demostrado— *no todo está perdido*.

⁵⁵ Coloma y otros (2024, párr. 17) identifican como una “creencia-obstáculo” la resistencia a reconocer la dimensión constitutiva de la función jurisdiccional en la determinación de los hechos probados. Destacan que «no se trata de creencias necesariamente erróneas, sino de creencias que no resultan aptas para integrar de un modo coherente los elementos que son relevantes para describir una práctica».

BIBLIOGRAFÍA

- Accatino, D. (2011). Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal. *Revista de derecho (Valparaíso)*, 37, pp. 483-511.
- Agüero, C. (2016). Los estándares de prueba y el boom editorial del discurso probatorio en castellano. *Discusiones*, 18(2), pp. 81-106.
- Aguilera, E. (2023). Los estándares de prueba: revisión crítica de su caracterización como umbrales o prototipos, y algunas alternativas. *Discusiones*, 30(1), pp. 227-274.
- Azócar, M. J. (2018). ¿Cómo se construye la experticia judicial?: Una etnografía judicial en Tribunales de familia de Santiago de Chile. *Revista de derecho (Valdivia)*, 31(2), pp. 9-27.
- Barrett, Lisa Feldman (2018). *La vida secreta del cerebro. Cómo se construyen las emociones*. Paidós (edición electrónica).
- Bohm, D. (2018). *La totalidad y el orden implicado* (9a ed). Kairós.
- Calderón, M. (2023). Acerca del irreductible ámbito de subjetividad en la formulación y aplicación de los estándares de prueba. *Quaestio Facti. Revista Internacional Sobre Razonamiento Probatorio*, 4, pp. 145-166.
- Céspedes, T. (2021). Sobre la legitimidad del estándar de prueba en el proceso penal. *DOXA. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, 44, pp. 233-261.
- Chesterton, G. (2011). *Cómo escribir relatos policíacos*. Acantilado.
- Clermont, K. (2013). *Standards of Decision in Law*. Carolina Academic Press.
- Coloma, R. (2016a). Los usos de los estándares de prueba: entre umbrales y prototipos. *Discusiones*, 18(2), pp. 23-57.
- (2016b). Algo más sobre umbrales y prototipos. *Discusiones*, 18(2), pp. 107-133.
- (2025). *Decidir hechos y argumentar con pruebas. Materiales para una teoría de la prueba en los procesos judiciales*. Marcial Pons.
- Coloma, R., Agüero, C. y Lira, R. (2021) Tecnología para decidir hechos en procesos judiciales. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 10(1), pp. 111-143.
- Coloma, R. Larroucau, J. y Páez, A (2024). Sobre el impacto judicial de la concepción racionalista de la prueba. *Revus [Online]*, 53. Disponible en: <https://journals.openedition.org/revus/10230>.
- Davis, N. (1984). El regreso de Martin Guerre. Antoni Bosch.
- Dei Vecchi, D. (2020a). Prueba libre, justificación epistémica y el noble sueño de los estándares de prueba. *Revista de derecho (Valdivia)*, 33(2), pp. 25-48.
- (2020b). Estándares de suficiencia probatoria, moralidad política y costos de error: el núcleo inconsistente de la epistemología jurídica de Larry Laudan. *DOXA. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, (43), pp. 397-426.
- (2022). Prueba sin convicción en su justa medida. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 45, pp. 337-373.
- (2023). Sentencias judiciales con premisas fácticas falsas, *Revus [Online]*, 49. Disponible en: <http://journals.openedition.org/revus/9406>.
- Evans. C. (2006). *The Father of Forensics* (capítulo III The Butcher of Soho). Versión Kindle.
- Ferraris, M. (2023). *Documentalidad. Por qué es necesario dejar huellas*. Ediciones Trea.
- Ferrer, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons.
- (2025). *Prueba sin convicción: Estándares de prueba y debido proceso. Segunda edición actualizada y ampliada*. Marcial Pons.
- Gama, R. (2016). A propósito de umbrales, prototipos y usos de los estándares de prueba. *Discusiones*, 18(2), pp. 59-79.
- (2020). Prueba y perspectiva de género. Un comentario crítico. *Quaestio Facti. Revista Internacional Sobre Razonamiento Probatorio*, 1, pp. 285-298.
- (2022). En búsqueda de El Dorado. *Revus [Online]*, 43. Disponible en: <https://journals.openedition.org/revus/6773>

- Gascón, M. (2005). Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. *DOXA. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, 28, pp. 127-139.
- (2010). *Los hechos en el derecho*. (3ra ed.). Marcial Pons.
- Ginzburg, Carlo (2010). *El hilo y las huellas. Lo verdadero, lo falso, lo ficticio*. Fondo de Cultura Económica.
- Ginzburg, Carlo (2013). *Mitos emblemas, indicios*. Gedisa.
- González, D. (2020). ¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 23, pp. 79-97.
- Guastini, R. (1999). *Distinguiendo*. Gedisa.
- Gutting, G. (1980). The logic of invention. En T. Nickles (ed.) *Scientific Discovery, Logic and rationality*. (pp. 221-234). Dordrecht: D. Reidel.
- Kahneman, D. Sibony, O. y Sunstein, C. (2021). *Ruido. Un fallo en el juicio humano*. Debate.
- Kuhn, Th. (1993). La función de la medición en la física moderna. En T. Kuhn (ed.). *La tensión esencial*. (2ª reimpresión) (pp. 202 – 247) Fondo de Cultura Económica.
- Laudan, L. (2005). Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. *DOXA. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, 28, pp. 95-113.
- Laudan, L. (2013). *Verdad, error y proceso penal*. Marcial Pons.
- MacCormick, N. (1980) The coherence of a case and the reasonableness of doubt. *The Liverpool Law Review*, spring-autum, pp. 45-50.
- Mazzarese, T. (1997). Scoperta vs. Giustificazione. Una distinzione molto illuminante o gravemente fuorviante. En L. Gianformaggio (ed.). *Scritti per Uberto Scarpelli*. (pp. 587-616) Giuffrè.
- Páez, A. (2015). Estándares múltiples de prueba en medicina y derecho. En A. Páez (coord.), *Hechos, evidencia y estándares de prueba*. (pp. 123-152). Universidad de los Andes.
- Sandoval, S. (2023). El sentido común y las máximas de la experiencia. *Ius et Praxis*, 29(1), pp. 250-256.
- Schauer, F. (2004). *Las reglas en juego*. Marcial Pons.
- (2013). *Pensar como un abogado*. Marcial Pons.
- Seth, A. (2023). *La creación del yo*. 3a ed. Sextopiso.
- Taruffo, M. (2005). Tres observaciones sobre «Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar», de Larry Laudan. *DOXA. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, 28, pp. 115-126.
- Tuzet, G. (2021). *Filosofía de la prueba jurídica*. Marcial Pons.
- Whitman, J. (2008). *The origins of reasonable doubt. Theological roots of the criminal trial*. Yale University Press.