



Quaestio facti

Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio
International Journal on Evidential Legal Reasoning

2023 | N. 5

ISSN: 2604-6202

ENSAYOS

El arrepentido: entre prueba y error, Anna Richter

Michele Taruffo: pensamiento y evolución de los estudios sobre la prueba, Luca Passanante

La preparación del testimonio: un falso mantra, cargado de riesgos epistémicos, Juan Sebastián Fajardo Vanegas

Fundamentos à admissibilidade da metaprova no processo penal, Daniel de Resende Salgado

La importancia de la abducción en la etapa de investigación criminal, Livia Moscatelli

CONJETURAS Y REFUTACIONES

What's so special about the criminal trial? A comment on Sarah Summers «Epistemic ambitions of the criminal trial: truth, proof, and rights», R. A. Duff

Could robot judges believe? Epistemic ambitions of the criminal trial as we approach the digital age.

A comment on Sarah Summers «Epistemic ambitions of the criminal trial: truth, proof, and rights», Sabine Gless

Truth, proof, rights and the rule of law in criminal adjudication. A comment on Sarah Summers «Epistemic ambitions of the criminal trial: truth, proof, and rights», J. D. Jackson

Accuracy and fairness—Siamese twins? A Comment on Sarah Summers «Epistemic Ambitions of the Criminal Trial: Truth, Proof, and Rights», Thomas Weigend

Qf

Quaestio *facti*

Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio
International Journal on Evidential Legal Reasoning

N. 5 (2) | 2023

www.quaestiofacti.com

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© CÁTEDRA DE CULTURA JURÍDICA

© MARCIAL PONS
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
San Sotero, 6 - 28037 MADRID
☎ (91) 304 33 03
www.marcialpons.es
ISSN: 2604-6202
Depósito legal: M. 3.518-2020
Fotocomposición: Ene Estudio
Impresión: ELECÉ, Industria Gráfica, S. L.

DIRECTORES

Diego Dei Vecchi
Universitat de Girona, España

Jordi Ferrer Beltrán
Universitat de Girona, España

COMITÉ DE REDACCIÓN

Daniela Accatino
Universidad Austral de Chile, Chile

Daniel González Lagier
Universidad de Alicante, España

Edgar Aguilera
Universidad Autónoma del Estado de México.
Universitat de Girona, España

Carmen Vázquez
Universitat de Girona, España

COMITÉ EDITORIAL

Christian Dahlman
Lund University, Suecia

Antonio Manzanero
Universidad Complutense de Madrid, España

Mauricio Duce
Universidad Diego Portales, Chile

Paul Roberts
University of Nottingham, Reino Unido

Mercedes Fernández
Universidad de Alicante, España

Sarah Summers
University of Zurich, Suiza

Raymundo Gama
Instituto Tecnológico Autónomo de México

Giovanni Tuzet
Università Bocconi, Italia

Ho Hock Lai
National University of Singapore, Singapur

Jonatan Valenzuela
Universidad de Chile, Chile

CONSEJO ASESOR

- Ronald Allen
Northwestern University, EEUU
- Amalia Amaya
Universidad Nacional Autónoma de México, México
- Perfecto Andrés Ibáñez
Magistrado emérito de la Sala Segunda del Tribunal
Supremo Español
- José María Asencio
Universidad de Alicante, España
- Lorena Bachmaier
Universidad Complutense de Madrid, España
- Zhang Baosheng
University of Political Science and Law (CUPL),
China
- Juan Carlos Bayón
Universidad Autónoma de Madrid, España
- Lorenzo Bujosa
Universidad de Salamanca, España
- Rodrigo Coloma
Universidad Alberto Hurtado, Chile
- Margarita Diges
Universidad Autónoma de Madrid, España
- Gary Edmond
University of New South Wales, Australia
- Luigi Ferrajoli
Università degli Studi di Roma, Italia
- Paolo Ferrua
Università degli Studi di Torino, Italia
- Marina Gascón
Universidad de Castilla-La Mancha, España
- Joaquín González
Universidad Autónoma de Madrid, España
- Susan Haack
University of Miami, EEUU
- Juan Igartua
Universidad del País Vasco, España
- John Jackson
University of Nottingham, Reino Unido
- Larry Laudan
University of Texas, EEUU
- Giuliana Mazzoni
University of Hull, Reino Unido
- Dale Nance
Case Western Reserve University, EEUU
- Jordi Nieva-Fenoll
Universitat de Barcelona, España
- Eduardo Oteiza
Universidad Nacional de La Plata, Argentina
- Andrés Páez
Universidad de los Andes, Colombia
- Jairo Parra Quijano
Universidad Libre, Colombia
- Catherine Piché
Université de Montréal, Canadá
- Joan Picó i Junoy
Universitat Pompeu Fabra, España
- Geraldo Prado
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil
- Giovanni Priori
Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
- Vitor Lia de Paula Ramos
Uniritter, Brasil
- Frederick Schauer
University of Virginia, EEUU
- Paulo de Sousa Mendes
Universidade de Lisboa, Portugal
- Michele Taruffo
Università degli studi di Pavia, Italia
- William Twining
University College of London, Reino Unido
- Giulio Ubertis
Università Cattolica del Sacro Cuore, Italia
- Alan Uzelac
University of Zagreb, Croacia
- Adrian Zuckerman
University of Oxford, Reino Unido

ÍNDICE

ENSAYOS

Anna Richter, <i>El arrepentido: entre prueba y error</i>	11
Luca Passanante, <i>Michele Taruffo: pensamiento y evolución de los estudios sobre la prueba</i>	33
Juan Sebastián Fajardo Vanegas, <i>La preparación del testimonio: un falso mantra, cargado de riesgos epistémicos</i>	63
Daniel de Resende Salgado, <i>Fundamentos à admissibilidade da metaprova no processo penal</i>	95
Livia Moscatelli, <i>La importancia de la abducción en la etapa de investigación criminal</i>	125

CONJETURAS Y REFUTACIONES

R. A. Duff, <i>What's so special about the criminal trial? A comment on Sarah Summers «Epistemic ambitions of the criminal trial: truth, proof, and rights»</i>	159
Sabine Gless, <i>Could robot judges believe? Epistemic ambitions of the criminal trial as we approach the digital age. A comment on Sarah Summers «Epistemic ambitions of the criminal trial: truth, proof, and rights»</i>	169
J. D. Jackson, <i>Truth, proof, rights and the rule of law in criminal adjudication. A comment on Sarah Summers «Epistemic ambitions of the criminal trial: truth, proof, and rights»</i>	181

Thomas Weigend, <i>Accuracy and fairness—Siamese twins? A Comment on Sarah Summers «Epistemic Ambitions of the Criminal Trial: Truth, Proof, and Rights»</i>	189
--	-----

ENSAYOS

EL ARREPENTIDO: ENTRE PRUEBA Y ERROR

Anna Richter

UNC-CIJS-CONICET

anna.e.m.richter@gmail.com

RESUMEN: En los últimos años, la figura del arrepentido ha recibido un mayor interés, que también se refleja en su inclusión —de manera explícita o implícita— en diferentes ordenamientos jurídicos. Junto con ello aumentaron las discusiones alrededor de esta nueva herramienta de investigación de delitos y una de las preguntas más recurrentes versa sobre si y cómo se puede justificar la implementación de la delación premiada en nuestros ordenamientos jurídicos. En especial, me interesan dos cosas. Por un lado, intentaré ordenar y agrupar o sistematizar las diferentes posturas de aceptación o rechazo de la figura y, por otro, buscaré formas para evaluar la aceptabilidad de sus argumentos. Espero que estas observaciones tentativas tengan utilidad para un problema recurrente en el análisis de los procedimientos y la prueba: el riesgo de aceptar o no ciertos errores y su vinculación con los estándares de prueba.

PALABRAS CLAVE: arrepentido, prueba, sistemas procesales perfectos, imperfectos y puros, error material, error procedimental.

THE CROWN WITNESS BETWEEN PROOF AND ERROR

ABSTRACT: In recent years, there has been a growing interest in the concept of the «Crown witness», which is also reflected in its inclusion—explicitly or implicitly—in different legal systems. Along with this, the discussions around this new tool of criminal investigation has increased, and one of the most recurrent questions is whether and how the implementation of the Crown witness in our legal systems can be justified. In particular, I am interested in two things. On the one hand, I will

try to sort and group or systematise the different positions of justification or rejection of the Crown witness and, on the other, I will search for ways to assess their convincing force. I hope that these tentative observations will be useful for a recurrent problem in the analysis of procedures and evidence: the risk of accepting or not accepting certain errors and their link with standards of proof.

KEYWORDS: crown witness, proof, perfect, imperfect and pure procedural systems, material error, procedural error.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. DISCUSIONES ALREDEDOR DEL ARREPENTIDO: 2.1. Preguntas de aplicación. 2.2. Aceptación (o rechazo) de la figura: 2.2.1. *Valoración de la posición pragmatista: sistemas procesales perfectos, imperfectos y puros.* 2.2.2. *Aplicación a la figura del arrepentido.* 2.2.3. *Procedimiento:* 2.2.3.1. *Información valorable.* 2.2.3.2. *Grado de probabilidad necesario – estándar probatorio.* 2.2.4. *Riesgo de error.* 2.2.5. *Ponderación de los criterios de justificación y riesgos de error.*—3. CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

La investigación de la figura del arrepentido plantea muchas preguntas, de las que una gira ya alrededor de su nombre y definición, a saber, qué entendemos por «arrepentido». Esta pregunta se plantea porque a lo largo del tiempo y en los diferentes ordenamientos jurídicos, la figura en cuestión ha recibido nombres muy diversos con connotaciones variadas, como por ejemplo «delación premiada», «*king's*» o «*queen's evidence*» o «testigo de la corona».

En Argentina es conocida como «arrepentido», lo que ha despertado múltiples críticas, dado que la motivación de la persona que se ampara en esa institución es irrelevante, es decir, no se requiere arrepentimiento o remordimiento en el sentido común de la palabra (Díaz Cantón, 2016, p. 21). En España y algunos otros países hispanoparlantes se la denomina «delación premiada», expresión también usada por la dogmática penal argentina, aunque no por la legislación, y que parece conllevar cierto desprecio y recuerda a frases de la Biblia ampliamente citadas por la dogmática penal en ese contexto (Hairabedián, 2019, p. 13; Ortiz, 2017, p. 42). Desde el mundo anglosajón, y especialmente desde el Reino Unido, viene el término «*crown's evidence*», que también existe en las variantes «*king's*» o «*queen's evidence*» y se ha extendido por ejemplo a Alemania, donde se usa su traducción *Kronzeuge*, *i. e.* «testigo de la corona», lo que hace referencia al hecho de que ese testigo es propuesto por la acusación y no por la defensa.

Pese a los diferentes nombres que ha recibido, la idea básica es siempre la misma: a una persona imputada por algún delito se le ofrece una disminución o incluso la exención de la pena si proporciona información relevante para la investigación de algún delito. La diferencia con otros tipos de informantes estriba en el rol que el arrepentido desempeña en el proceso penal: se trata de alguien que va a ser imputado, no de un mero testigo. Y la diferencia con la confesión consiste en que la información facilitada

no se refiere (o no solamente) a la propia participación en algún delito, sino que se extiende a delitos cometidos por otros o a la colaboración de otros en delitos conjuntos.

En los últimos años, la figura del arrepentido ha suscitado un interés mayor, que también se refleja en su inclusión —de manera explícita o implícita— en diferentes ordenamientos jurídicos.

Así, en Argentina, entre los años 2016 y 2019 se implementó en el Código Penal de la Nación y diferentes Códigos Procesales Penales la unificación de la figura del arrepentido, que antes estaba regulada en diferentes leyes específicas y solo para delitos aislados. Ahora, y según el art. 41 ter CP, se pueden reducir las escalas penales para un imputado que brinda información precisa, comprobable y verosímil sobre delitos específicos enumerados en el art. 41 ter (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1992; Cámara Nacional de Casación Penal, 1995; Hairabedián, 2019). El art. 41 ter CP también establece que «los datos o información aportada [deben contribuir] a evitar o impedir el comienzo, la permanencia o consumación de un delito; esclarecer el hecho objeto de investigación u otros conexos; revelar la identidad o el paradero de autores, coautores, instigadores o partícipes de estos hechos investigados o de otros conexos; proporcionar datos suficientes que permitan un significativo avance de la investigación o el paradero de víctimas privadas de su libertad; averiguar el destino de los instrumentos, bienes, efectos, productos o ganancias del delito; o indicar las fuentes de financiamiento de organizaciones criminales involucradas en la comisión de los delitos previstos en el presente artículo». En algunos de los Códigos Procesales Penales de las provincias argentinas se ha establecido un procedimiento específico para la celebración del acuerdo de colaboración, como por ejemplo en los arts. 360 ter y ss. del Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba (CPPCor). En el art. 360 quater CPPCor se exige la firma de un acuerdo escrito entre el Ministerio Público fiscal y el imputado arrepentido en el que se establece no solo el tipo de información que proporcionará el imputado —con mención de nombres, hechos, fechas, números de teléfono, etc.— sino también el compromiso de la reducción de la escala penal. Tal acuerdo debe ser homologado por el Juez de Control (art. 360 quinques CPPCor), quien, según el art. 360 septies CPPCor, además ha de establecer en un plazo máximo de un año «si se ha logrado razonablemente corroborar la veracidad, pertinencia y grado de relevancia conviccional de la información proporcionada por el imputado arrepentido». Por último, el CPPCor establece que el Tribunal de Sentencia no podrá dictar una sentencia condenatoria ni contra el imputado arrepentido ni contra las personas delatadas solamente en base a la declaración delatoria.

En Alemania hubo varias idas y vueltas de implementación y derogación¹ hasta que en el 2013, la figura del arrepentido finalmente tomó la forma que tiene actual-

¹ Con la Ley para la modificación del Código Penal, del Código Procesal Penal y de la Ley sobre la Reunión y para la implementación de una regulación del testigo de la corona en delitos terroristas se incorporó en el 1989 por primera vez una regulación limitada en el tiempo del testigo de la corona en el ordenamiento jurídico alemán, que después de varias renovaciones, caducó en el 1999. Recién en

mente. Según el § 64 b inc. 1 StGB, el Tribunal puede disminuir la pena —y en casos excepcionales incluso prescindir de ella— cuando el autor de un delito aportó voluntariamente información para esclarecer o impedir un delito grave según el § 100a II StPO. El § 46 b inc. 1 StGB exige además que el delito informado tenga una relación con el delito cometido por el imputado arrepentido. Si el imputado arrepentido participó del delito informado, debe aportar información que se extiende más allá de su propia colaboración. Tal información debe brindarse antes de la elevación a juicio (§ 46 b inc. 3 StGB), pero más allá de eso no se ha establecido un procedimiento específico para la celebración del acuerdo. Más bien, el § 46 b inc. 2 StGB le concede discrecionalidad en la decisión sobre la celebración del acuerdo, indicando meramente que ha de incluir en su ponderación el tipo y alcance de los hechos informados y su relevancia para la investigación del delito, el momento de la declaración y la relación de la información dada y el aporte a la investigación con la gravedad del hecho cometido y la culpa del imputado.

En España no existe una regulación general del arrepentido, sino regulaciones específicas para delitos determinados, como por ejemplo el terrorismo. Además, el Tribunal Supremo español ha expandido la atenuante del art. 21 inc. 7 CP, según la cual «cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores» es una circunstancia atenuante. Entre tales circunstancias anteriores análogas a la situación del arrepentido se pueden mencionar especialmente el art. 21 inc. 4 CP, que se refiere a la confesión del imputado, y el art. 21 inc. 5, que comprende la disminución por parte del imputado de los efectos del daño ocasionado a la víctima². De ello, el Tribunal Supremo español infiere una atenuante también para cualquier imputado arrepentido que colabore con la justicia mediante la facilitación de información a las autoridades.

En este breve y muy superficial recorrido ya vemos que las regulaciones del arrepentido pueden tomar formas muy diversas y contener criterios más o menos específicos para el otorgamiento de ese beneficio.

2. DISCUSIONES ALREDEDOR DEL ARREPENTIDO

Independientemente de la regulación específica, la figura del arrepentido despier-ta por lo menos dos tipos de discusiones, a saber, preguntas acerca de su aplicación y preguntas sobre su justificación.

el 2009 se implementó una regulación general del testigo de la corona en el § 46 b del Código penal alemán (Strafgesetzbuch, StGB), que, tras varios cambios, sigue vigente hasta la fecha.

² Art. 21 CP español: «Son circunstancias atenuantes: [...] 4.^a La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades. 5.^a La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral».

2.1. Preguntas de aplicación

Como ya indica su nombre, las preguntas acerca de la aplicación versan sobre la cuestión de cuándo es posible recurrir al beneficio de la delación premiada; es decir, si se requiere una imputación formal (Aboso, 2018, p. 174) para acogerse a ese beneficio o si también pueden ampararse bajo la figura del arrepentido aquellas personas que se presentan de manera espontánea ante los órganos de persecución penal sin que exista una sospecha previa contra ellas (Hairabedián, 2019, p. 50). Estas preguntas y sus posibles respuestas dependen principalmente de la regulación normativa específica de cada ordenamiento jurídico. A lo largo de este trabajo retornaré a algunas de ellas refiriéndome principalmente al ordenamiento jurídico argentino.

2.2. Aceptación (o rechazo) de la figura

El segundo grupo de discusiones sobre la figura del arrepentido no se ocupa de su aplicación en un caso concreto, sino de la pregunta sobre si y cómo se puede justificar la implementación de la delación premiada en nuestros ordenamientos jurídicos.

Es la pregunta más recurrente respecto del arrepentido y quisiera indagar un poco más en ella en lo que resta del texto. En especial, me interesan dos cosas. Por un lado, intentaré ordenar y agrupar o sistematizar las diferentes posturas y, por el otro, analizaré si sus argumentos resisten un examen más detenido. Espero que estas observaciones tentativas tengan utilidad para un problema recurrente en el análisis de los procedimientos y la prueba: el riesgo de aceptar o no ciertos errores y su vinculación con los estándares de prueba.

En el debate sobre si la disminución de la pena a cambio de información relevante es o no una propuesta aceptable en nuestros ordenamientos jurídicos actuales de índole occidental-liberal, se pueden distinguir a grandes rasgos por lo menos cuatro posiciones diferentes que llamaré posición garantista, procesalista, compatibilista y pragmatista. Ha de aclararse que las clasificaciones aquí realizadas no siempre se encuentran de manera tan pura en la realidad. Más bien, son construcciones teóricas e ideales para aprehender las discusiones dogmáticas y jurisprudenciales. Así, la argumentación sobre la figura del arrepentido puede presentar formas mixtas o matices de las cuatro posiciones. De hecho, es muy común que una persona se refiera a varias de las posiciones a la vez y las acepte en diferentes grados. Lo que aquí se pretende hacer es una presentación de las posiciones que mayormente se encuentran en la discusión sobre la figura del arrepentido, sin descartar que puede haber desviaciones de esas corrientes mayoritarias. Hecha esta aclaración, voy a presentar de manera muy breve las cuatro posiciones y detenerme un poco más en la última.

Según la posición garantista, habría que rechazar la figura del arrepentido porque no sería compatible con varios principios procesales básicos, como el derecho de

defensa, la presunción de inocencia, el principio *nemo tenetur se ipsum accusare*, el principio de igualdad o el de proporcionalidad de la pena. Entre otros argumentos, las y los defensores de esta posición afirman que la oferta de beneficios a cambio de información entra en tensión con el principio *nemo tenetur*, porque ante la opción de entrar en prisión preventiva o de confesar no solo los delitos propios sino también los ajenos, el imputado no puede tomar una decisión libre, sino que es coaccionado a declarar (Cámara Federal de Casación Penal, 2020; Ferrajoli, 2018; Krugilansky, 2019; Díaz Cantón, 2016).

Como se verá a continuación, la pregunta de si el arrepentido infringe ciertos principios fundamentales es uno de los puntos más discutidos respecto de esta figura, no solo por la posición garantista que afirma tales infracciones y por ende rechaza al arrepentido, sino también por quienes lo aprueban. Estos últimos basan su postura favorable en una interpretación de los principios compatible con la figura del arrepentido (Christoph, 2018). La aquí llamada posición procesalista afirma incluso que esta figura fomenta y fortalece ciertos principios fundamentales. Para ello, argumenta que en nuestras sociedades el Estado tiene el monopolio del poder, cuya contracara es su obligación de asegurar un proceso penal rápido y eficaz dirigido a la búsqueda de la verdad. Por ello, deberían adoptarse todas las medidas y herramientas que aceleren y agilicen el proceso, siempre y cuando también sirvan al fin ulterior del proceso penal, la condena de los culpables y la absolución de los inocentes. Si la figura del arrepentido cumple con esos requisitos, se puede exigir su incorporación al proceso penal basado en el principio del debido proceso y los fines ulteriores del proceso penal como la búsqueda de la verdad y la persecución de la delincuencia. Esta posición procesalista no se encuentra tan explícitamente en la discusión jurídico-penal, pero es —como se verá más adelante— el fundamento de la cuarta posición, la posición pragmatista. Pues, según la posición pragmatista, habría que aceptar la figura del arrepentido porque es una herramienta útil en la persecución de ciertos delitos difícilmente perseguibles con los métodos tradicionales, como la corrupción, el crimen organizado o los delitos de cuello blanco. Detrás de ello se puede percibir la opinión de que la persecución de tales delitos es valiosa y debe realizarse de la manera más eficiente posible, lo que nos lleva a los razonamientos de la posición procesalista. Por ello, quienes defienden la posición pragmatista, en última instancia también son reconducidos a esta posición procesalista.

La tercera posición, que llamo compatibilista, es en cierta medida la contracara de la garantista. Según esta posición, han de respetarse las garantías procesales, pero no hay que perder de vista que son solo excepciones a una norma más fundamental y general, según la cual no habría que mentir y habría que admitir voluntariamente y por iniciativa propia los delitos o errores cometidos. Dentro de ese deber de decir la verdad, el derecho a no autoincriminarse podría considerarse como una causa de exculpación (Green, 2006). Por ello, una limitación de las garantías procesales, por ejemplo mediante la figura del arrepentido, no sería ningún problema, sino simplemente una manera de reforzar la obligación moral básica de cualquier persona de colaborar con el proceso penal (Dolinko, 1986; Green, 2006; Laudan, 2006; Peralta, 2020).

Respecto de estas primeras tres posiciones pueden observarse dos cuestiones dignas de ser resaltadas. Primero, parece existir la posibilidad de argumentar tanto a favor como en contra de la figura del arrepentido en base a los principios procesales fundamentales. Y segundo, la valoración de si la figura del arrepentido es compatible o no con tales principios parece depender de la interpretación o el alcance que se da a esos principios. Tal alcance de los principios mencionados depende en gran medida de la relación entre Estado y ciudadano y, en última instancia, de la teoría política o moral que se elige como base para nuestras sociedades. Por ello, habría que aclarar primero qué teoría política o moral se va a elegir para dar alcance a los principios en cuestión y después se podría responder la pregunta de si la figura del arrepentido es compatible con ellos o no.

Aquí no indagaré más en este punto. En lo que resta del trabajo me centraré más bien en la cuarta posición, que toma un camino diferente. No sigue un razonamiento basado en principios, como las primeras tres, sino se centra en los efectos que la adopción de la figura del arrepentido podría tener. A diferencia de las anteriores, que se podrían denominar deontológicas, esta posición es pragmatista y, si se quiere, consecuencialista. Según ella, el arrepentido es una herramienta útil para la obtención de prueba en delitos específicos cuya investigación es muy difícil si no imposible sin conocimiento interno o *insight*. Así, Ortiz (2017, p. 41) afirma para el caso español que la delación premiada es una «herramienta muy efectiva para destapar, investigar y castigar las conductas relacionadas con la corrupción pública y la delincuencia económica empresarial [porque] una privilegiada fuente de información en la delincuencia económica suelen ser los propios miembros de dicha trama». De la dogmática argentina se puede mencionar a Hairabedián (2019, p. 9), según el cual «las dificultades propias de los delitos de criminalidad compleja, organizada de cuello blanco o cometidos en aparatos organizados de poder» consisten en una suerte de «pacto de silencio» y la impermeabilidad de esas organizaciones. Por ello harían falta figuras como la del arrepentido, cuya «relativa eficacia [queda] demostrada por la práctica nacional y comparada».

2.2.1. *Valoración de la posición pragmatista: sistemas procesales perfectos, imperfectos y puros*

Para valorar esta posición habría que analizar si la utilidad de la figura del arrepentido realmente es tan grande como asumen los pragmatistas. Para ello habría que realizar un cálculo de costos y beneficios de la delación premiada. Este cálculo viene dificultado por el hecho de que, generalmente, las posiciones pragmatistas solo se limitan a resaltar los supuestos beneficios de la figura del arrepentido. Pero para poder emitir un juicio razonable sobre la utilidad de la delación premiada habría que incluir también los costos, es decir, las desventajas que puede conllevar la inclusión de la figura del arrepentido en el ordenamiento jurídico. Además, habría que contemplar el riesgo de error en la asunción de costos y beneficios. Es decir, la probabilidad de que se den o no se den los alegados beneficios y desventajas.

Con ello, el cálculo debería contemplar tres elementos: los beneficios, las desventajas y la probabilidad o el riesgo de error de que efectivamente se den tales beneficios o desventajas.

Este cálculo se puede traducir en los conocidos sistemas procesales perfectos, imperfectos o puros, en los que se establece si un determinado procedimiento da o no el resultado esperado (Rawls, 1971; Celano, 2001).

Como es sabido, los análisis de sistemas normativos o de justicia en términos procesales incluyen al menos cuatro variables. Un «stock» de cargas y beneficios a dividir o distribuir (*pena, indemnización, libertad, servicio militar, derecho a la salud*), un criterio de justicia (*a todos por igual, solo a los hombres blancos, a los que menos tienen*), un procedimiento (*tirar la moneda, código de procedimiento X*) y un resultado o «match». Esto último significa la relación entre el criterio de justicia y el resultado del procedimiento o, en otras palabras, la respuesta a la pregunta de si el resultado obtenido mediante el procedimiento establecido cumple el criterio de justicia elegido.

Los sistemas procesales perfectos, imperfectos y puros se distinguen respecto de esas cuatro variables de la siguiente manera: un sistema procesal perfecto establece un procedimiento que asegura que el resultado obtenido coincida siempre con el criterio de justicia elegido. Un ejemplo para ello es la muy citada división de una torta o una *pizza* (Rawls, 1971). Aquí, el criterio de justicia consiste en la exigencia de que cada comensal obtenga un trozo igual de grande que las y los demás, y el procedimiento a seguir es la división de la torta en trozos de igual tamaño según las reglas de la geometría. De esta manera, el resultado, *i. e.* los trozos obtenidos, cumplen siempre el criterio de justicia, porque cada uno de ellos tendrá el mismo tamaño que los demás y, por ende, cada comensal obtendrá la misma porción de torta.

Un sistema procesal imperfecto también establece un criterio de justicia independiente del proceso, pero no existe ningún procedimiento que pueda asegurar que el resultado obtenido coincida siempre con ese criterio de justicia. El ejemplo famoso usado por Rawls (1971) para este tipo de justicia procesal es el proceso penal, que, incluso con el mayor cuidado, no puede asegurar que solo se sancione a los culpables o que todas las sanciones impuestas reflejen totalmente la gravedad de los hechos.

En un sistema procesal puro, en cambio, no existe un criterio de justicia independiente del proceso: solo hay un procedimiento correcto o justo. Esto significa que cualquier resultado que da el procedimiento elegido también ha de considerarse justo. El ejemplo de Rawls (1971) para este tipo de sistema son los juegos de azar. Si participo en una lotería y no obtengo ningún premio, porque los números elegidos por mí no coinciden con los sorteados, no se puede decir que me trataron injustamente. El criterio de justicia de una lotería consiste justamente en que los números sorteados según el procedimiento establecido sean premiados.

2.2.2. *Aplicación a la figura del arrepentido*

Si se aplican estas consideraciones más teóricas a la cuestión que me interesa aquí, la evaluación de la utilidad de la figura del arrepentido, han de identificarse en un primer paso las cuatro variables antes mencionadas, el *stock* de bienes a distribuir, el criterio de justicia, el procedimiento y el resultado. En un segundo paso ha de analizarse si nos encontramos ante un sistema procesal perfecto, imperfecto o puro, lo cual depende —como se ha visto antes— de la coincidencia o no del resultado con el criterio de justicia y de la independencia del criterio de justicia del procedimiento establecido.

Para el primer paso, la identificación de las cuatro variables en la figura del arrepentido, se obtiene el siguiente panorama: en la figura del arrepentido, el «*stock*» de cargas y beneficios es el tratamiento penal que reciben las personas imputadas, es decir, las sanciones (o absoluciones) que se les imponen. Lo que en la justicia procesal se llama «criterio de justicia» es entonces el objetivo que se persigue en el proceso penal en general o específicamente con la figura del arrepentido, un fin más o menos ideal, como por ejemplo un supuesto beneficio de la delación premiada. Bajo este marco de «beneficios» pueden ponerse varias cosas: averiguación de la verdad, punición de culpables, ahorro de tiempo y recursos, etc. También se pueden establecer criterios de justicia en los que el beneficio consiste en evitar una posible desventaja, como garantizar el cumplimiento de principios procesales (*in dubio pro reo*, *nemo tenetur se ipsum accusare*, etc.).

2.2.3. *Procedimiento*

El procedimiento para perseguir tal objetivo consiste en la obtención de información mediante la figura del arrepentido y la disminución de la pena por la colaboración brindada bajo las reglas y estándares probatorios establecidos por las normas del derecho penal y procesal penal.

Respecto de este punto se da la siguiente particularidad: en la figura del arrepentido se pueden distinguir dos hechos. Por un lado, el hecho principal (hecho₁) por el que la persona arrepentida misma está (o estará) investigada como autora o partícipe y que determina su condición de imputada. Este hecho generalmente ya es conocido por los órganos públicos, aunque está discutido si una persona contra la que todavía no existe una sospecha inicial puede presentarse ante los órganos de persecución penal para ofrecerse como arrepentido (Hairabedián, 2019; Aboso, 2018). Lo que sí está claro es que el goce del beneficio de la disminución de la pena a cambio de información requiere que en algún momento se impute e imponga una sentencia condenatoria a la persona imputada como arrepentido, porque solo entonces es posible imponerle una sanción que puede ser disminuida en el marco del acuerdo de colaboración. Este es el momento que me interesa en el presente trabajo, por lo que no indagaré

más en las mencionadas cuestiones iniciales. Por otro lado, existe un segundo hecho cometido por terceras personas (o por lo menos no cometido solamente por la persona arrepentida misma) sobre el que el arrepentido informa para obtener los beneficios de la delación premiada (hecho₂). De esta manera, la declaración de la persona imputada tiene dos objetos, el hecho₁, en el que declara como imputado propiamente dicho, y el hecho₂, en el que declara como arrepentido. En materia probatoria, los hechos a los que se refieren la prueba y que pretenden ser probados en el proceso penal generalmente se llaman «objetos de prueba», por lo que aquí también se podría hablar de «objeto de prueba₁» y «objeto de prueba₂». Si el hecho₁ y el hecho₂ pueden ser dos hechos sin conexión alguna o si la información dada como arrepentido, *i. e.* la información sobre el hecho₂, debe tener relación con el hecho₁ por el que la persona está imputada depende de las exigencias de cada ordenamiento jurídico. Por ello puede darse el caso de que el hecho₁ y el hecho₂ no sean dos hechos separados, sino que simplemente se refieran a aspectos diferentes de un mismo hecho delictivo, como cuando la persona imputada delata información sobre sus cómplices en la comisión del mismo delito por el que está imputada. Aun así, y para poder distinguir las exigencias a la declaración como persona imputada de las exigencias a la declaración como persona arrepentida se usarán aquí los términos hecho₁ y hecho₂, independientemente de si realmente se trata de dos hechos delictivos diferentes.

Dado que el otorgamiento del beneficio de una sanción disminuida por la ayuda brindada solo depende del hecho₂, aquí me puedo centrar en el procedimiento establecido para este, dejando de lado lo regulado para el hecho₁. Esta cuestión depende obviamente de la normativa probatoria específica aplicable en un determinado ordenamiento jurídico. Por ello, su análisis debe realizarse dentro de un marco normativo específico. Aquí me centraré en la normativa argentina y me limitaré más aún, porque en Argentina existen veinticinco códigos procesales penales diferentes con exigencias probatorias no necesariamente coincidentes: tanto la Ciudad de Buenos Aires como cada una de las veintitrés provincias argentinas tiene su propio código procesal penal a lo que se suma el Código Procesal Penal Federal. Esta competencia provincial en materia procesal penal se basa en los arts. 75 inc. 12, 121, 126 CN, que no le adjudican tal competencia al Congreso de la Nación. Por ello, me limitaré al Código Penal y sus exigencias generales respecto de la figura del arrepentido y al Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba (CPPCor). Esta elección se basa en las siguientes consideraciones: el Código Penal establece con su alcance nacional un marco general y uniforme para la aplicación de la figura del arrepentido en todo el territorio argentino. Pero dado que la competencia en materia procesal penal está en manos de las provincias, ha de tenerse en cuenta también la traducción de la normativa penal general a las particularidades procesales expresadas en los diferentes códigos procesales penales. Aquí se plantea por un lado la pregunta de si las provincias están obligadas o no a implementar la figura del arrepentido en sus legislaciones procesales penales, en la que no indagaré más (Cafferata Nores, 2020; Rissi, 2016; Hairabedián, 2019; Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, 2020). Por otro lado, y dado que no todas las provincias han adoptado una regula-

ción del arrepentido, surge la pregunta sobre cuál normativa debería analizarse. Aquí se va a tomar como punto de referencia el Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba porque junto con algunos otros códigos procesales penales, como los de Mendoza o la Ciudad de Buenos Aires, incluye una regulación específica para la figura del arrepentido, mientras que la Provincia de Buenos Aires, por ejemplo, todavía no ha establecido una normativa específica.

Respecto de la valoración probatoria, se pueden distinguir por lo menos dos cuestiones diferentes. Por un lado, las exigencias probatorias determinan cuál es la información valorable que ha de ser distinguida de todo aquello que no se supone relevante. De esta manera, las normas respectivas limitan el actuar probatorio a aquellas cuestiones que se supone pueden aclarar y comprobar los hechos bajo discusión y que excluyen de la discusión todas las demás preguntas cuya respuesta no es necesaria para verificar los hechos alegados.

Por otro lado, establecen un estándar probatorio que expresa el grado de probabilidad necesario para dar un hecho por probado. Como se verá a continuación, estas dos cuestiones se encuentran en los requisitos probatorios establecidos tanto para el hecho₁ como para el hecho₂, pero reciben respuestas diferentes.

2.2.3.1. Información valorable

La información valorable depende principalmente de la determinación de lo que se considera el hecho a probar o el objeto de prueba, pues en base a este se determina qué información ha de considerarse relevante y cual no.

Respecto del hecho₁, el objeto de prueba se determina en la acusación tal como está expresada en la elevación a juicio (arts. 355, 358 CPPCor). Con ello, el objeto de prueba se refiere a la existencia del hecho, que debe ser explicitado de manera «clara, precisa, circunstanciada y específica» en la acusación, así como a su calificación legal y a la individualización de la persona imputada. En el caso bajo análisis, el de la persona imputada arrepentida, estos requisitos generales respecto del objeto de prueba reciben una exigencia adicional, a saber, que el delito que se le atribuye al imputado arrepentido sea uno de los enumerados en el art. 41 ter CP. Con ello, no cualquier hecho delictivo susceptible de formar parte de una acusación es apto también como hecho₁ en el marco de la figura del arrepentido. Más bien, el hecho₁ tiene que referirse a uno de los delitos especialmente graves enumerados en el art. 41 ter CP. Esta relación entre la información valorable y el objeto de prueba puede especificarse aún más: según el art. 364 CPPCor, el tribunal puede rechazar «prueba evidentemente impertinente o superabundante». La prueba es impertinente cuando «evidentemente no [tiene] vinculación alguna con el objeto del proceso» (Jauchen, 2017, p. 39). De esta exigencia negativa se puede sacar la conclusión inversa de que la prueba debe ser pertinente, lo que establece la necesidad de una relación entre la prueba en cuestión y el objeto de prueba. Esta relación puede referirse a la existencia o a las particularidades del hecho que conforma el objeto de prueba, o a la participación de

la persona imputada en ese hecho (Jauchen, 2017, p. 39). Sin embargo, no se requiere una relación directa entre ambos, sino que se aplica un criterio amplio que también está satisfecho cuando la prueba no pretende comprobar el objeto de prueba mismo, sino que se refiere, por ejemplo, a la veracidad de otra prueba directamente relacionada con el objeto de prueba. En resumen, se puede decir que respecto del hecho₁ la información valorable como prueba ha de referirse de alguna manera al objeto de prueba delimitado tanto por los delitos enumerados en el art. 41 ter CP como por la acusación, debe ser apta para conducir a la verdad y, además, debe referirse a un hecho que todavía no se ha dado por probado.

En el caso del hecho₂, las exigencias respecto de la información valorable son más estrictas aún. En primer lugar, el objeto de prueba está limitado tanto respecto del hecho delictivo como respecto de la persona imputada. Así pues —como ya se ha mencionado antes—, no solo el hecho delictivo por el que la persona imputada arrepentida recibe su condición de imputada (*i. e.* el hecho₁) ha de ser uno de los delitos enumerados en la lista del art. 41 ter CP: también el hecho delictivo sobre el que informa la persona arrepentida (el hecho₂) ha de estar vinculado con alguno de los delitos de esa lista.

Respecto de la persona imputada, el art. 360 ter CPPCor requiere que esta haya participado como autora o partícipe del hecho delictivo sobre el que informa y que las personas sobre las que informa tengan una responsabilidad igual o mayor que ella (Aboso, 2018; Hairabedián, 2019).

Además, se excluyen del beneficio de la delación premiada «los funcionarios que hayan ejercido o estén ejerciendo cargos susceptibles del proceso de juicio político de acuerdo con lo establecido en la Constitución Provincial» (art. 360 ter CPPCor). La razón para esta exclusión parece consistir en la existencia de otras formas procedimentales de desafuero o destitución para este grupo de personas (Hairabedián, 2019). Según el art. 3 Ley 27.304, la figura del arrepentido tampoco puede aplicarse en procesos por delitos de lesa humanidad. Detrás de ello se encuentra la idea de que la figura del arrepentido no debe favorecer a nadie que haya contribuido al terrorismo de Estado. Aun así, pueden imaginarse casos excepcionales, en los que el acceso a información muy valiosa, por ejemplo, respecto de la identidad de niños sustraídos, podría justificar la concesión del beneficio (Hairabedián, 2019).

También ha de mencionarse que la única fuente de información relevante para adjudicar el beneficio de la delación premiada consiste en la declaración de la persona imputada. Sin embargo, se encuentran diferencias entre las exigencias a la declaración de la persona imputada como tal y aquellas establecidas para su declaración como arrepentido sobre el hecho₂. Si bien la declaración de la persona imputada en su calidad de arrepentido ha de ser voluntaria (art. 360 quinquies CPPCor), una vez asumido el compromiso, la persona imputada está obligada a decir la verdad y la proporción maliciosa de información falsa o datos inexactos conlleva pena de prisión (art. 276 bis CP), lo que según el art. 259 CPPCor no significa una violación de las reglas generales sobre la libertad de declaración de la persona imputada. Si esta impo-

sición de una sanción para las declaraciones falsas es compatible o no con el principio *nemo tenetur se ipsum accusare* es una cuestión arduamente discutida, pero aquí no me puedo detener en ella (Eiroa, 2002; Ferrajoli, 2018; Peralta, 2017; Rivera Ramos, 2017; Cámara Federal de Casación Penal, 2020).

Aparte de ello, se exige en el art. 41 ter CP que los datos o la información aportada contribuyan a una finalidad específica, a saber, «evitar o impedir el comienzo, la permanencia o consumación de un delito; esclarecer el hecho objeto de investigación u otros conexos; revelar la identidad o el paradero de autores, coautores, instigadores o partícipes de estos hechos investigados o de otros conexos; proporcionar datos suficientes que permitan un significativo avance de la investigación o el paradero de víctimas privadas de su libertad; averiguar el destino de los instrumentos, bienes, efectos, productos o ganancias del delito; o indicar las fuentes de financiamiento de organizaciones criminales involucradas en la comisión de los delitos previstos en el presente artículo».

De esta manera, la información valorable respecto del hecho₂ se limita de varias maneras. Primero, solo los hechos delictivos relacionados con los delitos enumerados en el art. 41 ter CP pueden convertirse en objeto de prueba. Segundo, solo una persona que participó de los hechos informados y cuya participación es igual o menor que la de las personas sobre las que informa puede convertirse en arrepentido. Tercero, la información a valorar ha de provenir de la declaración de la persona imputada, no de otras fuentes. Cuarto, la información aportada ha de tener cierta calidad, a saber, tiene que ser novedosa y relevante para el esclarecimiento del hecho₂.

2.2.3.2. Grado de probabilidad necesario—estándar probatorio

Como es sabido, la valoración probatoria en todo el proceso penal argentino ha de realizarse según las reglas de la sana crítica racional, bajo pena de nulidad (arts. 193, 406, 413 inc. 4 CPPCor). Estas reglas se dividen en tres grupos, las de la lógica, las de la experiencia y las de la psicología común (Bouvier y Pérez Barberá, 2004).

Sin embargo, esta exigencia solo determina los tipos de razonamiento permitidos para llegar a una conclusión y no dice nada sobre el grado de probabilidad exigido para dar algo por sentado. Así pues, para determinar cuándo un determinado hecho puede darse por probado hay que sumar a las reglas de razonamiento un estándar probatorio que establezca un umbral de suficiencia probatoria (Ferrer Beltrán, 2018; Coloma Correa, 2016). Por ello, ha de plantearse la cuestión del estándar probatorio necesario para dar por sentado el hecho₂.

Respecto del hecho₂, la primera exigencia para un estándar probatorio se encuentra en el art. 41 ter CP, en el que se requiere que la información o los datos aportados sean «precisos, comprobables y verosímiles». Este requerimiento se ve especificado en el CPPCor, en el que se pueden distinguir varios momentos relevantes para la valoración de la prueba. El primero consiste en la celebración escrita del acuerdo de colaboración entre la persona imputada y el Ministerio Público Fiscal (art. 360 ter y

quater CPPCor). El segundo momento consiste en la audiencia de homologación, en la que el juez de control ha de asegurar «que la información o datos que [la persona imputada] proporcione sean *prima facie* precisos, verosímiles y comprobables» (art. 360 quinquies CPPCor). Estos primeros dos momentos todavía no son decisivos, ya que su alcance solo permite avanzar con el procedimiento establecido para el acuerdo de colaboración, pero no tiene consecuencias fijas para la disminución de la pena de la persona imputada arrepentida.

El momento decisivo se alcanza recién con la corroboración provisional por parte del juez de control. En un plazo máximo de un año desde la homologación, este ha de establecer en audiencia oral «si se ha logrado razonablemente corroborar la veracidad, pertinencia y grado de relevancia conviccional de la información proporcionada por la persona imputada arrepentida, el que deberá alcanzar el previsto por los artículos 281 o 354 de este Código» (art. 360 septies CPPCor). El estándar probatorio aplicable en este momento, o —en palabras del Código— el «grado de relevancia conviccional», es entonces el de los arts. 281 y 354 CPPCor, a saber, la existencia de «elementos de convicción suficientes para sostener como probable» la información dada por la persona imputada. Como es sabido, el recurso a la convicción es discutido porque se refiere a un estado mental subjetivo de la persona decisora que no es comprobable por terceros ni conlleva una relación necesaria con los hechos a los que se refiere. Pero el punto central del estándar probatorio así descrito, «sostener [algo] como probable», también puede interpretarse sin tales recursos a estados subjetivos. Así, en la dogmática procesal penal suele entenderse por probabilidad que «los elementos que afirman [una determinada] conclusión superan a otros que la rechazan» (Maier, 2004, p. 464). Una definición mucho más precisa propone Ferrer Beltrán (2007) con la probabilidad lógica o inductiva de la hipótesis. En ella, una hipótesis recibe apoyo inductivo si las predicciones hechas en base a esta hipótesis se cumplen. Cuanto más apoyo inductivo recibe la hipótesis, más probable es. Con ello, y dicho de manera muy acortada, una hipótesis es probable si con ella se pueden predecir los hechos considerados relevantes para el caso en cuestión y si no existen hechos relevantes que no pueden ser predichos mediante ella.

La corroboración provisional por parte del juez de control es el momento decisivo para la determinación del estándar probatorio respecto del hecho₂, porque con el alcance del estándar probatorio «sostener como probable» establecido en el art. 360 septies CPPCor se considera que la persona imputada cumplió sus obligaciones asumidas en el acuerdo de colaboración. Este cumplimiento por parte de la persona imputada obligará al Ministerio Público Fiscal a cumplir por su parte con el compromiso asumido, a saber, exigir una pena reducida a la escala penal de la tentativa. Según los arts. 360 quater y septies CPPCor, este compromiso también vincula al Tribunal de Juicio. Sin embargo, y dado que el tribunal sentenciante no participó del acuerdo, se plantea la pregunta de si realmente se puede hablar de una vinculación directa de este tribunal. Otra posibilidad sería interpretar el compromiso como una limitación para el Ministerio Público Fiscal, en el sentido de que el acuerdo celebrado

no solo vincula al funcionario o funcionaria concreto que participa en la celebración del acuerdo, sino también a cualquiera de sus colegas que intervenga en el juicio. Si se considera que la acusación en su pretensión punitiva determina el límite máximo de la pena, entonces el acuerdo celebrado podría establecer este monto máximo de manera vinculante, y el Tribunal de Juicio tendría que determinar la pena entre este máximo y el mínimo establecido para la tentativa (Hairabedián, 2019).

Con ello, el estándar probatorio decisivo respecto del hecho₂ tiene consecuencias directas para la sanción que se impondrá al imputado por el hecho₁. Esto también significa que aquí hay una interrelación entre los estándares probatorios establecidos para el hecho₁ y el hecho₂, pues el monto de la pena impuesta por el hecho₁ depende de la corroboración de la información dada sobre el hecho₂. Sin embargo, esta relación solo se refiere a la determinación de la pena impuesta por el hecho₁, no a la corroboración y subsiguiente condena por ese hecho. Esto es así porque ni la condena de la persona imputada por el hecho₁ ni la de las personas sobre quienes la persona imputada informa pueden basarse únicamente en la información dada por la persona imputada arrepentida. Así, el art. 360 octies CPPCor aclara que el estándar probatorio necesario para tales condenas, la certeza positiva, no se alcanza solamente en base a la declaración de la persona imputada arrepentida. Más bien, el Tribunal de Juicio en cuestión ha de «indicar de manera precisa y fundada la correlación existente» entre las afirmaciones de la persona imputada arrepentida y las demás pruebas producidas en el juicio para llegar al grado de probabilidad establecido para la condena (art. 360 octies CPPCor).

Aquí se ve claramente que en la figura del arrepentido se pueden distinguir tres estándares probatorios diferentes. El primero es el estándar necesario para emitir una sentencia sobre la responsabilidad penal de la persona arrepentida respecto del hecho₁, y para ello rigen los estándares generalmente establecidos de la certeza positiva para la condena y cualquier otro estándar para la absolución. Los otros dos estándares se refieren al hecho₂, pero son necesarios para la toma de dos decisiones diferentes: la sentencia condenatoria de terceras personas por el hecho₂ y la disminución de la pena para la persona arrepentida por el hecho₁.

Para evaluar la utilidad de la figura del arrepentido solo es relevante el estándar probatorio establecido para obtener los beneficios de la delación premiada, a saber, el estándar vigente para disminuir la pena por el hecho₁. Como se ha visto arriba, el estándar probatorio aplicable en este momento consiste en la existencia de «elementos de convicción suficientes para sostener como probable» la información dada por la persona imputada respecto del hecho₂ (arts. 281 y 354 CPPCor).

2.2.4. *Riesgo de error*

Así descritos el procedimiento y, especialmente, el estándar probatorio establecidos para otorgar el beneficio de la delación premiada, queda por identificar el resultado o «*match*» que puede dar ese procedimiento. Como se ha visto arriba, en él

se responde la pregunta de si o hasta qué punto el procedimiento establecido puede asegurar que se alcancen los beneficios y no se den las desventajas y con qué riesgo de error respecto del alcance de beneficios ha de contarse. Dicho en los términos antes mencionados, aquí se determina si se trata de un sistema procesal perfecto, imperfecto o puro.

El sistema procesal puro puede descartarse aquí, ya que tal sistema destaca por carecer de un criterio de justicia que en la figura del arrepentido sí existe. Por ende, solo se puede tratar de un sistema procesal perfecto o imperfecto. En el caso en que el procedimiento cumpla necesariamente con el objetivo, estaríamos ante un sistema procesal perfecto y no habría lugar para el riesgo de error, mientras que los procedimientos que no siempre pueden asegurar el cumplimiento del objetivo pertenecen a los sistemas procesales imperfectos. En este último sistema procesal cobra relevancia el grado del riesgo de error.

La evaluación de si estamos ante un sistema procesal perfecto o imperfecto debe contener el análisis de si se pueden lograr los beneficios alegados y se pueden evitar las supuestas desventajas de la figura del arrepentido. Si, por ejemplo, se afirma que el objetivo perseguido con la figura del arrepentido consiste en facilitar la investigación de determinados delitos (Christoph, 2019), parece que cualquier información lo suficientemente novedosa y abarcadora puede suponer un avance en la investigación. Esto nos llevaría a afirmar que estamos ante un sistema procesal perfecto, porque el procedimiento —la obtención de información mediante la delación premiada— necesariamente lleva al cumplimiento del objetivo establecido: el avance en la investigación. Aquí no hay lugar para el riesgo de error, siempre y cuando la vara para el otorgamiento de los beneficios del arrepentido sea lo bastante alta para exigir la revelación de información verídica y no superflua y se rechace información conocida o irrelevante para la aclaración de delitos. Sin embargo, y como se ha visto antes, el procedimiento establecido en el ordenamiento jurídico argentino no impone un umbral tan alto. Más bien, el estándar probatorio solo exige que la información dada sea probable. Con ello es posible que la persona arrepentida obtenga su beneficio a cambio de información que, si bien es probable, no es verídica y que, lejos de facilitar la investigación, termina resultando en un callejón sin salida. Por ello, no se puede descartar cierto riesgo de error, con lo que nos encontramos ante un sistema procesal imperfecto que, por lo menos a veces, otorga el beneficio de la disminución de la pena a cambio de información que no puede cumplir el objetivo del avance en la investigación.

Si, en cambio, se establece el ahorro de tiempo y/o recursos en la investigación penal como objetivo de la figura del arrepentido (Christoph, 2019), es más difícil imaginarse un sistema que pueda establecer de antemano un procedimiento que asegure que la información dada alcance ese fin. Así, no cualquier información, por relevante que sea, conlleva un ahorro de tiempo o recursos, ya que puede haber casos en los que tal información desate nuevas y profundas investigaciones y por ende requiera más tiempo y recursos, sin que esas investigaciones cambien el resultado final de la conde-

na o absolución de una persona. Parece que el ahorro de tiempo o recursos es difícil de evaluar de antemano y por ello tampoco es fácil establecer un procedimiento que lo pueda asegurar siempre. Esto también se puede percibir en el caso concreto del procedimiento establecido por el CPPCor, en el que se exige que la información dada sea probable, pero no se hace alusión directa a las exigencias de ahorro de tiempo o recursos. Que una información probablemente verídica pueda conllevar ahorro de tiempo o recursos porque su obtención acorta la recolección de datos o evita investigaciones innecesarias, es evidente. Pero también es evidente que la información probablemente verídica puede resultar incorrecta y, por ende, ocasionar un gasto mayor de tiempo o recursos. En este caso estaríamos ante un sistema procesal imperfecto, en el que es probable pero no seguro que el procedimiento elegido, la delación premiada, tenga el efecto deseado. Lo mismo pasa si los fines perseguidos consisten en un acercamiento a la verdad o en la condena de otros delincuentes aparte del imputado arrepentido. En los dos casos es probable que la información obtenida aumente las chances de alcanzar la verdad o una condena, pero el procedimiento no puede dar seguridad al respecto. En todos estos casos en los que la figura del arrepentido se aplica mediante un sistema procesal imperfecto, existe entonces un riesgo de error, es decir, puede darse el caso de que se aplique correctamente la figura del arrepentido y aun así no se obtenga el resultado deseado porque la información obtenida, aunque probable y relevante, no es suficiente para una condena o para aclarar los hechos. Este riesgo de error debería incluirse entonces en el cálculo pragmatista de costos y beneficios. Quizás, y siguiendo la terminología propuesta por Ferrer Beltrán (2018), este posible error podría llamarse error material, porque el error consiste en la obtención de un resultado no deseado, en nuestro caso en el otorgamiento del beneficio de la delación premiada sin que se obtengan los beneficios alegados. Ferrer Beltrán usa los términos error material y error inferencial solo respecto de la condena de culpables y la absolución de inocentes, pero la idea de distinguir entre errores materiales, que se refieren al resultado de una decisión, y errores procesales o inferenciales, que se refieren al procedimiento o el razonamiento mismo que lleva a una determinada decisión, me parece lo bastante universal y a la vez aclaratoria para adoptar los términos también en el contexto aquí analizado.

Como resalté antes, en los cálculos de costos y beneficios del arrepentido también deberían incluirse las posibles desventajas de la figura. Una de ellas consiste en la posibilidad de que la aplicación de la figura del arrepentido lleve a una mayor cantidad de declaraciones falsas, con lo que no solo se frustra el beneficio deseado de aceleración o facilitación de la investigación penal, sino que podría darse incluso el efecto adverso: una ralentización y mayor complicación del proceso. Esto sería un sistema procesal imperfecto, en el que el procedimiento —la obtención de información mediante la figura del arrepentido— tiene una probabilidad baja de alcanzar el objetivo establecido, sea este el ahorro de tiempo y recursos, la condena de culpables, el acercamiento a la verdad o el avance del proceso. Este peligro no debería dejarse de lado, especialmente cuando la persona imputada ha de elegir entre la prisión preventiva y la delación, dado que esta perspectiva amenazante puede hacerla más

propensa a optar por la delación incluso sin tener suficiente información que ofrecer. Sin embargo, este riesgo puede ser limitado —aunque seguramente no erradicado— mediante ciertas medidas, como la amenaza con pena de la mentira en la delación premiada y la comparación y fundamentación de las declaraciones del arrepentido con otras pruebas y fuentes. En el ordenamiento jurídico argentino se han tomado tales medidas, especialmente la sanción penal de la persona que miente en su declaración como arrepentida (delito de suministro malicioso de información falsa o inexacta, art. 276 bis CP) y la regla de que las sentencias condenatorias —sea contra la persona imputada misma o contra terceros— no pueden basarse solamente en la delación, sino que el tribunal debe establecer una correlación entre la información obtenida por la persona arrepentida y las demás pruebas recaudadas en el proceso (art. 360 octies CPPCor). De esta manera se disminuye el riesgo de que la persona arrepentida mienta y de que los órganos jurisdiccionales le den demasiada importancia a información incorrecta o imprecisa. Aun así, el riesgo persiste y por ende ha de incluirse en el cálculo de las ventajas y desventajas de la figura del arrepentido.

Por otro lado, se podría ir más allá aún e incluir en la ecuación no solo los criterios alegados por la posición pragmatista de lo que podría llamarse «mejora del proceso» en sentido amplio, sino también otros criterios que generalmente nos interesan en el actuar estatal y especialmente en la actividad de persecución penal, como el reconocimiento y la no instrumentalización de las y los ciudadanos. En este caso, estamos otra vez ante un sistema procesal imperfecto, con la particularidad de que el procedimiento de obtención de información a cambio de una disminución de la pena u otros beneficios, como la no imposición de la prisión preventiva, no solo no aumenta la probabilidad de alcanzar los objetivos establecidos, sino que más bien parece disminuirlas, ya que existe el riesgo de que la persona imputada se sienta coaccionada e instrumentalizada. Tal disminución del reconocimiento y la no instrumentalización de la persona en el proceso penal sería entonces otra posible desventaja de la figura del arrepentido. Este riesgo puede disminuirse asegurando, por ejemplo, la participación de un abogado defensor que vele por los intereses y derechos de su cliente, tal como lo prevé el ordenamiento procesal penal argentino durante el proceso penal para todas las interacciones entre los operadores jurídicos y una persona imputada. Otra forma podría consistir en limitar la iniciativa de la delación premiada de tal manera que solo la persona imputada pueda iniciar el proceso, sin que la fiscalía pueda proponerlo. Sin embargo, esta limitación de la iniciativa no está prevista en el ordenamiento jurídico argentino y seguramente disminuiría la cantidad de personas arrepentidas, con lo que se perjudicarían los otros fines procesales antes mencionados.

En resumen, se puede decir que la figura del arrepentido ofrece beneficios y desventajas que se obtienen en mayor o menor medida según el procedimiento y estándar probatorio establecidos. En el ordenamiento aquí analizado, el estándar probatorio de la probabilidad no es muy alto y por ende da lugar a un considerable riesgo de error. Esto nos podría llevar a pensar que un estándar probatorio más elevado sería preferible, pero —como es sabido— ni siquiera el estándar probatorio más severo

puede excluir el riesgo de error. En el ordenamiento jurídico argentino, el estándar probatorio más severo, exigido para la imposición de una sentencia condenatoria, consiste en la llamada «certeza positiva». Este estándar plantea el ya mencionado problema de la subjetividad, que pretende ser superado mediante la exigencia de que la certeza sea racional, esto es, basada en razones revisables y relacionadas con hechos externos. Aparte de la cuestión de la subjetividad, el estándar probatorio de la certeza plantea el problema de que es un estándar inalcanzable. A saber, las limitaciones epistémicas a las que estamos sujetas las personas no nos permiten alcanzar certezas racionales sobre la existencia de un hecho (Ferrer Beltrán, 2018; Laudan, 2006). Si bien los enunciados fácticos son necesariamente verdaderos o falsos, porque se corresponden o no con los hechos a los que se refieren, nos es imposible saber si tal correspondencia entre el enunciado y el hecho se da o no. Por ello, tanto en las sentencias como en cualquier otra decisión seguirá existiendo cierta incertidumbre que solo permite alcanzar un determinado grado de probabilidad, pero nunca certeza. Por ende, ni siquiera la exigencia de un estándar probatorio muy severo, como la certeza racional positiva o la exclusión de todas las hipótesis salvo una, puede eliminar un cierto riesgo de error, aunque obviamente disminuiría tal peligro en comparación con el estándar actual de la probabilidad.

Además, la implementación del estándar de certeza racional para el otorgamiento del beneficio de la delación premiada conllevaría otro problema: si se exige el mismo estándar para la figura del arrepentido y para la condena, entonces se multiplicaría por dos el tiempo y esfuerzo necesarios para llegar a la sentencia. Habría que realizar un proceso entero no solo para imponer una sentencia sobre la persona arrepentida y, eventualmente sus cómplices, tal como ya lo exige el procedimiento penal argentino, sino que se añadiría una investigación completa más para determinar si se otorga el beneficio de la delación premiada. En este caso, la figura del arrepentido seguiría cumpliendo su fin de obtención de información difícilmente obtenible para el esclarecimiento de hechos delictivos graves, pero no podría cumplir los objetivos de aceleración del proceso y ahorro de recursos: significaría más bien un gasto extra de tiempo y recursos.

Por último, y aparte del error material tratado hasta ahora, también puede darse un error en la aplicación de la figura, es decir: que se celebre un acuerdo de colaboración con un imputado aunque la información ofrecida sea insuficiente para acordar tal beneficio. En este caso, podríamos hablar de un error procedimental, ya que no se cumplen los requisitos de aplicación de la figura del arrepentido. Si bien, y como ya se ha mencionado arriba, la terminología de Ferrer Beltrán (2018), quien distingue entre errores materiales e inferenciales, solo se refiere a los errores judiciales sobre la prueba, parece haber un cierto parecido entre su error inferencial y el aquí llamado error procedimental, pues los dos se refieren al incumplimiento de un procedimiento establecido.

En este caso, el imputado obtiene un claro beneficio, una sanción menor de la que merecería para el hecho cometido, mientras que la sociedad no obtiene ninguno,

porque la información obtenida es demasiado insignificante para causar un avance relevante en la investigación de delitos graves. Puede sufrir incluso un perjuicio si se supone que la no imposición de la sanción adecuada al imputado arrepentido puede tener efectos negativos, como por ejemplo una disminución del efecto desalentador de las sanciones que alegan las teorías de prevención general y especial negativa. En este caso, la ecuación no da un resultado positivo para la figura del arrepentido, porque el beneficio para la persona imputada no puede igualar los perjuicios para la sociedad.

El caso opuesto —que una persona imputada ofrezca información valiosa pero no se llegue a celebrar el acuerdo debido a un error procedimental de los operadores jurídicos— plantea los mismos problemas, solo que en este caso la desventaja cae del lado de la persona arrepentida, que no puede gozar de la disminución de la pena, mientras que la sociedad y los órganos de persecución penal obtienen un beneficio sin ofrecer nada a cambio. Con todo, también podría argumentarse que la persona arrepentida no se ve perjudicada, porque al aplicársele una pena que refleja la gravedad del hecho cometido por ella y obtener una sanción justa, pierde un beneficio pero no sufre una desventaja.

De todos modos, estos errores procedimentales no parecen ser buenos argumentos contra la figura del arrepentido en sí, porque los perjuicios para la sociedad se basan en la mala aplicación de los requisitos de la figura del arrepentido, pero no pueden ser considerados desventajas de la figura misma. En términos básicos, se trata de defectos generados por no seguir el procedimiento establecido.

2.2.5. *Ponderación de los criterios de justificación y riesgos de error*

Después de haber determinado de esta manera las diferentes ventajas y desventajas de la delación premiada, quedaría por analizar si cada elemento pesa lo mismo o si algunos objetivos tienen un mayor peso. Solo entonces podremos sacar una conclusión sobre si la implementación de la figura del arrepentido conviene o no.

Tal ponderación de los objetivos parece reconducirnos nuevamente a los principios fundamentales del proceso penal y a las teorías políticas y morales subyacentes. Con ello, se podrían sacar las siguientes dos conclusiones. Primero, este breve análisis de la ecuación en base a los posibles beneficios, costos y sus correspondientes probabilidades o riesgos de error muestra que no es tan claro si la figura del arrepentido puede registrar realmente mayores beneficios que costos. Y segundo, un análisis pragmatista no puede prescindir de determinar los valores en base a los cuales va a realizar el cálculo.

3. CONCLUSIONES

En este trabajo he intentado distinguir las diferentes justificaciones para la inclusión o exclusión de la figura del arrepentido en nuestros ordenamientos jurídicos.

Para ello he identificado cuatro posiciones: la garantista, la procesalista, la compatibilista y la pragmatista.

Respecto de las primeras tres se puede concluir que la aceptabilidad de sus argumentos depende de su compatibilidad con determinadas teorías políticas o morales y de si aceptamos tales teorías como fundamentos para nuestras sociedades.

Respecto de la posición pragmatista he intentado subrayar que el cálculo de utilidad de la figura del arrepentido no solo debe limitarse a los supuestos beneficios de la institución para la investigación penal, sino que también debería incluir otros criterios de evaluación, a saber, las desventajas de la delación premiada, como por ejemplo su aptitud para alcanzar el reconocimiento y la no instrumentalización de las personas en el proceso penal. Por último, no deben desatenderse los riesgos de error o las probabilidades de que se den los alegados costos y beneficios. Considero que el análisis en términos de esquemas procedimentales (puros, perfectos e imperfectos) es útil para realizar un balance total de los costos y beneficios. En ello hay que tener en cuenta que algunos diseños procedimentales son «perfectos» para ciertos fines pero imperfecto para otros. Por ejemplo, el proceso contradictorio en el proceso penal garantiza un mínimo de «derecho a ser oído», pero quizás no brinda tanta protección a la persona imputada respecto al derecho de que su silencio no sea usado en su contra, como demuestran análisis comparativos del principio *nemo tenetur se ipsum accusare* en países con sistemas procesales penales acusatorios y mixtos (Súcar, 2019). No es posible determinar cuáles son los riesgos de error y con respecto a qué valor, objetivo o criterio de justicia, sin distinguir estas cuestiones.

BIBLIOGRAFÍA

- Aboso, G. (2018). *Código penal de la República Argentina comentado, concordado con jurisprudencia* (5ª ed.). Editorial B de F.
- Bouvier, H. y Pérez Barberá, G. (2004). Casación, lógica y valoración de la prueba: un análisis de la argumentación sobre hechos en las sentencias de los tribunales casatorios. *Nueva doctrina penal*, 2004/B, 527-546.
- Cafferata Nores, J. (2020). Reflexiones iniciales. En J. Cafferata Nores (Dir.), *Discusión de ideas con relación la ley del arrepentido. Interrogantes* (pp. 4-6). Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Derecho procesal, Secretaría penal. <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/02/discusionleyarrepentido.pdf>
- Celano, B. (2001). Justicia procedimental pura y teoría del Derecho. *Doxa*, 24, 407-427.
- Christoph, S. (2018). *Der Kronzeuge im Strafgesetzbuch*, Nomos.
- Coloma Correa, R. (2016). Los usos de los estándares de prueba: entre umbrales y prototipos. *Discusiones*, 18, 23-57.
- Díaz Cantón, F. (2016). Breves notas críticas sobre la figura del «arrepentido». *Pensar en Derecho*, 13, 19-29.
- Dolinko, D. (1985). Is There a Rationale for the Privilege Against Self-Incrimination? *UCLA Law Review*, 33(4), 1063-1148.
- Eiroa, P. (2002). A propósito del fallo «Corres»: ¿Puede declarar como testigo quien fue sobreseído en la misma causa? *Casación. Cuadernos de Doctrina y jurisprudencia Penal*, 2(2), 91-148.
- Ferrajoli, L. (2018). *Derecho y Razón* (10ª ed.). Trotta.

- Ferrer Beltrán, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons.
- Ferrer Beltrán, J. (2018). Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea. En D. Papayannis y E. Pereira Fredes (Eds.), *Filosofía del derecho privado* (pp. 401-430). Marcial Pons.
- Green, S. (2007). *Lying, Cheating, and Stealing: A Moral Theory of White-Collar Crime*. Oxford University Press.
- Hairabedián, M. (2019). *Régimen penal y procesal del arrepentido y la delación premiada: incorporación de la Ley 27.304 al Código procesal penal federal, Ley 27.482* (2a ed.). Ad-Hoc.
- Jauchen, E. (2017). *Tratado de la prueba penal en el sistema acusatorio adversarial* (1ª ed. revisada). Rubinzal Culzoni.
- Krugliansky Fainman, A. (2019, 9 de octubre). *Imputado arrepentido y prisión preventiva*, [Exposición]. Seminario 2019/2020 sobre el nuevo Código Procesal Penal Federal (T.O.2019), Cátedra Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.
- Laudan, L. (2006). *Truth, Error, and Criminal Law*. Cambridge University Press.
- Maier, J. (2004). *Derecho procesal penal*. (Tomo I. Fundamentos. 2ª ed.). Editores del Puerto.
- Ortiz, J. (2017). La delación premiada en España: instrumentos para el fomento de la colaboración con la justicia. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 3(1), 39-70.
- Peralta, J. (2017) Nemo tenetur y derecho procesal penal preventivo. Acerca de la posible relevancia epistémica del derecho a no autoincriminarse. En K. Ambos et al. (Eds.), *Prevención e imputación. Acerca de la influencia de las teorías de la pena en el derecho penal y procesal penal* (pp. 195-218). Hammurabi.
- Peralta, J. (2020). Nemo tenetur: warum eigentlich? En E. Hilgendorf, M. D. Lerman y F. J. Córdoba (Eds.), *Brücken bauen. Festschrift für Marcelo Sancinetti zum 70. Geburtstag* (pp. 913-926). Duncker & Humblot.
- Rawls, J. (1971). *A Theory of Justice* (Original Edition). The Belknap Press of Harvard University Press.
- Rissi, V. (2016) Cuestiones atinentes a la nueva ley del arrepentido: ley 27.304 (b.o. 02/11/2016). En J. Cafferata Nores (Dir), *Discusión de ideas con relación la ley del arrepentido. Interrogantes* (pp. 21-29). Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Derecho procesal, Secretaría penal. <https://www.acadecr.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/02/discusionleyarrepentido.pdf>
- Rivera Ramos, E. (2017). El derecho y el silencio. *Academia: revista sobre enseñanza del derecho de Buenos Aires*, 30, 59-84.
- Súcar, G. (2019). *Derecho al silencio y racionalidad jurídica*. Tirant lo Blanch.
- Casos y legislación
- Cámara Federal de Casación Penal (2020). Sala I, CFP 9608/2018/100, Registro Nr. 1663/20, «De Vido, Julio Miguel y otros s/ recurso de casación», 30.11.2020: Recurso interpuesto por la defensa de Hernán Camilo Gómez, fs. 182/193.
- Cámara Nacional de Casación Penal (1995). Plenario 2, 21.4.1995 en La Ley 1995-E, p. 120.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (1992). Fallos 315: 2056.
- Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires (2020). C. 96486 «O. C., Daniel s/ recurso de queja interpuesto por Fiscal General» del / /20, del 03.07.2020. <https://derechopenalonline.com/inaplicabilidad-de-la-ley-del-arrepentido-en-el-ambito-provincial-normas-procesales-competencias-no-delegadas-de-las-provincias/>

MICHELE TARUFFO: PENSAMIENTO Y EVOLUCIÓN DE LOS ESTUDIOS SOBRE LA PRUEBA*

Luca Passanante

Catedrático de Derecho Procesal Civil
Universidad de Brescia, Italia.

RESUMEN: El artículo recorre algunas etapas de la vida académica y personal de Michele Taruffo, así como el desarrollo de su pensamiento y de sus estudios sobre la prueba de los hechos en el proceso. El trabajo tiene como objetivo principal ilustrar los puntos centrales de la visión de Taruffo en torno a las complejas y controvertidas relaciones entre proceso, prueba, probabilidad y verdad. De esta manera, se intenta además situar la figura del Maestro en el panorama académico más amplio de colegas y amigos, con los que ha compartido intercambios científicos y experiencias de vida.

PALABRAS CLAVE: Michele Taruffo, prueba, probabilidad, proceso, verdad.

MICHELE TARUFFO: THOUGHTS AND EVOLUTION OF STUDIES ON EVIDENCE

* Versión escrita de la ponencia de apertura pronunciada en la *1st Michele Taruffo Girona Evidence Week*, el 23 de Mayo del 2022. Esta versión fue escrita por mí en castellano, pero por su revisión estoy muy en deuda con Perfecto Andrés Ibañez, Jordi Ferrer Beltrán, Diego Dei Vecchi y Evelyn Vieyra Luna, a quienes me gustaría dar las gracias, aclarando que la responsabilidad por cualquier error u omisión es enteramente del autor.

ABSTRACT: The article retraces some stages of the academic and personal life of Michele Taruffo, as well as the developments of his thought and studies on evidence, and strives to illustrate leading points of his vision of the complex and controversial relationship between judicial process, evidence, probability and truth. This way the author tries to place the eminent character of Michele Taruffo as a Master in the broader academic panorama of colleagues and friends, with whom he has shared scientific exchanges and life experiences.

KEYWORDS: Michele Taruffo, evidence, probability, judicial process, truth.

SUMARIO: 1. APUNTES SOBRE LA VIDA DE MICHELE TARUFFO.— 2. UN JURISTA MULTIDISCIPLINAR.— 3. SIETE ENCUENTROS AFORTUNADOS.— 4. EL VIAJE.— 5. LOS INICIOS: LA TESIS DE GRADO SOBRE LAS MÁXIMAS DE EXPERIENCIA.— 6. EL PRIMER ARTÍCULO: «IL GIUDICE E LO STORICO».— 7. LA PRIMERA MONOGRAFÍA: *STUDI SULLA RILEVANZA DELLA PROVA*.— 8. EL CORAZÓN DEL PENSAMIENTO DE MICHELE TARUFFO: PRUEBA Y VERDAD EN EL PROCESO: 8.1. Posibilidad teórica de la verdad en el proceso; 8.2. Oportunidad ideológica de la verdad en el proceso; 8.3. Posibilidad práctica de la verdad en el proceso.— 9. EL LEGADO DE MICHELE TARUFFO.— 10. *PRIMUS INTER PARES*.— BIBLIOGRAFÍA

1. APUNTES SOBRE LA VIDA DE MICHELE TARUFFO

Hablar del pensamiento y de los estudios de un intelectual de la altura de Michele Taruffo no es una empresa sencilla. De hecho, es difícil incluso decidir por dónde empezar. Por eso, más allá de cumplir con el compromiso aceptado de tratar el tema elegido, antes me gustaría hablar un poco del Maestro, a quien su amigo y colega Jordi Ferrer Beltrán ha dedicado con gratitud el extraordinario evento mundial *Michele Taruffo Girona Evidence Week*. Un evento que, vale la pena recordar, no será el único, pues está destinado a repetirse cada tres años.

Michele Taruffo no necesita presentación, pero algunas palabras sobre su vida pueden ser útiles.

Nacido en Vigevano el 12 de febrero de 1943, discípulo de Vittorio Denti y alumno del Collegio Ghislieri, Michele Taruffo se graduó en Derecho en 1965, en la misma Universidad de Pavía, donde fue catedrático de Derecho Procesal Civil de 1976 a 2013, pasando luego a ser profesor emérito.

Miembro de la Accademia Nazionale dei Lincei desde 2005, fue profesor invitado en numerosas universidades extranjeras. Por mencionar solo algunas: la Cornell Law School, el Hastings College of the Law de la Universidad de California en San Francisco, la China University of Political Science and Law en Beijing, la Pontificia Universidad Católica del Perú, la Pontificia Universidad Católica de Chile y la Cátedra de Cultura Jurídica de la Universidad de Girona.

Pronunció conferencias e intervino en seminarios en Italia y en numerosos países del mundo.

Con Geoffrey C. Hazard, fue *co-reporter* en un proyecto del American Law Institute-UNIDROIT para la redacción de reglas y principios procesales transnacionales.

Colaboró de forma regular con el Centro de Investigación de Derecho Procesal de la Universidad China de Ciencias Políticas y Derecho, en Beijing y recibió ocho doctorados *honoris causa* en diferentes universidades del mundo.

2. UN JURISTA MULTIDISCIPLINAR

Taruffo fue un jurista ilustre y un procesalista distinguido, que desde el principio supo explorar o tratar lo clásico con perspectivas originales, casi siempre con una mirada interdisciplinaria y comparada.

A pesar de su fidelidad a una materia tan clásica como el derecho procesal civil, y caracterizada —sobre todo en la época en que inició sus estudios— por un enfoque altamente dogmático, sus intereses y producción científica se proyectaron en diversos campos del saber: de la filosofía a la semiótica, de la epistemología a la historia, de las teorías de la probabilidad a la lógica¹. El enfoque multidisciplinario y *lato sensu* comparado marcó toda su enseñanza: desde el primero de sus artículos (Taruffo, 1967) se observa la atención hacia otras disciplinas y así continuó hasta el último de sus libros (2020a). Y también, finalmente, en un cortísimo pero muy incisivo escrito, publicado después de su fallecimiento, tanto en la *Revista Internacional de Derecho Procesal* como en *Quaestio Facti*, Taruffo recomienda no quedarse encerrados en los confines de la propia lengua y materia². Pero, como escribió muy bien Angelo Dondi (2021), el primer discípulo de Michele Taruffo, el verdadero rasgo distintivo de este es su estatura y solidez intelectuales, dominadas por una inagotable curiosidad cultural y un impulso constante para emprender nuevos estudios y lecturas que lo llevaran más allá de las fronteras³.

3. SIETE ENCUENTROS AFORTUNADOS

Diversos encuentros con maestros y colegas marcaron las etapas de la vida de Michele Taruffo como hombre y como investigador. Entre tantos, parece justo recordar al menos siete no solo por ser significativos, sino también emblemáticos y particularmente afortunados: la elección arbitraria no pretende privar de valor a otros, numerosos y no menos importantes, encuentros.

¹ Lo subraya magistralmente Perfecto Andrés Ibáñez (2021, p. 41- 62).

² El escrito se encuentra publicado en varios lugares (Taruffo [2021a; 2021b; 2020b]). Al respecto véase el comentario de Forti (2021).

³ De esta actitud da fe la colección de ensayos *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil* (Taruffo, 2006), que se abre con una cita del diario apócrifo de Genghis Khan: «Si ves una frontera, crúzala. Entonces date la vuelta: descubrirás que no había existido».

El primero, decisivo, fue con Vittorio Denti, maestro gracias al cual Taruffo inicia sus estudios de derecho procesal civil con un enfoque filosófico y cultural muy innovador para la época⁴, del que tomó el interés por la comparación, que luego desarrollaría en muy diversos sentidos. Estas características marcaron, siempre y cada vez con más intensidad, la investigación y la producción científica de Taruffo.

Un segundo encuentro de gran importancia fue el que tuvo con quien sería su amigo y colega Federico Carpi, junto al que ganó la cátedra en 1975⁵. Este encuentro significó, sobre todo, un vínculo muy estrecho y fructífero con la *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, anteriormente dirigida por su maestro, Tito Carnacini, en cuyas páginas Taruffo publicó durante décadas con infatigable empeño. El mismo encuentro con Federico Carpi sería luego, algunos años después, la base para la fundación, junto con Vittorio Colesanti, del muy exitoso *Comentario breve sobre el Código de Procedimiento Civil*. Este no solo fue un encuentro significativo por razones científicas y académicas, sino que dio lugar a una de las más estrechas relaciones de amistad y estima recíproca en toda la vida de Taruffo (2022).

Un tercer encuentro fundamental fue con Gian Antonio Micheli, quien, después de ser alumno del Collegio Ghislieri, había enseñado en la Universidad de Pavía. A Micheli se le había encomendado el papel de relator general sobre el tema de la prueba en el proceso en el primer Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil, celebrado en Gante del 24 de agosto al 4 de septiembre de 1977 y organizado por Marcel Storme. Micheli solicitó a Taruffo que le asistiese en el papel de relator general, encomendándole también la tarea de examinar los informes nacionales, redactar el informe conclusivo y participar en la discusión final del congreso. El texto de este informe fue publicado por Kluwer-Springer el año siguiente (Micheli y Taruffo, 1978).

También el encuentro con Giovanni Tarello marcó de forma indeleble el curso de sus estudios. Tarello fue uno de los padres de la escuela del realismo jurídico genovés y, además, entre muchas otras cosas, el fundador, en 1971, de la revista *Materiali per una storia della cultura giuridica*, publicada por Il Mulino. La atención a los datos históricos, en consonancia con las orientaciones iusrealistas y su atención a las doctrinas del proceso civil, llevó a Tarello a escribir una de las obras más significativas del siglo xx sobre el tema: *Storia della cultura giuridica moderna* (Tarello, 1976). Pues bien, fue el propio Tarello quien le señaló a Taruffo una grave laguna en la historia del derecho procesal, invitándole a llenarla con un estudio histórico, algo que se produciría puntualmente unos años después con la publicación por Il Mulino en 1980 del volumen *La giustizia civile in Italia dal Settecento ad oggi* (Taruffo, 1980)⁶.

⁴ Lo subraya Dondi (2021).

⁵ Federico Carpi fue el primero, junto a Jordi Nieva Fenoll, en dedicarle su emotivo recuerdo en la *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*: Carpi (2021); Nieva Fenoll (2021).

⁶ La fortuna del volumen fue tal que en 2018 se publicó una traducción en portugués enriquecida, capítulo a capítulo, con notas del traductor, Daniel Mitidiero, sobre la historia de la justicia civil brasi-

Un quinto encuentro, crucial para la experiencia científica de Taruffo y para la evolución de sus investigaciones, fue con Geoffrey C. Hazard Jr., una autoridad en el campo del derecho procesal civil estadounidense, que Taruffo definió como un estadounidense curioso, precisamente por su propensión a comparar y rechazar cierto provincialismo estadounidense dañino (Taruffo, 2010a). Acercándose al derecho procesal civil de los países anglosajones, a través de los estudios que dieron vida a la monografía sobre el *adversary System* (Taruffo, 1979) a finales de los años setenta, a Taruffo, también gracias a la relación con Hazard, se le abrieron las puertas del exterior. En efecto, pues con él escribió el libro sobre la justicia civil en los Estados Unidos, publicado en inglés y en italiano (Hazard y Taruffo, 1993a; 1993b) y, no solo por ello, pues inició una colaboración que dio vida a uno de los mayores proyectos experimentales y vanguardistas sin equivalente en el transcurso de un siglo. Es el proyecto patrocinado y financiado primero por el ALI (American Law Institute) y luego también por Unidroit para la redacción de normas transnacionales y principios de derecho procesal civil, en el que participaron varios colegas de prestigio de todo el mundo y cuya versión final fue publicada por Cambridge University Press en 2006⁷. Además, en Estados Unidos, Taruffo había sido llamado durante varios años para enseñar derecho procesal civil comparado en la Facultad de Derecho de Cornell. Después, recibió la oferta de una cátedra, pero prefirió volver a Italia.

Otro encuentro afortunado, propiciado por Paolo Comanducci, tuvo lugar en 1998 en el Congreso Ítalo-Español de Teoría Analítica del Derecho, donde Taruffo conoció a un joven Jordi Ferrer Beltrán, que acababa de terminar su doctorado. Taruffo en ese momento, gracias a Perfecto Andrés Ibáñez, ya tenía una editorial para la publicación en español de su libro *La prova dei fatti giuridici* (Taruffo, 1992), pero carecía de traductor. Ese mismo día, en el congreso, los tres (Taruffo, Perfecto Andrés Ibáñez y Jordi Ferrer) se encontraron y decidieron que el traductor sería Jordi Ferrer. Ferrer Beltrán (2021a, p. 10) escribe al respecto:

Fue un arduo y largo trabajo de casi 3 años, pero durante ese tiempo tuvimos centenares de intercambios de correo y conversaciones personales y aprendí tanto que me sentí muy ignorante. Me entusiasmó hasta tal punto su trabajo que hoy sigo estudiando esos mismos temas. En nuestros diálogos, que se hicieron cada vez más frecuentes en viajes conjuntos y estancias suyas en Girona, Taruffo mostraba una extraña combinación de asertividad y humildad intelectual. Sus opiniones solían ser tajantes, firmes y expresadas hasta con vehemencia (así era su carácter), pero a la vez era capaz de tomar en serio el argumento contrario y no le temblaba el pulso para ponerse incluso a sí mismo como ejemplo de quien había sostenido una idea que ahora le parecía equivocada. Seriedad intelectual se llama.

El afortunado encuentro con Ferrer Beltrán tuvo un doble efecto: por un lado, el libro *La prueba de los hechos*, una impecable traducción del original italiano, abrió a Taruffo las puertas de Latinoamérica, donde, a pesar de ser ya muy conocido por sus estudios, alcanzó una gran popularidad. Por otro lado, la que se convertiría en una

leña: Taruffo y Mitidiero (2018).

⁷ *Principles of Transnational Civil Procedure* (2005)

relación de mutua estima y profunda amistad, se concretó también en la experiencia de Taruffo como profesor invitado en la Universidad de Girona, donde permaneció, tras su jubilación en 2013, trabajando y estudiando durante cuatro años en la Cátedra de Cultura Jurídica dirigida por el propio Jordi Ferrer Beltrán.

Un séptimo encuentro de gran importancia fue con Ronald J. Allen. Uno de los principales y más distinguidos expertos en el mundo del derecho probatorio y profesor John Henry Wigmore en la Universidad Northwestern de Chicago. Allen, propició a Taruffo un momento esencial de confrontación y, en ocasiones, de discrepancia de ideas⁸, y le abrió las puertas de China, donde en los años ochenta estuvo en una larga misión⁹ y donde, luego, en los últimos años, fue regularmente invitado a dar conferencias sobre *Evidence* en el Institute of Evidence Law and Forensic Science de la China University of Political Science and Law.

Omití ciertamente detenerme en encuentros no menos significativos —entre ellos: con el procesalista y amigo Sergio Chiarloni, con el amistoso contradictor Bruno Cavallone, con el filósofo del derecho Jerzy Wróblewski, con el comparatista Vincenzo Varano, con el procesal-comparatista Eduardo Oteiza, con el economista Giorgio Lunghini, con la socióloga Maria Rosaria Ferrarese— y otros, sobre los que no puedo detenerme en detalle por las limitaciones de espacio y alguna insuficiencia de información.

4. EL VIAJE

El viaje fue para Taruffo —como bien ha recordado el presidente de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, Eduardo Oteiza (2021a; 2021b)— un símbolo de su pasión por superar barreras y prejuicios. Es un auténtico *Leitmotiv* existencial que domina profundamente su experiencia científica, hasta convertirse en el símbolo de un método, que le llevará a adoptar casi siempre un punto de vista excéntrico en relación con su objeto de estudio. Estar «aquí» y «en otros lugares» ofrece ventajas indiscutibles y hace que su trabajo como comparatista sea único, por riqueza y autenticidad. La vastedad de su cultura lo mantiene sólidamente al abrigo de esos provincianismos, que a veces se encuentran en las incursiones en el derecho extranjero de los menos expertos.

El concepto de viaje, traducido en acción hasta el final (el último fue a Medellín, Colombia, en octubre de 2019, invitado por su discípula y querida amiga Diana María Ramírez Carvajal), satisfizo a la vez dos necesidades que marchan en la misma dirección: la emancipación del contexto de origen y la satisfacción de una curiosidad infatigable. Así entendido, el viaje —en las antípodas de la versión turística— fue para él una experiencia de vida, un medio para sumergirse en realidades lejanas, com-

⁸ Véase, por ejemplo, Allen (2016, p. 21-44).

⁹ El resultado de esta estancia es el artículo Taruffo (1988)

prenderlas, absorberlas, atesorarlas: en definitiva, una moneda preciosa, compensadora del esfuerzo de quien, yendo lejos a enseñar, vuelve enriquecido.

Como bien escribe Federico Carpi (2021), «Michele Taruffo viaja mucho. El viaje está en el centro de su vida, en un sentido casi metafísico —a pesar del cansancio de los largos vuelos— como encuentro de culturas y de hombres, atraídos por una inagotable curiosidad intelectual».

5. LOS INICIOS

Hay buenas razones para creer que el primer testimonio del pensamiento de Taruffo en materia probatoria es su primer artículo publicado en la *Rivista di diritto processuale* en 1967, un trabajo que retoma el título de otro célebre de Calamandrei de 1939, criticándolo en algunos aspectos (Taruffo, 1967)

Pero no es así: de hecho, la primera expresión de su pensamiento está contenida en su tesis de licenciatura, dedicada a las máximas de experiencia, escrita bajo la supervisión de Vittorio Denti y defendida en Pavía el 15 de diciembre de 1965.

Hay una historia que contar al respecto, que no todos conocen: la esposa de Michele, Cristina de Maglie, de acuerdo con su hija Anna y —debo decirlo— conmigo también (algo que le agradezco), decidió donar la biblioteca de Michele Taruffo a la Cátedra de Cultura Jurídica de la Universidad de Girona.

Pues bien, en una estancia de investigación en Girona, le pregunté a Jordi Ferrer si por casualidad, entre los miles de volúmenes recibidos, estaba esta tesis, de la que se había perdido el rastro. Jordi llamó a Anna de Castro i Cros, la catalogadora del fondo, que nos trajo en pocos minutos este extraordinario documento.

En Italia, el curso académico que termina con el grado requiere que el estudiante prepare un trabajo y lo discuta, es la *tesi di laurea*. Esto ya ocurría en 1965 y sigue siendo así.

Lo primero que llama la atención de esta obra es la profundidad con la que un joven de veintidós años se atreve a abordar un tema tan difícil como el de las máximas de experiencia. Tanto que, entre las tesis de grado e incluso doctorales que hoy se escriben, resulta imposible hallar un trabajo de tanto rigor y amplitud como el del jovencísimo Michelino Taruffo (que todavía no firmaba como Michele Taruffo).

Basta leer las primeras páginas para tener inmediatamente la impresión de estar ante una obra que, siendo prudentes, podría calificarse de sumamente prometedora. En realidad, es impresionante. Debo decir que esta obra extraordinaria, hasta ahora desconocida, ha sido escaneada y está disponible en el catálogo de la biblioteca de la Universidad de Girona. También ha sido traducida por Perfecto Andrés Ibáñez y publicada por Marcial Pons (Taruffo, 2023).

Antes incluso de iniciar un rápido análisis de su contenido, vale la pena subrayar la importancia del tema elegido por el joven Taruffo. Un tema que le brindaría una

perspectiva que marcará toda su producción científica. Según la famosa definición de Stein, las máximas de experiencia (*Erfahrungsgesetze* (1904) o también *Lebensregeln* (1893), literalmente «reglas de vida») son:

Definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos (Stein, citado por Carnelutti, 1915, p. 27)

Esta es una definición que todavía utiliza la Casación italiana, que la ha repetido durante décadas en la traducción que Carnelutti (1915) hizo de ella en su libro *La prova civile*¹⁰. Según esta definición, las máximas de experiencia son obviamente normas con pretensión de aplicación generalizada, pero no son normas jurídicas: son reglas de actividad extraídas del sentido común, que no están formalizadas en la ley, a las cuales el juez debe atenerse al formular el juicio de hecho con base en la prueba disponible. Podemos encontrar algunas máximas de experiencia, a lo sumo, consolidadas en la jurisprudencia, pero en principio se trata de normas no codificadas. El tema elegido proyecta inmediatamente a Taruffo fuera del derecho procesal y también fuera del mismo derecho, obligándolo a confrontarse con la filosofía, la lógica, la semiótica y la epistemología, prefigurando así no solo el desarrollo de sus estudios, sino también lo que sería unos años después, especialmente en el entorno cultural anglosajón, el futuro de los estudios sobre la prueba¹¹. Esto lo contrapone con el ambiente cultural de la época, dominado por la idea de que el objeto de la prueba era esencialmente prerrogativa exclusiva de los juristas y, más concretamente, de los procesalistas, quienes a su vez creían que para ocuparse de él debían limitarse al estudio de las normas jurídicas sobre la prueba.

Los efectos de este enfoque fueron particularmente nefastos (y todavía lo son, en la medida en que aún está generalizado, especialmente entre los procesalistas) particularmente nefastos: los estudios sobre la prueba, de hecho, han sido concebidos, en la gran mayoría de los casos, como estudios sobre el derecho de prueba. Se trata de un abordaje obtuso del tema, que ha producido dos efectos de similar signo, que se han difundido en direcciones opuestas: por un lado, dentro de las disciplinas jurídicas, este abordaje ha llevado a una fragmentación de los estudios sobre la prueba en tres diferentes aspectos: *a*) en los diferentes tipos de procedimientos (civiles, penales, administrativos, etc.); *b*) en los diversos ordenamientos jurídicos nacionales; *c*) en los diferentes periodos históricos. Por otro lado, fuera de las disciplinas dogmáticas jurídicas, se impuso la idea de que la prueba de los hechos es un objeto de estudio que se debe dejar a los juristas, y en particular a los procesalistas civiles y penales: esto ha ocurrido no solo con los teóricos generales del derecho, sino también con los filósofos

¹⁰ La primera edición fue publicada en 1915.

¹¹ Por mencionar sololos dos de los autores más conocidos y fructíferos entre los estudiosos que han marcado la evolución del pensamiento sobre la prueba en el contexto anglosajón, recordaría a Susan Haack y William Twining, de los cuales, en particular, se pueden ver: Haack (1978; 1993; 1996; 2003; 2014), Twining (1985; 2006) y Twining *et al.* (2005)

y epistemólogos, quienes, como se mencionó, por esta razón, rara vez se han ocupado profundamente de las pruebas.

Desde entonces, las cosas han cambiado mucho¹², pero hay que tener en cuenta que, en aquella época, el único método considerado científico en el campo jurídico y, más aún, en el contexto del derecho procesal civil, era el dogmático¹³. Todo lo que se apartase de la dogmática era visto con extrema desconfianza, incluso con desprecio. Pues bien, en tal contexto, Taruffo comenzó —con gran rigor metodológico— ya en su tesis de grado, a alejarse de lo que con una óptica actual podría calificarse de cliché cultural, pero que en ese momento, cabe decir, era prácticamente la única forma de investigar.

¿Y por qué la adopción de este enfoque? Antes de nada, hay que decir que Taruffo tuvo en la secundaria un profesor de filosofía que le llevó a apasionarse por la materia. También influyó en el mismo sentido que, después de su ingreso en el Colegio Ghislieri de Pavía en 1961, con una beca, asistió, en el mismo centro, al primer curso italiano de lógica deóntica en el año académico 1963-1964, impartido por Amedeo Giovanni Conte. Taruffo contaba a menudo que le había pedido a Conte que fuera su supervisor de tesis de grado. Pero este, consciente del talento de Taruffo, se negó, explicándole que era demasiado joven para poder apoyarle en una futura carrera académica. Por eso, le orientó hacia Vittorio Denti que, entre los profesores de Pavía de ese momento, era, sin duda, el más clarividente y abierto a los enfoques interdisciplinarios. Así fue como Taruffo escribió su tesis de grado sobre las máximas de experiencia, combinando los estudios de filosofía y lógica con los de derecho procesal civil.

La importancia del «descubrimiento» de este texto es tal que me gustaría, llegado a este punto, dedicar un espacio a repasar rápidamente su contenido.

El primer capítulo de la tesis está dedicado al problema de las máximas de experiencia: un marco general del tema de investigación elegido, del que surge inmediatamente uno de los rasgos que caracterizará toda la producción científica y la docencia de Taruffo: su enfoque crítico. Taruffo reconoce a Friedrich Stein (1983) el mérito de haber individualizado el concepto de máxima de experiencia, en el contexto de la actividad intelectual del juez y de los medios utilizables para llegar a la determinación del hecho objeto de la controversia, así como de haber determinado su estructura y función dentro del juicio fáctico. Consta también que la doctrina italiana había aceptado su pensamiento de manera bastante acrítica (Taruffo, 2023, p. 25 ss.).

¹² De la evolución del tratamiento de las cuestiones probatorias dan cuenta ahora obras marcadamente interdisciplinarias: véase, últimamente, la emblemática de Schauer (2022).

¹³ Aunque, en realidad, la dogmática jurídica es solo uno de los enfoques posibles para el estudio del derecho, el significado actual de «dogmática jurídica» más difundido es probablemente el que la identifica con la «ciencia jurídica» por antonomasia, es decir con el estudio doctrinal del derecho (Guastini, 1992). Sobre el tema, véanse Giuliani (1957); Larenz (1960); Piano Mortari (1964); Paresce (1964); Bobbio (2018); Lazzaro (1965a; 1965b); Losano (1968); Tarello (1974); Wilhelm (1980); De Ruggiero (1980); Orestano (1981); Aarnio (1988); Mengoni (1989). Por último, para una lectura existencialista de la llamada «dogmática jurídica» véase Caponi (2022).

Pero —argumenta Taruffo— el concepto de máxima de experiencia propuesto por Stein está superado y ya no se corresponde con los resultados alcanzados por la evolución del pensamiento lógico. Y aquí comienza una crítica razonada del concepto tradicional de máxima de experiencia.

El argumento central en el que se basa la crítica es que la máxima de la experiencia, al ser fruto del razonamiento inductivo, no puede ser tratada realmente como una regla general y, en consecuencia, no puede constituir acriticamente la premisa mayor del silogismo para llegar al juicio de hecho¹⁴.

El enfoque crítico deriva evidentemente de sus lecturas. En efecto, Taruffo, demostró ya que no solo estudiaba la doctrina procesal italiana (Calamandrei, Carnelutti, Rocco), sino también los clásicos alemanes, que habían dominado el tema hasta entonces (no solo Friedrich Stein, sino también Wehli [1913], Fitting [1889]), filósofos italianos (Nicola Abbagnano (1950), crítico del idealismo alemán, expresión y exponente del existencialismo positivo; Giulio Preti (1954), de Pavía, perteneciente a la corriente del positivismo lógico y crítico acérrimo del idealismo; Ludovico Geymonat (1953), racionalista y neopositivista; Carlo Augusto Viano (1954a; 1954b), discípulo de Abbagnano, filósofo del derecho, experto en lógica aristotélica y autor de ensayos sobre el problema del silogismo) y filósofos extranjeros (Georg Henrich von Wright (1957), de origen finlandés, experto en lógica inductiva, lógica modal y lógica deóntica) —muchos de estos vinculados al Wiener Kreis, el Círculo de Viena—.

Excluir que el silogismo deductivo pueda ser utilizado para conducir el juicio de hecho significa abrir la posibilidad de que el razonamiento inductivo del juez pueda ser reducido a una dimensión meramente subjetivista, escapando así a cualquier forma fiable de control. Taruffo cree que el silogismo inductivo no puede ser un sustituto válido del silogismo deductivo, pero al mismo tiempo está convencido de que la lógica inductiva puede constituir un instrumento eficaz de conocimiento de la realidad. Para profundizar en esta investigación, se inspira en los estudios de Rudolf Carnap (1951), un filósofo y lógico alemán naturalizado estadounidense, también exponente del Círculo de Viena y del positivismo lógico o neopositivismo.

¿Cuáles son las repercusiones más importantes del encuentro de un Taruffo todavía estudiante con el pensamiento de Carnap? En mi opinión han sido muy significativas las siguientes:

- 1) El abandono del silogismo lógico deductivo como instrumento de conocimiento de la realidad no debe empujar hacia un juicio de hecho puramente subjetivo y, por tanto, incontrolable (Taruffo, 2023, p. 32-33).
- 2) El juicio de hecho no es propiamente un juicio sobre el hecho: el juicio lógico se expresa en las relaciones que existen entre el significado de las proposiciones que describen el hecho. El juicio lógico, por lo tanto, es un juicio entre proposiciones (2023, p. 34).

¹⁴ En este sentido: Rocco (2006); Calamandrei (1961); Carnelutti (1915); Calogero (1964).

3) Esto trae a la luz otro concepto que será fundamental en toda la evolución del pensamiento de Taruffo sobre la prueba: el concepto de probabilidad. El juicio lógico inductivo, por tanto, consiste en «determinar si y en qué medida una determinada hipótesis es confirmada por el conjunto de observaciones que comúnmente se denomina “E” (evidencia)». Pues bien, este grado de confirmación no es otro que un grado de probabilidad (2023, p. 33, p. 35 ss.).

4) Además, para Taruffo está claro desde el principio que el concepto de probabilidad relevante para realizar el juicio de hecho a través de la lógica inductiva no es el concepto de probabilidad matemática, entendida como frecuencia relativa (lo que ahora llamamos probabilidad estadística o probabilidad bayesiana), sino la probabilidad lógica destinada a expresar el grado de confirmación de una hipótesis (o probabilidad baconiana).

5) La adhesión a este concepto de probabilidad también se vuelve central precisamente para evitar que el abandono del modelo lógico deductivo acabe siendo un juicio fáctico de subjetivismo exasperado que lo haga incontrolable. ¿Por qué? Porque el conocimiento lógico (entendido como conocimiento según la probabilidad lógica) debe reconstruirse siempre como una relación entre proposiciones y no entre sujeto cognoscente y cosa, ya que, en este último caso, la validez de la probabilidad lógica se reduciría a un mero hecho subjetivo¹⁵.

6) Se sigue, además, que «el juicio sobre el hecho desconocido por parte del juez solo puede llevarse a cabo mediante la formulación de hipótesis y la opción por la más atendible en relación con la experiencia pasada» (2023, p. 34).

Según el pensamiento de Taruffo el campo del conocimiento está dominado por los conceptos de fiabilidad, grado de confirmación, probabilidad. Estos son conceptos que dominan la lógica inductiva, la cual a su vez no se rige por relaciones de certeza y necesidad, sino por relaciones de indeterminación y probabilidad.

Siguiendo a Carnap y a los clásicos de la teoría de la probabilidad (Reichenbach [1949]; Von Mises [1928]; Weismann [1930]; Keynes [1929]; Wittgenstein [1987]; Jeffreys [1939]), Taruffo (2023, p. 37) llega a la conclusión de que «el juicio sobre el hecho tiene la estructura de un juicio de prob1 [probabilidad lógica], basado en el método de la inferencia [...]. Como tal, está libre de implicaciones subjetivistas, es una pura relación lógica basada en la interpretación semántica de proposiciones [...], no es verificable ni refutable por la experiencia empírica, porque no se ocupa de ella, y está fundado en un procedimiento lógico [...]». Y, de nuevo, que en un determinado momento «la actividad del juez deja de tener como objeto hechos [...], para convertirse en una actividad lógica y semántica»; y «es precisamente el fruto de la enunciación en proposiciones de los hechos probatorios que lleva a cabo el juez, que constituyen el elemento en que fundará la posibilidad de un control del juicio» (p. 38).

Taruffo, por lo tanto, a la edad de veintidós años, había entendido lo que muchos todavía no entienden hoy: a saber, que, aunque no puede responder a criterios objetivos absolutos (la máxima de experiencia no es en sí misma una regla general, sino una regla derivada inductivamente de la observación de una «muestra»), el juicio sobre el hecho implica el ejercicio de una discrecionalidad por parte del juez, que sin embargo no se traduce en una operación que se desarrolle en una dimensión puramente subjetivista e incontrolable.

¹⁵ *A contrario* Taruffo (2023, p. 36-38).

Muy por el contrario, Taruffo (2023), aun cuando utiliza el término «convicción», se distancia expresamente del concepto de «certeza moral» tan difundido en ese momento y afirma que la convicción del juez «no es tanto la potencia emotiva con la que él se adhiera a una cierta versión del [hecho], como las propiedades lógicas de los elementos que forman la base de aquella» (p. 51-52).

Son numerosas las obras en las que Michele Taruffo ha repetido este concepto.

No solo eso, en la tesis de grado Taruffo plantea ya el problema del juicio fáctico como el problema de la confirmación de una hipótesis, que, si hoy nos puede parecer un hecho obvio, entonces era de una afirmación cuando menos inusual en el contexto de la literatura procesal-civil. Aquí Taruffo cuestiona el modelo lógico clásico que se creía utilizable en la época para hacer uso de las máximas de experiencia, es decir, el modelo nomológico-deductivo desarrollado por Rudolf Carnap. La utilización de este modelo presupone la existencia de leyes de cobertura de carácter general. Pero, dado que las máximas de experiencia no son leyes generales, el uso del modelo nomológico-deductivo es, en consecuencia, inadecuado y, en cambio, es necesario recurrir a modelos alternativos capaces de estructurar un tipo de razonamiento que no sea ya deductivo, sino más bien inductivo que tiene —como se mencionó— un carácter probable. Al respecto, me parece muy relevante el diálogo que muchos años después se estableció con la obra de Giovanni Tuzet (2006; 2010).

Este es realmente uno de los elementos más significativos de toda la tesis, que, sin embargo, no se queda ahí: aborda el tema del juicio de relevancia de la prueba, también como juicio lógico, de carácter hipotético, basado en la predicción de la posible eficacia probatoria. Esta es una concepción que desarrollará posteriormente en su primera monografía *Studi sulla rilevanza della prova* (Taruffo, 1970, *passim* y en particular p. 231 ss.). En la tesis también se dedican numerosas páginas a la relación entre las máximas de experiencia y las presunciones, a la relación entre hecho conocido y hecho desconocido, a la formulación de hipótesis sobre el hecho desconocido, a la atribución del valor de probabilidad a varias hipótesis: el lugar privilegiado donde Taruffo vuelve a proponer la importancia crucial del modelo inductivo.

Otro capítulo de la tesis está dedicado a la motivación, que desde entonces ha sido calificada por Taruffo (1970, *passim* y especialmente p. 107 ss.) como un discurso lógico, compuesto por proposiciones que se asumen como elementos atómicos, ligado a elementos objetivos, libres de certezas morales del juez, rigurosamente descomponible en relaciones entre proposiciones, cuyo núcleo sigue siendo esencialmente aquel juicio de hecho que se ha construido desde entonces como juicio de probabilidad lógica.

El último capítulo está dedicado a un tema que sigue siendo objeto de un animado debate en los tribunales a día de hoy. Puedo citar una reciente sentencia del Tribunal de Casación italiano (sentencia n.º 36524/2021, de 20 de mayo) que se ocupa de un asunto al que Michele Taruffo, todavía estudiante de tesis de grado, dedicó unas sesenta páginas hace ya más de medio siglo: el problema de control de la máxima de

experiencia en casación. No cabe aquí tratar este tema con más detalle, pero son claras y evidentes la previsión y la apertura cultural, la capacidad para profundizar en las cuestiones elegidas con la perspicacia que solo puede tener un estudioso, joven aún, pero ya proyectado hacia horizontes mucho más amplios y ambiciosos que aquellos en los que normalmente se mueve incluso un buen profesor universitario.

6. EL PRIMER ARTÍCULO: «*IL GIUDICE E LO STORICO*»

Como ya se mencionó y como veremos mejor, muchas de las investigaciones iniciadas desde los estudios universitarios serán retomadas, desarrolladas, profundizadas y en parte modificadas a lo largo de los años siguientes. Sin embargo, hay un trabajo en el que la tesis básica presentada por Taruffo en su trabajo de grado tiene un reflejo directo. Se trata de su primera publicación, «*Il giudice e lo storico*» (Taruffo, 1967). Veamos cómo.

En 1967, cuando Taruffo publicó su primer artículo, el paralelismo entre la actividad del juez y la del historiador ya estaba muy difundido en la literatura, hasta el punto de constituir sustancialmente un lugar común: en Italia Guido Calogero (1964), en 1937, y Piero Calamandrei (1939, p. 105 ss.), en 1939, ya lo habían utilizado y un paralelismo similar fue también señalado por el procesalista Enrico Rendenti (1938, p. 444) y por el filósofo Benedetto Croce (1926, p. 174; 1938, p. 278), en 1926, quien también había revisado *Il giudice e lo storico* de Calamandrei (Croce, 1939, p. 445 ss.).

Pero estos autores se detuvieron en la ecuación entre el juez y el historiador, sin entrar en la actividad lógica realizada por uno u otro, por lo que la comparación, si bien sugerente, resultó poco esclarecedora y, en definitiva, poco útil. Hacia aquí apunta la crítica de Taruffo, quien señala que los filósofos de la historia no parecen haber desarrollado un modelo satisfactorio para el historiador, con especial referencia al concepto de explicación, central en el discurso de nuestro autor, especialmente en relación con el de justificación (que será luego objeto de sus investigaciones en *La motivazione della sentenza civile* (Taruffo, 1975), una de sus obras más importantes).

Taruffo atribuye a Hume el primer intento de definir racionalmente el modelo de explicación, centrado a su vez en el concepto de causa, sobre el que gira el razonamiento que lleva de una ley generalizadora a la explicación de un caso particular. Sin embargo, este modelo de explicación ya había resultado poco convincente y fuente de ambigüedad para los más atentos historiadores de la filosofía de la época, especialmente por la razón señalada por Patrick Gardiner (1952), filósofo inglés, nacido en 1922, que a los treinta años escribió su libro sobre la naturaleza de explicación histórica.

El modelo de Hume fue luego actualizado por Carl Gustav Hempel (1949), un filósofo alemán —que huyó primero a Bélgica y luego a los Estados Unidos tras el advenimiento del nazismo— que había utilizado los estudios de Karl Popper (1935;

1945, p. 262) y William Dray (1957) para elaborar la mejor definición del modelo nomológico-deductivo, basado en el uso del llamado «*covering law model*», es decir, la que denominamos «ley general de cobertura».

Aquí se evidencia la reanudación del tratamiento de los temas abordados en la tesis de grado. El propio Hempel, sin embargo, ya se había dado cuenta de que el historiador, a diferencia de lo que le sucede al científico, casi nunca tiene leyes generales de cobertura, por lo que no podría exigírsele el mismo rigor que al científico. Hempel elaborará así el concepto de «*explanation sketch*», que solo se acerca —sin igualar su rigor— al esquema formal nomológico-deductivo.

El concepto de «*explanation sketch*», en realidad, por su ambigüedad, debilitaba, más que defender, el modelo nomológico-deductivo. Los idealistas aprovecharon para cuestionarlo, aunque sobre la base de consideraciones no siempre aceptables y, sobre todo, proponiendo soluciones que amenazan con moverse en la dirección de la irracionalidad. Taruffo, por su parte, rechaza las propuestas idealistas y propone recurrir a modelos inductivos, obviamente, aprovechando los estudios sobre las máximas de la experiencia.

La conclusión es que la equiparación entre la actividad del historiador y la del juez está bien fundada, ya que utilizan herramientas lógicas similares. Taruffo, a diferencia de sus predecesores, que habían predicado la analogía como un fin en sí mismo, sin llenarla de contenido, propondrá un modelo lógico inductivo, probabilístico, en el que ambas figuras pueden apoyarse para el desarrollo del juicio fáctico.

7. LA PRIMERA MONOGRAFÍA: *STUDI SULLA RILEVANZA DELLA PROVA*

En su primera monografía, Taruffo (1970) vuelve sobre el tema y, luego de haber realizado una profunda investigación comparada en los países del *common law*, *civil law* y los países socialistas (p. 87-158), concluye confirmando su tesis de que el juicio de relevancia de la prueba es un juicio hipotético de probabilidad lógica (p. 3-86). Aquí Taruffo estudia con mayor profundidad el positivismo lógico de Carnap y el análisis del lenguaje. Es la primera obra en italiano en torno a la prueba de los hechos que se confronta explícitamente con temas y cuestiones de epistemología y de análisis del lenguaje científico. Un libro en el que Taruffo completa y desarrolla el pensamiento elaborado en la tesis de grado.

8. EL CORAZÓN DEL PENSAMIENTO DE MICHELE TARUFFO: PRUEBA Y VERDAD EN EL PROCESO

Aunque los estudios precedentes tienen, sin duda, importantes repercusiones sobre el concepto de verdad, Taruffo todavía no lo trata directamente. Hay un mo-

mento en su producción científica, sin embargo, que revela el primer acercamiento explícito al tema: lo encontramos en *Studi sulla rilevanza della prova*. Allí, al tratar el concepto de pertinencia en los sistemas procesales de los países socialistas, examina el principio de la verdad material. Aquí Taruffo (1970, p. 139-141) explica que:

El presupuesto general sobre el que se sustenta la estructura del procedimiento probatorio, en los sistemas procesales de los países socialistas, está constituido por un principio de carácter gnoscológico, formulado en el contexto de la doctrina marxista-leninista, que gira bajo el nombre de principio de verdad material o verdad objetiva. Destaca en el planteamiento del problema relativo a la naturaleza de la «verdad» constatada en la sentencia y en la identificación de los criterios a partir de los cuales es posible establecer si la propia decisión es conforme a la verdad. Es un problema que no se considera como solo propio del proceso, sino como una manifestación particular de un problema filosófico y epistemológico más amplio, que concierne a la naturaleza misma del conocimiento. En este plano, en la teoría del materialismo histórico, el principio de la verdad material se divide en dos proposiciones distintas y relacionadas: *a)* se supone la existencia de una realidad objetiva, regulada por las leyes deterministas que la gobiernan, independientemente de un sujeto que conoce; *b)* esta realidad objetiva es plena y perfectamente cognoscible, con instrumentos prácticos y experimentales, en toda su extensión y en las leyes objetivas en que se fundamenta.

Taruffo se distanciará de esta forma ingenua de entender la verdad que, a pesar de ello, dejó huella. Esta concepción choca con una forma completamente diferente de entender el problema de la verdad que se encuentra en los países de *common law*. Taruffo tiene la oportunidad de abordar el tema en dos artículos (1976; 1977) y, luego, en su tercera monografía *Il processo civile adversary nell'esperienza americana* (1979), en el que el primer capítulo está dedicado precisamente al problema de la búsqueda de la verdad. El capítulo se cierra con algunas consideraciones que, aunque de forma dubitativa, expresan ya la tendencia a creer —siguiendo los pasos de Damaška (1975, p. 1083 ss. y en especial 1104 ss.)— que el llamado juicio civil *adversary* es estructuralmente inadecuado para la función de la búsqueda la verdad, aun cuando cabe dudar acerca de si, para la doctrina norteamericana, ese es el fin del proceso o al menos uno de sus fines. Taruffo (1970, p. 46) concluye matizando sus declaraciones con expresiones de prudencia:

Mientras el juez de *civil law* tiende a seguir un paradigma más cercano al de la investigación científica y se guía por un enfoque categorizado y uniforme, el juez estadounidense tiende a captar la concreción multiforme del caso singular, es más sensible a la diversidad de opiniones posibles sobre la «verdad» de los hechos, y tiende a utilizar el método dialéctico para la adivinación de una verdad sentida como esquiva y variable según los puntos de vista.

En definitiva, el proceso de *common law*, lejos de representar realmente un buen modelo para la determinación de la verdad, en sustancia, se presenta como basado meramente en un acto de fe:

Si la verdad es lo que sigue al uso del método procesal más adecuado, ya que pocos dudan de que el modelo *adversary* es el mejor entre los posibles, se sigue que es por definición capaz de producir juicios «verdaderos» sobre los hechos de la causa (Taruffo, 1970, p. 49).

Incluso los norteamericanos más críticos del modelo procesal *adversarial* —señala Taruffo (1970)— siguen cayendo en la trampa del *fact-skepticism*, es decir, de

ese lugar común, difundido en cierta corriente de pensamiento, según el cual la averiguación judicial de los hechos sería irremediabilmente subjetiva y casi siempre alejada de la verdad histórica. Pues bien, resulta paradójico que el exponente tal vez más conocido de esta corriente de pensamiento fuese, en su momento, el realista estadounidense Jerome Frank (Tarello, 1962), quien a la vez era también uno de los críticos más convencidos del *adversary system*, precisamente como inadecuado para determinar la verdad.

Se trata de consideraciones evidentemente no compartidas por todos, en todos sus aspectos. En especial, hay autores norteamericanos que discrepan de ellas: el de Ronald Allen es sin duda uno de los casos más evidentes e ilustres¹⁶.

La sistematización del pensamiento de Taruffo sobre la verdad se llevará a cabo en su obra más madura, ya citada, *La prova dei fatti giuridici* (Taruffo, 1992). En ella Taruffo adopta una clara posición sobre la relación entre proceso y verdad y propone una teoría.

El enorme trabajo intelectual que la sustenta da gran fuerza a su pensamiento, sin perjuicio de la claridad, por lo demás, una de las características fundamentales de Taruffo como autor: la extraordinaria solidez intelectual y metodológica y, al mismo tiempo, una gran claridad en la exposición.

Una premisa fundamental de la teoría de Taruffo sobre la verdad en el proceso es que el sistema probatorio no es ni puede ser cerrado, dado que, con el paso del régimen de prueba legal —propio del derecho medieval— al de libre convicción, la valoración de la prueba se convierte, necesariamente, en un momento situado fuera del derecho procesal y también fuera de la ley. En suma, la dimensión jurídica es insuficiente para dar cuenta de los mecanismos que rigen, en particular, la valoración de la prueba.

Son premisas sobre las que han trabajado otros autores, ofreciendo diferentes perspectivas capaces de reforzarlas aún más: pienso en los dos preciosos trabajos monográficos de Jordi Ferrer Beltrán sobre las relaciones entre prueba y verdad en el derecho (2005) y sobre la valoración racional de la prueba (2007), pero también en otros trabajos como, por ejemplo, los de Jordi Nieva Fenoll (2010), Joan Picó i Junoy (2007), Marina Gascón Abellán (2004; 2012) y Daniel González Lagier (2018).

La teoría de la relación entre verdad y proceso es cristalina y se divide en tres momentos fundamentales: uno teórico, otro ideológico y otro práctico.

8.1. Posibilidad teórica de la verdad en el proceso

Taruffo parte de la observación de que algunos teóricos del proceso —como por ejemplo, entre los procesalistas, Carnelutti (1949; 1951) y, entre los filósofos, Capograssi (1938; 1959a; 1959b)— han negado la posibilidad de alcanzar la verdad

¹⁶ Véase, por ejemplo, Allen (2016, p. 21 ss.).

en el proceso, proponiendo la distinción, muy difundida, pero que Taruffo rechaza, entre verdad sustancial y verdad procesal. Esta tesis, a su vez, se basa no solo en opciones filosóficas de carácter irracionalista, sino también en versiones más recientes y sofisticadas del idealismo, debidas a Michael Dummet (1986) y Richard Rorty (1986)¹⁷. A tales concepciones Taruffo opone otras de la relación entre verdad y proceso, particularmente arraigadas en los sistemas procesales de los países socialistas y, que, en última instancia, se remontan a la doctrina epistemológica elaborada en el contexto del materialismo dialéctico. Sin embargo, Taruffo no dedica más que una mención a estas teorías y lo hace consciente de que este enfoque epistemológico está sustancialmente afectado por una ortodoxia acrítica que acabó representando un verdadero dogma, en muchos aspectos ingenuo, hasta tal punto que llega a juzgarlo insostenible. Taruffo dirige entonces su atención a otros filósofos que, huyendo de los estereotipos del realismo ingenuo, han desarrollado formas de realismo crítico, capaces de mantener conexiones racionales significativas con la realidad del mundo: entre ellos se encuentra, sobre todo, Hilary Putnam (1982, p. 30 ss., p. 122 ss. y p. 141 ss.; 1985, p. 29 ss., p. 57 ss. y p. 113 ss.; 1987, p. 39 ss.). Taruffo llega a afirmar que incluso algunas concepciones relativistas de la verdad como las propuestas por Richard Rorty (1989) (según el cual, en efecto, la verdad es posible, pero tiene un alcance, por así decir, limitado, ya que solo puede concebirse como tal dentro de un cierto «lenguaje» o «vocabulario» [p. 13 ss.]) o por Nelson Goodman (1988) no son, sin embargo, completamente incompatibles con la posibilidad teórica de acceder a la verdad. En última instancia, sin embargo, Taruffo defiende la teoría de la verdad como correspondencia de los enunciados con los hechos del mundo, desarrollada por Alfred Tarski (1972) en el contexto de su concepción semántica de la verdad.

8.2. Oportunidad ideológica de la verdad en el proceso

De acuerdo con un cierto enfoque ideológico, la verdad en el proceso no se puede lograr, porque no se debe perseguir (Taruffo, 1992, p. 16). En la doctrina italiana, también fue en este caso Carnelutti (1936, p. 40 ss., p. 231 ss. y p. 342 ss.) quien auspició claramente esta concepción del proceso. Él concibió el proceso como una herramienta para la resolución de conflictos: una concepción según la cual la verdad no es útil para el proceso, pudiendo configurarse como un posible subproducto de la actividad procesal. Inmediatamente después de abandonar las fronteras italianas, Taruffo encuentra en las teorías de Damaška (1986), una sólida confirmación de las conclusiones extraídas de sus estudios sobre el *adversary system*, identificando en el juicio civil norteamericano uno de los ejemplos más evidentes del rechazo a considerar la búsqueda de la verdad de los hechos como propósito relevante del juicio civil. Esto sucede a partir de la formalización crítica de la llamada teoría deportiva

¹⁷ Donde Rorty critica radicalmente toda pretensión de ver en el conocimiento alguna forma de «reflejo» de la realidad. (Rorty, 1986, p. 99 ss.; p. 203 ss., p. 224 ss., p. 254 ss.)

de la justicia, de la que habla Roscoe Pound en la famosa ponencia pronunciada en 1906 en la conferencia anual de la American Bar Association *The Causes of Popular Insatisfaction with the Administration of Justice*, conforme a la cual el fin del proceso es únicamente determinar un ganador (1906). Según esta lógica, llevada al extremo, la decisión sería solo un reconocimiento del resultado del proceso entendido como lucha y su exactitud debería ser independiente de su contenido: la decisión será correcta si se han respetado las reglas del juego. Y como tal debe aceptarse, independientemente de que se hubiera adoptado sobre la base de una apreciación verdadera de los hechos, con independencia de que se trate o no de una decisión sustancialmente justa. El trasfondo de la imposibilidad ideológica de determinar la verdad en el proceso está dado por la contraposición entre modelos acusatorios y modelos inquisitivos, polarización sobre la que se injerta un juicio negativo hacia el proceso inquisitivo caracterizado por dirigirse a la búsqueda de la verdad. Pero este es, como explica Taruffo, un estereotipo, una caricatura de la búsqueda de la verdad, utilizada instrumentalmente para desacreditarla. Los conceptos de la llamada justicia procesal, que florecieron entre finales de los años sesenta y principios de los setenta, se mueven también en esta dirección, contra la averiguación de la verdad. Piénsese, por ejemplo, en algunas utilizaciones de la teoría de Rawls (1971) de la justicia procesal o en la teoría de Niklas Luhman (1975).

Taruffo es, esencialmente, un garantista. Sin embargo, si al leer algunos escritos uno se topa con cierto escepticismo sobre el concepto de debido proceso, ello se debe a la siguiente razón: muchas veces no tenía claro en qué consistía el debido proceso, mientras que sí, en cambio, el concepto de justicia de la decisión, un tema que le preocupó lo bastante para dedicarle su última obra *Hacia la decisión justa* (Taruffo, 2020a).

Pues bien, frente a estas corrientes de pensamiento, Taruffo cree, por otra parte, que, además de ser teóricamente posible, la búsqueda de la verdad en el proceso también es ideológicamente adecuada. Y se refiere al tema apoyándose, precisamente, en las tesis de un garantista: Luigi Ferrajoli (2018, p. 45 ss.), quien en el contexto de un contraste entre cognoscitivismo y decisionismo, argumenta a favor de la importancia fundamental de la averiguación de la verdad en el proceso, aceptando, además, en el contexto de un modelo ideal de jurisdicción penal, la misma definición de verdad como correspondencia elaborada por Tarski y compartida por Taruffo.

Entre los procesalistas italianos Taruffo encuentra apoyo para la tesis de la oportunidad ideológica de la averiguación de la verdad en el proceso en las posiciones de Piero Calamandrei (en particular 1961, p. 25) y, entre sus contemporáneos, particularmente en las de Sergio Chiarloni (1987, p. 509), por desdicha recientemente fallecido.

En la literatura anglosajona (no procesal, sino teórico-general) Taruffo encuentra excelentes fuentes que confirman su tesis, según las cuales la veracidad del juicio sobre los hechos es condición necesaria, aunque no suficiente, para que pueda decirse

que la decisión es justa: obviamente menciona a Jeremy Bentham¹⁸ en este sentido y, entre sus contemporáneos, encuentra apoyo en particular en los estudios de Patrick Selin Atiyah y Robert Summers (1987), con quien entablará amistad.

En este punto también son evidentes las conexiones con el pensamiento de Jerzy Wróblewski (1979a; 1979b; 1987; 1989), quien había identificado una «ideología jurídico-racional» de la decisión, que parecería razonable creer dominante en la cultura occidental. La ideología auspiciada por Wróblewski se basa en una concepción racional y analítica de la «verdad judicial», como rasgo esencial de una decisión controlable, articulada y justificada. Según explica el propio Taruffo (1992, p. 48), «la verdad de los hechos es, en este sentido, el resultado de un proceso cognoscitivo complejo, que se desarrolla según directivas jurídicas y racionales y acaba en un juicio racionalmente justificado».

8.3. Posibilidad práctica de la verdad en el proceso

Nuevamente, Taruffo se enfrenta a la tesis de quienes sostienen que es prácticamente imposible averiguar la verdad en el proceso. Esta posición parte del supuesto de que la determinación de la verdad, entendida como verdad absoluta, no cabe en el caso del proceso por una serie de razones técnicas: las reglas procesales que limitan la admisibilidad de la prueba, la *res iudicata* que imposibilita volver a la averiguación de los hechos y el mismo principio dispositivo que deja a las partes la prerrogativa de delimitar los hechos a averiguar, serían elementos suficientes para excluir que en el proceso pueda aspirarse a averiguar la verdad¹⁹. Con respecto a esta posición, Taruffo cree, en primer lugar, que la presencia de límites cognoscitivos dentro del proceso no es suficiente para justificar un tratamiento sistemático diferenciado de la verdad dentro y fuera de él. Si bien es cierto que la verdad del proceso es relativa —puesto que las herramientas cognoscitivas disponibles son limitadas²⁰—, esto sucede en mayor o menor grado según las disciplinas positivas del proceso, pero también fuera del proceso, dado que cualquier situación cognoscitiva resulta caracterizada, de algún modo, por límites pertenecientes a los medios que pueden emplearse para establecer la verdad. Se trata, por tanto, de variaciones de grado en una escala sustancialmente homogénea en función de la mayor o menor disponibilidad de medios de conoci-

¹⁸ En particular, sobre la idea de que la verdad es el fundamento de la justicia, expresada por Bentham en varios lugares y ocasiones, véase Postema (1986, p. 348 ss.).

¹⁹ Numerosos testimonios de esta orientación se pueden encontrar en la literatura de varias áreas jurídicas: en Italia, entre los procesalistas, véase Chiovenda (1923), Calamandrei (1939), Carnelutti (1992), y entre los filósofos del derecho, Scarpelli (1984); en Alemania, v. Larenz (1960; 1979); en la literatura anglosajona, v. Weinstein (1966, p. 223-246, en especial p. 229 ss.) y Korn (1966, p. 1080-1116, en particular p. 1115); en la literatura en castellano (pero aquí citada en su traducción italiana) Alchourrón y Bulygin (1991).

²⁰ Es ente sentido v. Chiarloni (1987, p. 504 ss. y 508 ss.); para el concepto de relatividad de la verdad con respecto al contexto, véase Ubertis (1992).

miento, pero no de diferencias cualitativas y absolutas, que legitiman la oposición de una verdad procedimental a la verdad sustantiva. En definitiva, tratar de la misma manera la averiguación de la verdad en el proceso y fuera del proceso constituye la premisa para promover *de iure condendo* una reforma del derecho probatorio de aquellos sistemas que se caracterizan por limitar la determinación de la verdad de los hechos en el proceso. En otras palabras, que existan serios obstáculos epistemológicos para averiguar la verdad en el proceso en un orden positivo dado no es una buena razón para afirmar una imposibilidad práctica general de averiguar la verdad en el proceso: de hecho, bastará con adecuar las normas procesales al efecto.

Finalmente, Taruffo combate la idea según la cual la prueba es irrelevante en el juicio civil, tesis apoyada por los autores que propusieron una visión exclusivamente retórica del juicio²¹. Desde este punto de vista, si bien la verdad puede seguir siendo un valor, ella no interesa, sin embargo, a la técnica de la persuasión.

Esta tesis ha recibido también un fuerte apoyo de aquellas corrientes culturales que promueven la aplicación de métodos y modelos semióticos a los problemas jurídicos. En esta perspectiva, el proceso se considera un lugar en el que los protagonistas dialogan, elaboran y proponen narrativas²². A menudo, el enfoque semiótico acepta una concepción del lenguaje no referencial o (dicho de otra manera) autorreferencial, según la cual el lenguaje no se refiere a ninguna realidad, sino solo a otras entidades lingüísticas, lo que degenera en ese fenómeno que Umberto Eco (1973) ha llamado la «semiosis ilimitada». Es decir, la continua referencia infinita de un dato lingüístico a otro (p. 136 ss. y p. 141 ss.). Las tendencias semiótico-narrativistas revelan conexiones significativas con la corriente nihilista o deconstructiva de los Critical Legal Studies, con la que comparte un idealismo radical, un irracionalismo que encuentra su (solo) aparente racionalización en la forma de la teoría del análisis del lenguaje²³.

Taruffo no niega que en el juicio se hagan discursos, y no niega que estos sean narraciones incluso cuando se refieren a hechos; ni siquiera niega que las herramientas de la semiótica y el análisis del lenguaje puedan ofrecer recursos mucho más sofisticados que los que normalmente ofrece el arsenal del jurista, pero no acepta que el enfoque semiótico-narrativo transforme el proceso en un sistema cerrado de narrativas lingüísticas sin conexiones con la realidad. Por el contrario, para Taruffo el objeto de la prueba es precisamente un enunciado sobre el hecho, pero este no es una entidad lingüística cerrada y un fin en sí mismo, sino que constituye una hipótesis que, con base en la evidencia, puede decirse correspondiente o no con la realidad.

Dijimos antes que Taruffo acepta la propuesta de Tarski de una concepción semántica de la verdad como correspondencia de las proposiciones lingüísticas con los

²¹ Los autores y las obras son muchos, pero por todos podríamos recordar la monografía de Bennett y Feldman (1981, p. 7 ss., p. 41 ss. y p. 117 ss.).

²² También en este caso, las obras y los autores son numerosos, pero cabe recordar, al menos la monografía de Jackson (1985).

²³ Por un panorama con enfoque crítico, véase Posner (1988, *passim* y, en especial, p. 211 ss.).

hechos del mundo empírico (este es el famoso «la nieve es blanca si y solo si la nieve es blanca»). Una de las mayores ventajas de la concepción semántica de la verdad consiste en que sirve para definir el concepto de verdad, pero deja abierto el problema de los métodos para determinar la verdad misma. Sin embargo, esta ventaja se convierte en un problema cuando es necesario verificar la correspondencia de los enunciados con la realidad de los hechos. Veamos, pues, cómo se resuelve el problema de verificar esta correspondencia.

Aquí las conclusiones de Taruffo se vinculan con sus antiguos estudios sobre las máximas de experiencia y con sus primeros acercamientos al tema de la verdad. Dado que el problema de la averiguación del hecho en el proceso no tiene nada que ver con ninguna certeza absoluta, consiste más bien en la determinación del grado de validez que puede atribuirse a la hipótesis formulada sobre la existencia de un hecho específico (1992, p. 166). Volvemos a la concepción probabilística de la verdad que Taruffo ya había tenido la oportunidad de explorar y argumentar desde la época de la tesis de grado.

Sin embargo, concebir la constatación del hecho en términos de probabilidad no significa haber resuelto definitivamente el problema: lamentablemente, en la práctica, los términos «probable», «probabilidad» y derivados no dicen nada definitivo y cierto sobre los criterios que se utilizan para evaluar la hipótesis sobre el hecho. Esto pasa porque no hay una sola teoría de la probabilidad, sino muchas: al tradicional contraste entre la probabilidad pascaliana (o numérica) y la probabilidad baconiana (o lógica), se han sumado otras varias. Entre estas, uno de los conceptos más extendidos en el campo de la teoría de la prueba es el basado en el teorema de Bayes: se trata de un método de cálculo matemático, que sería capaz de dar respuesta a la necesidad de evaluar la fiabilidad de la hipótesis que se formula sobre la existencia de un hecho dado. Este cálculo permite establecer la frecuencia probable de un hecho en una determinada clase de eventos, teniendo en cuenta la distribución de esos hechos dentro de esa clase de eventos. El teorema de Bayes permite atribuir a esta frecuencia probable un valor numérico entre cero y uno y este valor representa el grado de convicción racional sobre un hecho, dadas las pruebas disponibles.

El uso del teorema de Bayes en el contexto de la teoría de las pruebas, tras algunos estudios pioneros de la década de 1970, se ha generalizado mucho, especialmente en el mundo anglosajón; tanto que se recoge y explica en diversos manuales de *Evidence*. Incluso en la doctrina italiana, en el contexto de los estudios de epistemología judicial, existen ejemplos recientes de supuestas aplicaciones del cálculo de probabilidades a la lógica de la prueba (Garbolino, 2014).

La aplicación de la probabilidad bayesiana a la prueba judicial no convence a Taruffo esencialmente porque el cálculo de probabilidades debe tener un punto de partida denominado «probabilidad a priori». En la gran mayoría de los casos este punto de partida no está disponible o no es fiable: entonces queda claro que un cálculo de probabilidad realizado sobre un punto de partida erróneo o incierto solo puede conducir a resultados poco dignos de confianza. La segunda razón es que el cálculo

bayesiano de probabilidades se funda esencialmente sobre una probabilidad *a priori* o planteada sobre un dato estadístico, incapaz por su naturaleza de decir nada significativo sobre la ocurrencia real de un hecho concreto dado. Por ejemplo, si tenemos que establecer si el Mario Rossi, presente en la sala, ha pagado o no la cuota de inscripción al congreso, conocer la proporción de personas que, entre los presentes, no han pagado la cuota de inscripción no aporta ningún dato útil para establecer si Mario Rossi ha pagado o no la cuota de inscripción al congreso²⁴. Otro elemento capaz de reforzar el escepticismo de Taruffo con respecto a una aplicación útil del cálculo de probabilidades para establecer los hechos del proceso se debe a que, cuando hay que probar conjuntamente varias circunstancias, el cálculo de probabilidades se vuelve excesivamente complejo o da resultados escasamente significativos, representados por valores excesivamente bajos (Allen, 1988).

El fracaso sustancial de la aplicación a la evaluación de la prueba de teorías probabilísticas basadas en el teorema de Bayes no induce, sin embargo, a Taruffo a abandonar el uso del concepto de probabilidad. Por el contrario, él cree que se debe utilizar otro tipo de probabilidad: la probabilidad lógica o baconiana. Aquí Taruffo utiliza principalmente los estudios realizados por Jonathan Cohen (1977), probablemente el mayor teórico en el tema y también uno de los más duros críticos del uso de la probabilidad bayesiana en el contexto de la valoración de la prueba. La probabilidad lógica es la idea de una probabilidad como una gradación de la posibilidad de fundar inferencias relativas a una hipótesis fáctica a partir de la evidencia disponible: según el lenguaje de Cohen, la gradación de la demostrabilidad de esa hipótesis específica. La ventaja de este concepto de probabilidad es que no depende de las frecuencias generales de clases de eventos, sino de tener como punto de partida la prueba disponible, conforme a la cual serán apropiadas diferentes inferencias según los tipos de evidencia disponible a los que se haga referencia (Taruffo, 1992, p. 201 ss.).

Las posiciones sobre la relación entre verdad y prueba en el juicio, que Taruffo formaliza en *La prueba de los hechos*, están destinadas a consolidarse y enriquecerse, pero en lo sustancial ya no cambiarán. Así, en la culta y refinada monografía titulada *La semplice verità* (Taruffo, 2009), publicada en 2009, las tesis se fortalecen, gracias a la bibliografía aparecida mientras tanto, leída por Taruffo, como siempre, con gran atención, y se embellecen con numerosas referencias literarias e históricas (Cavallone, 2012).

Merece recordarse que en esta obra Taruffo destaca el carácter racional de algunos medios de prueba, como la ordalía o el duelo, que normalmente se consideran un síntoma del irracionalismo del sistema probatorio medieval y, por el contrario, argumenta la naturaleza irracional de los modelos de decisión utilizados por el jurado. *La semplice verità* dio más resonancia a las tesis de Taruffo, tanto en el extranjero como en Italia.

²⁴ Es uno de los ejemplos clásicos, que se encuentra en Cohen (1977).

En 2009, también se publicó en la *International Encyclopedia of Comparative Law* el capítulo 7, «Evidence», del tomo decimosexto, *Civil Procedure* (Taruffo, 2010b): asimismo, en este caso, la obra se abre significativamente con una exposición de las tesis de Taruffo sobre la prueba y la verdad en el juicio. A continuación, el trabajo se centra en los criterios y reglas de selección de las pruebas, en las posibles clasificaciones de estas, en los diversos modelos de práctica de la prueba y, por último, en la decisión, centrándose, en particular, en el tema de la valoración de la prueba, abordando en este contexto, cuestiones relacionadas con la prueba jurídica, la libre valoración, la carga de la prueba y los estándares de prueba.

Este último tema —el de los estándares de prueba— es de particular interés: al abordarlo Taruffo destaca la inconsistencia de algunos que son más aparentes que reales, incluso y sobre todo en los sistemas de *common law*, en los que el concepto de estándar de prueba parece haber arraigado más. Taruffo aborda el tema de manera crítica y problemática, como siempre, pero lo deja sustancialmente abierto a nuevos desarrollos que empezó a debatir con Jordi Ferrer Beltrán, con el objetivo de publicar un libro conjunto. Desgraciadamente, este ya no pudo realizarse y el proyecto lo llevó a cabo Ferrer Beltrán en solitario (2021b).

9. EL LEGADO DE MICHELE TARUFFO

La tesis sobre la relación entre verdad y prueba en el proceso, que Taruffo formaliza en *La prueba de los hechos* (Taruffo, 1992), cuenta con la ventaja de tener un carácter general, que lleva por título «Elementos para un léxico de la prueba», aplicable a cualquier tipo de proceso (civil, penal, administrativo) y a cualquier sistema, con independencia de la disciplina positiva reguladora de la materia. El testimonio más evidente de este planteamiento lo ofrece el capítulo final de la obra (p. 413 ss.), en el que Taruffo propone, aunque partiendo de numerosas referencias a la doctrina procesal italiana, un léxico sustancialmente universal, que proyecta la obra hacia el destino que habría encontrado especialmente gracias a la traducción al castellano, publicada diez años después, en 2002.

El legado que nos deja Taruffo es un capital vivo, no hecho de dogmas: su pensamiento, sobre todo metodológico, nos enseña a desconfiar de la dogmática, por la sencilla razón de que el método dogmático no hace más que insistir en el carácter cerrado del derecho procesal y del derecho en general. En cambio, enseña a ampliar las lecturas y los intereses, a construir un bagaje cultural interdisciplinar, indispensable para un intelectual de nuestro tiempo que, sin embargo, no esté recluido en el presente. Taruffo enseña a estudiar la historia y a mirar al pasado para comprender los problemas futuros y las trayectorias de un derecho que se abre al exterior y huye de la autorreferencialidad.

10. *PRIMUS INTER PARES*

Me gustaría concluir con un recuerdo de la relación de Michele con sus colegas y amigos más cercanos.

No puedo definir a Michele Taruffo en relación con quienes, en los últimos años de su vida, fueron sus compañeros de viaje, más que con la expresión *primus inter pares*. A Jordi Nieva Fenoll le debemos el mérito de haber reunido en el primer homenaje al Maestro, el 12 de febrero de 2021, a aquellos juristas de los que amaba rodearse y a los que también consideraba sus amigos, como repetía a menudo y con los que compartió sus itinerarios de estudio y viajes. ¿Por qué *primus inter pares*? Porque, en abierta disonancia con el rasgo aristocrático y severo que era su signo estético más inmediato, tranquilizaba a sus amigos, haciéndolos partícipes de un diálogo mutuamente enriquecedor, en el que la constante centralidad de su pensamiento no era obstáculo para una relación igualitaria, alimentada por su gran capacidad de escuchar. Entre los numerosos encuentros entre amigos y colegas de distintas partes del mundo, en los últimos años uno en particular se había convertido en una certeza: la cita de primavera en el Seminario Internacional de Derecho Procesal Civil «Proceso y Constitución», organizado cada año por la PUCP de Lima bajo la magistral dirección científica de Giovanni Priori Posada.

En esta, como en otras ocasiones, a través de insólitos itinerarios que, de la filosofía a la historia, del derecho a la lógica, tocaban invariablemente también anécdotas personales y de vida, Taruffo se convirtió en el centro de gravedad de un diálogo incluyente.

Así, si el mundo académico ha perdido a un gran Maestro, quien tuvo el extraordinario privilegio de ser su amigo ha perdido a un guía y compañero insustituible de viaje y diálogo. Michele Taruffo, sin embargo, ha pertenecido a todos y no ha pertenecido a nadie: su persona de investigador se ofreció y sus obras siguen ofreciéndose a cualquiera que quiera utilizarlas. Los que quedan —especialmente los más jóvenes, a quienes Michele siempre miró con genuina benevolencia y confianza— tienen la compleja pero también estimulante tarea de recoger su inmenso legado, continuando con el mismo rigor su camino hacia nuevos y ambiciosos horizontes.

BIBLIOGRAFIA

- Aarnio, A. (1988). Dogmatique juridique. En A. J. Arnaud *et al.* (Eds.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, Librairie générale de droit et de jurisprudence*. LGDJ.
- Abbagnano, N. (1959). La metodología delle scienze nella filosofia contemporanea. En N. Abbagnano *et al.*, *Saggi di critica delle scienze*. De Silva.
- Alchourrón, C. A. y Bulygin, E. (1991). Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico. En C. A. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho* (pról. de G. H. Von Wright). Centro de Estudios Constitucionales.

- ALI/UNIDROIT (2005). *Principles of Transnational Civil Procedure*. Cambridge University Press.
- Allen, R. J. (1988). A Reconceptualization of Civil Trials. En P. Tillers-Green (Ed.), *Probability and Inference in the Law of Evidence: The Uses and Limits of Bayesianism* (pp. 24 ss.). Kluwer.
- Allen, R. J. (2016). Los peligros de la investigación en derecho comparado. En J. Ferrer Beltrán y C. Vázquez (Eds.), *Debatendo con Taruffo* (pp. 21-44). Marcial Pons.
- Andrés Ibañez, P. (2021). Michele Taruffo: el magisterio y la obra ejemplares del genial procesalista «todoterreno». *Doxa*, 44, 41-62.
- Atiyah, P. S. y Summers, R. S. (1987). *Form and Substance in Anglo-American Law: A Comparative Study in Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions*. Clarendon Press.
- Bennett, W. L. y Feldman, M. S. (1981). *Reconstructing Reality in the Courtroom: Justice and Judgment in American Culture*. Rutgers University Press.
- Bobbio, N. (2018). *Iusnaturalismo y positivismo jurídico* (trad. de E. Días, E. Garzón Valdés, A. Ruiz Miguel y A. Greppi, ed. de A. Greppi, pról. de L. Ferrajoli). Trotta.
- Calamandrei, P. (1939). Il giudice e lo storico. *Rivista di diritto processuale civile*, 17, 105-128.
- Calamandrei, P. (1961). La genesi logica della sentenza civile. En P. Calamandrei, *Studi sul processo civile* (vol. I, pp. 3 ss.). Cedam [trad. cast. de S. Sentís Melendo (1961). La génesis lógica de la sentencia civil. En *Estudios sobre el proceso civil* (vol III, pp. 369 ss.). Editorial Bibliográfica Argentina].
- Calogero, G. (1964). *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione* (2ª ed.). Cedam.
- Capograssi, G. (1938). Intorno al processo. *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 3, 252 ss.
- Capograssi, G. (1959a). Giudizio processo scienza verità. En G. Capograssi, *Opere* (vol. V, pp. 51 ss.). Giuffrè.
- Capograssi, G. (1959b). Il diritto dopo la catastrofe. En G. Capograssi, *Opere* (vol. V, pp. 151 ss.). Giuffrè.
- Caponi, R. (2022). *Dogmatica giuridica e vita. Studi di giustizia civile* (vols. I y II). Giuffrè.
- Carnap, R. (1951). *Logical Foundations of Probability*. Routledge and Kegan Paul, Ltd.
- Carnelutti, F. (1915). *La prova civile*. Giuffrè (trad. cast. de N. Alcalá Zamora (1982). *La prueba civil* (2ª edición). Depalma).
- Carnelutti, F. (1936). *Sistema di diritto processuale civile* (vol. I). Cedam [trad. cast. De N. Alcalá-Zamora y S. Sentís Melendo (1944). *Sistema de derecho procesal civil*. Utea Argentina].
- Carnelutti, F. (1949). *Arte e diritto*. Cedam [trad. cast. 1956: *Arte del derecho*. Ediciones Jurídicas Europa-América].
- Carnelutti, F. (1951). *Teoria generale del diritto*. Edizioni Scientifiche Italiane [tras. cast. G. C. De Posada (1941). *Teoria general del derecho*. Editorial Revista de Derecho Privado].
- Carpi, F. (2021). Michele Taruffo. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 75(1), 111-116.
- Cassazione penale. (2021). Sentenza n° 36524/2021, 20 di maggio.
- Cavallone, B. (2012). En defensa de la verifobia. Consideraciones amigablemente polémicas sobre un reciente libro de Michele Taruffo. En B. Cavallone y M. Taruffo, *Verifobia. Un diálogo sobre prueba y verdad* (pp. 11 ss.; traducción y presentación de M. Aramburo.). Palestra.
- Chiarloni, S. (1987). Processo civile e verità. *Questione Giustizia*, 509.
- Chiovenda, G. (1923) (reimp. en 1965). *Principii di diritto processuale civile*. Jovene. (tras. Cast. De R. Casais y Santaló. Reus).
- Cohen, J. (1977). *The Probable and The Provable*. Clarendon Press.
- Croce, B. (1926). *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia*. Riccardo Ricciardi Editore.
- Croce, B. (1938). *La storia come pensiero e azione*. Laterza.
- Croce, B. (1939). Recensione a P. Calamandrei, Il giudice e lo storico. *La critica*, 445 ss.
- Damaška, M. (1975). Presentation of Evidence and Factfinding Precision. *University of Pennsylvania Law Review*, 123(5), 1083-1106.
- Damaška, M. (1986). *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*. Yale University Press [trad. cast. de A. Morales Vidal (2000). *Las caras de la justicia y del poder del estado. Análisis comparado del proceso legal*. Editorial Jurídica de Chile].
- De Ruggiero, R. (1980). Dogmatica giuridica. En *Dizionario critico del diritto*. Savelli.

- Dondi, A. (2021). Michele Taruffo (Vigevano 12 febbraio 1943 – Pavia 10 dicembre 2020). www.dpce.it
- Dray, W. (1957). *Laws and Explanation in History*. Oxford University Press.
- Dummett, M. (1986). *La verità e altri enigmi*. Giuffrè.
- Eco, U. (1973). *Segno*. Isedi [trad. cast. De F. Serra Cantarel (1988). *Signo*. Labor].
- Ferrajoli, L. (2018). *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal* (trad. cast. de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, R. Cantarero, A. Ruiz Miguel y J. Terradillos, 10ª edición). Trotta.
- Ferrer Beltrán, J. (2005). *Prueba y verdad en el derecho*. Marcial Pons.
- Ferrer Beltrán, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons.
- Ferrer Beltrán, J. (2021a). Michele Taruffo, *in memoriam*. *Quaestio Facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, 2.
- Ferrer Beltrán, J. (2021b). *Prueba sin convicción: estándares de prueba y debido proceso*. Marcial Pons.
- Fitting, H. (1889). Die Grundlagen der Beweislast. *Festschrift Windscheid. Zeitschrift für Deutschen Civilprozess*, 13.
- Forti, G. (2021). Il giurista e il «compito eterno della muraglia»: ricordo di Michele Taruffo. *Criminalia*, 2020, 17-25.
- Garbolino, P. (2014). *Probabilità e logica della prova*. Giuffrè.
- Gardiner, P. (1952). *The Nature of Historical Explanation*. Oxford University Press.
- Gascón Abellán, M. (2004). *Los hechos en el Derecho: bases argumentales de la prueba*. Marcial Pons.
- Gascón Abellán, M. (2012). *Cuestiones probatorias*. Externado.
- Geymonat, L. (1953). Caratteri e problemi della nuova metodologia. En L. Geymonat, *Saggi di filosofia neorazionalista*. Einaudi.
- Giuliani, A. (1957). Giuridica, dogmatica. En *Enciclopedia Filosofica*. Venecia-Roma.
- González Lagier, D. (2018). *Quaestio Facti. Ensayos sobre la prueba, causalidad y acción*. Palestra.
- Goodman, N. (1988). *Vedere e costruire il mondo*. Laterza.
- Guastini, R. (1992). Dogmatica giuridica. *Digesto delle discipline privatistiche* (pp. 26 ss.). Utet.
- Haack, S. M. (1978). *Philosophy of Logics*. Cambridge University Press [trad. cast. de A. Antón y T. Orduña (1978). *Filosofía de las lógicas*. Cátedra].
- Haack, S. M. (1993). *Evidence and Inquiry: Towards Reconstruction in Epistemology*. Blackwell.
- Haack, S. M. (1996). *Deviant Logic, Fuzzy Logic: Beyond the Formalism*. University of Chicago Press.
- Haack, S. M. (2003). *Defending Science Within Reason: Between Scientism and Cynicism*. Prometheus Books.
- Haack, S. M. (2014). *Evidence Matters: Science, Proof, and Truth in the Law*. Cambridge University Press.
- Hazard, G. C. y Taruffo, M. (1993a). *American Civil Procedure: An Introduction*. Yale University Press.
- Hazard, G. C. y Taruffo, M. (1993b). *La giustizia civile negli Stati Uniti*. Il Mulino [trad. cast. de F. Gascón Inchausti (2006). *La justicia civil en los Estados Unidos*. Aranzadi].
- Hempel, G. (1949). The Functions of General Law in History. En H. Feigl y W. Sellars (Eds.), *Readings in Philosophical Analysis* (pp. 459-471). Appleton-Century-Crofts.
- Jackson, B. (1985). *Semiotics and Legal Theory*. Routledge & Kegan Paul.
- Jeffreys, H. (1939). *Theory of Probability*. Oxford University Press.
- Keynes, J. M. (1929). *A Treatise on Probability*. Macmillan & Co.
- Korn, H. L. (1966). Law, Facts and Science in the Courts. *Columbia Law Review*, 66(6), 1080-1116.
- Larenz, K. (1960). *Storia del metodo nella scienza giuridica*. Giuffrè.
- Larenz, K. (1979). *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Springer [trad. cast. de E. Gimbernat Ordeig (1966). *Metodología de la ciencia del derecho*. Ariel].
- Lazzaro, G. (1965a). *Storia e teoria della costruzione giuridica*. Giappichelli.
- Lazzaro, G. (1965b). *L'interpretazione sistematica*. Giappichelli.
- Losano, M. (1968). *Sistema e struttura nel diritto* (vol. I. Dalle origini alla Scuola storica). Giappichelli.
- Luhmann, N. (1975). *Legitimation durch Verfahren (subrkamp taschenbuch wissenschaft)*. Darmstadt.
- Megoni, L. (1989). Dogmatica giuridica. En *Enciclopedia giuridica* (vol. XII, pp. 1 ss.). Treccani.

- Micheli, G. A. y Taruffo, M. (1978). L'administration de la preuve en droit judiciaire. Evidence in the Procedure. En M. Storme (Ed.), *Towards a Justice with Human Face. The First International Congress on the Law of Civil Procedure. Faculty of Law – State University of Ghent 27 August 1977 – 4 September 1977* (pp. 105-125). Kluwer-Springer.
- Nieva Fenoll, J. (2010). *La valoración de la prueba*. Marcial Pons.
- Nieva Fenoll, J. (2021). Per Michele Taruffo. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 75(1), 117-120.
- Orestano, R. (1981). Voce da una enciclopedia: 'Formalismo giuridico'. En R. Orestano, *'Diritto'. Incontri e scontri*. Il Mulino.
- Oteiza, E. (2021a). Viaggiare con Michele Taruffo verso i confini. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 75(3), 823-828.
- Oteiza, E. (2021b). Michele Taruffo (1943-2020). *International Journal of Procedural Law*, 11(1), 5-10.
- Paresce, E. (1964). Dogmatica giuridica II. En *Enciclopedia del diritto* (vol. XIII, pp. 678 ss.). Giuffrè.
- Piano Mortari, V. (1964). Dogmatica giuridica: I. Premessa storica. En *Enciclopedia del diritto* (vol. XIII, pp. 671 ss.). Giuffrè.
- Picó y Junoy, J. (2007). *El Juez y la prueba*. Bosch.
- Popper, K. (1935). *Logik der Forschung*. Springer [trad. cast. de V. Sánchez de Zavala (1962). *La lógica de la investigación científica*. Tecnos].
- Popper, K. (1945). *The Open Society and its Enemies*. Routledge [trad. cast. de E. Loedel (2017). *La sociedad abierta y sus enemigos*. Paidós].
- Posner, R. (1988). *Law and Literature. A Misunderstood Relation*. Harvard University Press [trad. cast. de P. Salamanca (2004). *Ley y literatura*. Cuatro y el Gato].
- Postema, G. (1986). *Bentham and the Common Law Tradition*. Oxford University Press.
- Pound, R. (1906). The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice. *American Bar Association Reports*, 29(1), 395-417.
- Preti, G. (1954). Le tre fasi dell'empirismo logico. *Rivista critica di storia della filosofia*, 9(1), 38-51.
- Putnam, H. (1982). *Verità e etica*. Il Saggiatore.
- Putnam, H. (1985). *Ragione, verità e storia*. Il Saggiatore [trad. cast. de J. M. Esteban Cloquell (1988). *Razón, verdad e historia*. Tecnos].
- Putnam, H. (1987). Realismo e relativismo concettuale: il problema del fatto e del valore. En M. Piatrelli Palmarini (Ed.), *Livelli di realtà* (pp. 39 ss). Feltrinelli.
- Rawls, J. (1971). *A Theory of Justice*. Cambridge University Press [trad. cast. de M. D. González (1979). *Teoría de la justicia*. Fondo de Cultura Económica].
- Redenti, E. (1938). *Profili pratici del processo civile*. Giuffrè.
- Reichenbach, H. (1949). *The Theory of Probability*. University of California Press.
- Rocco, A. (2006). *La sentenza civil* (trad. cast. de M. Ovejero). La España Moderna.
- Rorty, R. (1986). *La filosofia e lo specchio della natura*. Bompiani [trad. cast. de J. Fernández Zulaica (2001). *La filosofía y el espejo de la naturaleza*. Cátedra].
- Rorty, R. (1989). *La filosofia dopo la filosofia. Contingenza, ironia e solidarietà*. Laterza.
- Scarpelli, U. (1984). Auctoritas non veritas facit legem. *Rivista di filosofia*, 75(1).
- Schauer, F. (2022). *The Proof: Uses of Evidence in Law, Politics, and Everything Else*. Harvard University Press.
- Stein, F. (1893). *Das private Wissen des Richters: Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse*. Verlag von C.L. Hirschfeld [trad. cast. de A. de la Oliva Santos (1988). *El conocimiento privado del juez. Investigaciones sobre el derecho probatorio en ambos procesos*. Temis].
- Stein, F. (1904). *Civilprozessrecht*. En *Enzyklopädie der Rechtswissenschaften* (§ 54, 1224). Verlag O. Häring.
- Tarello, G. (1962). *Il realismo giuridico nordamericano*. Giuffrè.
- Tarello, G. (1974). Formalismo giuridico. En G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi: studi di teoria e metateoria del diritto* (pp. 19 ss.). Il Mulino.
- Tarello, G. (1976). *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*. Il Mulino.

- Tarski, A. (1972). *La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica*. Nueva Visión.
- Taruffo, M. (1967). Il giudice e lo storico: considerazione metodologiche. *Rivista di diritto processuale*, 22, 438-465. (trad. cast. de M. Aramburo, «El juez y el historiador: consideraciones metodológicas»).
- Taruffo, M. (1970). *Studi sulla rilevanza della prova*. Cedam.
- Taruffo, M. (1975). *La motivazione della sentenza civile*. Cedam [trad. cast. de L. Córdova (2011). *La motivación de la sentencia civil*. Trotta-Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación].
- Taruffo, M. (1976). Metodo accusatorio, metodo inquisitorio e ricerca della verità in alcune indagini empiriche nordamericane. *Sociologia del Diritto*, 1, 159-170.
- Taruffo, M. (1977). La ricerca della verità nell' "adversary system" nordamericano. *Rivista di diritto processuale*, 32(2), 596-634.
- Taruffo, M. (1979). *Il processo civile «adversary» nell'esperienza americana*. Cedam [trad. cast. de B. Quintero (2008). *El proceso civil adversarial en la experiencia americana*. Temis].
- Taruffo, M. (1980). *La giustizia civile in Italia dal '700 ad oggi*. Il Mulino.
- Taruffo, M. (1988). La conciliazione nel diritto cinese. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 40(1), 581-593.
- Taruffo, M. (1992). *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*. Giuffrè [trad. cast. de J. Ferrer Beltrán (1992). *La prueba de los hechos*, presentación de D. Mendonca y J. Ferrer Beltrán. Trotta].
- Taruffo, M. (2006). *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil* (trad. cast. de B. Quintero). Temis.
- Taruffo, M. (2009). *La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti*. Laterza [trad. cast. de D. Accattino Scaglioti (2010). *Simplemente la verdad. El juez y la reconstrucción de los hechos*. Marcial Pons].
- Taruffo, M. (2010a). Geoffrey C. Hazard Jr.: A Curious American. *University of Pennsylvania Law Review*, 158(5), 1313-1316.
- Taruffo, M. (2010b). Evidence. En *International Encyclopedia of Comparative Law: Civil procedure* (vol. 16, Parte 7, pp. 1-87). Mohr Siebeck.
- Taruffo, M. (2020a). *Verso la decisione giusta*. Giappichelli.
- Taruffo, M. (2020b). Senza titolo, ma (La Torre di Babele). *Criminalia*, 15.
- Taruffo, M. (2021a). Senza titolo, ma "La Torre di Babele". *International Journal of Procedural Law*, 11(1), 11 ss.
- Taruffo, M. (2021b). La Torre di Babele. *Quaestio Facti: Revista Internacional de Razonamiento Probatorio*, 2.
- Taruffo, M. (2022). Prefazione. En AA. VV., *Giustizia senza confini. Studi offerti a Federico Carpi*. BPU.
- Taruffo, M. (2023). *Contribución al estudio de las máximas de experiencia*. Marcial Pons.
- Taruffo, M. y Mitidiero, D. (2018). *A Justiça Civil – da Italia ao Brasil, dos Setecentos a Hoje*. Thomson Reuters.
- Tuzet, G. (2006). *La prima inferenza. L'abduzione di C.S. Peirce fra scienza e diritto*. Giappichelli.
- Tuzet, G. (2010). *Dover decidere. Diritto, incertezza e ragionamento*. Carocci.
- Twining, W. (1985). *Theories of Evidence: Bentham and Wigmore*. Stanford University Press.
- Twining, W. (2006). *Rethinking Evidence*. Cambridge University Press.
- Twining, W., Anderson, T. y Schum, D. (2005). *Analysis of Evidence*. Cambridge University Press.
- Ubertis, G. (1992). La ricerca della verità giudiziale. En G. Ubertis (Ed.), *La conoscenza del fatto nel processo penale*. Giuffrè.
- Viano, C. A. (1954a). Sillogismo ed esperienza nella logica aristotelica. *Rivista critica di storia della filosofia*, 9(5), 433-455.
- Viano, C. A. (1954b). Studi sulla logica di Aristotele: l'orizzonte linguistico della logica aristotelica. *Rivista critica di storia della filosofia*, 9(1), 5-37.
- Von Mises, R. (1928). *Wahrscheinlichkeit, Statistik und Wahrheit*. Springer.
- Von Wright, G. H. (1957). *The Logical Problem of Induction* (2ª ed.). Oxford University Press.
- Wehli, A. (1913). Beiträge Zur Analyse Der Urteilsfindung. En *Der Festschrift Für Adolf Wach*. Felix Meiner.
- Weinstein, J. B. (1966). Some Difficultues in Devising Rules for Determing Truth in Judicial Trials. *Columbia Law Review*, 66(2), 223-246.

- Weismann, F. (1930). *Logische Analyse des Wahrscheinlichkeitsbegriffs* (vol. I, pp. 228-248). Springer.
- Wilhelm, W. (1980). *La metodología jurídica en el siglo XIX*. Edersa.
- Wittgenstein, L. (1987). *Tractatus logico-philosophicus*. Alianza.
- Wróblewski, J. (1979a). Justification of Legal Decisions. *Revue Internationale de Philosophie*, 33, 277-293 [trad. cast. de F. J. Ezquiaga Ganuzas y J. Igartua Salaverría (1989). Justificación de las decisiones jurídicas, en J. Wróblewski, «Sentido» y «hecho» en el derecho. Ediciones Jurídicas Olejnik].
- Wróblewski, J. (1979b). *Meaning and Truth in Judicial Decision*. Juridica.
- Wróblewski, J. (1987). Justification Through Principles and Justification Through Consequences. En *Reason in Law* (vol. I, pp. 140 ss.). Giuffrè.
- Wróblewski, J. (1989). Il sillogismo giuridico e la razionalità della decisione giudiziale. En P. Comanducci e R. Guastini (Eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico* (vol. II). Giappichelli.

LA PREPARACIÓN DEL TESTIMONIO: UN FALSO MANTRA, CARGADO DE RIESGOS EPISTÉMICOS

Juan Sebastián Fajardo Vanegas*
Profesor de la Facultad de Jurisprudencia
Universidad del Rosario, Colombia.
Juan.fajardo@urosario.edu.co

RESUMEN: Son muchos y muy serios los problemas que aquejan a la prueba testimonial. Si algo se deriva de los estudios de la psicología del testimonio es justamente ello. Por el carácter secreto en el que se realiza, por la limitada confrontación que al respecto puede adelantar la contraparte y porque implica una injerencia directa en el contenido del relato, la preparación del testigo es uno de esos problemas. Quizás uno de los más graves. Aunque un sector de la doctrina anglosajona y latinoamericana afirma a modo de *máxima* que los abogados *deben* preparar a los testigos, son pocos los esfuerzos rigurosos por precisar el concepto, sus límites y los riesgos que conlleva para la búsqueda de la verdad y los abogados que intervienen en el proceso. Este trabajo, a través de un análisis epistémico y de una propuesta de regulación detallada, constituye un primer esfuerzo por superar ese vacío.

PALABRAS CLAVE: preparación del testimonio, riesgos epistémicos, riesgos profesionales, contaminación del testimonio, psicología del testimonio, Corte Penal Internacional.

* Quiero agradecer profundamente a la profesora Carmen Vázquez y a los profesores Jordi Ferrer y Antonio Manzanero por sus rigurosos y acertados comentarios a la versión preliminar de este texto. Así mismo, debo resaltar que el artículo se vio enriquecido de manera muy significativa con los comentarios de las revisiones ciegas realizadas por los pares evaluadores. A ellos también mi agradecimiento. Por último, pero no por eso menos importante, quiero expresar mi gratitud a los estudiantes del Semillero de Litigación Penal de mi Universidad del Rosario. Su desinteresado trabajo permitió dar con la evidencia empírica —preliminar— que soporta varias de las ideas aquí plasmadas.

WITNESS PREPARATION: A SUPPOSED MANTRA, FULL OF EPISTEMIC RISKS

ABSTRACT: There are many and very serious problems affecting testimonial evidence. If anything comes from the studies of the psychology of testimony, is that. Because of the secret nature in which it is carried out, the limited confrontation that the adversary can bring forward and because it implies a direct influence—at least potential—in the content of the testimony, the preparation of the witness is one of those problems. Perhaps the most serious. Although a sector of Anglo-Saxon and Latin American doctrine has affirmed as a *maxim* that lawyers must prepare witnesses, there are few rigorous efforts to define the concept, its limits and the risks it involves for the search of the truth and the lawyers trying the case. This work, through a «epistemic analysis» and a proposal to regulate the matter in a precise and detailed manner, constitutes a first effort to overcome this gap.

KEYWORDS: witness coaching, witness preparation, epistemic risks, witness contamination, psychology of testimony, International Criminal Court.

SUMARIO: 1. FIJACIÓN DEL OBJETO DE ANÁLISIS: LA PREPARACIÓN DEL TESTIMONIO, UN NOVEDOSO MANTRA SUMIDO EN LA AMBIGÜEDAD.— 2. EN CAMINO A LA DESAMBIGUACIÓN: ¿QUÉ ES LA PREPARACIÓN DEL TESTIMONIO Y QUÉ ES LA FAMILIARIZACIÓN DEL TESTIGO?— 3. ANÁLISIS EPISTÉMICO. RIESGOS Y BONDADES, SI EXISTEN, DE LA FAMILIARIZACIÓN DEL TESTIGO Y LA PREPARACIÓN DEL TESTIMONIO: 3.1. Explicación del análisis epistémico. 3.2. La preparación del testimonio: 3.2.1. Descripción de las prácticas de preparación del testimonio. 3.2.2. Análisis epistémico de las prácticas de preparación del testimonio. 3.3. La familiarización del testigo: 3.3.1. Descripción de las prácticas de familiarización del testigo. 3.3.2. Análisis epistémico de las prácticas de familiarización del testigo.— 4. PROPUESTA DE REGULACIÓN DE LAS PRÁCTICAS DE PREPARACIÓN DEL TESTIMONIO Y FAMILIARIZACIÓN DEL TESTIGO.— BIBLIOGRAFÍA.

1. FIJACIÓN DEL OBJETO DE ANÁLISIS: LA PREPARACIÓN DEL TESTIMONIO, UN NOVEDOSO MANTRA SUMIDO EN LA AMBIGÜEDAD

La incorporación del método de enjuiciamiento criminal «adversarial» anglosajón a los sistemas jurídicos latinoamericanos trajo toda suerte de beneficios para el proceso penal. No solo en términos de eficiencia y duración de los procedimientos —que no es poco—, sino principalmente en un ostensible aumento de garantías: la contradicción y la publicidad como pilares fundamentales del juicio; la existencia de un juez constitucional de control de garantías encargado de dirimir las cuestiones relativas a la restricción o privación de derechos fundamentales y un sistema recursivo amplio y omnicompreensivo son solo algunos ejemplos de los beneficios que las cortes y la doctrina latinoamericana han identificado (Corte Constitucional Colombiana, 2005; Baytelman y Duce, 2016; Sintura *et al.*, 2005).

No obstante, el movimiento reformista también produjo la incursión de un nuevo concepto, tan controversial como peligroso para la búsqueda de la verdad como fin institucional de la actividad probatoria en el proceso judicial: la preparación del testimonio. Un concepto que, como mostraré a lo largo de este texto, viene a constituirse en un problema más, al margen de todos los que ya aquejan a la prueba testimonial (De Paula, 2019). Si el «estado de cosas» sobre la prueba testimonial —sus problemas de fiabilidad y lo sensible que resulta a contaminaciones de todo tipo— que ha encontrado la psicología del testimonio ya es preocupante (Mazzoni, 2019; Manzanero, 2008; Loftus, 1991; Diges, 2011), el panorama se torna aún más sombrío al sumar al balance la posibilidad de que las partes adelanten reuniones de preparación con los testigos, en la más absoluta reserva —lo que incluye la ausencia de registro sobre lo acontecido— y sin ningún tipo de regulación sobre lo legítimo, lo conveniente y lo que no lo es.

La afirmación según la cual el abogado que pretenda practicar un testimonio en juicio oral en respaldo de su hipótesis *debe* prepararlo previamente se ha convertido en un mantra que, sin la necesaria reflexión sobre los peligros que representa, se repite en los distintos escenarios académicos y judiciales en los que de una u otra forma se discuten el derecho procesal penal y las herramientas de litigación. La existencia del mantra, en el ámbito latinoamericano, se corrobora al acudir a los principales manuales de litigación penal oral que, producto del esfuerzo reformista, han publicado reconocidos académicos, así como diversas entidades oficiales, con notable éxito en su difusión.

Los diez manuales latinoamericanos de litigación penal en el sistema adversarial consultados (U.S. Agency for International Development [USAID], 2003; Fiscalía General de la Nación–Colombia, 2009; USAID, 2009; Lorenzo, 2013; Espinosa, 2014; Rua, 2015; Baytelman y Duce, 2016; Cadena, 2019; Blanco *et al.*, 2021) —que, curiosamente, incluyen un manual que pretende establecer lineamientos éticos para la litigación oral (Centro de Estudios de Justicia de las Américas [CEJA], 2022)— consideran apropiado y legítimo que el abogado adelante reuniones de preparación con el testigo. La mayoría de ellos considera, de hecho, que no se trata de una simple facultad, sino de un auténtico deber que responde principalmente —afirman— a la necesidad de precisar el conocimiento del testigo y prepararlo para brindar su declaración de la forma más eficiente posible.

La postura general se sintetiza en el texto *Lineamientos para un código de ética de la litigación penal* del organismo intergubernamental Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), cuando afirma que «es un deber profesional y desde luego una práctica fundamental que resulta recomendable para permitir un mejor control de la información que se incorporará ante el Tribunal de Control o Garantías o bien ante el Tribunal Oral» (CEJA, 2022, p. 88).

Dejando de lado por un instante el análisis doctrinal y descendiendo concretamente al ámbito judicial colombiano, se encuentra que, aun cuando no existe una sola norma en el ordenamiento jurídico sobre la preparación de los testigos, ni pronunciamiento al respecto de la Corte Suprema de Justicia, tribunales regionales del

país sí han afirmado que «es menester dejar en claro que la Sala no reprocha que las partes preparen a sus testigos sobre lo que vayan a declarar en el juicio» (Tribunal Superior del distrito judicial de Pereira, 2014). En un juicio distinto, un tribunal regional diferente también le reprochó al fiscal del caso, sin precisar la fuente de su manifestación: «Es un deber que está en el código preparar, preparar a sus testigos» y, ante la rección desconcertada del fiscal, se reiteró «Usted entenderá qué quiso decir el legislador cuando facultó a las partes para preparar a sus testigos» (Tribunal Superior del distrito judicial de Bogotá, 2022).

Si bien la doctrina replica a modo de *máxima* el deber de preparación de los testigos, lo cierto es que en ninguno de los diez textos analizados se cita con precisión el supuesto fundamento normativo, en cada ordenamiento jurídico, de la afirmación —más allá de algunas referencias a la «lógica del sistema penal acusatorio» (Lorenzo, 2013, p. 171)—. No obstante, el origen de la idea puede encontrarse con facilidad en la jurisprudencia, la doctrina y la regulación del ejercicio de la abogacía estadounidense. Tres breves ejemplos sirven como fundamento de esta idea.

Primero. En 1979 la Corte Suprema de Carolina del Norte señaló «no es impropio que el abogado prepare al testigo para el juicio [...] Esa preparación es la marca distintiva del buen abogado litigante [...] y debe ser recomendada porque promueve una administración de justicia más eficiente y le ahorra tiempo a la Corte» (Supreme Court of the North Carolina, 1979).

Segundo. En la doctrina estadounidense se encuentran afirmaciones como «la preparación del testimonio no solo es aceptada, sino también vista como necesaria para la representación del cliente» (Henning, 2010, p. 2). Se ha dicho, también, que «la literatura practica ve la ausencia de entrevista con el testigo antes del juicio como una combinación de incorrección estratégica y marcada negligencia» (Applegate, 1989, p. 287). El concepto se encuentra desarrollado de forma tan radical en un sector de la doctrina que incluso se ha afirmado que

a pesar de que tengan una gran carga de casos o compromisos personales, los abogados deben preparar al testigo para su declaración de forma profunda. La omisión de preparar a los testigos de manera efectiva puede resultar, entre otras, en que el testigo proporcione testimonio que afecte el caso del cliente, así como en sanciones en contra del abogado. (Grenardo, 2013, p. 2).

Antes de continuar, vale advertir, por supuesto, que en la literatura jurídica de los Estados Unidos hay voces marcadamente disidentes. Precisamente esos razonamientos disidentes servirán como punto de partida para algunos de los análisis epistémicos que realizaré en el acápite 3 de este trabajo.

Tercero. Algunos cuerpos normativos destinados a regular el ejercicio de la abogacía en el sistema estadounidense muestran un panorama semejante, y me refiero específicamente al *Third Restatement of the Law Governing Lawyers*. Se trata de una compilación de lineamientos éticos presentados por el American Law Institute (ALI), órgano compuesto por prestigiosos profesores, jueces y abogados. En la sección 116 salta a la vista el lineamiento según el cual «el abogado puede entrevistar al testigo

con el propósito de prepararlo para rendir su declaración» (ALI, 2000, p. 243). Tal disposición se desarrolla, además, en el comentario b) del mismo cuerpo y cierra con una afirmación contundente: «Desde las prácticas de litigación uniformemente seguidas en Estados Unidos, el abogado puede entrevistar al testigo antes de su declaración» (ALI, 2000, p. 244).

Puede concluirse que, según la posición mayoritaria, en el sistema de enjuiciamiento criminal de los Estados Unidos la preparación del testimonio es concebida como una *práctica de litigación uniformemente aceptada y la marca distintiva de un buen abogado litigante*. El propósito de este trabajo radica en cuestionar esa afirmación, pero de ello me ocuparé en otro acápite; baste por ahora con resaltar que el origen del mantra se encuentra en la regularidad de la práctica en el contexto de dicho ordenamiento jurídico.

Lo anterior es problemático, claro, pero considero que más grave aún resulta el hecho de que al importar una práctica foránea no se lleven a cabo esfuerzos rigurosos para delimitarla conceptualmente. Los manuales consultados se han limitado a afirmar que el abogado no puede inducir al testigo a mentir, a tergiversar la verdad, o incorporar información en su memoria, pero esta obviedad es apenas la superficie de la problemática. Nótese, por ejemplo, que de los diez textos académicos analizados, solo en uno de ellos se advierte que los abogados «deben ser conscientes de la posibilidad de influir de manera inapropiada en el testimonio de un testigo sin ninguna intención de hacerlo» (Blanco *et al.*, 2021), pero sin explicar cuáles son las conductas que, involuntariamente, pueden generar esos resultados, o cuáles son las tipologías de sesgos cognitivos que deberían evitarse en ese contexto.

La invocación de la «facultad/deber» de preparar a los testigos, en semejante contexto de abstracción, no es un «crimen sin víctimas». Se trata de una problemática muy seria que genera devastadores efectos y graves riesgos en, al menos, dos dimensiones claramente identificables: en primer lugar, en contra de la búsqueda de la verdad (dimensión epistémica) y, en segundo lugar, en contra de los propios abogados litigantes (dimensión sancionadora).

En la dimensión epistémica pueden identificarse dos grandes riesgos. El primero es que las reuniones de preparación del testimonio suponen la generación del escenario propicio —*la tormenta perfecta*— para la contaminación del testimonio. Un riesgo muy intenso aun cuando abogados y testigos actúen de buena fe y sin ánimo fraudulento, pero devastador cuando a los participantes sí les llega a mover tal propósito. Sergey Vasiliev (2011, p. 53), profesor de la Universidad de Ámsterdam, lo explica así:

En el contexto adversarial, los abogados de la fiscalía y la defensa están concentrados en ganar el caso y tienen fuertes incentivos para instar a los testigos para decorar la Corte con historias convenientes. La alineación de intereses [...] aumenta los riesgos de colusión en el sentido de generar una versión revisionista y mutuamente satisfactoria de los eventos pasados, basándose en *cuasi-hechos* y no en la verdad. [...] se produce una fuerte tentación para ellos de utilizar el conocimiento obtenido durante la preparación del testimonio para hacer más plausibles las historias que les convienen, en un sentido que no necesariamente corresponde con la verdad.

Uno de los profesores estadounidenses que con mayor vehemencia, desde hace décadas, ha sentado su voz disidente es Bennet Gershman. Sobre la probabilidad de contaminación involuntaria del testigo, producto del desconocimiento sobre sus riesgos, explica:

Parece que muchos fiscales no son conscientes de hasta qué punto el genuino interés que ellos expresan de forma verbal o no verbal en ciertos hechos, o la decepción que reflejan cuando un testigo no conoce determinado hecho, puede llevar a invitar a los testigos a decir lo que ellos quieren que diga. (2002, p. 843)

Ahora, el segundo riesgo surge del carácter privado y carente de registro del que gozan las reuniones de preparación del testimonio. Con ello se genera un riesgo enorme para las posibilidades de contradicción de la contraparte. Si la interacción no fue videograbada, resulta complejo determinar si se produjo alguna contaminación del testimonio, mucho menos su causa o sus efectos. Qué dijo el abogado, cómo reaccionó ante las respuestas del testigo, cómo se llevaron a cabo las «simulaciones de interrogatorio», qué evidencias le expusieron al testigo, entre otras, son cuestiones que jamás llegarán al conocimiento de la contraparte ni del juez encargado de la causa con mediana fiabilidad.

Resulta escalofriante encontrar que algunos manuales surgidos en el seno del movimiento reformista realizan dos afirmaciones preocupantes. Una sobre la posibilidad de hacer preguntas sugestivas y otra, la recomendación de no registrar la reunión. La primera:

La ventaja de este repaso sobre los hechos es que, al no haber límites en la entrevista previa — como ser *[sic]* la prohibición de preguntas sugestivas que sí tiene vigencia en el examen directo—, le permite trabajar con mucha claridad sobre lo que realmente sabe el testigo (Rua, 2015, p. 186).

Y la segunda, que parece el coctel perfecto para la contaminación:

Usualmente es un acto que no se registra ni se deja copia. Eventualmente un litigante podría registrarlo, situación que lo obligaría a exhibirlo y hacérselo saber a la contraparte para que pueda utilizarlo luego. Sin embargo, no parece ser aconsejable ese registro, por cuanto ya estaría evidenciando una debilidad consistente en que estaremos exhibiendo que el testigo ahora recuerda algo que antes de la entrevista no tenía presente, pese a que en esa oportunidad estaba en fecha más cercana a los hechos. Esta circunstancia podría generar ciertas suspicacias sobre la veracidad y credibilidad de ese testimonio (Rua, 2015, p. 184).-

La segunda dimensión en la que pueden identificarse serios riesgos derivados de la preparación del testimonio es la de la responsabilidad disciplinaria —y hasta penal— del abogado. Me refiero justamente a los riesgos que implica para el abogado adelantar una interacción con un testigo sin tener conocimiento preciso acerca de qué puede hacer y qué no, y qué debe hacer y qué no, en el marco de esas reuniones. Ya se vio, a modo de ilustración, que algún autor llega a aceptar la posibilidad de realizar preguntas sugestivas. Pero hay un ejemplo adicional que ilustra los riesgos disciplinarios a los que pueden verse supeditados los abogados en este contexto, cuyas causas identificaré inmediatamente después.

El ejemplo se explica a partir de los hallazgos empíricos producto de las encuestas que realizaron los miembros del Semillero de Litigación Penal de la Universidad del

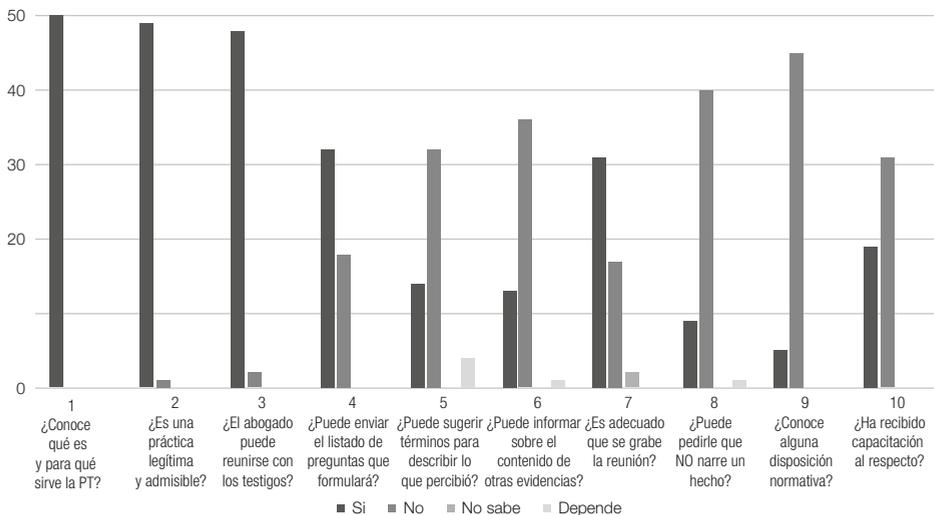
Rosario (Colombia) a profesionales del derecho, relacionados desde distintas ópticas y desde distintos roles con del proceso penal. En esa encuesta se formularon preguntas sobre el conocimiento de los abogados respecto de la preparación del testimonio, sus finalidades, límites y riesgos.

Las respuestas pueden resumirse así: i) De los 50 abogados encuestados, 49 y nueve consideran que la preparación del testimonio es una práctica legítima y admisible; ii) 32 de ellos cree adecuado que el abogado envíe las preguntas que realizará; iii) 14 abogados consideran que el litigante puede sugerir los términos que el testigo debe utilizar para describir aquello que percibió; iv) 13 creen que el abogado puede informar al testigo sobre el contenido de otras evidencias; v) 17 consideran que NO es adecuado que se grabe la sesión de preparación; y vi) 44 de los encuestados manifestó no conocer ley, decreto o disposición normativa que regule los métodos y límites de la preparación de los testigos. Los 6 que contestaron, curiosamente, que sí la conocían, se limitaron a señalar que se referían a la ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal colombiano) o «el estatuto del abogado». Normas que, valga aclarar, no hacen mención alguna a la preparación de los testigos.

No obstante, lo preocupante del análisis radica en la pregunta *¿puede el litigante pedirle a un testigo que NO narre un hecho que le perjudica?* Esto es, sin pedirle que lleve a cabo manifestaciones contrarias a la realidad, sin pedirle que mienta, *¿resulta o no legítimo solicitarle al testigo que calle un hecho, circunstancia o detalle determinado?* Casi el 20 por cien de los encuestados contestó afirmativamente.

Aunque en el enlace adjunto (Semillero de Litigación Penal, 2023) se encuentra el registro autorizado de la totalidad de las entrevistas, una visión gráfica de los principales resultados puede presentarse así:

Análisis gráfico de resultados: encuesta sobre preparación del testimonio



Son varias las conclusiones que podrían extraerse de estos resultados, pero por ahora hay una que debe ser resaltada precisamente por reflejar el riesgo disciplinario al que se ven expuestos un porcentaje de los abogados encuestados, varios de ellos con años de experiencia en el ejercicio profesional. Me refiero a los que contestaron afirmativamente la octava pregunta.

La evidencia empírica —meramente aproximativa, en virtud de la reducida base estadística— parece indicar que varios de ellos se exponen a ser procesados como determinadores de falso testimonio, en el peor de los casos, o a consecuencias disciplinarias, en el mejor. Lo anterior, por cuanto ignoran que pedirle al testigo que omita un hecho, una estrategia aparentemente legítima —pues no implica inducir a mentir ni agregar un dato a su memoria—, en realidad significa que el abogado está pidiendo al testigo que calle parcialmente la verdad, y ello se corresponde con la descripción típica del falso testimonio en su modalidad conductual omisiva.

La respuesta de este grupo de encuestados pareciera no estar por fuera del límite que algunos manuales de litigación han intentado dibujar entre la preparación lícita del testimonio y la que no lo es:

El límite entre la preparación profesional y la preparación ilícita de un testigo se resume en la siguiente fórmula: el abogado no puede incorporar información en la mente del testigo. Puede pedirle que recuerde, puede preguntarle si está seguro, incluso puede decirle que hay aspectos que no le preguntará y que no es información que le interese incorporar en el juicio; pero no puede incorporar información en la mente del testigo. (Baytelman y Duce, 2016, p. 172).

Los riesgos, entonces, parecen fácilmente identificables. Ahora, con John S. Applegate 1989, p. 279), profesor de la Indiana University, podemos sintetizar las causas así:

Aunque la preparación del testimonio es una práctica que se genera básicamente en todos los juicios, casi nunca es discutida en las facultades de derecho, ni es regulada directamente, solo en ocasiones es discutida en la doctrina y rara vez es objeto de disputa al interior del litigio. La preparación del testimonio es tratada como uno de los secretos oscuros de la profesión legal. La falta de regulación, guías y discusión académica al respecto ha creado una incertidumbre muy significativa acerca de los tipos y métodos de preparación de testimonio admisibles.

Si en la falta de regulación y enseñanza se encuentran las causas del problema, hacia allí deben apuntarse las potenciales soluciones. Este trabajo busca, justamente, presentar las bases para un proyecto de regulación detallada de las prácticas relacionadas con la preparación del testimonio, previa distinción de aquellas que pueden calificarse como familiarización del testigo.

2. EN CAMINO A LA DESAMBIGUACIÓN: ¿QUÉ ES LA PREPARACIÓN DEL TESTIMONIO Y QUÉ ES LA FAMILIARIZACIÓN DEL TESTIGO?

Si los objetivos graduales de este trabajo se han cumplido, para este momento debe estar suficientemente claro que estamos en presencia de un problema —uno

más y muy grave— para la prueba testimonial. Ahora, este segundo acápite tiene como propósito central presentar una propuesta de desambiguación del concepto de preparación del testimonio, agregando como facilitador analítico el concepto de la familiarización del testigo. En estos dos conceptos se vaciarán la totalidad de las prácticas que con frecuencia se recomiendan en la literatura jurídica —y en la escasísima jurisprudencia— que aborda el tema.

Antes de ello resulta necesario fijar dos presupuestos indispensables para que el proyecto de desambiguación tenga alguna probabilidad de éxito. El primer presupuesto radica en poner de relieve una circunstancia que seguramente ya se habrá inferido de la lectura del acápite anterior: no existe consenso, en lo absoluto, acerca de cuáles son las prácticas asociadas al concepto de preparación del testimonio que resultan legítimas y recomendables, cuáles son legítimas pero riesgosas, y cuáles de rechamente resultan inadmisibles —salvo, como vimos, la prohibición de inducir a declarar falsamente—.

Esta falta de consenso tiene como consecuencia justamente el segundo presupuesto: no resulta sencillo encontrar una definición uniforme, mucho menos precisa o autoexplicativa. Tal es el ejemplo del contexto estadounidense. Sí, hay una cantidad relativamente importante de publicaciones analizando los nefastos efectos de la preparación del testimonio —o defendiendo sus beneficios, según veremos—, pero las definiciones precisas y ricas en descripción brillan por su ausencia.

Uno de los ejemplos claros de esta pobreza descriptiva surge al acudir al manual *Witness Communication Training* (Stuart *et al.* 2016, p. 1), que de entrada promete: «Este libro lo ayudará a preparar sus testigos para juicio —y continúa—: [...] se basa en un expandido método de entrenamiento: enseñar un concepto de comunicación, discutir el concepto con el aprendiz, crear una oportunidad para que el aprendiz ponga inmediatamente el concepto en práctica, proporcionar retroalimentación y luego dar la oportunidad de que se repita el concepto». Al margen del escalofrío epistémico que genera la lectura de este fragmento —de lo que me ocuparé en el acápite siguiente—, lo cierto es que no se proporciona ninguna definición acerca de *lo que es* la preparación del testimonio. Los autores se limitan, simplemente, a referir algunas de las prácticas —en este caso, supuestos métodos— que el concepto integra.

Los dos manuales más conocidos sobre preparación del testimonio presentan el mismo problema. Así, en *Witness Preparation: A Manual for Attorneys* (Campo, 2011, pos. 69) se lee que el manual permitirá «determinar lo que el testigo conoce, ayudarlo a pensar en cómo testificar de una forma clara y precisa, y prepararlo para las preguntas que durante la declaración le haga la parte adversa»; y en *Preparing Witness to Give Effective Testimony* (Ryan y Dodge, 2013, p. 17) la explicación acerca de *lo que es* la preparación del testimonio se limita a una serie de argumentos acerca de

por qué la preparación del testimonio es crítica para el caso: [...] muchos jurados están predispuestos a creer a algunos testigos y a otros no, debido a su contexto de desarrollo o a sus experiencias vitales [...] por eso, es indispensable crear primeras impresiones positivas sobre el cliente, los

testigos y los peritos. La clave para ganar el caso radica en evitar poner en el estrado a un testigo que no ha sido preparado para dar una declaración efectiva, sincera y persuasiva.

Como puede inferirse, no presentan una definición o precisión conceptual, siquiera mínima.

Lo cierto es que alguna definición se encuentra, pero no sin una importante dosis de ambigüedad e indeterminación:

La preparación de los testigos es cualquier comunicación entre un abogado y un probable testigo —sea su cliente o no, sea amigable u hostil— que tenga como propósito mejorar sustancialmente [*improve the substance*] el testimonio o la forma en la que será presentado. La preparación de testigos permite al abogado presentar declarantes de manera que se encuentren más familiarizados con el objeto de su testimonio y más preparados para contar lo que conocen de una forma clara y coherente (Applegate, 1989, p. 278).

Ahora, de los diez manuales de litigación latinoamericanos a los que se ha venido refiriendo este texto, solo dos de ellos presentan alguna definición. Por un lado, en el manual institucional de la Fiscalía General de la Nación colombiana (2009, p. 162) se lee que la preparación del testimonio «es la tarea del fiscal, orientada a examinar, con la persona que va a concurrir a la audiencia de juicio oral, la forma en que se desarrollará y presentará su versión de los acontecimientos». Por otro lado, Rua (2015, p. 182) señala que:

... es un acto posterior a la declaración prestada durante la investigación penal preparatoria, pero anterior al juicio, que tiene por objetivo preparar al testigo para que se sienta cómodo en la audiencia de debate, de modo que pueda cumplir un papel adecuado y brindar una testimonial satisfactoria, acorde a los objetivos que la parte se propuso (acreditación de las proposiciones fácticas de modo convincente y persuasivo).

Las definiciones citadas tienen varios problemas. Sin embargo, atendiendo a los propósitos del proyecto de desambiguación de este acápite, me referiré solo a uno de ellos: el nivel de abstracción con el que se proponen impide determinar con claridad en qué consiste la preparación del testimonio y, por ende, llevar a cabo un análisis riguroso sobre los riesgos de las prácticas que a partir de tal concepto se pueden derivar. Más específicamente, la dificultad que se identifica es la ausencia de diferenciación entre las reuniones encaminadas a discutir aspectos sustanciales del testimonio y su presentación, por un lado, y las reuniones cuyo propósito es familiarizar al testigo con el procedimiento a través del cual se desahogará su declaración y otros aspectos formales relacionados, por otro.

Esta es justamente la dificultad que la Corte Penal Internacional encontró cuando la fiscalía del caso *Lubanga* solicitó su autorización con el fin de realizar la preparación de los testigos de cargo. Ante la solicitud, la Corte Penal Internacional solicitó a la fiscalía que explicara a qué se refería con preparación de testigos —*witness proofing*— y los fundamentos jurídicos que avalaban tal práctica. La fiscalía presentó sus argumentos y la defensa hizo lo propio oponiéndose y, de forma subsidiaria, solicitando que se registraran integralmente las sesiones empleadas con tal propósito. Además de que reconoció la fuerte ambigüedad que gobierna la discusión, la enor-

me importancia de la decisión de la Corte Penal Internacional (CPI) radica en que promovió una diferenciación entre dos dimensiones de la preparación del testimonio (International Criminal Court, 2006).

A la primera dimensión la identificó como una serie de medidas para familiarizar al testigo con la estructura de la Corte, la secuencia de eventos que probablemente sucederán durante la declaración del testigo y las diferentes responsabilidades de los participantes en la audiencia, todo esto para que el testigo pueda declarar «... sin encontrarse en una situación desventajosa, o sin ser tomado por sorpresa como consecuencia del proceso de declarar oralmente en la Corte...» (International Criminal Court, 2006, p. 8). A esta primera dimensión, en algunos apartados de la decisión, se le dio el nombre de familiarización del testigo (p. 10).

Ahora, en una segunda dimensión incluyó aquellas actuaciones tendientes a «asistir el proceso de rememoración de los hechos [...] comparar la declaración actual con las declaraciones previas rendidas por el testigo para deficiencias y diferencias en la rememoración [...] presentar el testimonio de forma más precisa, completa, estructurada y eficiente [...] informar al testigo de las potenciales preguntas que se le realizarán», entre otras (p. 9).

La CPI concluyó que la primera dimensión era legítima, pero no podía ser materializada por los abogados litigantes, sino por los funcionarios de la Unidad de Víctimas y Testigos adscrita a la Corte. Sobre la segunda dimensión, a partir de un análisis de algunos de sus riesgos, concluyó su inadmisibilidad y consecuencial prohibición.

Todo lo anterior nos lleva al eje central del acápite. La distinción empleada por la CPI sirve como base fundante para el proyecto de desambiguación, con algunas notas adicionales. Como recurso analítico, considero indispensable diseccionar el amplio concepto de preparación del testimonio en dos nociones más concretas. Propongo que por familiarización del testigo se entiendan las reuniones entre abogados y testigos que se realizan para discutir aspectos eminentemente formales y procedimentales del potencial interrogatorio. En cambio, que por preparación del testimonio se entiendan las reuniones entre abogados y testigos cuyo objetivo radica en discutir aspectos sustanciales de la declaración: lo que el testigo conoce, recuerda y cómo lo narrará durante el juicio oral.

Tres notas adicionales son importantes para complementar la distinción propuesta:

i) Mientras que en la familiarización se busca que el testigo no sea presa del temor cuando llegue el momento de presentar su testimonio, en la preparación se busca mejorar el contenido de su declaración y la manera en que será presentado.

ii) Consecuentemente, mientras que la familiarización no implica llevar a cabo ninguna discusión sobre el contenido del testimonio, la preparación pone su énfasis justamente en eso, en lo que el testigo conoce.

iii) El objetivo mismo de la familiarización no supone que deba llevarse a cabo por alguien que tenga conocimiento del caso, en cambio, para la preparación del tes-

timonio, en los términos propuestos, el dominio de las particularidades del proceso y de la teoría del caso del litigante juega un rol fundamental.

Entendiendo que aún con el férreo propósito de proponer una distinción más clara y específica puede subsistir alguna indeterminación o confusión acerca de qué prácticas concretas estarían inmersas en cada uno de los dos grandes conceptos esbozados, el próximo acápite se dedicará a estudiar los riesgos epistémicos —o beneficios, si existiese alguno— derivados no de cada uno de los grandes conceptos, sino de cada una de las prácticas específicas —al margen de que sea viable caracterizarlas genéricamente como familiarización del testigo o preparación del testimonio—.

3. ANÁLISIS EPISTÉMICO. RIESGOS Y BONDADES, SI EXISTEN, DE LA FAMILIARIZACIÓN DEL TESTIGO Y LA PREPARACIÓN DEL TESTIMONIO

3.1. Explicación del análisis epistémico

El análisis que pretendo realizar se enmarca en el objetivo central de la epistemología jurídica, entendida como: «El estudio orientado a determinar si los diversos sistemas de investigación (o juzgamiento) que pretenden estar buscando la verdad (en diferentes ámbitos) cuentan o no con un diseño apropiado que les permita generar creencias verdaderas acerca del mundo» (Laudan, 2013, p. 23). Siguiendo la metodología propuesta por Laudan en *Verdad, error y proceso penal*, este análisis pretende aplicar un análisis epistémico que permita determinar cuáles de las prácticas de preparación del testimonio o familiarización del testigo, muchas de ellas reconocidas y hasta recomendadas por la doctrina especializada, resultan coherentes con «las cuestiones concernientes a la búsqueda de la verdad y la elusión del error» (p. 26). El resultado del análisis proporcionará la base fundamental para la propuesta de regulación que se elevará en el último acápite de este texto.

Precisamente porque es un análisis epistémico, en él no se tendrán en cuenta argumentos genéricos —y ciertamente poco ilustrativos— acerca del espíritu, los principios orientadores, o la tradición de cada uno de los sistemas de enjuiciamiento criminal. Esto es, que el estudio se oriente a países latinoamericanos que han adoptado parcialmente reglas del sistema de enjuiciamiento criminal de Estados Unidos no significa que vaya a tomarse como faro regulatorio las prácticas que allí son aceptadas o prohibidas. De hecho, como veremos, en muchos aspectos el resultado será todo lo contrario. Vasiliev (2011, p. 28) lo explica de forma semejante cuando afirma que debe:

... enfatizarse que la adherencia al modelo adversarial no impide a los ordenamientos nacionales dibujar de forma independiente una línea entre conductas apropiadas o inapropiadas, dependiendo de las preferencias epistémicas de cada país. Esto exige mirar más allá de modelos comparativos vagamente definidos que apenas si son descripciones aproximadas e imprecisas de las realidades normativas de las jurisdicciones nacionales.

Tres aclaraciones muy breves son necesarias antes de entrar en el análisis. La primera, la caracterización de las prácticas concretas bajo la rúbrica de preparación o de familiarización es propia y la realizo, como advertí, como instrumento analítico. No necesariamente la doctrina que recomienda la practica puntual la encasilla dentro de uno de esos dos conceptos más generales. Incluso en la inmensa mayoría de publicaciones esa división no existe.

En segundo lugar, no se incluirán dentro del análisis las prácticas entorno a los testigos que resultan derecha y claramente ilícitas. Por ejemplo, la inducción a realizar afirmaciones mentirosas o a descontextualizar los hechos percibidos. No se incluyen sencillamente porque se trata de prácticas ya prohibidas por los ordenamientos jurídicos latinoamericanos y cuyos riesgos epistémicos son evidentes.

Por último, considero necesario advertir que realizaré el análisis epistémico apelando al siguiente orden: primero describiré cada una de las prácticas de preparación y familiarización individualmente. Hecha la descripción, llevaré a cabo el análisis grupal acerca de los riesgos y bondades —si es que hay alguna— que se desprenden de las prácticas incluidas en cada una de las categorías. En otras palabras, la descripción será individual, pero el análisis epistémico será en bloques de prácticas que guardan rasgos semejantes.

3.2. La preparación del testimonio

3.2.1. Descripción de las prácticas de preparación del testimonio

Práctica 1. Simulación sobre la forma y el contenido del testimonio que se rendirá en juicio. Consiste en recrear de inicio a fin el interrogatorio al que será sometido el testigo. La simulación incluye que el abogado que presentará la prueba realice exactamente las preguntas que formulará en juicio oral y que, por su parte, el testigo proporcione las respuestas que considere adecuadas. Dentro de su práctica se incluye que el testigo sea sometido también a un contrainterrogatorio realizado por el mismo o por otro abogado con el fin de determinar de qué forma reaccionará a las respuestas que probablemente desarrolle el abogado de la contraparte. Repito, sobre los enormes riesgos de esta práctica discurriré más adelante. Por ahora busco recalcar que se trata de uno de los métodos de preparación que con mayor frecuencia recomienda parte de la doctrina anglosajona y latinoamericana (Ryan y Dodge, 2013, p. 19 y ss.; Campo, 2011, p. 16; Lorenzo, 2013, p. 173; Baytelman y Duce, 2016, p. 131; Rua, 2015, p. 184; Blanco *et al.*, 2021, p. 176, entre otros). Además, es paradójico que la publicación *Lineamientos para un código de ética en la litigación oral penal* (CEJA, 2022, p. 89), cuyo propósito radica justamente en analizar buenas prácticas en materia de litigación, también recomiende como tal la simulación del testimonio.

Práctica 2. Envío o comunicación de las preguntas que se le realizarán al testigo. También consiste en transmitir al testigo cuáles son las preguntas que se le

realizarán en juicio oral, pero se distingue de la práctica descrita en el párrafo anterior en que la mera comunicación de las preguntas no conlleva que el testigo proporcione respuestas ni que se recree, en contenido y forma, lo que se estima sucederá en juicio oral. Además del respaldo que a esta práctica proporciona una fracción de la doctrina anglosajona y latinoamericana ya referida, resulta de interés para este trabajo que una publicación oficial estatal, particularmente de la Fiscalía General de la Nación colombiana (2009, p. 162), la recomiende como buena práctica para la preparación de testigos por parte de los fiscales.

Práctica 3. Explicación de la «teoría del caso» del abogado, de las discusiones jurídicas y de los aspectos más importantes que se requieren del testigo. La descripción de esta práctica no podría realizarse de una forma más precisa a la presentada por la doctrina:

Para presentar el caso de una forma clara, persuasiva y organizada, el abogado debe discutir con el testigo la teoría del caso y el rol que el testigo tiene en él, incluyendo cómo el testimonio de cada uno se relaciona con el testimonio de otras personas. Para que esta preparación sea efectiva, el abogado debe ser sincero con el testigo acerca de las fortalezas y debilidades del caso, las áreas en las que debe enfatizar o evadir y las vulnerabilidades de la parte contraria. (Applegate, 1989, p. 289).

Además de la promoción de esta práctica por parte de la doctrina estadounidense, un apoyo semejante se encuentra total o parcialmente, dependiendo del caso, en la colombiana (Espinosa, 2014, p. 21), la chilena (Baytelman y Duce, 2016, p. 129 y ss.), la argentina (Rua, 2015, p. 187) y en los *Lineamientos para un código de ética en la litigación oral* (CEJA, 2022, p. 89).

Práctica 4. Recomendaciones sobre lenguaje y terminología a utilizar, o el énfasis con el cual realizar la narración de los hechos. Se trata de recomendaciones encaminadas a que el testigo haga una presentación «más persuasiva» de los hechos que percibió. Con un lenguaje más impactante y mostrándose tan certero —por oposición a dubitativo— como le sea posible. Se ha dicho, en ese sentido, que «el abogado puede sugerirle al testigo una selección de palabras determinadas para hacer más clara la declaración» (Vasiliev, 2006, p. 18). En la doctrina latinoamericana se encuentran recomendaciones como «advertir las expresiones coloquiales usadas por el testigo y que no sean comprensibles o auto explicativas, para solicitarle que pueda entregar una traducción o explicación acerca del significado de estas durante el momento de su declaración» (Blanco *et al.*, 2021, p. 174).

Práctica 5. Darle la posibilidad al testigo de leer su declaración previa para refrescar la memoria antes de juicio. Consiste sencillamente en proporcionarle al testigo la posibilidad de leer una declaración o relato que rindió en cualquier otro escenario sobre los hechos. Bien porque se trate de una declaración rendida ante funcionarios judiciales en sede de investigación, bien porque ya rindió testimonio en otro juicio oral, o bien porque por fuera del ámbito estrictamente procesal proporcionó algún recuento sobre los hechos que percibió. Esto incluye, si el testigo no cuenta con una copia de la declaración, entregársela.

Sobre el particular, en la doctrina anglosajona se ha dicho que:

Revisar declaraciones previas es una actividad preparatoria recomendable y un derecho del testigo bajo las Reglas Federales de Procedimiento Civil [estadounidenses]. Además del obvio sentido de justicia en el hecho de que el testigo no sea ahorcado [*hanged*] por sus propias declaraciones previas, la regla tiene sentido porque la memoria se desvanece. (Applegate, 1989, p. 305).

La práctica encuentra apoyo en la doctrina chilena (Blanco, *et al.*, 2021, p. 175) y en la argentina (Rua, 2015, p. 190), así como en los *Lineamientos para un código de ética en la litigación penal oral* anteriormente mencionados (CEJA, 2022, p. 89). Como cuestión adicional de gran interés para este trabajo, incluso es permitida por el estricto procedimiento que ha fijado la CPI (International Criminal Court, 2007, p. 21).

Práctica 6. Determinación de contradicciones en el relato del testigo y de posibles justificaciones ante las inconsistencias. Se trata de una práctica complementaria —*un paso más allá*— de la práctica de preparación del testimonio recién explicada. Ya no es la simple lectura por el testigo de sus manifestaciones anteriores, sino que ahora es el análisis conjunto entre aquel y el abogado con el fin de identificar la existencia de contradicciones y las potenciales explicaciones para tales inconsistencias. Un análisis que se puede realizar a través de simulaciones o de un estudio pormenorizado de las declaraciones previas. Se ha dicho que:

Para el litigante es de suma importancia conocer cabalmente la declaración de los testigos, preguntar varias veces sobre los mismos hechos previamente a la concurrencia al juicio, identificar —si existieran— contradicciones, vacíos, ambigüedades y solicitar a los testigos explicación sobre dichos puntos, de forma tal de no encontrarse sorprendidos por la contraparte ya al momento del juicio [*sic*]. (Lorenzo, 2013, p. 172-173).

Práctica 7. Informar al testigo del contenido de otras evidencias o de las manifestaciones que han realizado otros testigos. La afirmación es francamente sorprendente, pero como seguimos en el apartado descriptivo me limitaré a citar la recomendación:

En la preparación de los testigos el abogado frecuentemente discute con el testigo el contexto de hecho en el que sus observaciones u opiniones encajan. Los abogados frecuentemente informan a los testigos sobre hechos que previamente no conocían informando esos hechos de forma directa o a través de la comparación con otros testimonios que tienen un conocimiento semejante. Hay razones de mucho peso para informar a los testigos de otros puntos de vista, y la mayoría de la doctrina no cuestiona esta práctica [...] Esta técnica aumenta el nivel de consciencia de los testigos sobre asuntos que, de otra manera, podrían parecerles irrelevantes. Además, los testigos pueden llegar a concluir que en realidad no estaban seguros de algunos hechos o que otros testigos están en lo correcto. (Applegate, 1989, p. 304).

Práctica 8. Preparación colectiva —con varios testigos al tiempo—. Otra de las prácticas identificadas radica en emplear una o varias de las herramientas a las que se refiere este texto con varios testigos a la vez. Roberta Flowers (2011, p. 1019), profesora del Stetson College of Law, —quien pertenece al sector de la doctrina más crítica con la preparación del testimonio— la describe así:

Un método utilizado de forma rutinaria por muchos fiscales para preparar a los testigos, especialmente a los que pertenecen a las fuerzas del orden, que consiste en reunirse con todos los testigos a la vez. La preparación en grupo junta a todos los testigos de los hechos relevantes. Este método de preparación ahorra tiempo y le permite a los testigos tener un panorama completo de los hechos. Además, este método constituye la forma más certera de evitar contradicciones entre los testigos al asegurarse de que cada uno sepa lo que el otro recuerda.

Práctica 9. Hacer preguntas sugestivas para «concretar hechos». La práctica consiste en formular preguntas sugestivas al testigo buscando con ello generar una mayor precisión sobre algunos hechos. Lo anterior, atendiendo a la supuesta inexistencia de limitaciones que en escenarios como el juicio oral, en cambio, sí existen. Como vimos con antelación, el reconocido procesalista argentino Gonzalo Rua (2015, p. 186) explica la idea así:

La ventaja de este repaso sobre los hechos es que, al no haber límites en la entrevista previa -como ser (sic) la prohibición de preguntas sugestivas que sí tiene vigencia en el examen directo-, le permite trabajar con mucha claridad sobre lo que realmente sabe el testigo. Nada de lo que el testigo nos diga aquí podrá luego ser incorporado al debate, por lo que ningún sentido pudiera tener fijar límites a la forma de dirigirse allí.

De la profunda inconveniencia epistémica de esta práctica, como ya he referido, me ocuparé en el acápite respectivo.

Práctica 10. Solicitar al testigo que se abstenga de narrar un hecho. Se trata de solicitarle al testigo que, al llevar a cabo su declaración, se abstenga de narrar algún hecho o detalle particular que el abogado no busca incorporar a juicio. Para la mejor fijación descriptiva, debe aclararse que cuando la doctrina ha recomendado de alguna manera esta práctica, en ocasiones lo ha hecho bajo condicionantes o con una formulación ligeramente diferente. Tres notas ayudan a discernir esas propuestas.

Primero, Daniel Medwed (2018, p. 1), profesor de la Northeastern School of Law, ha señalado:

La preparación del testimonio es el sello del buen abogado en juicio. Un solo testigo ineficaz o poco preparado puede perjudicar un caso sólido. Entrevistar al testigo antes del juicio permite al fiscal asentar la fortaleza y base fáctica de su caso, determinar las consecuencias de la presentación del testigo y alertar al testigo acerca de reglas probatorias que deberían llevarlo a abstenerse de proporcionar información perjudicial [*prejudicial information*].

Con esto, el profesor Medwed parece referirse a que el testigo se abstenga de incorporar información que, bajo la lógica del abogado, puede resultar inadmisibile. Sobre sus consecuencias discurriremos en su momento.

En segundo lugar, Applegate (1989, p. 289), como ya hemos visto, señala la posibilidad de explicarle al testigo «las áreas en las que debe enfatizar o evadir». Esto es, se plantea directamente que el abogado puede recomendar al testigo *evadir* algunos aspectos que por una u otra razón resulten inconvenientes para el litigante o su postulación.

En tercer lugar, la más reconocida doctrina latinoamericana ha señalado:

El límite entre la preparación profesional y la preparación ilícita de un testigo se resume en la siguiente fórmula: el abogado no puede incorporar información en la mente del testigo. Puede pedirle que recuerde, puede preguntarle si está seguro, incluso puede decirle que hay aspectos que no le preguntará y que no es información que le interese incorporar en el juicio. (Baytelman y Duce, 2016, p. 132).

La práctica así descrita no implica, entonces, solicitar directamente al testigo que se abstenga de incorporar información, *sino en hacerle saber que hay información que al abogado no le interesa que se ingrese a juicio*: en el siguiente apartado veremos los riesgos y la conveniencia, si es que hay alguna, de una u otra opción.

A la descripción de esta última práctica de preparación debe añadirse que, conforme a las entrevistas estructuradas realizadas a abogados y abogadas en ejercicio de la profesión, se encontró que 9 de los 50 encuestados consideraron que pedirle a un testigo que no narre un determinado hecho constituye una práctica legítima, lo que resulta suficiente para justificar la necesidad de su análisis, con todo y las salvedades planteadas en los párrafos anteriores.

3.2.2. *Análisis epistémico de las prácticas de preparación del testimonio*

Seguramente la lectura del acápite descriptivo ya produjo profundas inquietudes —*escalofríos epistémicos*— en todo aquel que entienda que la búsqueda de la verdad es un valor importante en el proceso penal y la finalidad institucional de la prueba en el ámbito judicial. Hay que decirlo con claridad: todas las prácticas de preparación del testimonio deben ser prohibidas —la inmensa mayoría a la fecha no lo están— y el incumplimiento de esta prohibición debe ser rigurosamente sancionado. Sobre el detalle de esta propuesta me pronunciaré en el apartado siguiente. Por ahora corresponde explicar el fundamento de la afirmación, y para ello bastan cuatro argumentos puntuales:

i) El contexto perfecto para la injerencia indebida del abogado en el contenido del testimonio.

La totalidad de las prácticas de preparación del testimonio —salvo el envío de las preguntas sin mayor contacto, práctica que tiene sus propios problemas— supone reuniones en las que se llevan a cabo discusiones acerca del contenido sustancial y material del testimonio. Esto es, propician un contexto dialógico ajeno a las más elementales finalidades de preservar la integridad narrativa del testimonio, donde el abogado con ansias de ganar el caso puede, con suma facilidad, irrumpir voluntariamente en el proceso de recuperación de los recuerdos del testigo. Irrupción cuyos efectos contraepistémicos pueden ser muy graves, aun cuando el testigo no tenga el propósito de faltar a la verdad. No está de más recordar que la sugestividad y sus graves efectos en la rememoración es uno de los más graves riesgos que, de forma persistente, ha advertido la psicología del testimonio (Manzanero, 2008; Mazzoni, 2019; Diges, 2011, entre otros).

Situémonos en un ejemplo al que recurre la doctrina con frecuencia. El abogado está practicando una «simulación del interrogatorio» —práctica 1— y formula una pregunta al testigo cuya respuesta no resulta coherente con la teoría del caso que el jurista defiende. Bastará con una manifestación de desaprobación —«eso no es cierto», «creo que está equivocado»— o de dubitación —«¿está seguro de su respuesta?»— para que el testigo empiece a dudar de la veracidad de su afirmación (Medwed, 2018, p. 4). Finalmente el abogado es visto por ese testigo como una figura de autoridad que, se supone, tiene mejor conocimiento sobre los hechos al contar con acceso a todas las evidencias, lo que aumenta diametralmente el riesgo de contaminación —lo que la psicología del testimonio ha denominado «la credibilidad de la fuente»— (Manzanero, 2008, p. 132).

Un efecto semejante puede generar la explicación sobre la teoría del caso del abogado y los aspectos en los que el testimonio del declarante resulta más relevante —práctica 2—. Solo con que el abogado informe que el testimonio es muy relevante porque le permitirá probar que «el carro era azul», o la escena de los hechos estaba «muy oscura», se presentarán «sugerencias e informaciones [...] que pueden alterar tanto la declaración de un testigo como su recuerdo» (Mazzoni, 2019, p. 105).

Lo mismo puede concluirse de las sutiles recomendaciones sobre la terminología que el testigo debería utilizar o el énfasis con el que debería narrar determinados hechos —práctica 4—. Esas variaciones terminológicas propuestas por el abogado tienen la potencialidad de generar una alteración en la forma en que el hecho es narrado. Alteración que, dependiendo de las circunstancias, puede ser grave para el proceso de búsqueda de la verdad.

Volviendo al ejemplo elemental: imaginemos que, siendo un elemento central de su teoría del caso, el abogado requiere que el testigo defina la escena de los hechos como «muy oscura» en lugar de como un sitio con «poca visibilidad», como espontáneamente hace —con menor énfasis—. Una sugerencia en ese sentido podría parecer superficial o eminentemente terminológica, pero sin duda puede llegar a alterar la comprensión que de esas afirmaciones tenga el funcionario encargado de tomar la decisión sobre los hechos.

En ese orden, la irrupción en el proceso de recuperación y en la integridad del relato es la misma si el abogado *audazmente* propone una justificación para una contradicción que tiene el testigo —práctica 6—, informa sobre otros testigos que manifiestan que la escena de los hechos también era «muy oscura» —práctica 7—, permite que entre testigos discutan qué tan oscura era la escena —práctica 8—, o directamente formula preguntas sugestivas del tipo «¿cierto que la escena de los hechos era muy oscura?» —práctica 9—.

Como ha evidenciado la más reconocida doctrina sobre la psicología del testimonio, será casi imposible determinar el apartado del relato que corresponde a lo que el testigo percibió y recuperó, y aquel que corresponde a lo que posteriormente conoció por cualquiera de estas prácticas ampliamente arraigadas. Al respecto, Manzanero

(2008, p. 101) explica las discusiones acerca de si este tipo de prácticas sugestivas generan nuevos recuerdos que reemplazan los anteriores o coexisten con ellos, pero reconociendo en cualquier caso la contaminación. La inconveniencia epistémica de estas herramientas, en ese orden, es difícil de discutir.

El panorama ya es suficientemente preocupante incluso si el testigo no tiene el propósito de *dejarse llevar* por la intención del abogado. Pero, tal y como ha reconocido un sector de la doctrina, la cuestión se agrava cuando el testigo es parcializado o tiene algún interés en el resultado del caso, lo que sucede en no pocas ocasiones (Vasiliev, 2011, p. 53).

ii) Las prácticas elevan altamente el riesgo de contaminación involuntaria.

El análisis de los párrafos anteriores partía de una premisa: el riesgo que se genera cuando el abogado tiene injerencia deliberada en el proceso de recuperación con la finalidad de aumentar las probabilidades de éxito de su caso. Pero conviene preguntarse si estos riesgos epistémicos surgen de la concurrencia de mala fe por parte del litigante, o si surgen de las prácticas de preparación del testimonio —en sí mismas—. En otras palabras, si el riesgo de contaminación permanece incluso en aquellos eventos en los cuales el abogado actúa sin la voluntad de irrumpir en el proceso de recuperación de los recuerdos. Entiendo que la respuesta a este interrogante es afirmativa, por varias razones.

El *efecto retroalimentación* durante las simulaciones —práctica 1— no necesariamente se da a través de afirmaciones tajantes del abogado —«eso no sucedió», «está equivocado», «tiene que contarme de mejor manera los hechos»—, sino que también se presenta de una forma mucho más sutil. Gestos o reacciones, incluso silentes, de aprobación o desaprobación ante la respuesta del testigo, pueden generar el mismo efecto contaminante, con el agravante de que el origen de la contaminación será mucho más difícil de determinar.

Si el abogado asiente, el testigo puede llegar a entender que contestó correctamente y reafirmará —sin razón— el nivel de seguridad con el que realiza su manifestación. Si, en cambio, niega, guarda prolongado silencio, o presenta cara de desconcierto o preocupación, el efecto potencial es el contrario. De hecho, las solas preguntas indebidas «pueden distorsionar las descripciones del suceso previamente presenciado» (Manzanero, 2008, p. 126), ni qué decir de los gestos y reacciones del interrogador.

La explicación de los ejes nucleares de la teoría del caso —práctica 3—; las recomendaciones sobre el lenguaje y el énfasis —práctica 4—; el conocimiento del contenido de otras evidencias —prácticas 7 y 8—, y la utilización de tácticas sugestivas —práctica 9— denotan su inconveniencia epistémica con independencia del propósito que busca el abogado que realiza la preparación. Dicho en otros términos, inclusive sin la voluntad de contaminar, el ejercicio desprevenido de cualquiera de estos métodos implica, en sí mismo, un grave riesgo de alteración de los recuerdos.

Detengámonos un momento en una de las prácticas que podrían parecer «inofensivas»: la recomendación de narrar los hechos con énfasis, sin dubitaciones, con «seguridad» —práctica 4—. Podría pensarse que es una práctica menos peligrosa debido a que no implica una irrupción directa en el contenido del testimonio, sino solo en la fortaleza con la que se expone. Pero no, la práctica es grave, virtualmente en la misma intensidad que las demás.

La razón se explica como sigue. Si bien es que cierto autores como Giuliana Mazzoni (2021, p. 27) han recalcado que no existe una relación directa entre la seguridad en la exposición del testigo y la veracidad de sus afirmaciones, también lo es que la evidencia empírica enseña que

un testigo que habla con más confianza o que dice tener un mayor grado de certeza sobre los hechos relatados, por tanto, con independencia de la veracidad de su relato, tiende a ser considerado más fiable que un testigo que habla con más inseguridad o que afirma no tener mucha certeza. (De Paula Ramos, 2018, p. 115).

Bajo esa óptica, la *inofensiva sugerencia* del abogado litigante, en realidad implica una deformación frente a uno de los criterios que más suele impactar en la consideración —aunque equivocada— sobre la fiabilidad del testigo: el nivel de seguridad proyectado en la declaración.

Tampoco debe entenderse admisible, aunque la CPI lo haya hecho (International Criminal Court, 2007, p. 21), la posibilidad de que el testigo lea sus declaraciones previas en el marco de la preparación para el juicio oral. En términos breves, no queremos testigos pensando en aquello que dijeron en su última declaración, sino en lo que presenciaron. Además, si el testigo ha olvidado algo o no, si recuerda más o menos detalles, es algo que hace parte de los procesos de rememoración que el juez debe valorar y, por ello, cualquier acceso a declaraciones previas debe realizarse en juicio oral, a través del mecanismo de *refrescar la memoria*, y dejando fidedigno registro de las declaraciones a las que el testigo tuvo que acudir. Lo contrario es tanto como suponer que uno de los criterios de valoración de la prueba testimonial —los procesos de rememoración— puede ser alterado sin que el juez ni la contraparte tengan ningún conocimiento al respecto, debido al carácter reservado de las reuniones de la preparación en las que ello sucedió.

iii) La preparación genera expectativas irrealistas en los testigos

No podemos dejar de lado el análisis de la práctica 2, enviar al testigo las preguntas que se formularán. Si asumimos que se trata exclusivamente del envío de las preguntas, esto es, sin ningún tipo de reunión en escenarios dialógicos o de análisis de las potenciales respuestas, podemos situar esta práctica un escalón más abajo en el podio de los riesgos epistémicos. Pero no fuera de él. Y no puede quedar por fuera del podio debido a que la mera transmisión de las potenciales preguntas genera tres efectos que resulta necesario valorar.

En primer lugar, genera una expectativa irreal en el testigo, pues este entenderá que son justamente las preguntas que se le envían aquellas que se le formularán en el juicio

oral. Pero no es así. Las específicas preguntas que se formulan en el juicio dependen en gran medida de las respuestas que progresivamente proporciona el testigo. De hecho, las buenas prácticas de entrevista muestran que es a partir de información ya proporcionada que se desarrollan los detalles requeridos (Mazzoni, 2019, p. 110-111).

De allí que un *libreto predeterminado* de preguntas que se remite al testigo, no será más que una ilusión. Y si se supone que el fundamento para enviar tales preguntas —así como para muchas otras prácticas— radica en disminuir el temor del testigo ante un escenario desconocido, lo cierto es que esta práctica puede generar un efecto contraproducente: el testigo espera una específica formulación de preguntas que necesariamente variará de manera súbita y en medio del juicio, lo que bien podría reforzar aquellos temores que se buscaba evitar.

En segundo lugar, esta práctica puede llevar al testigo a sentirse forzado a memorizar las respuestas que debe proporcionar ante cada una de esas preguntas. Si esto sucede, el testigo en juicio oral, en lugar de presentar un relato espontáneo sobre lo que recuerda, estará esforzándose al extremo por recordar las respuestas que para cada una de las preguntas habría planeado. Así, entendiendo —como veremos— que la psicología del testimonio ha promovido que una posición de tranquilidad del declarante es lo deseable para una presentación más fiable de la información, no parece justificado que, buscando lo contrario, el testigo sea llevado a forzar su memoria para presentar las respuestas que había preparado y no a responder los hechos como los recuerda.

En tercer lugar, el conocimiento anticipado de las preguntas que —supuestamente— se le formularán, puede enfrentar al testigo con el hecho de que no recuerda o no conoce algún aspecto relevante. Consciente de ello, el testigo puede sentirse forzado a *llenar los vacíos* de su memoria o de su conocimiento, y lo cierto es que de ese propósito nada bueno puede surgir. Cualquiera que sea la solución que ocupe el testigo para *llenar los vacíos*, seguramente pasará por una fuerte contaminación del relato que, otra vez, resultará muy difícil de determinar.

Las ideas expuestas con antelación encuentran eco en los planteamientos de la psicología del testimonio acerca de los efectos nocivos de llevar al testigo a pensar y repensar, una y otra vez, sobre los hechos percibidos:

... lo normal es que los testigos y víctimas de un suceso delictivo se dediquen a dar «vueltas» a lo ocurrido, pensando en lo que fue y en lo que podía haber sido, en lo que hicieron y en lo que debieron haber hecho; en ocasiones con pensamientos recurrentes sobre el suceso (no se les va de la cabeza), e incluso soñando con ello (...). A veces, además, los testigos, con toda su buena intención, «preparan la declaración» antes de ir a poner la denuncia o a declarar al juzgado. Con todo ello, no solo se perderá en espontaneidad, sino que además se contribuye a distorsionar los recuerdos (Manzanero, 2008, p. 139).

Si, como mostraré, no hay ningún beneficio real que justifique la necesidad de enviar las preguntas de forma anticipada, no puede sino concluirse que la práctica debe ser prohibida, de forma semejante a todas las demás que hemos situado en el rubro de preparación del testimonio.

iv) Mención aparte: *no narrar un hecho* raya con la ilicitud

Como advertía en la fase descriptiva, el análisis de esta práctica debe hacerse en tres dimensiones distintas, atendiendo a las diversas maneras en que se encuentra reflejada en la literatura especializada. Primero, frente a la manifestación directa en el sentido de no narrar un hecho respecto de áreas que el testigo debe «evadir» (Applegate, 1989, p. 289). Segundo, frente a realizar tal manifestación con el fin de evitar que el testigo incorpore al juicio información inadmisibile (Medwed, 2018, p. 1). Y tercero, frente a la viabilidad —o no— de que el abogado le informe al testigo que determinado aspecto «no es información que le interese incorporar en el juicio» (Battelman y Duce, 2016, p. 132).

La primera dimensión es francamente inadmisibile. El inocultable riesgo epistémico se percibe, con absoluta facilidad, al verificar que se trata de una solicitud que implica que el testigo calle la verdad, aunque sea parcialmente. Tan nociva resulta la idea que su materialización puede configurar la conducta típica de falso testimonio o perjurio, en la que el sujeto que crea la idea criminal —determinador— es justamente el abogado que eleva la solicitud de «evadir» determinado tema.

El análisis frente a los riesgos de la segunda dimensión es semejante, aunque arribar a la conclusión no es tan sencillo como en la primera. Podría parecer *loable* que el litigante busque evitar que el testigo proporcione información inadmisibile o irrelevante, pero lo cierto es que la determinación acerca de qué es admisible y qué no lo es le corresponde al juez, no al litigante. No puede este último cercenar la información que se presentará en juicio abrogándose la toma de decisiones que se encuentran dentro del ámbito de competencia del juez. Simplemente imaginemos lo que sucedería si el litigante solicita al testigo que se abstenga de proporcionar determinada información que entiende inadmisibile: ¿qué garantiza que el juez hubiese adoptado la misma decisión?, ¿no era un asunto que debió haberse sometido a un análisis de admisibilidad por parte del juez antes de que el litigante decidiera sustraerlo del juicio? Sin duda, se limita uno de los valores centrales del proceso, como lo es la búsqueda de la verdad, sin que medie una decisión judicial que lo amerite.

La tercera dimensión es mucho más compleja de analizar. Por un lado, no existe una solicitud directa de callar la verdad hacia el testigo al informarle que determinado aspecto no corresponde a información que al litigante le interese incorporar al juicio. La ausencia de solicitud nos sitúa en un escenario distinto. Sin embargo, considero razonable afirmar que la sola posibilidad de que el testigo interprete esa manifestación como una «invitación», «consejo» o «sugerencia» en el sentido de no incorporar la información ya hace necesario concluir la inadmisibilidat de la práctica tal y como ha sido sugerida en la literatura especializada. Es cierto que puede no interpretarse así —como una invitación—, pero también es cierto que el riesgo en ese sentido es palpable. Y considero que la sola existencia del riesgo, con las implicaciones que puede tener, debería inclinar la balanza hacia la prohibición de esa tercera vertiente de la práctica en comentario.

Analizados los riesgos —que ni son leves ni pocos— conviene pronunciarse acerca de los supuestos beneficios que traen consigo las prácticas de preparación del testimonio. Los más difundidos manuales de litigación en Latinoamérica, a los que ya hemos hecho referencia, fijan el fundamento de unas u otras prácticas de preparación —las que cada uno defiende— en la necesidad de conocer con precisión los hechos que el testigo conoce y, por ende, la potencial declaración que rendirá (Lorenzo, 2013, p. 171; Baytelman y Duce, 2016, p. 129; Rua, 2015, p. 179; Blanco *et al.*, 2021, p. 171).

Al respecto, hay que ser claros: la necesidad existe, y por supuesto que ese conocimiento previo sí debe ser el rasgo distintivo de un abogado diligente. Sin embargo, las prácticas de preparación del testimonio no resultan indispensables para la materialización de esa finalidad. Tal necesidad se solventa a través de las declaraciones judiciales a las que pueden recurrir las partes para que de forma previa al juicio y cumpliendo los protocolos normativos —de existir— así como las recomendaciones de la psicología del testimonio, se le tome declaración al potencial testigo. Y como es un método de investigación, y no de preparación, debe quedar debidamente videograbada, de tal manera que cualquier quebrantamiento del protocolo sea verificable. Ahora, si un determinado ordenamiento jurídico no contempla la facultad para que la defensa tome ese tipo de declaraciones —pues normalmente sí la contemplan para la fiscalía—, lo que procede es llevar a cabo una interpretación amplia del derecho a la defensa para que ello sea permitido o, idealmente, una reforma normativa que contemple con claridad tal derecho. Pero no abrir la puerta a riesgos epistémicos tan importantes como los advertidos al permitir las diversas prácticas de preparación del testimonio.

Se ha dicho que las preguntas sugestivas permiten fijar con mayor precisión los hechos durante las sesiones de preparación (Rua, 2015, p. 185). pero la afirmación es equivocada. La fijación de detalles fácticos, de conformidad con las mejores prácticas de entrevista, se realiza a través de preguntas de seguimiento (Manzanero, 2008, p. 142; Mazzoni, 2019, p. 110) que, a partir de las respuestas de los testigos, permiten profundizar en los pormenores de la declaración, sin que para ello sea necesario acudir a tácticas sugestivas como algunas de las descritas en los párrafos anteriores.

Veámos también que hay quienes sostienen que la preparación del testimonio es necesaria para conocer las contradicciones del testigo y buscar explicaciones y justificaciones para ellas. Pero, otra vez: si hay o no contradicciones, es algo que se conoce con una declaración judicial. Y sobre el propósito de «buscar explicaciones» para las contradicciones, debe dejarse claro que la única respuesta de valor epistémico radica en afirmar que las explicaciones debe proporcionarlas el testigo en juicio, sin injerencia externa. Las contradicciones no se maquillan ni se esconden, las contradicciones se valoran, y esto es algo que parece perderse de vista cuando se eleva esta razón como justificación para las peligrosas prácticas de preparación del testimonio.

A modo de conclusión parcial, las prácticas de preparación del testimonio presentan muchos y muy graves riesgos epistémicos, mientras que virtualmente ningún

beneficio. En ese orden de ideas, aquellos beneficios que por la literatura jurídica se identifican pueden ser igualmente alcanzados por métodos de investigación menos riesgosos. Vale la pena advertir, antes de continuar, que he dejado fuera del análisis la finalidad de reducir el temor y la incertidumbre de los testigos, atendiendo a que justamente constituirá el núcleo de la discusión frente a las prácticas de familiarización del testigo.

3.3. La familiarización del testigo

3.3.1. Descripción de las prácticas de familiarización del testigo

Aunque las técnicas de familiarización del testigo tienen más características en común que las de la preparación del testimonio, bien vale continuar el esfuerzo descriptivo con el fin de individualizar lo que cada una de ellas implica y, sobre esa base, poder determinar sus riesgos y beneficios desde el punto de vista epistémico.

Práctica 1. Explicación sobre la dinámica del interrogatorio cruzado. El método de desahogo de la prueba testimonial adoptado por múltiples ordenamientos latinoamericanos producto del movimiento reformista resulta complejo y, en ocasiones, desconcertante para los testigos. En ese orden, la primera práctica de familiarización implica la explicación sobre quiénes le realizarán preguntas al testigo; cuáles serán las fases de la práctica del testimonio (directo, contraexamen, redirecto, contraexamen, dependiendo de la jurisdicción); la obligación de guardar silencio cuando una de las partes suscite controversia acerca de la legitimidad de las preguntas (objeciones); la diferencia entre el tipo de preguntas que se pueden realizar en las distintas fases, etc. Se trata de una práctica que goza de alta aceptabilidad en la comunidad jurídica, incluyendo los restrictivos pronunciamientos de la Corte Penal Internacional —aunque, valga aclarar, en dicha jurisdicción se entiende que debe ser desplegada por la Unidad de Víctimas y Testigos, y no por las partes— (International Criminal Court, 2006, p. 11).

Práctica 2. Advertencia sobre legitimidad de olvidos, desconocimientos, confusiones y solicitudes de aclaración. Consiste en explicarle al testigo que es admisible que si en realidad no recuerda algo o no lo conoce, lo informe con perfecta tranquilidad, sin temor a represalias. En otras palabras, que no está obligado a *idear* aquello que no recuerda o que no conoció. En el mismo sentido, esta práctica implica comunicarle al testigo que puede solicitar aclaraciones cuando una de las preguntas no sea comprensible o cuando sienta que está confundido. La necesidad de este tipo de apoyo para el testigo es respaldada, incluso, por la más crítica doctrina anglosajona (Gershman, 2002, p. 856).

Práctica 3. Aclaración sobre aspectos logísticos. Para muchas personas la experiencia de rendir testimonio es novedosa, en todo sentido. Esto implica que desconocen los laberintos de la administración de justicia, en sentido figurado y literal.

Tampoco conocen cuánto tiempo deben estar disponibles para rendir su testimonio, si deben tomarse horas o días para ello, etcétera. Así, esta práctica consiste en expresar al testigo cuándo se realizará el testimonio; en qué lugar; la posibilidad de que la Corte expida certificación de la asistencia al testimonio (cuando sea requerida para justificar inasistencias laborales o académicas); duración aproximada del procedimiento, y otras similares (Gershman, 2002, p. 857; Flowers, 2011, p. 1020; Waites, 2009, p. 20; Baytelman y Duce, 2016, p. 131).

Práctica 4. El decoro exigido. Precisamente por lo novedosa de la experiencia, es altamente probable que el testigo desconozca las *normas de conducta procesal* que debe acatar durante su declaración. La explicación del decoro exigido implica transmitirle la inadmisibilidad de promover o caer en discusiones personales con el juez o los abogados; la prohibición de consultar el teléfono durante la declaración, o de consultar con otras personas presentes el sentido de la respuesta, y la obligación de dirigirse a todas las partes con el más absoluto respeto, suceda lo que suceda. Conlleva incluso, se ha dicho, asesorar al testigo acerca de la forma en que debe vestir para mostrar el debido respeto ante la majestad de la justicia (Gershman, 2002, p. 857; Flowers, 2011, p. 1020; Vasiliev, 2011, p. 17).

Práctica 5. Regularidad de la toma del juramento. La doctrina ha reconocido con razón el efecto intimidatorio que la toma agresiva u hostil del juramento puede tener en los testigos. Sobre todo porque en muchas legislaciones el juramento viene acompañado de la lectura del delito de falso testimonio y hasta de la pena con la que es sancionado. En ese orden, la explicación consiste en que la persona conozca que a todos los testigos les toman juramento y les advierten que al faltar a él pueden ser condenados e ir a prisión. Con ello se disipa el temor que puede surgir en algunos testigos al pensar que se trata de una amonestación que se realiza solo frente a ellos por alguna predisposición del juez en su contra.

Sobre esta práctica vale la pena resaltar que la Corte Penal Internacional, en el *Unified Protocol on the Practices Used to Prepare and Familiarise Witnesses for Giving Testimony at Trial* aceptó lo profundamente estresante que puede resultar la admonición que acompaña al juramento, señalando: «La Sala reconoce que puede ser muy estresante para el testigo ser advertido, en el inicio de la declaración y personalmente por el juez que preside la audiencia, sobre las consecuencias del falso testimonio» (International Criminal Court, 2010, p. 11).

Práctica 6. Explicación sobre el alcance de los privilegios. Radica en que el testigo conozca cuándo se presenta uno los privilegios para no declarar, cuál es su alcance y cuál debe ser el trámite a cumplir al alegarlo. Se trata de una práctica especialmente pensada para aquellos casos en que la aplicabilidad o alcance del privilegio no resulta sencilla de discernir, sobre todo para los testigos que cuentan con nula formación en materia jurídica. Estas explicaciones han sido entendidas como admisibles por la doctrina latinoamericana (Rua, 2015, p. 185; Baytelman y Duce, 2016, p. 131).

Práctica 7. Limitaciones en la interacción durante el testimonio y promoción de la espontaneidad. Consiste en explicarle al testigo que durante el testimonio el abogado no puede responderle ningún tipo de preguntas o dudas que puedan surgir y que, de formularse tales preguntas por el testigo, el abogado deberá ignorarlas. La aclaración supone, además, que la ausencia de respuesta por parte del abogado ante la pregunta que formule el testigo no debe entenderse como una actitud hostil o irrespetuosa de parte de aquel. También consiste en recalcar la invaluable importancia de que el testigo presente su declaración de la forma más espontánea posible, pues ello será valorado por el juez.

Práctica 8. Advertencia sobre necesidad de abordar temas particularmente sensibles. Implica que el testigo sepa que algún tema especialmente delicado para él va a ser abordado, y su finalidad radica en que tal advertencia evite que la pregunta tome al testigo desprevenido y lo descomponga emocionalmente. Se trata de una práctica pensada particularmente, por ejemplo, para la declaración de la víctima de un delito sexual o violencia de género, o para el testigo que debe recordar un evento traumático como el homicidio de un familiar o semejantes. En otras palabras, la herramienta consiste en explicarle al testigo que, aun cuando altamente sensibles, todos esos temas deben ser abordados con un profundo grado de detalle.

Práctica 9. Particularidades de la práctica del testimonio a través de conexión remota. Supone la explicación sobre la necesidad de mantener la misma compostura, decoro y actitud que en la presencialidad, en primer lugar. Además, la advertencia acerca de la inadmisibilidad de abrir otras aplicaciones en sus dispositivos o de leer documentos sin autorización, ya sea de forma evidente o soterrada. También impone transmitir al testigo la importancia de contar con un documento para su identificación y una conexión a internet estable o, de no contar con ella, la necesidad de comunicarlo anticipadamente para buscar alguna alternativa, entre otras.

Práctica 10. Reforzamiento sobre el rol de testigo que tiene la persona. Básicamente consiste en recordarle a los testigos que tienen alguna relación con las partes que su papel radica exclusivamente en contar aquello que percibieron de la forma más espontánea y sincera posible, y no, en sentido alguno, en defender o intentar ayudar a la parte con la que tienen esa relación o cercanía. También implica explicarle que el ánimo de defensa o colaboración *a toda costa*, lejos de beneficiar a la parte a la que pretende ayudar, en realidad puede terminar perjudicándola por la afectación a la fiabilidad de la prueba que supone una marcada parcialidad en el testigo. En otras palabras, que el testigo logre «evitar el ansia de querer ayudar» (De Paula Ramos, 2019, p. 177).

3.3.2. *Análisis epistémico de las prácticas de familiarización del testigo*

El análisis de la familiarización del testigo impone realizarse, ciertamente, en una dimensión distinta por una razón de peso: las prácticas referidas no implican ningún

tipo de irrupción sustancial en el contenido del testimonio. No suponen ningún tipo de sugerencia sobre lo que el testigo presencié, la forma en que debe llevar a cabo la narración de los hechos, la seguridad o confianza con que debe evocarlos, ni mucho menos la sugerencia directa o indirecta en el sentido de no incluir determinadas circunstancias en su narración.

El propósito subyacente a las prácticas descritas con antelación radica en eliminar o, cuando menos, disminuir tangencialmente los temores irracionales que pueden sentir los testigos, particularmente aquellos que se enfrentan por primera vez a la experiencia de rendir declaración en juicio oral. La incertidumbre acerca de qué sucederá concretamente, cómo debe comportarse durante la audiencia, qué tipo de derechos tiene e, inclusive, el temor a sufrir consecuencias de índole judicial ante olvidos o confusiones en las que naturalmente puede incurrir.

Lo anterior no quiere decir que las prácticas de familiarización del testigo no traen consigo ningún riesgo epistémico. Sin embargo, los que se logran identificar derivan de su uso abusivo o del traspaso de las fronteras hacia la preparación del testimonio, no de las prácticas de familiarización propiamente dichas. Por ejemplo, que en la explicación de la dinámica del interrogatorio cruzado —práctica 1— el abogado aproveche para emplear tácticas sugestivas que afecten los procesos de recuperación del testigo. O que al hacerle saber la legitimidad de informar que ha olvidado algún hecho —práctica 2—, termine por inducirlo a señalar que no recuerda un hecho que el abogado considera perjudicial. Lo mismo podría pensarse de la explicación de los privilegios —práctica 6—, pues es un escenario en el que el abogado puede hacer creer al testigo que es titular de un privilegio que en realidad no tiene.

Los riesgos existen, reitero, pero se derivan de la aplicación indebida de las prácticas de familiarización y no de las prácticas en sí mismas. Sin embargo, su sola existencia impone verificar si la finalidad buscada por estas prácticas, a la luz de la psicología del testimonio, es lo bastante importante para justificar los riesgos. De ser así, convendrá además pensar en los mecanismos que permitan disminuir tales riesgos.

Entonces, de conformidad con los hallazgos de la psicología del testimonio ¿resulta relevante el nivel de temor o estrés que tiene el testigo al momento de llevar a cabo la recuperación de los recuerdos? La respuesta es enfáticamente afirmativa. En primer lugar, Elizabeth Loftus (1991) ha explicado la relación que existe entre el funcionamiento de la memoria y los niveles de estrés. Cuando los niveles de activación del estrés son moderados «el funcionamiento es óptimo», sin embargo, cuando son elevados «la capacidad de recordar empieza a decaer y a deteriorarse» (p. 96). En otras palabras, «cierto grado de estimulación mejora la percepción y la memoria, pero el estrés la empeora. Cuando el miedo lleva a la histeria, se produce un efecto negativo de la memoria» (p. 97). También se ha dicho que «cuando la gente tiene miedo, los recuerdos se vuelven escurridizos, se pierden detalles y se recomponen los hechos» (p. 83).

Manzanero (2008) ha llamado la atención sobre la necesidad de «*romper la ansiedad de la situación*» comoquiera que el testigo «*debe sentirse cómodo*» para generar un relato más fiable (p. 142). Si bien no lo hizo hablando de familiarización del testigo —como tampoco lo hizo Loftus— los parámetros propuestos para las entrevistas cognitivas resultan de utilidad para nuestro análisis. Los efectos nocivos del temor, la ansiedad y el estrés frente a los procesos de recuperación también son reconocidos por Giuliana Mazzoni (2018, p. 103), y Margarita Diges (2011, p. 211) en términos semejantes.

Si el temor, la ansiedad y el estrés del testigo juegan un papel determinante en la calidad de sus procesos de rememoración, y si las prácticas de familiarización del testigo se muestran idóneas precisamente para disminuir la ansiedad derivada de la incertidumbre —a veces total— con la que los testigos afrontan su potencial declaración, bien vale la pena concluir, como lo hizo la Corte Penal Internacional (International Criminal Court, 2006, p. 9) que las prácticas resultan legítimas. Además, que su buen empleo parece resaltar valores epistémicos que promoverán una narración tranquila y espontánea del testigo y, por ende, la búsqueda de la verdad como finalidad institucional de la prueba en el proceso judicial.

Además, prácticas como familiarizar al testigo con la dinámica del contrainterrogatorio —práctica 1— encuentran respaldo en los hallazgos de la psicología del testimonio de conformidad con los cuales advertir a los testigos de potenciales preguntas sugestivas o engañosas —como las que indebidamente suelen realizarse en algunos contrainterrogatorios— disminuyen la probabilidad de que los recuerdos del testigo se vean contaminados (Manzanero, 2008, p. 131).

Pero advertíamos que hay riesgos derivados del uso abusivo de las prácticas de familiarización del testigo, de allí que resulte indispensable que, al regular la institución —que sin duda debe ser regulada—, se diseñen también algunos mecanismos de prevención o sanción frente a ese tipo de extralimitaciones.

4. PROPUESTA DE REGULACIÓN DE LAS PRÁCTICAS DE PREPARACIÓN DEL TESTIMONIO Y FAMILIARIZACIÓN DEL TESTIGO

Aceptando algunas bondades de la familiarización —no exenta de riesgos derivados de su uso abusivo—, así como aceptando los gravísimos riesgos que se generan con las prácticas de preparación, realizaré una propuesta de regulación que busque maximizar las bondades, disminuir los riesgos y solucionar algunos de los problemas derivados de las figuras que se entienden admisibles, así como prohibir las que, como resultado del análisis del acápite anterior, se entienden abiertamente inaceptables.

La propuesta de regulación, con su respectiva justificación, consta de ocho puntos:

i) Permitir las prácticas de familiarización del testigo, pero imponiendo la indeclinable obligación de grabar todas las interacciones con los testigos. De esta manera, o se emplean adecuadamente las prácticas de familiarización, lo que no supone graves riesgos epistémicos, o si se llegan a emplear de forma errada o abusiva, de ello quedará un registro fidedigno que permita una adecuada valoración. Una propuesta semejante se encuentra en el trabajo de Vitor de Paula Ramos (2019, p. 176) y, aunque el análisis que da lugar a la propuesta se da en un contexto distinto, resulta de utilidad para el problema en cuestión.

ii) Prohibir diametralmente todas las prácticas descritas en el rubro de preparación del testimonio, comoquiera que representan serios riesgos para la búsqueda de la verdad y virtualmente ningún beneficio que las justifique.

iii) Contemplar sanciones disciplinarias en contra del abogado que, por un lado, incumpla con las condiciones bajo las cuales se permitiría la familiarización del testigo y, por otro lado, imponer sanciones disciplinarias —sin perjuicio de las penales ya existentes para los casos relacionados con omitir la verdad— en contra del abogado que viole la prohibición de adelantar la preparación del testimonio.

iv) Diseñar una regla de exclusión aplicable a *casos graves de contaminación* derivados de una indebida familiarización del testigo o preparación del testimonio, así como una regla de exclusión aplicable a todos aquellos casos en los que la interacción se haya adelantado sin el debido registro.

La debida comprensión y delimitación de esta propuesta impone el análisis de tres argumentos. En primer lugar, no cualquier extralimitación en la familiarización, ni cualquier práctica de preparación, supone la materialización de un riesgo epistémico. De allí que la solución *por default* no debería ser la exclusión, ya que esta solo estaría verdaderamente justificada en aquellos eventos en los que las prácticas produzcan contaminación en el testimonio. Así, contando con un registro fidedigno de las interacciones abogado-testigo, podrá determinarse con precisión si tal contaminación se produjo.

En segundo lugar, si la interacción se hizo con incumplimiento del deber de guardar registro adecuado, resultará imposible determinar si las prácticas se emplearon adecuadamente o si, por el contrario, algún tipo de contaminación se produjo. La contraparte, al no participar en esas reuniones, tampoco estará en la posibilidad de acreditar que sí se produjo alguna alteración en el proceso de recuperación. Por eso entiendo que lo procedente en esos eventos de ausencia de grabación, con independencia de que se determine contaminación alguna o no, es la exclusión del testimonio.

En tercer lugar, considero relevante resaltar que la cláusula de exclusión que propongo se enmarca en aquellas que tienen una finalidad epistémica, por oposición a las contraepistémicas. Me explico. Comparto la idea de Laudan según la cual «... cada regla que conduce a la exclusión de pruebas relevantes es sospechosa desde el punto de vista epistémico» (Laudan, 2013, p. 46). Sin embargo, considero que la

propuesta que elevo encuentra respaldo en los propios planteamientos de Laudan cuando afirma que «en algunas ocasiones tales exclusiones epistemológicamente tienen sentido. Si, por ejemplo, descubrimos que existe un determinado tipo de pruebas relevantes (*v. gr.* el testimonio de oídas) puede ser sobreestimada por el jurado, entonces su exclusión sería apropiada...» (p. 177).

Si los problemas de las prácticas de preparación del testimonio y el uso abusivo de las relativas a la familiarización generan problemas serios de fiabilidad frente a la prueba testimonial —como espero haber acreditado que los genera— resulta razonable concluir que estamos en presencia de uno de esos casos que, por vía de excepción, ameritaría una regla de exclusión con respaldo epistémico (que *epistemológicamente tiene sentido*, para utilizar los términos de Laudan), sin que ello implique que nos estemos distanciando de la «tierra prometida de los epistemólogos: la reducción del error» (Laudan, 2013, p. 176). Todo lo contrario.

v) Incluir en las facultades de derecho, así como en las escuelas de formación de defensores, jueces y fiscales, núcleos de capacitación relacionados con las buenas prácticas, límites y riesgos en materia de familiarización del testigo, y con la prohibición de la preparación del testimonio. Lo anterior, de forma indispensable, de la mano con una robusta formación en psicología del testimonio y sus hallazgos. El fundamento de la propuesta radica en el ejercicio preventivo que, considero, debe acompañar al sancionatorio propuesto en los dos puntos anteriores.

vi) Si el ordenamiento jurídico específico no contempla ya esta posibilidad, debe permitirse una investigación profunda y un contrainterrogatorio profiláctico sobre la forma en que se adelantó la familiarización del testigo, o sobre si se realizó de cualquier manera la preparación del testimonio. Como consecuencia de lo anterior, debe facultarse a la contraparte para que, antes del juicio, tome declaraciones judiciales, debidamente registradas, en las que, entre otros asuntos, pueda indagar acerca del tema que nos ocupa. Con la implementación de esta propuesta se pretende fortalecer el derecho a la confrontación y, de esa forma, aumentar las probabilidades de identificar la comisión de algunas de las malas prácticas estudiadas en acápite anteriores.

vii) La regulación de las prácticas frente a los acusados, cuando deciden rendir testimonio en su propio juicio, no puede ser la misma. Se trata de casos que demandan mayor interacción entre el abogado y el testigo/acusado, que además no pueden ser objeto de grabación forzada en virtud del privilegio en las comunicaciones abogado-cliente. Si bien las obligaciones éticas generales deberían llevar al abogado a abstenerse de incurrir en prácticas sugestivas o contaminantes hacia su cliente, lo cierto es que una regulación que limite esas interacciones, o que imponga el deber de registrarlas y descubririrlas, entraría en contravía de una de las manifestaciones más importantes del derecho a la defensa y dejaría en situación de vulnerabilidad manifiesta al procesado.

viii) Por último, junto con la Corte Penal Internacional (International Criminal Court, 2010), debemos aceptar que la regulación de las interacciones con los

peritos también debe ser diferente. Comoquiera que testificarán sobre el análisis que realizaron y no sobre un hecho que hayan presenciado, los riesgos de alteración de la espontaneidad parecieran morigerarse levemente. Esto no significa que esas interacciones no deban ser reguladas. Deben serlo. Pero la especificidad de este tipo de prueba demanda una regulación diferente que, como puede inferirse con facilidad, escapa a los alcances de este trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

- American Law Institute [ALI] (2000). *Third Restatement of the Law Governing Lawyers*.
- Applegate, J. (1989). Witness preparation. *Articles by Maurer Faculty*, 847. <https://www.repository.law.indiana.edu/facpub/847>
- Baytelman, A. y Duce, M. (2016). *Litigación penal. Juicio oral y prueba*. Grupo editorial Ibañez.
- Blanco, R., Decap, M., Moreno, L. y Rojas, H. (2021). *Litigación penal estratégica en juicios orales*. Editorial Tirant lo Blanch.
- Cadena, R. (2019). *Manual de interrogatorio y contrainterrogatorio*. Ediciones Nueva Jurídica.
- Campo, A., Stuart, S., y Betanzos, T. (2011). *Witness Preparation: A Manual for Attorneys*. CreateSpace, Amazon.
- Centro de Estudios de Justicia de las Américas [CEJA] (2022). *Lineamientos para un código de ética en la litigación penal oral*. CEJA.
- Corte Constitucional Colombiana (2005). Sentencia C-1194 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; 22 de noviembre de 2005.
- De Paula Ramos, V. (2019). *La prueba testifical: del subjetivismo al objetivismo, del aislamiento científico al diálogo con la psicología y epistemología*. Marcial Pons.
- Diges, M. (2011). *Testigos sospechosos y recuerdos falsos*. Editorial Trotta.
- International Criminal Court (2006). *Pre-trial chamber I. Decision on the Practices of Witness Familiarization and Witness Proofing ICC-01/04-01/06, Judge Claude Jorda; 8 de noviembre de 2006*.
- International Criminal Court (2007). *Trial chamber I. Decision Regarding the Practices of Witness Familiarization and Witness Proofing ICC-01/04-01/06, 30 de noviembre de 2007*.
- International Criminal Court (2010). *Trial chamber III. Decision on the Unified Protocol on the Practices Used to Prepare and Familiarize Witnesses for Giving Testimony at Trial ICC-01/05-01/08, Judge Sylvia Steiner; 18 de noviembre de 2010*.
- Espinosa, D. (2014). *Las técnicas de juicio oral*. Ediciones jurídicas Andrés Morales.
- Fiscalía General de la Nación - Colombia (2009). *Manual de Procedimientos de la Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano*. Fiscalía General de la Nación.
- Flowers, R. (2011). Witness Preparation: Regulating the Profession's 'Dirty Little Secret'. *Hastings Constitutional Law Quarterly*, 38(4), 1007; *Stetson University College of Law Research Paper*, 2012-9. <https://ssrn.com/abstract=2039480>
- Gershman, B. (2002). Witness Coaching by Prosecutors. *Cardozo Law Review*, 23, 829-863.
- Grenardo, D. (2013). How Low Can You Go? Analyzing Deposition Misconduct and Avoiding Common Deposition Mistakes. *Environmental, Mass Torts and Products Liability Litigation Committees' Joint CLE Seminar, Program Materials, January 2013, American Bar Association*. <http://ssrn.com/abstract=2212204>
- Henning, P. (2010). The Pitfalls of Dealing with Witnesses in Public Corruption Prosecutions. *The Wayne State University Law School Legal Studies Research*, 9(3). <http://www.ssrn.com/link/Wayne-State-U-LEG.html>
- Laudan, L. (2013). *Verdad, error y proceso penal*. Marcial Pons.
- Loftus, E. F., y Ketcham, K. (1991). *Juicio a la memoria. Testigos presenciales y falsos culpables*. Editorial Alba.

- Lorenzo, L. (2013). *Manual de litigación*. Ediciones Didot.
- Manzanero, A. (2008). *Psicología del testimonio: Una aplicación de los estudios sobre la memoria*. Ediciones Pirámide.
- Mazzoni, G. (2019). *Psicología del testimonio*. Editorial Trotta.
- Medwed, D. (2018). Coaxing, Coaching, and Coercing: Witness Preparation by Prosecutors Revisited. *Northeastern Public Law and Theory Faculty Research Papers Series*, 326-2018. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3219062
- Rua, G. (2015). *Examen directo de testigos*. Ediciones Didot.
- Ryan, J. y Dodge, A. (2013). *Preparing Witnesses to Give Effective Testimony: The Attorney's Essential Guide*. Dodge Consulting & Publications LLP.
- Semillero de Litigación Penal (2023). Encuestas sobre preparación de testigos. Universidad del Rosario, Colombia. <https://www.dropbox.com/sh/uu0x8nf0o8pkiz5/AADzu0eO9frLTXVplfd-QuAxa?dl=0>
- Sintura, F., Lombana, J., Forero, J., Bernate, F., Díaz, L., Galeano, J., Sánchez, R., Rodríguez, A., Henao, L. y Martínez, W. (2005). *Sistema Penal Acusatorio*. Editorial Universidad del Rosario.
- Stuart, S., Betanzos, T., y Campo, A. (2016). *Witness Communication Training: Helping Witnesses Learn to Deliver and Defend the Truth Under Adverse Examination*. CreateSpace, Amazon.
- Supreme Court of North Carolina (1979). *State of North Carolina v. Timothy Lane McCormick*, 4 de diciembre de 1979.
- Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala Penal (2014). *Proceso 2014-05146*.
- Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal (2022). *Proceso 2017-44079. Audiencia de juicio oral 3 de marzo de 2022*.
- U.S. Agency for International Development [USAID] (2003). *Técnicas de juicio oral en el sistema penal colombiano*. USAID Colombia.
- U.S. Agency for International Development [USAID] (2009). *Técnicas del proceso oral en el sistema penal acusatorio colombiano. Manual general para operadores jurídicos*. USAID Colombia.
- Vasiliev, S. (2011). From Liberal Extremity to Safe Mainstream? The Comparative Controversies of Witness Preparation in the United States. *International Commentary on Evidence*, 9(2), 5.
- Waites, R. (2009). *Helping Reluctant Witnesses to Give Effective Testimony*. SSR. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1520809>

FUNDAMENTOS À ADMISSIBILIDADE DA METAPROVA NO PROCESSO PENAL*

Daniel de Resende Salgado

Mestre em Processo Penal pela USP.

Procurador da República

danielrsalgado@uol.com.br

RESUMO: O presente artigo parte da premissa de que a metaprova objetiva reforçar ou debilitar a força inferencial de uma determinada prova, influenciando seu nível de fiabilidade. O caráter subsidiário e periférico da metaprova indica que a sua relevância deriva da relevância da prova, particularidade que influi na análise de sua admissão no curso do procedimento probatório.

PALAVRAS-CHAVE: prova, metaprova, fiabilidade, metarrelevância, admissibilidade.

FUNDAMENTALS FOR THE ADMISSIBILITY OF META-EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEEDINGS

ABSTRACT: This paper is based on the premise that meta-evidence aims to reinforce or weaken the inferential strength of a given evidence, influencing its level of reliability. The subsidiary and pe-

* Este trabalho é uma versão resumida de algumas reflexões contidas na obra Salgado (2023). *A metaprova no processo penal: seu perfil conceitual e funcional e o controle racional da fiabilidade da prova*. Juspodivm, (no prelo). O livro, por sua vez, é fruto da dissertação de mestrado em direito processual defendida na Universidade de São Paulo sob a orientação do professor Gustavo Henrique Badaró, em banca composta pelos professores Jordi Ferrer Beltrán, Vitor de Paula Ramos e Maria Thereza de Assis Moura, a quem agradeço pelos comentários, observações e sugestões.

ripheral character of the meta-evidence indicates that its relevance derives from the relevance of the evidence, a particularity that influences the analysis of its admission in the course of the probatory procedure.

KEYWORDS: evidence, meta-evidence, reliability, meta-relevance, admissibility.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO: O OBJETO DO PROCESSO E O OBJETO DA PROVA.— 2. METAPROVA: OBJETO E ESCOPO.— 3. A ADMISSIBILIDADE DA METAPROVA: 3.1. A presunção de fiabilidade: o perigo de desborde na cadeia de provas. 3.2. A relevância como filtro para admissibilidade da prova e a metaprova: 3.2.1. *A metarrelevância e a admissibilidade da metaprova.* 3.2.2. *A valoração provisória da prova para admissão da metaprova.* 3.2.3. *O contraditório para admissão da metaprova.*— 4. RESUMO CONCLUSIVO.— REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO: O OBJETO DO PROCESSO E O OBJETO DA PROVA

As proposições fáticas constitutivas da infração penal e erigidas como alicerce à imputação (também qualificadas no presente texto como proposições fáticas *principais*) são o conteúdo substancial do processo ou o seu objeto (Badaró, 2013, p. 76-77)¹. Se somente em relação a proposições/hipóteses/enunciados fáticos² é possível se falar em verdade ou em falsidade, é em face dessas proposições que versará a atividade probatória.

Portanto, em regra, a atividade probatória recai sobre os enunciados juridicamente relevantes ao processo. Se assim o é, as proposições fáticas principais, além de se caracterizarem como o objeto do processo, por óbvio também são o objeto da prova.

No contexto jurídico, a prova embasa (confirma ou explica) empiricamente uma proposição sobre o fato. A relação probatória é uma relação entre o conteúdo proposicional de hipóteses, em que uma enuncia o elemento de prova e a outra a proposição a ser provada (*themafactum probandum*). Dessarte, um enunciado é uma prova (enunciado probatório) quando serve para confirmar um outro enunciado (enunciado fático) (Carnelutti, 2005, p. 20; Taruffo, 2009, p. 259). Em assim sendo, e tendo a averiguação da verdade como *uma das* funções institucionais do processo penal³,

¹ Para uma distinção que parte da doutrina faz entre conteúdo e objeto do processo, vide Jardim (2002, p. 21).

² Não é a verdade dos fatos que deve ser objeto da prova, uma vez que os fatos existiram ou não existiram no passado. O que se pode falar em termos de verdadeiro ou falso são as afirmações, proposições, enunciados ou hipóteses acerca da existência de um fato. Nesse sentido, Magalhães Gomes Filho (2005, p. 317); Ubertis (1992, p. 9-10); Canzio *et al.* (2009, p. 322).

³ Gustavo Henrique Badaró (2017, p. 517), alicerçado nos ensinamentos de Michele Taruffo, sustenta que «a justiça de uma decisão está condicionada não apenas à verdade dos enunciados que amparam o juízo de fato, mas também à correta escolha e interpretação das regras jurídicas, bem como o emprego de um procedimento válido». Já Jordi Ferrer Beltrán (2021, p. 22) aduz que a averiguação da

a atividade de formação dos elementos de prova precisa ser viabilizada, até como um direito conferido às partes contra os riscos de erro, por um processo inferencial confiável (Haack, 1997, p. 212) e por fontes de provas individualmente sólidas, ou, em outros termos, *fiáveis*⁴.

Assim, quando o investigador se depara com uma prova⁵ em potencial, as duas questões que imediatamente surgem são aquelas relacionadas à relevância e à fiabilidade da fonte de informação (Schum, 2016, p. 278). Deveras, quanto mais *fiável* uma prova individual, mais força terá e mais incisivamente influenciará na combinação e na convergência das massas de provas, de modo a aumentar ou a diminuir, apoiar ou negar, a probabilidade de que venha a ser aceita como verdadeira a hipótese fática integrada ao processo com a imputação ou algum enunciado a ela alternativo⁶.

Percebe-se, em assim sendo, que a fiabilidade em si de uma prova é gradacional. Mister, dessa forma, avaliar o nível de solidez individual necessário para que uma fonte de prova possa ser potencialmente apta a confirmar, ou ajudar a confirmar, uma hipótese (Vázquez, 2015, p. 102). Em outros termos, o nível de fiabilidade é o resultado de inferências direcionadas à comprovação gradual de que a prova, a partir da análise de determinados atributos⁷, possui qualidade epistêmica. Isso implica dizer que a avaliação da solidez da prova não conduz a uma conclusão categórica e dual, no sentido de a prova ser ou não *fiável*, mas sim se a prova é *suficientemente fiável*⁸.

verdade sobre os fatos é o fim institucional da prova. Rodrigo Coloma Correa (2017, p. 39), por seu turno, afirma que «el interés institucional en la determinación de los medios de prueba se vincula a que la actividad probatoria sea más/menos eficiente, más/menos invasiva de derechos fundamentales, o más/menos legitimadora de los hechos probados».

⁴ Neste trabalho, considera-se que o termo *fiabilidade* «guarda conexão com a solidez ou com a qualidade epistêmica que possui uma prova em um viés ou estado objetivo, a partir da aferição de certos dados que podem ou não se encontrar aprioristicamente integrados a ela, ou a partir da análise lógica interna de uma narrativa (fiabilidade intrínseca), a versar sobre quão bem a prova demonstra o que pretende demonstrar» (Salgado, 2023, no prelo). Para uma melhor compreensão do sentido epistêmico do termo *fiabilidade* e o confronto do referido vocábulo com outras expressões como *credibilidade*, *validade* e *competência*, bem como a análise de seus atributos ou critérios gerais, vide Salgado (2023, no prelo).

⁵ O termo *prova* sempre foi definido a partir de diversos pontos de vista e acepções, tendo, assim, uma natureza polissêmica. Sobre as diversas terminologias da locução *prova*, vide Magalhães Gomes Filho (2005, p. 304-310) e Amaral (2017, p. 28).

⁶ A fiabilidade em si mesma não deve se confundir com a força inferencial ou com o valor probatório. Nos dizeres de Carmen Vázquez (2015, p. 197) há, entretanto, uma relação entre *fiabilidade* e *força inferencial*, porquanto se a prova não é *fiável*, não tem força alguma, mas, se *fiável*, a força probatória dependerá dos fatos em causa.

⁷ David Schum (2016, p. 145-153) trata de atributos ou critérios gerais de fiabilidade (ou, como prefere o mencionado autor, *credibilidade*). Para uma sistematização dos atributos de fiabilidade, vide Salgado (2023, no prelo).

⁸ Nesse aspecto, Dale Nance (2005, p. 11), por exemplo, direciona-se ao abandono da concepção dicotômica da acepção científica da expressão *validade* (ou *precisão*), atributo de fiabilidade, como se verificará adiante. Segundo a autora, deve haver uma demonstração de *fiabilidade suficiente* para a admissão da prova, mas reconhece, todavia, que a locução *suficiente* nada diz, exceto que algum teste baseado em fiabilidade deva ser empregado (Nance, 2005, p. 3) Marina Gascón Abellán (2021, p. 79),

Não se pode ignorar, ademais, que na apreciação da fiabilidade de uma prova deve-se considerar a forma como ela interage com outras provas, uma vez que provas individualmente fracas ou pouco fiáveis podem ter sua solidez robustecida quando cotejadas com o conjunto probatório (Haack, 2014, p. 43). Deveras, as provas de baixa qualidade epistêmica podem ser úteis, desde que o julgador compreenda a força que lhes deve ser atribuída (Pardo, 2010, p. 367, n. 6).

Em assim sendo, a solidez individual de uma prova pode ser constatada pela compatibilidade entre os dados probatórios, a partir da relação lógica, de apoio mútuo e multidirecional entre os enunciados. Se, por exemplo, durante a atividade probatória, for confirmada determinada informação contida em uma fonte de prova testemunhal com uma segunda fonte de prova da mesma espécie, por óbvio há uma interferência, para além da elevação do grau de justificação da hipótese ou da força inferencial da prova, na fiabilidade da primeira fonte probatória. Nesses casos de pluralidade de prova, o juízo de fiabilidade individual está conectado à análise probatória conjunta, porquanto a coerência entre as provas, a apontarem na direção de uma mesma hipótese, é passível de conferir, uma à outra, para além da maior força inferencial dada por seu conjunto, um grau de fiabilidade mais elevado. Da mesma forma, a ausência de compatibilidade de uma em relação à outra pode dar ensejo à diminuição da qualidade individual da prova. Inclusive, é nesse aspecto que Marcus Stone (1988, p. 69) aduz que algumas vezes pode parecer que não há nada de errado com uma prova em si mesma considerada até ela vir a ser vergastada por outra aparentemente mais fiável.

Por outro lado, a autenticação, a consistência e a precisão⁹ oriundas do processo de formação da própria prova garantem, por si só, a sua fiabilidade. Nos casos de meios de prova com suportes eletrônicos, por exemplo, quanto maior a conjunção entre determinados dados e seus metadados ou entre aqueles e seus códigos de verificação, elementos auxiliares, complementares e integrativos à própria prova (Kent Roach (2011, p. 343-409), p. 406-407), ao tratarem das provas eletrônicas, defendem a adoção de maior a autenticação e a precisão e, em consequência, mais elevado o nível de fiabilidade. Estado deveriam ter um *standard* de fiabilidade mais elevado para serem admitidas, o *standard* para o acusado deveria ser mais fraco. Aparentemente em sentido contrário a esses últimos autores, veja Vázquez (2015, p. 162).

⁹ No dizer de David Schum (2016, p. 151), há *autenticação* quando os dados são exatamente o que parecem ou o que afirmam ser, livres de adulteração ou corrupção. O atributo da *autenticação*, contudo, não se confunde com *autenticidade*. Um documento com assinatura falsa pode passar pelo teste de *autenticação*, pois é o que o Ministério Público diz que é (um documento falso), apesar de não passar pelo teste de *autenticidade*, justamente porque é contrafeito (Dallagnol e Câmara, 2019, p. 533). Outro atributo identificado por David Schum (2016, p. 152-153) é a *precisão* (expressão relacionada àquilo que a filosofia da ciência denomina de *validez*). No conceito de Humberto Ávila (2018, p. 124), a precisão pode ser caracterizada pela «capacidade dos elementos de prova de transmitir com acurácia informações a respeito do fato que se pretende provar». Terence Anderson *et al.* (2005, p. 65) também consideram atributos da fiabilidade (na denominação dos autores, *credibilidade*) a *consistência* (conceito que a filosofia da ciência utiliza como sinônimo de fiabilidade), ou seja, a replicabilidade do processo utilizado para gerar o elemento de prova.

Em suma, a solidez individual ou qualidade epistêmica de uma prova pode ser constatada tanto pela produção de outra prova dirigida ao enunciado fático principal, a estabelecer uma relação de coerência entre uns e outros enunciados probatórios, como durante o específico processo de formação ou de validação do dado probatório relevante à demonstração do enunciado fático.

Mas não só. A fiabilidade da prova pode também ser constatada por meio de outra atividade probatória dirigida à própria prova.

Com efeito, o tema probatório (aquilo que se pretende conhecer por meio da prova) é o que constitui o objeto da prova, seja ele referente ao enunciado fático constitutivo da infração penal, seja relativo a enunciados diversos (Guzmán, 2018, p. 31)¹⁰ que não guardam relação direta com o objeto do processo, ou seja, enunciados que não se projetam diretamente sobre as hipóteses fáticas principais. Dessarte, o objeto da prova pode ser um enunciado diverso da proposição que constitui o objeto principal do processo (Guzmán, 2018, p. 32), como aquele que permite inferência sobre a fiabilidade de uma dada prova corroborativa ou infirmativa da proposição constitutiva do tema principal do processo¹¹. Portanto, a prova pode se projetar sobre outra prova.

Dito de outra forma, uma prova, além de se direcionar às proposições fáticas consideradas o objeto do processo, também pode incidir sobre os próprios enunciados probatórios, visando, assim, a lhes conferir maior fiabilidade. Isso porque nem sempre as provas produzidas diretamente para justificar a hipótese acusatória (enunciados corroborativos) ou para desvirtuá-la (enunciados infirmativos) (Muñoz Sabaté, 1967, p. 213) são suficientes para conferir ao julgador a segurança necessária à tomada de sua decisão. Se assim o for, o objeto da prova, ou seja, o enunciado a ser provado é, em termos abstratos, mais amplo do que o objeto do processo (Gascón Inchausti, 1999, p. 21), não se confundindo com este.

¹⁰ A Corte de Cassação italiana já conferiu a seguinte interpretação sobre o objeto da prova, mesmo em face da aparente restrição dada pelo artigo 187 do CPP daquele país. Anote-se: « *Oggetto della prova sono i fatti che si riferiscono all'imputazione (articolo 187 c.p.p., comma 1). Ciò non vuol dire che siano ammissibili e valutabili solo prove concernenti gli elementi essenziali della fattispecie contestata (la condotta, l'evento, la causalità, l'elemento soggettivo), poiché il criterio di pertinenza attiene a tutte le circostanze utili per la verifica delle ipotesi ricostruttive formulate dalle parti*» (Cass. pen., senz. VI, 10/10/2018, n. 45.733).

¹¹ No exemplo de Miguel Fenech (1956, p. 130-131): «*Son pruebas accesorias las utilizadas para determinar la autenticidad de un documento que, a su vez, sirve de prueba de los hechos objeto del proceso; las dirigidas a acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio de la declaración de un testigo...*».

Em resumo, o objeto da prova pode se referir tanto às proposições sobre os fatos integrantes da infração penal como a outros enunciados secundários¹², periféricos¹³ ou auxiliares¹⁴. O último caso, no qual enunciados periféricos constituem o objeto da prova, pode ser justamente aquela que permite formular inferências em relação à solidez ou qualidade de enunciados sobre a própria fonte que oferece conhecimento a respeito das proposições fáticas objeto do processo, tendo, dessa forma, função acessória, em uma clara atividade de prova sobre prova ou, na expressão que se prefere por melhor denotar seu caráter instrumental, metaprobatória¹⁵. É prioritariamente sobre a análise da admissibilidade da metaprova¹⁶, subespécie de prova, que este texto se debruçará. Antes, contudo, mister buscar definir o objeto e o escopo do que ora se denomina metaprova.

¹² Michele Taruffo (2009, p. 457-458) refere-se a duas hipóteses de fatos secundários. Em suas palavras: «No obstante, conviene distinguir al respecto en función de que el hecho secundario que constituye el objeto de la prueba sea: a- un evento que se forma parte de la 'porción de realidad' en la que está incluido también el hecho principal, que se vincula con aquél inferencialmente de forma que su respectiva hipótesis resulta confirmada o rechazada; b- una circunstancia que pertenece, en cambio, a la prueba del hecho principal y que permite formular inferencias que no se refieren a la existencia del hecho a probar sino a la credibilidad y la aceptabilidad de la prueba».

¹³ Expressão utilizada por Fernando Gascón Inchausti (1999, p. 32).

¹⁴ A expressão é referida por Marcelo Mendroni (2015, p. 81), que se vale da doutrina alemã.

¹⁵ Em outras áreas do conhecimento, a metalógica é entendida como o estudo dos sistemas de lógica, ou seja, é a lógica da lógica (Gensler, 2016, p. 402). A disputa na filosofia da filosofia é chamada de metafilosofia (Fumerton, 2014, p. 23). *Uma metacrença ou crença de segunda ordem é uma crença acerca de outra crença* (Dinis, 2013, p. 71, n. 79). Também inspirados nestas outras áreas do conhecimento, preferirmos optar pelo vocábulo metaprova para denominar o fenômeno da prova sobre prova.

¹⁶ Os autores denominam esse fenômeno probatório de maneiras diversas. A título de exemplo, para Michele Taruffo (2009, p. 458), as provas que recaem sobre proposições fáticas secundárias são denominadas *provas subsidiárias*. Na mesma linha, Giulio Ubertis (2017, p. 118, n. 70). Miguel Feñech (1956, p. 130-131) chama o fenômeno de *provas acessórias*, definindo-as como aquelas que não se projetam sobre os fatos do processo, mas sobre outras provas, enquanto Luis Muñoz Sabaté (1967, p. 255-256) as denomina *instrumentos heurísticos* ou *probatórios* (assim denomina os meios de prova) para comprovar o instrumento da comprovação. Fernando Gascón Inchausti (1999, p. 29) emprega o termo *prova sobre prova*, definindo-o como atividade processual desenvolvida com o escopo de convencer o órgão judicial de que a eficácia probatória que merece determinado meio de prova deve aumentar, diminuir ou desaparecer no processo de valoração da prova. Essa linha é seguida por Jordi Ferrer Beltrán (2007, p. 88-89), que denomina *prova sobre prova* ou *provas de segunda ordem*. Há quem denomine tal espécie de *prova periférica, sobre fatos periféricos ou de corroboração periférica*, como o fazem Rikell Vargas Meléndez (2019, p. 230 e 255) e Jordi Nieva Fenoll (2010, p. 226-227). Manuel Ortells Ramos (2003, p. 250) as cognomina de *provas auxiliares*, entendendo-as como aquelas cujo objeto são elementos condicionantes da fiabilidade de outro meio de prova. Terence Anderson *et al.* (2005, p. 380) classificam como prova auxiliar (*ancillary evidence*) ou de relevância indireta (*indirectly relevant evidence*) aquelas que conferem força ou fraqueza a outra prova ou ao elo de enlases nas cadeias de raciocínio, estabelecidas pela prova diretamente relevante. A expressão *metaprova* é utilizada por Richard Friedman (1995, p. 255); Susan Haack (2015, p. 296-298); Juliana de Azevedo Santa Rosa Câmara e Deltan Martinazzo Dallagnol (2019, p. 530); Antonio do Passo Cabral (2020, p. 94-95). Há concepções de metaprova em certos aspectos diversas da ora exposta. Maggie Wittlin (2021, p. 1331-1394), por exemplo, aparentemente introduz um conceito de metaprova como uma espécie de prova, apresentada em uma fase preliminar ao julgamento, utilizada para demonstrar quais provas serão apresentadas no *trial*.

2. METAPROVA: OBJETO E ESCOPO

Helio Tornaghi (1991, p. 429-430 e 435), ao tratar da acareação, aparentemente concorda com Manzini ao considerar que o elemento destinado a avaliar a fiabilidade de uma prova é um mero *ato instrutório informativo* e não um meio de prova¹⁷. Contudo, não há dúvidas de que no processo penal há meios de prova utilizados para demonstrar algo que afeta substancialmente, seja de forma positiva ou negativa, a qualidade epistêmica ou fiabilidade de outras provas que versam sobre verdade ou a falsidade dos enunciados constitutivos da infração penal (Gascón Inchausti, 1999, p. 10-11).

Na realidade, não há distinção ontológica entre a metaprova e a prova em si. Uma prova de outra prova não deixa de ser prova: a proposição conclusiva do tipo «*E* é prova para que se creia que E é uma boa prova para a proposição P*», ou seja, é razoável crer em «P» com base em «E» em razão do reforço à sua fiabilidade dado por «E*», não deixa de se encontrar inserida no âmbito daquilo que se entende como prova. O elemento que confere à metaprova um cariz distintivo das provas em geral é o seu escopo de influenciar especificamente na solidez individual ou na qualidade epistêmica de outra prova.

À vista disso, durante a atividade probatória é possível produzir outros elementos objetivos que não tenham relação com a hipótese histórica do processo, mas que possam servir, a partir do reforço (ou não) de sua qualidade epistêmica, para aumentar (ou não) a força inferencial da prova. Não versa a metaprova diretamente sobre hipóteses fáticas que integram o objeto do processo. O seu objeto são os enunciados (probatórios) colocados ao conhecimento do julgador, mas, diferentemente da atividade probatória ordinária, a metaprova não se encontra projetada diretamente sobre os enunciados fáticos constitutivos da infração penal. Visa, na realidade, a robustecer ou a debilitar a eficácia de outros enunciados considerados, dentro do contexto processual, como provas. Assim, pode-se seguramente afirmar que a metaprova se relaciona diretamente com a aferição da fiabilidade de uma prova específica: como verificaremos, a sua relevância é derivada da relevância de outra prova.

A metaprova, enfim, é passível de auxiliar no enriquecimento da solidez da prova individualmente considerada, conferindo-lhe força inferencial diversa da que teria caso a prova sobre outra prova não fosse produzida (Gascón Inchausti, 1999, p. 44). Possui importante papel epistêmico de incidir sobre a qualidade de um específico

¹⁷ Alguns outros autores também não reconhecem a acareação como meio de prova (vide, por exemplo, Rangel (2020, p. 508); Vargas Meléndez (2019, p. 386); Montero Aroca *et al.* (2001, p. 309)). Contudo, a partir das características com as quais se trabalha neste texto, a acareação tem indubitável natureza metaprobatoria: o seu escopo é, justamente, demonstrar o grau de fiabilidade de cada uma das declarações contraditórias por intermédio do cotejo de uma nova narrativa esclarecedora com a outra, para determinar qual delas terá prevalência (nesse sentido, Gascón Inchausti, 1999, p. 118).

meio ou fonte da qual provém o elemento de prova, a ponto de, ao influenciar no seu grau de fiabilidade individual, impactar no processo inferencial realizado no contexto da valoração probatória.

Conclui-se, dessa forma, que o objeto da metaprova é a própria prova, enquanto seu escopo é auxiliar na análise do grau de fiabilidade de uma prova relevante ao accertamento dos fatos.

3. A ADMISSIBILIDADE DA METAPROVA

Existe a possibilidade genérica de propositura, admissibilidade e produção de metaprova, conferindo-lhe tratamento similar a qualquer outra diligência probatória. Basta, para tanto, propor em momentos processuais oportunos a produção de meios de prova cujo escopo seja aumentar ou diminuir a qualidade de outras provas. Nesse aspecto, a sua admissão ou a sua denegação estariam sujeitas, em princípio, ao controle ordinário a que se submetem as provas em geral. Inclusive, essa afirmação é coerente com a conclusão de que a metaprova só se distingue das provas em geral em face da sua finalidade e de seu objeto.

Ressalte-se que a prova como atividade se desenvolve em contextos teoricamente distintos¹⁸. Nessas etapas, há formas diversas de raciocínio probatório¹⁹. Assim, por exemplo, na etapa da *admissibilidade*, a concepção do raciocínio probatório está alicerçada na aferição da relevância da prova proposta e de sua compatibilidade com as regras de exclusão, em um juízo dual, pautado no tudo ou nada (Ávila, 2018, p. 125). Na fase da *produção* há outra concepção de raciocínio desenvolvida a partir da tática de exploração dos meios de prova que as partes realizam no curso do processo, sob o contraditório, para obtenção de elementos de prova.

Já no contexto da *valoração* há outra estrutura de raciocínio, a admitir graduação, por ser etapa de avaliação da força inferencial que os elementos probatórios relevantes

¹⁸ Conforme os escólios de Gustavo Henrique Badaró (2019, p. 141), as fases do procedimento probatório podem ser didaticamente divididas nesta sequência: *a*) investigação; *b*) instrução (proposição, admissibilidade e produção); *c*) valoração; *d*) decisão; *e*) justificação. Por sua vez, Rodrigo Coloma Correa (2017, p. 36) apresenta três etapas do procedimento probatório: *a*) preparação da atividade probatória; *b*) produção de provas e argumentos; *c*) decisão e justificação. Na primeira fase, é apresentada a hipótese fática juridicamente relevante a provar, agregada a um rol de meios de prova aptos a confirmá-la ou não. Na segunda etapa, as provas e os argumentos são apresentados. Na terceira, cujo protagonismo é do decisor, se dirime se a hipótese se encontra ou não provada, comunicando ao auditório as razões (Coloma Correa, 2017, p. 43 e 47).

¹⁹ Conclui Rodrigo Coloma Correa (2017, p. 53): «... hay un tipo de razonamiento dogmático que busca sacar rendimiento a las disposiciones normativas vigentes; un tipo de razonamiento epistémico en que se controla la producción de conocimientos en términos consistentes con la manera de operar en contextos con un fuerte compromiso hacia “lo verdadero”; y un tipo de razonamiento lógico que propende a la construcción de narraciones que controlan la extensión de los saltos argumentales resguardando que no se incurra en absurdos o sinsentidos».

já disponíveis no processo têm em si mesmos e em relação a determinado enunciado fático: aceitar que «*p*» está justificado é um estado que se alcança por meio de uma sequência de etapas encadeadas de raciocínio, a partir de um desenho inferencial-indutivo estruturalmente voltado a guiar a deliberação judicial à averiguação da verdade, que conecta elementos probatórios aportados ao processo à conclusão probatória, tendo por ligame as generalizações empíricas. Como bem aduzem Terence Andreson *et al.* (2005, p. 71), no momento valorativo os elementos de prova se vinculam por meio de uma cadeia de inferências com vários *links*, sendo o primeiro justamente o de *fiabilidade* (na aceção dos autores, *credibilidade*)²⁰.

O certo, entretanto, é que, como a metaprova versa sobre proposições fáticas distintas daquelas que integram o objeto do processo, nem sempre a sua necessidade é conhecida *a priori* pelos atores processuais, podendo surgir, por exemplo, no curso da instrução processual, durante a produção da prova. Contudo, na medida em que novos enunciados fáticos não incidam sobre a delimitação do objeto da controvérsia, a alegação extemporânea de proposições que afetem a qualidade das provas produzidas não vergasta garantias processuais. Em outros termos, uma vez definidos os lindes do objeto do processo no momento da propositura e do recebimento da peça acusatória, caso sejam descobertos aspectos fáticos diversos daqueles inicialmente inseridos na imputação, estes não integrarão o feito para fins de prova sem a devida alteração da hipótese acusatória a ser viabilizada pelo aditamento à denúncia (Badaró, 2013, p. 153). A prova (metaprova) de enunciados que porventura afetem a qualidade e, em consequência, a força inferencial de determinada prova, entretanto, não viola o princípio acusatório, na medida em que essas proposições não incidem na delimitação do objeto da controvérsia (Gascón Inchausti, 1999, p. 139).

Nessa perspectiva, no processo penal espanhol, por exemplo, o direito à propositura e à admissão da prova possui momentos processuais bem estabelecidos, mas o regime de preclusão é flexível quando se trata de metaprova²¹. Fernando Gascón Inchausti sustenta, com base no art. 729, § 3º, da LECrim, que, ao contrário das provas sobre as circunstâncias da infração penal, é possível a propositura e admissibilidade

²⁰ Na mesma linha, Antonio Magalhães Gomes Filho (2013, p. 127) leciona que o primeiro momento do processo valorativo é constituído pela aferição isolada sobre a qualidade dos dados probatórios obtidos e produzidos, sendo o conjunto das operações inferenciais realizado em um segundo momento, a partir do material idóneo, no sentido de se atingir o resultado probatório. Em conclusão análoga, anotem-se os escólios de Rodigo Coloma Correa (2017, p. 45), nos seguintes termos: «... *con el primero se llama la atención respecto de la calidad de la información suministrada por los medios de prueba. El foco está puesto eminentemente en ciertas cualidades de los medios de prueba a los efectos de reportar verídicamente un hecho y, a la vez, en la plausibilidad del mensaje comunicado*».

²¹ O art. 728, da LECrim reza: «*No podrán practicarse otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes, ni ser examinados otros testigos que los comprendidos en las listas presentadas*». O art. 729, § 3º, por sua vez, dispõe, *verbis*: «*Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior: [...] § 3.º Las diligencias de prueba de cualquiera clase que en el acto ofrezcan las partes para acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio de la declaración de un testigo, si el Tribunal las considera admisibles*».

de metaprova em qualquer fase do juízo oral²², particularmente após o desvelamento de fatos que coloquem em dúvida, por exemplo, a fiabilidade da prova testemunhal produzida (Gascón Inchausti, 1999, p. 143)²³. Em linha análoga, o art. 507, *comma* 1, do Código de Processo Penal (CPP) italiano, permite a produção de novos meios de prova, se absolutamente necessários, mesmo fora do momento processual adequado à sua propositura/admissão.

Já o diploma processual penal brasileiro, apesar de estabelecer certas normas preclusivas quanto à proposição probatória²⁴, dispõe ser possível a produção de prova extemporânea, desde que a necessidade se origine de circunstâncias ou fatos apurados na própria instrução, conforme reza o art. 402 CPP. Entretanto, diferentemente de alguns outros sistemas²⁵, a legislação brasileira não prevê especificamente as possibilidades de proposição de metaprova. O mencionado dispositivo do Código de Processo Penal brasileiro, contudo, pode ser utilizado como um dos pilares legais para sustentar a atividade metaprobatória durante ou em momento posterior à instrução probatória ordinária, reabrindo-a.

As páginas que seguem serão destinadas a sistematizar algumas particularidades sobre a admissibilidade da metaprova, em especial quando a sua necessidade surge posteriormente à admissão das fontes de prova e à produção da prova sobre as hipóteses fáticas em que descansa a demanda dos autos, mormente quando se sabe que a atividade pré-processual possui uma maior liberdade para a busca de fontes de prova (Salgado e Queiroz, 2004, p. 312; Saad, 2004, p. 246-247), inclusive metaprobatória, e de elementos de informação. Antes, porém, mister discutirmos, mesmo de forma perfunctória, a presunção de fiabilidade da prova, baldrame sobre o qual a análise da admissão da metaprova também precisará se fundar.

²² Destaca-se, por necessário, que, enquanto o processo penal brasileiro, tirante o procedimento do Júri, divide a persecução em uma etapa pré-judicial e outra judicial, outros sistemas possuem três etapas: fase de investigação, fase intermediária de preparação do juízo oral e o próprio juízo oral.

²³ Nesse aspecto, o Tribunal Supremo espanhol, no ATS 161/2002, de 23 de janeiro de 2002, afasta a juntada de novas provas em momento processual inoportuno por não se caracterizar como metaprova, uma vez que, nesse caso concreto, as provas se projetariam sobre o enunciado fático principal.

²⁴ Nesse sentido, por exemplo, o seguinte trecho de julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ) brasileiro: «3. Consoante o art. 396-A do Código de Processo Penal, o rol de testemunhas deve ser apresentado no momento processual adequado, ou seja, quando da apresentação da resposta preliminar, sob pena de preclusão. Em respeito à ordem dos atos processuais, não configura cerceamento de defesa o indeferimento do pedido extemporâneo de complementação do rol de testemunhas, a fim de acrescentar uma nova testemunha» (STJ, Quinta Turma, HC 602.742/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 25/08/2020, DJe 31/08/2020).

²⁵ Os sistemas chileno e panamenho admitem expressamente a possibilidade de o Tribunal, em juízo oral, autorizar a recepção de prova não anunciada na fase intermediária do procedimento criminal. Uma das hipóteses se refere, justamente, ao caso de haver controvérsia relativa à fiabilidade da prova oferecida em tempo e forma adequados, com o escopo específico de, ao apresentar algum elemento adicional, esclarecer a cizânia em torno de tal ponto, desde que não tivesse sido possível prever, anteriormente, a necessidade da prova sobre outra prova. Vide, nesse sentido, os artigos 336, II, do CPP chileno e 385 do CPP panamenho.

3.1. A presunção de fiabilidade: o perigo de desborde na cadeia de provas

É mais consentâneo com o princípio da presunção de inocência uma postura de dúvida constante em relação aos enunciados fáticos que suportam a acusação (Gresta, 2016, p. 288). Contudo, essa perspectiva não deve alcançar os meios ou fontes de prova em si, como defendem alguns autores²⁶. Se não há razão para duvidar de determinada prova, deve-se, em regra, considerá-la minimamente fiável²⁷.

Com efeito, a prova é um enunciado (probatório) que, em determinado contexto, tem a função de confirmar outro enunciado (fático) e, como suporte e garantia de que um enunciado possa ser aceito como provavelmente verdadeiro, se organiza em uma espécie de cadeia de justificação. Em princípio, se partirmos de uma presunção de desconfiança, a prova, como enunciado que é, também deveria ser provada, como também os enunciados sobre tal enunciado, e assim por diante, em um espiral de prova sobre prova.

Note-se, portanto, que uma presunção de desconfiança da prova, levada às últimas consequências, é passível de gerar o perigo de desborde na cadeia de prova. Se sempre for legítimo que se continue a fornecer indefinidamente razões para demonstrar os enunciados, ou se alguém, antes de tomar uma decisão, quiser acessar *todos os fatos* a partir de outras metaprovas que justificam a metaprova, surge, então, a ameaça do regresso *ad infinitum*²⁸ das cadeias de provas²⁹.

Oreste Dominioni (1986, p. 748 e 754), entretanto, afirma a existência de uma presunção de confiança probatória fundada no princípio da normalidade. Sustenta o autor que há uma regra de dedução de veracidade, fornecida pelo *id quod plerunque*

²⁶ Geraldo Prado (2015, p. 31-32), ao mencionar Baytelman e Duce, sustenta que não há confianças preestabelecidas, sendo que tudo remete à linguagem da prova e da sua idoneidade concreta. O autor conclui que o princípio da desconfiança, somado ao que chama de princípio da mesmidade, são essenciais para minimizar os riscos de incriminação imprópria.

²⁷ Para uma discussão referente à presunção de credulidade, vide as correntes presuntivistas (não reducionistas), não presuntivistas (reducionistas) e dualista da epistemologia do testemunho apresentadas em Ramos (2018, p. 73-83).

²⁸ Inclusive, aduz Alfred Tarski (2007, p. 223-224) que «na verdade, demonstramos cada sentença com base em outras sentenças, demonstrando outras sentenças com base em mais outras sentenças, e assim por diante. Se quisermos evitar tanto um círculo vicioso como uma regressão infinita, o processo deverá ser descontinuado em algum ponto». Alex Stein (2013, p. 252) averba que as inferências judiciais devem culminar em algum ponto, sendo tal decisão mais estratégica do que epistêmica: «*Terminar en un cierto punto es decidir estratégicamente acerca de los límites de la indagación judicial, más que decidir epistémicamente sobre sus contenidos*».

²⁹ É clássica a discussão sobre o regresso infinito das cadeias de justificação na teoria do conhecimento (vide Pardo, 2005, p. 321-392 e p. 333). O problema do regresso ao infinito das cadeias de prova é tratado com mais profundidade, a partir da teoria funderentista de Susan Haack, em Salgado (2023, no prelo).

accidit, o qual cede logo que aparece um elemento dissonante da máxima de experiência. Douglas Walton (2002, p. 313) aduz, quando trata da prova testemunhal, que o declarante começa com um determinado grau de higidez e, mesmo que não exista evidência prévia de sua honestidade ou desonestidade, tal presunção poderá ser derrotada com qualquer elemento bem sucedido contra a testemunha.

Certamente, para que as relações sociais sejam estabelecidas, na vida cotidiana e no trato com o mundo objetivo há necessidade prática de confiar, mesmo de forma não indiscriminada, naquilo que se considera pretensamente verdadeiro, apesar de nem sempre sê-lo. Como bem lembra Jürgen Habermas (2016, p. 62), «para dirigir um carro ou atravessar uma ponte, não partimos de uma atitude hipotética, refletindo a cada passo sobre a confiabilidade *do know-how* tecnológico ou estatístico do projetista». Assim, por exemplo, apesar do fato de confiar em um testemunho como guia para a ação prática ser diferente de aceitá-lo como verdadeiro (Ho, 2008, p. 249), em especial no contexto processual em que se busca um padrão de crença justificada, o certo é que é perfeitamente racional tratar criticamente as provas existentes com uma fiabilidade inicial, como uma espécie de *candidatas* a justificar uma proposição. Há, portanto, presunção relativa de fiabilidade que se estende, na seara processual, como um certo reflexo das relações sociais, aos meios e fontes de prova³⁰.

Como enfatizado alhures, para demonstrar um enunciado, recorre-se a outros enunciados. Quando uma hipótese é formulada, ela se conecta com outras e, assim, sucessivamente. Por exemplo, ao afirmar que «B não virá ao trabalho» e alguém questiona a base para tal afirmação, pode-se dizer que é porque «B está doente». O alicerce para se acreditar nisso pode residir no envio do atestado médico, o qual entende-se fiável, a partir da crença de que os médicos não mentiriam ou de que um documento médico é presumidamente verdadeiro. Tem-se, portanto, uma cessação no regresso de justificação. Caso assim não o fosse, provavelmente se entraria em uma espiral de razões, em que a hipótese X necessitaria de um suporte pela hipótese Y que, por seu turno, seria justificada pela Z, que também precisaria ser justificada para que a hipótese original X estivesse provada, e assim por diante até o infinito.

Dessa forma, entende-se que o juiz não é obrigado a se expressar, em regra, sobre a fiabilidade dos meios ou fontes de prova quando tal análise se encontrar baseada nas generalizações empíricas que guiam as relações humanas, mesmo levando em consideração que tais leis de validade universal não são capazes de integralmente conferir consistência axiomática às suas inferências³¹. Isso porque, repisa-se, a fiabilidade mínima dos meios e fontes de prova é presumida. Por exemplo, das palavras de uma testemunha quanto ao fato percebido deduz-se, se não houver nada que lhe desacredite, que pode ser aceita como probabilisticamente veraz³².

³⁰ Em defesa de presunção relativa de fiabilidade, vide Dallagnol e Câmara (2019, p. 543).

³¹ São as palavras de Perfecto Ibáñez (2006, p. 79).

³² Em termos gerais, são os escólios de Carnéades, resgatados por Douglas Walton (2002, p. 141-142): «*We can always be mistaken, and sometimes we are in fact mistaken. But nevertheless, if a proposition*

Tal premissa tem a sua importância à admissibilidade da metaprova, tema que começará a ser mais aprofundado a partir do item subsequente.

3.2. A relevância como filtro para admissibilidade da prova e a metaprova

Em uma perspectiva racionalista, os cânones que sustentam o raciocínio lógico-inferencial, como já aduzido alhures, devem ser empregados em todo procedimento probatório. Dessarte, critérios da racionalidade geral e das generalizações dotadas de sustento empírico, estudados mais profundamente em um contexto de valoração da prova, não podem ser ignorados no momento do juízo de admissibilidade probatória. Em assim sendo, também há filtros racionais de entradas de informações no processo (Vieira, 2017, p. 71) que, diga-se de passagem, antecedem, em regra, à aferição dos critérios de legalidade e de proibição probatória (Taruffo, 2014, p. 39). São obedecidas, dessa forma, as exigências de ordem lógico-racional antes de a prova ser submetida ao escrutínio por critérios jurídicos: deve ser verificado se as provas que se pretendem introduzir ou produzir no processo são úteis, se estorvarão a celeridade processual ou se criarão confusão ao julgador (Magalhães Gomes Filho, 1997, p. 130-131).

A doutrina há muito vem se debruçando sobre a estruturação dos critérios e filtros de natureza lógico-racionais ao direito à admissão da prova, sem alcançar, ainda, um consenso dogmático. Os estudos, por exemplo, ora conferem à noção de *pertinência* o sentido dado por alguns à locução *relevância*, ora restringem o termo como o único critério lógico-racional de admissibilidade, sugerindo que em seu bojo estariam contidos outros consectários, como utilidade, idoneidade, não redundância e a própria pertinência, e ora tratam as expressões *relevância* e *pertinência* como análogas³³. Marcelo Vinicius Vieira (2017, p. 97) pontua, contudo, que as diversas configurações do termo *pertinência* não apresentam critério inédito de admissibilidade, mas apenas uma roupagem diversa a filtros outrora já identificados.

Em face dessa cizânia, prefere-se considerar a locução *relevância* na concepção ampla desenvolvida por Michele Taruffo³⁴ e Jordi Ferrer Beltrán (2007, p. 68; 73 e 84), como uma espécie de cláusula geral que abrange os filtros racionais de admis-

is based on a presentation that is apparently true, then that proposition should, for practical purposes, be accepted as true, subject to further incoming presentations or other evidence that might come to be available in the future, that would show that it is false. So this set of apparently true presentations furnishes us with a basis for accepting propositions as true, even though it is not an infallible basis.

³³ Vide, por exemplo, discussões sobre a cizânia referente aos filtros de admissibilidade em Badaró (2016, p. 219-260).

³⁴ Michele Taruffo (1970, p. 25-27) apresenta uma distinção entre relevância lógica e jurídica. Para o autor, relevância jurídica representa um critério para individualização da «juridicalidade» do fato, ou seja, de sua correspondência a um tipo normativo e, portanto, de sua aptidão para produzir efeitos jurídicos, como consequência do estabelecimento de uma relação entre o mesmo fato e uma norma. Assim, «fato relevante» é equivalente ao que se denomina de fato jurídico ou fato principal. Segundo Michele

sibilidade de prova, a que mais se aproxima da abordagem epistêmica. Entende-se, pois, como epistemicamente *relevante*, tanto a prova que agrega conhecimento ao caso concreto a potencialmente influenciar no resultado do processo³⁵, como a que guarda conexão lógico-relacional *direta* com os enunciados fáticos produzidos em juízo, afastando, assim, a confusa bifurcação conceitual entre relevância-pertinência.

Entretanto, considerar que o objeto da prova possui relação lógica *direta* com o fato constitutivo da infração penal pode conduzir à conclusão de que a prova sobre outras provas não cumpriria o filtro de relevância à sua admissão, porquanto não permitiria fundar inferência sobre a aceitação ou não como verdadeiras as hipóteses fáticas objeto do processo. Jordi Ferrer Beltrán percebeu tal problema. Em seu exemplo (2007, p. 90), uma prova pericial cujo objeto é determinar a acuidade visual de uma testemunha não permitiria inferência a respeito da verdade ou falsidade sobre a proposição fática principal (se A disparou em B), mas sobre a sua fiabilidade (cujo conteúdo é se a testemunha T teria condições de ver A disparar em B). Nesse aspecto, com base no que se entende ordinariamente por relevância, esta prova não deveria, em princípio, ser admitida³⁶.

O professor da Universidade de Girona, entretanto, também parece reconhecer que, apesar de não cumprir o filtro de relevância, conforme a definição por ele insculpada, a metaprova pode ter importância epistêmica para a escolta tomada de decisões (Ferrer Beltrán, 2007, p. 90). Deveras, partindo da premissa de que os dados de suporte a uma proposição precisam ser fiáveis, não há dúvidas de que a metaprova pode possuir aptidão para viabilizar, de alguma forma, a revisão da probabilidade de *ser tido* como verdadeiro o enunciado fático discutido no processo. Supõe-se o caso de uma única testemunha (T) que averba na fase inquisitorial, em narrativa plausível e linear, ter visto, mesmo a uma distância considerável, A saindo da casa de B com uma faca na mão. Há, portanto, relevância à admissão desse meio de prova na fase processual, uma vez que se suas declarações forem potencialmente tidas por verdadeiras tornariam a proposição fática mais provável. A prova da ausência da acuidade visual de T, no sentido de que não seria capaz de distinguir uma pessoa de outra, por exemplo, poderá fazer com que a probabilidade sobre o enunciado referente à auto-

Taruffo, o critério da relevância jurídica não permite que os fatos secundários sejam qualificados como relevantes.

³⁵ Susan Haack (2015, p. 318) aduz que o filtro de relevância não é puramente lógico, mas também é uma questão factual. Deveras, a relevância em si é aferida a partir da probabilidade de um determinado meio de prova possuir para, potencialmente, influenciar a averiguação da verdade e pressupõe o uso de máximas de experiência que reaparecerão no contexto valorativo (nesse sentido, Coloma Correa, 2017, p. 39-40). Há quem entenda, ademais, que a relevância é medida em graus: existem provas que podem ser muito, bastante, medianamente ou escassamente relevantes (por todos, Coloma Correa, 2017, p. 39-40).

³⁶ Na mesma linha, Juan Sebastián Vera Sánchez (2017, p. 177) aduz que a relevância, se entendida como conexão lógica entre prova e fatos, não dá resposta aos meios de prova que possuem a função de demonstrar enunciados fáticos sobre a fiabilidade de outras provas, salvo se se vincular o seu conceito ao de probabilidade de ocorrência.

ria do crime de homicídio seja revisitada em razão da baixa fiabilidade da fonte de prova. Isoladamente, a metaprova pode parecer trivial. Contudo, ao se ligar à prova principal, passa a ter importância para auxiliar na valoração adequada daquela prova.

Em resumo, aponta-se três casos em que haverá admissibilidade da prova a partir do critério lógico-racional da relevância: *a)* quando o seu objeto caracterizar um fato principal; *b)* quando o seu objeto caracterizar um fato secundário que funda uma inferência a respeito de um fato principal; *c)* quando o seu objeto caracterizar um fato secundário que subsidia a inferência a respeito de outro fato secundário e é também relevante, em determinado contexto, em relação à existência do fato principal (Taruffo, 1970, p. 250)³⁷. Para especificar função da metaprova, um outro item, derivado do item «c», pode ser detalhado nos seguintes termos: quando o seu objeto caracterizar um enunciado secundário que subsidie inferência a respeito da fiabilidade de uma prova relevante ao fato principal. O critério lógico-racional relacionado à metaprova será um pouco mais detalhado adiante.

3.2.1. *A metarrelevância e a admissibilidade da metaprova*

Apesar de a metaprova não ser apta a auxiliar na construção direta das redes inferenciais dirigidas especificamente aos enunciados fáticos principais, ela pode ter importância para aumentar ou diminuir a força de outra prova ou da cadeia de raciocínio estabelecida a partir desta prova (Schum, 2016, p. 164).

À vista disso, uma prova é diretamente relevante se por meio dela se conseguir montar, potencialmente, uma cadeia de raciocínio dirigido à hipótese principal (Schum, 2016, p. 173). Há, entretanto, casos em que uma prova (P2) permite fundar inferências sobre a força ou debilidade de outra prova (P1) que, por sua vez, autoriza a realização de inferências sobre a verdade ou falsidade dos enunciados fáticos principais a provar. Nesse aspecto específico, há um tipo de relevância indireta ou mediata em relação à hipótese fática principal, como defende David Schum (2016, p. 176)³⁸.

³⁷ Em algumas ocasiões, a relação entre a hipótese fática e o enunciado probatório é direta, a robustecer a potencial probabilidade de se ter como verdadeira a hipótese com a admissão da prova, o que a faz relevante. Outras vezes, a prova é relevante para a hipótese, mesmo se a relação entre elas não for imediatamente aparente. Em outros casos, essa relação de relevância entre o enunciado probatório e o enunciado fático depende da prova de outra proposição fática. Assim, supõe-se um homicídio praticado com arma de fogo. Tem-se a hipótese de que A manipulou uma arma. A prova obtida da análise papilar será relevante, ou seja, tornará mais provável a hipótese de autoria do que não provável, a depender de quanto mais provável a arma manuseada por A venha ter sido utilizada para prática do crime (Friedman, 1997, p. 58-59). Em suma, se se concluir que a arma manuseada por A não é o instrumento da prática criminosa, o resultado de um exame papilar não será relevante à hipótese fática. Ao contrário, se a arma for considerada instrumento do crime, o exame papilar será relevante.

³⁸ Aproximadamente nesse mesmo sentido, Ubertis (2021, p. 199).

Mas, não só. Há casos em que a metaprova será relevante para conduzir à conclusão de que a prova sobre a qual se projeta não possui relevância para demonstrar um enunciado fático. Contudo, ainda assim, a retirar a aptidão da prova para estabelecer a verdade ou falsidade do enunciado fático objeto do processo, a metaprova acaba por influir na atividade desenvolvida no contexto da valoração probatória. Ora, se a metaprova se projeta sobre outra prova, a impactar na sua fiabilidade, e sendo a fiabilidade um *critério* de valoração³⁹, ela, em regra, possui relevância para influir no processo valorativo, individual e conjunto, decorrente da prova tida como aprioristicamente relevante.

Imagina-se, assim, que T1 testemunha que A cometeu um crime. Se T2 testemunha que T1 estava com ela em lugar diverso do local do delito, o testemunho de T2 é processualmente relevante, pois neutraliza a aptidão do testemunho de T1 e, em consequência, sua força inferencial para auxiliar a conclusão de que A provavelmente tenha cometido crime⁴⁰. Note-se, dessa forma, que a metaprova isolada não teria qualquer relevância, caso se interprete que a prova é relevante somente quando apontada aos enunciados fáticos principais da causa.

Em assim sendo, para que o requisito lógico-racional à admissibilidade da metaprova se encontre preenchido, mister que a fonte/meio metaprobatório potencialmente permita aferir a eficácia do enunciado probatório concreto e específico que visa a reforçar, debilitar ou anular. A sua relevância, portanto, é derivada da relevância de outra prova. Há, nesse aspecto, uma espécie de metarrelevância⁴¹ ou relevância processual (Badaró, 2019, p. 159, n. 103).

³⁹ A aceitação de uma proposição como mais ou menos provada/justificada epistemicamente depende, segundo Susan Haack (2013, p. 79), de alguns critérios, aptos a aumentarem ou diminuírem o grau de justificação que alguém possui para crer em algo. São eles: *i*) quanto de apoio à hipótese é oferecido pelas provas (quão forte é a conexão entre a prova e a hipótese e, assim, quanto mais forte a conexão, mais apoio à hipótese e, em consequência, mais ela estará justificada); *ii*) quão sólida é a prova em si mesma considerada, independentemente do suporte fornecido por outros enunciados ou pela aceitação da hipótese em questão como verdadeira (solidez ou segurança independente); *iii*) quão completas/disponíveis estejam tendencialmente as provas relevantes (completude ou abrangência). Tais parâmetros ou cláusulas de justificação, individual ou conjuntamente graduais, são complementares, podendo apresentar-se em maior ou menor medida (Haack, 2015, p. 295); não simétricos e compensáveis, no sentido de que a diminuição de um pode ser compensada com o aumento do outro (Haack, 2008, p. 258). Os critérios erigidos por Susan Haack se relacionam, em alguma medida, com as regras de valoração apresentadas por Daniel González Lagier, conforme reconhecido pelo próprio catedrático da Universidade de Alicante (2020, p. 13 e seguintes). Assim, por exemplo, o autor averba que o *grau de apoio* se relaciona com o que ele chama de *pertinência*, com a diversidade das provas, com o grau de probabilidade da máxima de experiência e com a maior força da hipótese aceita frente às demais conjecturas refutatórias. A solidez independente, por seu turno, se relaciona com a fiabilidade das provas e com a higidez das generalizações empíricas, enquanto a completude ou abrangência se relaciona com a riqueza ou soma dos elementos de provas relevantes, favoráveis ou desfavoráveis, que permitem atribuir valor às proposições em conflito.

⁴⁰ Em sentido aproximado, ver Anderson *et al.* (2005, p. 63).

⁴¹ Tal construção é fruto do *insight* do professor Jordi Ferrer Beltrán em banca de defesa da dissertação que, após avaliação, originou a obra da qual derivou o presente artigo. Mais uma vez, agradeço

Por conseguinte, a metaprova, até por seu caráter subsidiário, necessariamente não será relevante se o meio ou fonte de prova sobre a qual se projeta também não o for. Supõe-se que já há elementos de prova suficientes de que A matou B, extraídos das testemunhas T1 e T2, além de outros elementos produzidos por outros meios de prova. A prova da sensibilidade observacional de outra testemunha (T3), que terá a sua oitiva dispensada por já existirem provas abundantes e produzir pouca informação substancial para o acerto fático, é, no caso concreto, irrelevante. Em outro exemplo, a elucidação da dúvida sobre a integridade formal de um documento por meio de regras procedimentais próprias para aferição de sua maior, menor ou nula qualidade epistêmica, como a via incidental prevista, por exemplo, no art. 145 do CPP brasileiro, típica atividade metaprobatória, não fará sentido se tal documento não tiver relevância para o esclarecimento das hipóteses fáticas constitutivas da infração penal.

Reafirma-se, conseqüentemente, que uma metaprova, assim como as demais provas⁴², não é relevante em si mesma, mas é relacional, contextual (uma vez que pode ser relevante para um determinado caso concreto, mas não para outro) e, além do mais, é conexa a um enunciado (probatório) relevante que almeja influenciar.

Da mesma forma, a metaprova não visa a interferir na fiabilidade de prova que não possui eficácia. A metaprova tem o condão de auxiliar na análise da qualidade de uma prova obtida ou produzida segundo as prescrições legais (Gascón Inchausti, 1999, p. 30). Não se pode rebaixar ou reforçar a fiabilidade de uma possível prova adquirida/produzida por meio de uma atividade probatória espúria, legalmente não admissível e, em consequência, juridicamente inexistente.

E mais. Na enunciação do critério de relevância da metaprova também está implícita a condição de se impedir um regresso ao infinito ao longo da cadeia de proposições fáticas secundárias, uma vez que um fato relevante em relação a outro pode não ser em relação à conclusão final se a hipótese intermediária que é capaz de confir-

ao professor da Universidade de Girona pelas suas generosas contribuições, considerações e críticas ao trabalho. Ricard Friedman aparentemente concebe metarrelevância de forma diversa. Em sua visão (1997, p. 67-68), há situações em que a prova tem um valor insubstancial para o caso, mas é passível, por exemplo, de influenciar o julgador negativamente em relação ao réu. Um indivíduo é acusado de furto usando uma tesoura para cortar uma cerca que lhe conferiria acesso a um local, por exemplo. A prova apresentada pelo Ministério Público de que esse indivíduo cometeu crimes semelhantes (sob o pretexto de demonstrar a capacidade de o réu cortar cerca), insignificante para a solução do caso em si, porquanto produz pouca informação para o acerto fático, acaba por influenciar o julgador quanto à propensão do réu no cometimento de crime dessa espécie. Essa prova é, em sua concepção, metarrelevante.

⁴² Corretamente, Ho Hock Lai (2008, p. 8-9) averba que um fato só ganha sentido a partir de um contexto institucional. Na mesma linha, Paolo Ferrua (2018, p. 84). Assim também asseveram Terence Anderson, David Schum e William Twining (2005, p. 90), nos seguintes termos: «*In determining whether evidence is relevant, the analyst must answer the question, 'Relevant to what?' The "what" is the hypothesis*».

mar não influencia, direta ou indiretamente, essa própria conclusão (Taruffo, 1970, p. 250).

Há, outrossim, circunstância em que é mais clara a relevância de uma metaprova. Uma situação de dissonância probatória, por exemplo, no qual uma testemunha (T2) averba algo em total contrariedade ao que outra testemunha (T1) aduziu pode ser resolvida por meio da obtenção de uma metaprova, apta a produzir elementos periféricos e auxiliares para aumentar a fiabilidade de uma ou de outra fonte de prova. Há outros casos, entretanto, em que é necessária a construção de argumentos bastante elaborados para justificar a relevância de uma metaprova. Com efeito, conforme já desenvolvido neste texto, parte-se da máxima de experiência referente à presunção mínima de fiabilidade da prova. Por óbvio, tal generalização pode ser submetida a um teste probatório, mas, a depender do tempo e contexto (Anderson *et al.*, 2005, p. 72), em regra quando ocorre desvirtuamento da prova em um caso particular. Assim, por exemplo, não há que se demonstrar, a partir de uma atividade metaprobatória, a acuidade visual de toda e qualquer testemunha, porquanto se parte da generalização de que, frequentemente, quando uma pessoa reporta haver observado a ocorrência de um evento, é porque ela crê que ele ocorreu a partir do elemento sensorial recebido.

Pode-se entender, ademais, que uma metaprova proposta, apesar de potencialmente relevante em sentido estrito, venha a ser supérflua⁴³. Há hipóteses em que a fiabilidade de uma prova específica já é demonstrada por meio de sua imbricação com outras provas relevantes ou, até mesmo, a partir de elementos estruturantes originários e decorrentes da própria fonte de prova, conforme já abordado. Ressalte-se que o juízo de admissibilidade com base no critério da superfluidade fica mais claro em casos de metaprova, mormente quando a análise da potencial necessidade de uma atividade metaprobatória venha a ser aferida ao longo da instrução probatória, sobretudo naqueles casos das denominadas provas constituídas⁴⁴. Na realidade, a partir desse juízo de superfluidade tem-se um corte abrupto na cadeia probatória, ao inserir um limite à admissibilidade da metaprova, com o escopo também de se evitar o perigo do regresso ao infinito.

Em suma, a prova é relevante para uma proposição fática se possui uma tendência *substancial*⁴⁵ para tornar esse enunciado mais ou menos provável do que seria sem a

⁴³ Na linha desenvolvida por Gustavo Henrique Badaró (2016, p. 226-227), a inadmissão probatória por superfluidade não é um critério lógico-racional ou epistemológico, mas um parâmetro que visa a tutelar o princípio da economia processual, aliada à necessidade jurídico-processual de se colocar termo ao processo em tempo determinado.

⁴⁴ Para uma distinção entre as chamadas provas pré-constituídas, com admissibilidade apreciada pelo julgador *a posteriori* a seu ingresso no processo e de necessária validação processual por meio do contraditório, como o são os documentos, e as denominadas provas constituídas, cuja formação se encontra inserida no curso do processo, como sucede, por exemplo, com o depoimento das testemunhas, vide Badaró (2014, p. 167-168) e Taruffo (2016, p. 180-181).

⁴⁵ Atribuir o caráter *substancial* à relevância da prova é uma proposta apresentada por Richard Friedman (1997, p. 65).

prova. Por sua vez, a metaprova pode se relacionar com a proposição a que se refere (um outro enunciado probatório), mas não ter relevância (metarrelavância) naquele contexto processual, uma vez que: *a*) a prova a que se refere não é relevante ao caso concreto; *b*) a metaprova não é necessária para aumentar ou diminuir a fiabilidade da prova relevante, ou seja, não influi *substancialmente* na qualidade epistêmica da prova. Propõe-se, nesse último caso, imaginar que por meio de uma prova pericial se possa demonstrar a sensibilidade observacional de uma testemunha, no caso em que seja importante ao processo o que ela ouviu e não o que viu. Essa prova pericial poderia até servir de reforço à sua acuidade visual, mas, nesse contexto, não teria qualquer relevância àquilo que se deseja especificamente demonstrar: que a testemunha ouviu bem e, portanto, seria uma fonte de prova fiável.

3.2.2. *A valoração provisória da prova para admissão da metaprova*

Como desenvolvido alhures, ao não sustentar inferência acerca da veracidade ou falsidade dos enunciados fáticos objeto do processo, a relevância processual da metaprova é derivada da relevância de outra prova, circunstância a indicar a sua natureza acessória e estritamente instrumental⁴⁶.

Uma das consequências dessa conclusão, somada à presunção mínima de fiabilidade probatória, é que, de maneira diversa da admissão da prova diretamente relevante, orientada pelo princípio geral da liberdade de incorporação das fontes de prova, o juízo de admissibilidade da metaprova, em especial sobre a prova já judicializada, passa a ser mais rigoroso⁴⁷.

Assim, justamente em face de seu cariz subsidiário, a admissibilidade da metaprova pode se encontrar condicionada à prévia valoração atomista de uma prova dirigida

⁴⁶ Sobre a função instrumental da metaprova, traz-se o seguinte trecho da SAP B (Audiência Provincial de Barcelona) 151/2020, de 10/03/2020: «*La jurisprudencia del Tribunal Supremo admite de forma crítica la eficacia probatoria incluso su admisibilidad - de las pruebas periciales que versen sobre la credibilidad de los testigos, que habitualmente son también quienes aparecen como víctima del delito. Se trata de una prueba singular, dado que tiene como objeto la veracidad de una prueba personal; es decir, es una prueba sobre la prueba. Su función es estrictamente instrumental: aportar al proceso conocimientos validados por la ciencia sobre estándares de veracidad de los testimonios y, con tal carácter, puede constituir un medio hábil para la valoración de determinadas declaraciones...*».

⁴⁷ O Tribunal Supremo espanhol erige a importância de uma avaliação mais contundente para viabilizar a admissibilidade da metaprova. Nesse sentido, aponta a STS 925/2003, de 19/06/2003. Na mesma linha, tem-se o caso clássico de análise de admissibilidade de metaprova, já enfrentado em diversas oportunidades pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) brasileiro, referente à realização ou não de perícia para identificação de voz captada em intercepções telefônicas. Assim, ao também demonstrar maior rigor à admissibilidade da metaprova, a Corte entendeu que a perícia vocal é prescindível, salvo quando houver dúvida plausível que justifique a medida. Nesse sentido, ver, por exemplo: STJ, Quinta Turma, HC 453.357/SP, Min. Rel. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 16/08/2018, DJe 25/08/2018; STJ, Quinta Turma, AgRg no HC 445.823/PR, Min. Rel. Felix Fischer, j. 16/08/2018, DJe 21/08/2018; STJ, Quinta Turma, HC 409.551/RJ, Min. Rel. Ribeiro Dantas, j. 05/10/2017, DJe 11/10/2017; STJ, Quinta Turma, AgRg no HC 413.842/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 03/10/2017, DJe 11/10/2017.

à hipótese fática principal. Apesar de, como já referido, a admissibilidade da prova ser um processo binário (admite-se ou não se admite) e a valoração um processo gradativo (vai diminuindo ou aumentando a força inferencial), um juízo de valor *provisório* ao menos sobre a fiabilidade da prova a que ela se refere para se constatar a relevância ou utilidade de possível metaprova não pode deixar de ser realizado.

Isso porque a metaprova estará vinculada à constatação do nível de dúvida sobre a qualidade epistêmica daquela prova específica. Se não há, no mínimo, dúvidas sobre a solidez da prova, sequer a metaprova será admitida. Ao que parece, nesse sentido é a observação de Jordi Ferrer Beltrán (2007, p. 91) ao aduzir que, no processo, há uma espécie de valoração *in itinere* realizada durante a produção da prova, cujo escopo é justamente detectar insuficiências ou imperfeições. Para solvê-las, aduz o professor da Universidade de Girona, é necessário poder-se determinar de ofício⁴⁸ ou a pedido das partes, a depender da gravidade do defeito, a prática de nova prova (metaprova) dirigida à constatação ou não da fiabilidade de prova já aportada ao processo. Se assim não fosse, qualquer proposta de metaprova resultaria admissível, independentemente de sua necessidade, porquanto o julgador não teria formado, sequer provisoriamente, seu juízo acerca da eficácia dos meios de prova produzidos e, portanto, não lhe surgiria quaisquer questões sobre a sua fiabilidade (Gascón Inchausti, 1999, p. 47-48). Dessarte, pelo fato de a metaprova ter o escopo de conferir subsídios para melhor avaliar determinada prova, é importante, para isso, que haja apreciação prévia da própria prova para admissibilidade e produção da metaprova.

Ademais, também por estarem os enunciados a serem demonstrados com a metaprova mais distantes daquelas hipóteses que constituem estritamente o *thema decidendi*, é conveniente, para viabilizar a admissão da metaprova, a justificação de indicativos claros de possível comprometimento da fiabilidade de algum meio e/ou fonte de prova (Gascón Inchausti, 1999, p. 70-71)⁴⁹, a fim de sustentar a sua produção em momento processual imediatamente posterior, como regra, à produção da prova, cujo valor probatório se deseja influenciar (p. 144). Em outros termos, mister a construção mais fundamentada de argumentos, indicando razões robustas, para justificar a relevância da metaprova (Schum, 2016, p. 170).

Com isso, ajuda-se a evitar possíveis minijulgamentos dentro de julgamentos, a resguardar, assim, a celeridade e a economia processual, impedindo o consumo de tempo e o desenvolvimento de atividades processuais sobre questões marginais. A título de exemplo, partindo-se da premissa de que a fonte de prova é minimamente fiável, não há dúvidas quanto à necessidade de elevada demonstração da relevância para admissão da prova (metaprova) sobre a fiabilidade de um documento público de conteúdo declaratório, mormente em face da máxima de experiência normatizada

⁴⁸ Para um aprofundamento sobre a análise da possibilidade de produção de metaprova de ofício pelo juiz, vide Salgado (2023, no prelo).

⁴⁹ Aliás, é o que parece estabelecer, quanto à fiabilidade de uma testemunha, a regra 608 (a) do *Federal Rules of Evidence*.

no art. 405 do Código de Processo Civil (CPC) brasileiro, que presume verdadeiros os fatos enunciados pelo servidor público e ocorridos em sua presença (Mendonça, 2020, p. 460-461)⁵⁰.

Nessa linha, considerando, por um lado, que nem sempre é possível a parte prever a possibilidade de reforçar ou rebaixar a fiabilidade de uma fonte de prova no momento inicial do processo, mas, por outro lado, que o processo deve ser ordenado racionalmente e se desenvolver de forma célere, procurando evitar que a atividade metaprobatória sirva a indevidos atos dilatatórios ou obstrutivos ao deslinde do feito, Fernando Gascón Inchausti (1999, p. 157) defende que, já na proposição da metaprova, sejam especificados de forma acentuada as hipóteses que se pretende demonstrar com ela, bem como a sua incidência sobre o valor probatório de alguma prova produzida, os meios de que se pretende servir para tal escopo e a necessidade/relevância da metaprova proposta. Tais aspectos são controláveis com alicerce no princípio da boa-fé processual e da proibição de abuso de direito (p. 144), afastando-se, assim, de conjecturas e alegações genéricas.

Em assim sendo, considerando-se a validade *prima facie* dos atos processuais (Cabal, 2017, p. 407), a mera *possibilidade* de vício não diminui o valor da prova, afigurando-se indispensável a *efetiva* demonstração de hipótese fática concreta indicativa de que pode ter havido contaminação ou manipulação da fonte de prova, a gerar dúvida fundada, questão a viabilizar a admissão/produção da metaprova⁵¹.

⁵⁰ Importante destacar que, em casos de violência de gênero, a admissão de determinadas metaprovas deve passar por uma análise ainda mais rigorosa. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por exemplo, no *Caso Veliz Franco e outros vs. Guatemala*, afirmou que «Segundo determinadas pautas internacionais em matéria de violência contra a mulher e violência sexual, as provas relativas aos antecedentes sexuais da vítima são, em princípio, inadmissíveis, pois a abertura de linhas de investigação sobre o comportamento social e sexual prévios das vítimas em casos de violência de gênero não é mais do que a manifestação de políticas e atitudes baseadas em estereótipos de gênero» (CIDH, *Caso Veliz Franco e outros vs. Guatemala*, sentença de 19/05/2014, § 209). Por seu turno, o artigo 54 da Convenção do Conselho da Europa sobre Prevenção e Combate à Violência contra as Mulheres e à Violência Doméstica de 11/05/2011 reza que «as Partes deverão adotar as medidas legislativas ou outras que se revelem necessárias para que os meios de prova relacionados com os antecedentes sexuais e a conduta da vítima só sejam admissíveis em qualquer processo civil ou penal quando tal for relevante e necessário». Ao que parece, é o sentido que pode vir a ser conferido ao novel artigo 400-A do Código de Processo Penal brasileiro, *verbis*: «Na audiência de instrução e julgamento, e, em especial, nas que apurem crimes contra a dignidade sexual, todas as partes e demais sujeitos processuais presentes no ato deverão zelar pela integridade física e psicológica da vítima, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa, cabendo ao juiz garantir o cumprimento do disposto neste artigo, vedadas: I - a manifestação sobre circunstâncias ou elementos alheios aos fatos objeto de apuração nos autos». Assim, ao se referir a «elementos alheios aos fatos objeto de apuração nos autos», o mencionado inciso pode ser interpretado como uma vedação à produção de metaprova, caso se compreenda, neste caso, que o objeto de apuração corresponde ao objeto do processo, ou seja, aos enunciados fáticos principais.

⁵¹ Nesse diapasão, por exemplo, o Tribunal Supremo espanhol, na STS 679/2019, de 23/01/2020, exige plausibilidade concreta para considerar como rompida a cadeia de custódia. Na mesma linha, STJ, Quinta Turma, *AgRg no RHC 153.823/RS*, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 29/09/2021, DJE 04/10/2021.

Inclusive, em um cariz pragmático, Jordi Ferrer Beltrán esclarece que não é exigido ao julgador a prova de todas as premissas que operam como fundamentos indutivos da ampla cadeia de inferências que permite alcançar suas conclusões sobre os fatos provados no processo, a ponto de produzir um regresso ao infinito. Assim, para o professor da Universidade de Girona, a quantidade de passos inferenciais que devem ser dados depende, em boa parte, da dinâmica do próprio processo e das alegações das partes. Por exemplo, se o interessado apresenta elementos passíveis de questionar a fiabilidade de uma determinada técnica científica utilizada como base em uma prova pericial, tal fato precisará ser objeto de raciocínio probatório. Caso contrário, é possível assumir tal técnica como hígida, sempre que se disponha de informação sobre sua fiabilidade (Ferrer Beltrán, 2021, p. 41-42).

Assim, a avaliação da admissibilidade da metaprova pelo juízo deve ser mais rigorosa, se comparada à admissão da prova que se dirige aos enunciados fáticos principais. Esse juízo mais rigoroso de necessidade não parece contraditório à liberdade de inclusão probatória como indicativo epistêmico. Isso porque ao direito à prova e, em consequência, ao direito à metaprova, encontram-se também agregadas exigências relacionadas ao direito a um processo sem dilações indevidas.

Da mesma forma, a metaprova, sendo elemento eventualmente necessário, é, em regra, admissível —especialmente quando a sua suposta necessidade surge *a posteriori* à produção da prova sobre as proposições fáticas em que descansa a demanda dos autos— quando há impugnação ou contestação, com dados concretos, da fiabilidade do meio ou fonte de prova que possam vir, potencialmente, a violar a garantia do contraditório e da ampla defesa⁵². Com isso, evita-se que se alargue indevidamente o procedimento ou o paralise, vulnerando, como já averbado, o também direito a um processo célere (Fernández López, 2005, p. 99-100), além de impedir que a marcha processual venha a ser estorvada com o deslocamento das discussões próprias do objeto do processo para questões periféricas, instalando-se uma demanda

⁵² Ao reconhecer o direito à metaprova nesses lindes, vale mencionar o acórdão STJ, Quinta Turma, RHC 74.655/DF, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 06.12.2016, DJe. 15.12.2016: «... No sistema acusatório, cada parte do processo penal tem seu papel delineado de modo a fortalecer a dialética, possibilitando à acusação a produção da prova necessária a demonstrar a efetiva prática da conduta imputada ao réu e, da mesma forma, autorizando-se a defesa à produção da contraprova, apta a desconstituir a diligência incriminadora. Nesse contexto, não pode ser considerado impertinente o pedido de perícia no equipamento de gravação [...] A prudência recomenda seja privilegiada a ampla defesa na situação retratada, por meio do efetivo contraditório e da paridade de armas, consistente na possibilidade de a defesa realizar a contraprova relativa à prova trazida pela acusação. Com efeito, tendo o Ministério Público se utilizado de gravações ambientais para formular acusações, nada mais coerente que a defesa possa questioná-las, principalmente no caso dos autos, em que há indícios de manipulação. 5. Existindo possibilidade concreta de adulteração e mesmo exclusão/substituição do aparelho de escuta/imagem, como resultado da gravação ambiental judicialmente autorizada e realizada na fase investigativa, viola a garantia à ampla defesa a decisão que indefere pleito de realização de perícia técnica tendente a demonstrar a integralidade e hígidez do material em questão...». Apesar de o julgado se referir a «contraprova», não há dúvidas que a abordagem é sobre metaprova.

dentro da outra e perdendo-se em debates marginais que não dizem respeito diretamente à proposição fática principal.

Em suma, há de se questionar se a metaprova potencialmente terá um valor *substantial* para, de alguma forma, influenciar no caso concreto. Se a resposta for positiva, deve-se ainda verificar se, embora possua certa relevância, será ou não necessária em face de outros princípios, como a celeridade ou economia processual, ou da existência no processo de outros dados probatórios aptos a conferir fiabilidade à prova a que se refere. Dessarte, a produção da metaprova faz-se mais necessária quando as provas sobre os enunciados fáticos diretamente relacionados ao objeto do processo forem quantitativa e/ou qualitativa diminutas. Isso porque, quanto menor o volume qualitativo/quantitativo de provas, maior a necessidade de assegurar, por meio de elementos acessórios como o é a metaprova, a fiabilidade dos escassos dados. Nesse aspecto, a metaprova é importante para conferir fiabilidade a um único meio de prova existente (Gascón Inchausti, 1999, p. 67), como, por exemplo, quando as declarações da vítima forem as únicas provas dirigidas diretamente ao objeto do processo. Se houver, entretanto, outras provas superiores, em um entrelaçamento constitutivo em busca de uma justificação adequada, com potencial de diretamente se projetar sobre as hipóteses fáticas principais levadas ao processo, corroborando-as ou infirmando-as, não haverá necessidade, em princípio, da produção da metaprova.

Percebe-se, dessa forma, que a admissão da metaprova é excepcional, restritiva, eventual e específica. A existência de circunstâncias fáticas que, aparentemente, levem a dúvidas sobre a higidez de determinado meio ou fonte de prova já judicializado, ensejaria a necessidade da atividade metaprobatória, ou seja, casos de possível «desestabilização da prova»⁵³ podem ensejar outra atividade probatória com o escopo de inibir ou corroborar a qualidade epistêmica da prova e, em consequência, influir em sua força inferencial.

3.2.3. O contraditório para admissão da metaprova

A necessidade superveniente de se estabelecer uma atividade metaprobatória demanda tratamento especial. Enquanto as provas diretamente relacionadas ao enunciado fático principal não requerem, pelo princípio da inclusão probatória, a demonstração, pelas partes, de relevância, cabendo ao juiz, entretanto, rejeitar sua admissão caso verifique manifesta irrelevância (Badaró, 2016, p. 249-250), no juízo de admissão da metaprova, reitera-se, essa lógica é invertida. E é justamente em face disso que a garantia epistêmica oriunda do princípio do contraditório —tradicionalmente dirigida ao processo de formação da prova, no caso de provas constituídas,

⁵³ Expressão de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2019, p. 319-320).

ou sobre a prova produzida, no caso de provas pré-constituídas⁵⁴ — passa a alcançar relevo em um momento anterior à própria adição da metaprova no processo, a incentivar o confronto dialético prévio à sua admissão. Em consequência, cria-se um filtro cognitivo para o controle de sua entrada no processo, com maior amplitude do debate entre quem deseja a sua inserção e quem a entende desnecessária ou inútil.

Noutros termos, mister oportunizar que as partes se pronunciem preventivamente sobre a admissibilidade da metaprova antes de o órgão judicial tomar a sua decisão (Gascón Inchausti, 1999, p. 158). O aumento do controle das partes sobre a entrada da metaprova no feito, por um lado, intensifica o embate argumentativo sobre os critérios de admissibilidade e, por outro lado, oportuniza à parte adversa solicitar o afastamento de potenciais metaprovas inúteis, mormente em casos nos quais já foi viabilizado um controle de fiabilidade a partir de elementos produzidos da própria fonte/meio de prova ou por outra prova dirigida ao enunciado fático principal. Assim, mesmo considerando que a decisão de admissibilidade de uma prova (no caso, metaprova) só pode ser resolvida hipoteticamente, é mister conferir às partes a possibilidade de apresentar manifestação, por exemplo, sobre a possibilidade de já existirem nos autos, em conjectura, dados que comprovem ou desvirtuem a fiabilidade daquela prova específica, ou se existem possíveis elementos corroborativos ou infirmativos que demonstrem a superfluidade de uma atividade voltada à produção de prova periférica. O certo é que precisam, como já aduzido, ser construídos argumentos mais elaborados, que devem ser confrontados dialeticamente para melhor justificar a relevância da metaprova (Schum, 2016, p. 170).

O controle dialético da inclusão da metaprova, estabelecido pelos testes de contraditório a partir dos argumentos sobre a sua relevância ou superfluidade, é potente instrumento que pode servir de filtro epistêmico, além de estimular a sedimentação de processo penal de cariz mais adversarial. Ao incentivar a participação mais efetiva dos atores processuais na possibilidade de influenciar o julgador para a admissão da metaprova, não se deixa exclusivamente ao alvedrio do decisor, sem a devida contribuição das partes, a aferição de um aspecto limitador à liberdade de incorporação da prova, mormente quando a atividade metaprobatória tem o potencial de alargar a instrução processual ou de viabilizar a sua reabertura.

⁵⁴ A dimensão mais óbvia do contraditório, apesar de ser uma garantia com espectro amplo, é dirigida tradicionalmente ao processo de formação da prova e a influenciar dialeticamente no momento valorativo, não ao processo de admissibilidade probatória. Nesse sentido, é o que aparenta ser o núcleo central do art. 6.3, letra *d*, da Convenção Europeia de Direitos Humanos ao estabelecer que o acusado de um delito tem direito a *interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação*. Na mesma linha, a Convenção Americana de Direitos Humanos regula, em seu art. 8.2, letra *f*, o direito dos acusados de *interrogar as testemunhas presentes no tribunal*.

4. RESUMO CONCLUSIVO

No presente trabalho, buscou-se apresentar algumas ideias sobre o contexto da admissibilidade da metaprova. Adiante, pretende-se resumir e realçar o périplo percorrido, apresentando ao leitor breves indicações gerais sobre os principais pontos enfrentados:

1) A atividade probatória é dirigida predominantemente à demonstração das proposições fáticas constitutivas da pretensão penal e, para que as provas sejam aptas a sustentarem um enunciado fático, preferindo-o em relação a outros, mister que sejam, além de relevantes, minimamente fiáveis;

2) A fiabilidade guarda conexão com a solidez ou com qualidade epistêmica que possui uma prova em um viés ou estado objetivo, a partir da aferição de certos dados que podem ou não se encontrar aprioristicamente integrados a ela. A fiabilidade probatória é medida em graus, ou seja, uma prova pode ser mais ou menos fiável;

3) A fiabilidade probatória pode ser constatada durante o processo específico de formação do elemento de prova; pela relação lógica e de apoio mútuo e multidirecional entre enunciados probatórios; ou por meio de outra atividade probatória dirigida à própria prova;

4) O enunciado probatório, além de se projetar sobre os enunciados fáticos principais, objeto do processo, também pode se projetar sobre a própria prova. Nesse aspecto, o objeto da prova é mais amplo que o objeto do processo;

5) Apesar de se defender que é perfeitamente racional tratar criticamente as provas com uma apriorística presunção de fiabilidade mínima, como uma espécie de *candidatas* a justificar uma proposição, pode-se fazer necessária a prática de meios de prova, não para averiguar diretamente a verdade ou falsidade dos enunciados fáticos objeto do processo, mas para demonstrar algo que afeta substancialmente, seja de forma positiva ou negativa, a eficácia de outra prova;

6) Um elemento destinado a constatar a fiabilidade de uma prova não é um simples ato instrutório informativo. Mesmo possuindo função instrumental, a agir como mecanismo de desvelamento de falhas ou detecção de qualidades não patentes de outras provas, não deixa de ser uma espécie do gênero prova. É, na verdade, uma prova sobre outra prova ou, no termo que se prefere, uma metaprova;

7) Como as provas se organizam em cadeia e como se recorre a enunciados (probatórios) para demonstrar outros enunciados, o enunciado probatório sobre outro enunciado probatório (metaprova), caso partamos de uma presunção de desconfiança da prova, também deveria ser objeto de prova e, assim, sucessivamente, podendo ocasionar o regresso ao infinito;

8) Entende-se epistemicamente relevante tanto a prova que potencialmente agrega conhecimento ao caso concreto a ponto de poder influenciar o resultado do

processo, como a que guarda conexão lógico-relacional direta com os enunciados fáticos produzidos em juízo;

9) Apesar de a metaprova não possuir relação lógica direta com a hipótese fática constitutiva da infração penal, pode ter importância epistêmica para a escoreita tomada de decisão, ao adquirir relevância devido à sua associação com outras provas diretamente relevantes, o que pode ser identificado como metarrelevância. Como a metaprova se projeta sobre outra prova, caso esta seja inadmissível, aquela também o será;

10) Uma metaprova, assim como as demais provas, não é relevante em si mesma, mas é relacional, contextual (uma vez que pode ser relevante para um determinado caso concreto, mas não para outro) e, além do mais, é conexa a um enunciado (probatório) relevante que almeja influenciar;

11) A metaprova pode se relacionar com outro enunciado probatório, mas não ter relevância (metarrelevância) naquele contexto processual, uma vez que: *a*) a prova a que se refere não é relevante ao caso concreto; *b*) a metaprova não é necessária para aumentar ou diminuir a fiabilidade da prova relevante, ou seja, não influi *substancialmente* na qualidade epistêmica da prova;

12) A admissibilidade da metaprova está condicionada à prévia e provisória valoração da prova, a viabilizar a aferição ao menos da fiabilidade da fonte de prova a que a metaprova se refere;

13) Ao contrário das provas diretamente relacionadas ao enunciado fático principal, na qual não compete às partes a demonstração de sua relevância, mas ao juiz indeferir a sua produção, caso sejam irrelevantes, no juízo de admissão da metaprova tal lógica é invertida e, também em razão da necessária análise mais rigorosa de sua relevância e utilidade, o prévio confronto dialético entre as partes para a admissão dessa modalidade probatória precisa ser incentivado.

REFERÊNCIAS

- Amaral, P. O. (2017). *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade* (2ª ed.). Revista dos Tribunais.
- Anderson, T., Schum, D. e Twining, W. (2005). *Analysis of Evidence* (2ª ed.). Cambridge University Press.
- Ávila, H. (2018). Teoria da prova: *standards* de prova e os critérios de solidez da inferência probatória. *Revista de Processo*, 282, 113-139.
- Badaró, G. H. (2013). *Correlação entre acusação e sentença* (3ª ed.). Revista dos Tribunais.
- Badaró, G. H. (2014). Prova emprestada no processo penal e a utilização de elementos colhidos em Comissões Parlamentares de Inquérito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 106, 157-179.
- Badaró, G. H. (2016). Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância. Em J. R. S. Bedaque, L. C. B. Cintra e E. P. Eid (Org.), *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo* (pp. 219-260). Gazeta Jurídica.
- Badaró, G. H. (2017). A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. Em R. Sidi e A. Lopes (Org.), *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal* (pp. 517-538). D'Plácido.
- Badaró, G. H. (2019). *Epistemologia judiciária e prova penal*. Revista dos Tribunais.

- Cabral, A. P. (2017). Nulidades no processo penal entre garantismo, instrumentalidade e boa-fé: a validade *prima facie* dos atos processuais. Em D. Fischer, E. Pelella e B. Calabrich (Org.), *Garantismo penal integral* (4ª ed., pp. 397-429). Verbo Jurídico.
- Cabral, A. P. (2020). Processo e tecnologia: novas tendências. Em P. H. S. Lucon, E. N. Wolkart, F. M. Laux e G. S. Ravagnani (Org.), *Direito, processo e tecnologia* (pp. 83-109). Revista dos Tribunais.
- Canzio, G., Taruffo, M. e Ubertis, G. (2009). Fatto, prova e verità (alla luce de principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio). *Rivista Criminalia. Annuario de Scienze Penalistiche*, 324, 305-329.
- Carnelutti, F. (2005). *Das provas no processo penal* (trad. de V. L. Bison). Impactus.
- Coloma Correa, R. (2017). Conceptos y Razonamiento Probatorio. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 30(2), 31-56.
- Dallagnol, D. M. e Câmara, J. A. S. R. (2019). A cadeia de custódia da prova. Em D. R. Salgado e R. P. Queiroz (Org.), *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade* (3ª ed., pp. 529-566). Juspodivm.
- Dinis, P. (2013). *A teoria fundarentista da justificação epistêmica de Susan Haack*. [Dissertação Mestrado em Filosofia, Universidade de Lisboa]. Repositório da Universidade de Lisboa. <http://hdl.handle.net/10451/9714>
- Dominioni, O. (1986). La valutazione delle dichiarazioni dei pentiti. *Rivista di diritto processuale*, 41(4), 740-767.
- Edmond, G. e Roach, K. (2011). A Contextual Approach to the Admissibility of the State's Forensic Science and Medical Evidence. *University of Toronto Law Journal*, 61, 343-409.
- Fenech, M. (1956). *El proceso penal*. JmB.
- Fernández López, M. (2005). *Prueba y presunción de inocencia*. Iustel.
- Ferrer Beltrán, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons.
- Ferrer Beltrán, J. (2021). *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*. Marcial Pons.
- Ferrua, P. (2018). La prova nel processo penale. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 4(1), 81-128.
- Friedman, R. (1995). Still Photographs in the Flow of Time. *Yale Journal of Law and the Humanities*, 7(1), 243-265.
- Friedman, R. (1997). Irrelevance, Minimal Relevance, and Meta-Relevance (Response to David Crump). *Houston Law Review*, 34(1), 55-71.
- Fumerton, R. (2014). *Epistemologia* (trad. de S. I. A. Stein e R. F. Wagner). Vozes.
- Gascón Abellán, M. (2021). Ideas para un «control de fiabilidad» de las pruebas forenses: un punto de partida para seguir discutiendo. Em P. Rovatti (Org.), *Manual sobre derechos humanos y prueba en el proceso penal* (pp. 51-85). Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Gascón Inchausti, F. (1999). *El control de la fiabilidad probatoria: «prueba sobre la prueba» en el proceso penal*. Revista General de Derecho.
- Gensler, H. J. (2016). *Introdução à lógica* (trad. de C. M. A. P. Gentil Dit Maillard). Paulus.
- González Lagier, D. (2020). ¿Qué es el fundherentismo y qué puede aportar a la teoría de la prueba en el Derecho? [Borrador]. Academia.edu. 2020.
- Gresta, R. M. (2016). Presunção e prova no espaço processual: uma reflexão epistemológica. Em R. B. C. Dias, C. H. Soares, M. M. B. Rúa, L. D. P. Giraldo e F. R. D. Andrade (Orgs.), *Direito probatório: temas atuais* (pp. 263-298). D'Plácido.
- Guzmán, N. (2018). *La verdad en el proceso penal*. Didot.
- Haack, S. (1997). *Evidencia e investigación: hacia la reconstrucción en epistemología* (trad. de M. Á. Martínez García). Tecnos.
- Haack, S. (2008). Warrant, Causation and the Atomism of Evidence Law. *Episteme: a Journal of Social Epistemology*, 5, 253-265.
- Haack, S. (2013). El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica. Em C. Vázquez (Ed.), *Estándares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica* (pp. 65-98). Marcial Pons.
- Haack, S. (2014). Epistemology Legalized: Or, Truth, Justice and the American Way. Em S. Haack (Ed.), *Evidence Matters: Science, Proof and Truth in the Law* (pp. 27-46). Cambridge University Press.

- Haack, S. (2015). Provar a causa: o holismo da justificação e o atomismo de Daubert. Em S. Haack (Ed.), *Perspectivas pragmatistas da Filosofia do Direito* (trad. de A. G. Vieira e N. Schneider, pp. 282-322). Unisinos.
- Habermas, J. (2016). *A ética da discussão e a questão da verdade* (trad. de M. B. Cipolla). Martins Fontes.
- Ho, H. L. (2008). *A Philosophy of Evidence Law Justice in the Search for Truth*. Oxford University Press.
- Ibáñez, P. A. (2006). *Valoração da prova e sentença penal* (trad. de L. R. Andrade). Lumen Juris.
- Jardim, A. S. (2002). Reflexão teórica sobre o processo penal. Em A. S. Jardim (Ed.), *Direito processual penal* (11ª ed., pp. 19-49). Forense.
- Magalhães Gomes Filho, A. (1997). *Direito à prova no processo penal*. Revista dos Tribunais.
- Magalhães Gomes Filho, A. (2005). Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). Em F. L. Yarshell e M. Z. Moraes (Coords.), *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover* (pp. 303-318). DPJ.
- Magalhães Gomes Filho, A. (2013). *A motivação das decisões penais* (2ª ed.). Revista dos Tribunais.
- Marinoni, L. G. e Arenhart, S. C. (2019). *Prova e convicção* (5ª ed.). Revista dos Tribunais.
- Mendonça, A. B. (2020). A prova documental no processo penal: aspectos relevantes e controvertidos. Em D. R. Salgado, L. F. Kircher e R. P. Queiroz (Orgs.), *Altos estudos sobre a prova no processo penal* (pp. 430-523). Juspodivm.
- Mendroni, M. (2015). *Provas no processo penal: estudos sobre a valoração das provas penais* (2ª ed.). Atlas.
- Montero Aroca, R., Barona Vilar, S., Gómez Colomer, J. L. e Motón Redondo, A. (2001). *Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal* (10ª ed.). Tirant lo Blanch.
- Muñoz Sabaté, L. (1967). *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*. Praxis.
- Nance, D. (2005). Two Concepts of Reliability. *The Journal of Philosophy, Science & Law*, 5, 1-12.
- Nieva Fenoll, J. (2010). *La valoración de la prueba*. Marcial Pons.
- Ortells Ramos, M. (2003). Nuevas tecnologías y proceso jurisdiccional en el ámbito iberoamericano. *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Perú*, 56, 221-255.
- Pardo, M. (2005). The Field of Evidence and the Field of Knowledge. *Law and Philosophy*, 24, 321-392.
- Pardo, M. (2010). Evidence Theory and the NAS Report on Forensic Science. *Utah Law Review*, 2, 367-383.
- Prado, G. (2015). A quebra da cadeia de custódia das provas no processo penal brasileiro. Em M. M. Guedes Valente, G. Prado, N. J. Giacomolli e E. Damas Da Silveira (Eds.), *Prova penal: Estado Democrático de Direito* (pp. 13-37). Rei dos Livros.
- Ramos, V. P. (2018). *Prova testemunhal. Do subjetivismo ao objetivismo. Do isolamento científico ao diálogo com a Psicologia e a Epistemologia*. Revista dos Tribunais.
- Rangel, P. (2020). *Direito processual penal* (28ª ed.). Atlas.
- Saad, M. (2004). *O direito de defesa no inquérito policial*. Revista dos Tribunais.
- Salgado, D. R. (2023). *A metaprova no processo penal: seu perfil conceitual e funcional e o controle racional da fiabilidade da prova*. Juspodivm (no prelo).
- Salgado, D. R. e Queiroz, R. P. (2020). O compartilhamento de dados obtidos por meio de interceptação telefônica. Em D. R. Salgado, L. F. Kircher e R.P. Queiroz (Coords.), *Altos estudos sobre a prova no processo penal* (pp. 307-335). Juspodivm.
- Schum, D. (2016). *Los fundamentos probatorios del razonamiento probabilístico* (trad. de Ó. Vargas). Órion Vargas.
- Stein, A. (2013). Contra la prueba libre (trad. de J. Larroucau Torres). *Revista de Derecho (Valdivia)*, 26(2), 245-261.
- Stone, M. (1988). *Cross-Examination in Criminal Trials*. Butterworths.
- Tarski, A. (2007). Verdade e demonstração. Em A. Tarski (Org.), *A concepção semântica da verdade. Textos clássicos de Tarski* (trad. de C. R. Braida et al., pp. 203-233). Unesp.
- Taruffo, M. (1970). *Studi sulla rilevanza della prova*. Cedam.
- Taruffo, M. (2009). *La prueba de los hechos* (trad. de J. Ferrer Beltrán). Trotta.
- Taruffo, M. (2014). *A prova* (trad. de J. G. Couto). Marcial Pons.

- Taruffo, M. (2016). *Uma simples verdade: o juiz na construção dos fatos* (trad. de V. P. Ramos). Marcial Pons.
- Tornaghi, H. (1991). *Curso de processo penal* (Vol. I, 8ª ed.). Saraiva.
- Ubertis, G. (1992). La ricerca della verità giudiziale. Em G. Ubertis (Org.), *La conoscenza del fatto nel processo penale* (p. 1-38). Giuffrè.
- Ubertis, G. (2017). *Elementos de epistemología del proceso judicial* (trad. de P. Andrés Ibáñez). Trotta.
- Ubertis, G. (2021). I criteri di ammissibilità probatoria. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 7(1), 189-214.
- Vargas Meléndez, R. (2019). *La prueba penal: estándares, razonabilidad y valoración*. Pacífico Editores.
- Vázquez, C. (2015). *De la prueba científica a la prueba pericial*. Marcial Pons.
- Vera Sánchez, J. S. (2017). Naturaleza jurídica de la fase intermedia del proceso penal chileno: un breve estudio a partir de elementos comparados. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 49, 141-184.
- Vieira, M. V. (2017). *Direito à admissão probatória no processo penal: limites ao seu exercício*. [Dissertação Mestrado, Universidade de São Paulo]. Teses e dissertações USP. <https://doi.org/10.11606/D.2.2017.tde-04122020-020909>
- Walton, D. (2002). *Legal Argumentation and Evidence*. Pennsylvania State University Press.
- Wittlin, M. (2021). Meta-Evidence and Preliminary Injunctions. *UC Irvine Law Review*, 10(4), 1331-1394.

LA IMPORTANCIA DE LA ABDUCCIÓN EN LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN CRIMINAL

Livia Moscatelli*

Abogada penalista
liviamoscatelli@gmail.com

RESUMEN: El artículo tiene como objetivo mostrar la relevancia de las discusiones sobre la abducción, que juega un papel central en el razonamiento probatorio existente en las primeras etapas de la investigación de un delito. A partir de la explicación de la estructura abductiva, se tomará como ejemplo un caso de investigación criminal ocurrido en Brasil, en el que la toma de decisiones por la policía fue precipitada y sesgada, dando lugar a la condena de un inocente. Tomando lo anterior como base, se presentarán algunas herramientas de inteligencia artificial existentes y otras propuestas de políticas públicas que pueden ser implementadas para formar a los responsables de la investigación criminal en la generación de mejores hipótesis de trabajo.

* Maestra en razonamiento probatorio por la Universitat de Girona/Università degli Studi di Genova y estudiante de maestría en la Universidade de São Paulo (USP). Miembro del grupo de investigación «Prova Sob Suspeita» del Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD). Abogada penalista. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6163-841X>.

Este artículo constituye una versión ajustada del trabajo final presentado para el Máster en Razonamiento Probatorio impartido por la Universitat de Girona y la Università degli Studi di Genova, realizado bajo la dirección del profesor Edgar Aguilera, a quien me gustaría dar las gracias por las recomendaciones de lectura y debate de ideas. Parte de la investigación también forma parte de la maestría en la Universidade de São Paulo, dirigida por Gustavo Badaró. Asimismo, agradezco los comentarios de los profesores Jordi Ferrer y Diego Dei Vecchi, que integraron el tribunal evaluador de la defensa y las sugerencias de los profesores Carmen Vázquez y Vitor de Paula Ramos en el Congreso presencial de Razonamiento Probatorio en Ibero-América. El agradecimiento se extiende a dos dictaminadores/as anónimos/as y a mis colegas Marianela Delgado, Gustavo Poblete, Janaina Matida, Manuel Calderón, Anderson Giampaoli, Robson Godinho y Nina Nery, por sus atentas lecturas y comentarios críticos.

PALABRAS CLAVE: investigación criminal, abducción, toma de decisiones investigativas, razonamiento probatorio.

THE IMPORTANCE OF THE ABDUCTIVE REASONING IN THE CRIMINAL INVESTIGATION

ABSTRACT: The article aims to show the importance of discussing abduction, a type of inference that plays a central role in the evidential reasoning presented in the early stages of criminal investigation. After explaining the inference structure, the use of abduction reasoning will be exemplified using a real case, in which the police officer's decision-making process was premature and biased, resulting in a judicial error and the conviction of an innocent man. Although not exhaustive, at the end, will be presented some suggestions to improve the criminal investigation using the abduction reasoning, as the use of artificial intelligence tools and public policy proposals which could be implemented to train those responsible for criminal investigations, all in order to generate better hypotheses.

KEYWORDS: criminal investigation, abduction, investigative decision-making, evidential reasoning.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. UN GIRO EPISTEMOLÓGICO NECESARIO: 2.1. La ausencia de criterios basados en un adecuado razonamiento probatorio en la etapa de investigación criminal. 2.2. Entendiendo el razonamiento inferencial abductivo.— 3. LA PRÁCTICA DE LA ABDUCCIÓN: 3.1 El juzgamiento de José Silva.— 4. HERRAMIENTAS Y ESTÍMULOS QUE PUEDEN MEJORAR EL RAZONAMIENTO ABDUCTIVO.— 5. CONCLUSIONES.— BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Como señala Haack (2014) en su texto titulado *Epistemology Legalized: Or, Truth, Justice and the American Way*, investigar es algo que todas las personas hacemos diariamente (p. 29). En nuestra vida cotidiana, solemos conjeturar y crear hipótesis explicativas sobre lo que aún no conocemos: el origen de un mal olor, la causa del retraso de un vuelo, las razones por las que alguien mintió, los motivos por los que terminó una pareja, etc.

Más allá de las cuestiones cotidianas, existen numerosas profesiones que se dedican a esta tarea. Cuando un médico atiende a un paciente que se queja de una dolencia que le afecta, le pregunta por sus hábitos de vida y su historial de salud. A partir de los datos disponibles, empieza a investigar la anomalía, solicitando nuevas pruebas, comparando los resultados con los síntomas existentes, hasta llegar a un diagnóstico probable de la enfermedad¹.

¹ Es interesante ver, por ejemplo, el estudio realizado por Rodríguez de Romo *et al.* (2016) sobre el proceso cognitivo realizado por los médicos. Durante dos años, la investigación acompañó varias sesio-

Los científicos, a su vez, realizan una tarea similar: a partir de las observaciones sobre un determinado hecho de la naturaleza, crean teorías para explicar un aspecto específico de la realidad. Copérnico, por ejemplo, oponiéndose a la gran mayoría de la comunidad científica del siglo XVI, conjeturó la hipótesis de que la tierra estaba en movimiento de traslación alrededor del sol. Después de sucesivas observaciones empíricas y cálculos matemáticos, se convirtió en uno de los principales defensores de la teoría heliocéntrica, que situaba al sol en el centro del sistema solar².

En el contexto jurídico, esto tampoco debería ser distinto³. A pesar de las diferencias relevantes en nuestros sistemas⁴, es cierto que el responsable de la investigación criminal, cuando evalúa los vestigios recogidos en la escena de un crimen o ante la noticia de un hecho aparentemente delictivo, se enfrenta a la necesidad de conjeturar una hipótesis capaz de explicar un determinado conjunto de hechos pasados. A partir de ese momento, quien tiene a su cargo la investigación se encauza a la búsqueda de mayores datos que confirmen si la hipótesis es correcta o si, por el contrario, los elementos de que se dispone resultan insuficientes para soportarla y debe modificarse el rumbo de la investigación.

Entre los supuestos señalados con anterioridad, existe un elemento común: aun cuando las actividades que se realizan en cada caso pertenecen a ámbitos diferentes (vida cotidiana, médico, científico y jurídico), en todos ellos se utiliza el razonamiento abductivo como una herramienta de investigación⁵ capaz de generar hipótesis con el potencial de explicar un determinado fenómeno a partir de datos incompletos y disponibles.

El artículo, por tanto, persigue cuatro objetivos principales. En primer lugar, busca destacar la importancia de profundizar y discutir sobre el razonamiento probatorio que se lleva a cabo durante la fase de investigación criminal. En segundo lugar, tiene

nes clínicas en el Instituto Nacional de Neurología y Neurocirugía de México para comprender cómo razonan los médicos y cómo llegan a ciertas conclusiones sobre posibles enfermedades.

² La teoría de Copérnico fue refinada posteriormente por otros científicos, respecto a la afirmación errónea acerca de que los planetas giraban en una órbita circular alrededor del sol.

³ Reconociendo que el campo de la investigación criminal se ha preocupado cada vez más por tomar prestadas ideas y métodos de la ciencia y la medicina, véase Bryant (2009).

⁴ En general, en nuestros sistemas, la toma de las decisiones más importantes durante la investigación penal está a cargo de tres sujetos procesales diferentes: 1) la policía, como ocurre en el Reino Unido y en general en Brasil; 2) la fiscalía, como en Alemania y en la mayoría de los países latinoamericanos, y 3) el juez instructor, como es el caso de España.

⁵ Es interesante la definición de Haack (2014, p. 30) sobre lo que es el proceso de investigación, aplicable a los distintos campos. Para esta autora, «la investigación (*inquiry*) implica, en primer lugar, ser afectado por una pregunta. Si la respuesta se encuentra fácilmente, a partir de algún conocimiento habitual, es suficiente hacer solo lo necesario (buscar el número en la guía telefónica o algo similar). Si la respuesta no es tan fácil de encontrar, el paso siguiente es hacer una conjetura sobre lo que, de ser cierto, respondería a la pregunta en cuestión, así como comprobar las consecuencias de dicha conjetura y hasta qué punto se sostienen con las pruebas disponibles. Eso puede generar los siguientes efectos: *i*) mantener la conjetura; *ii*) modificarla, *iii*) abandonarla y volver a empezar el proceso mental o, incluso, *iv*) suspender el procedimiento hasta que surjan más pruebas» (traducción libre).

la finalidad de proveer una breve explicación sobre la estructura del razonamiento abductivo y la forma en que puede variar según los diferentes niveles de creatividad. En tercer lugar, pretende analizar críticamente un caso suscitado en Brasil, en el que se presindió de formular y verificar incluso las hipótesis alternativas más sencillas durante la investigación criminal. Por último, se busca justificar la necesidad de que nuestros sistemas adopten mecanismos que puedan mejorar o potenciar el proceso de generación de hipótesis, con el fin de minimizar el riesgo de errores judiciales. Bajo esa lógica, se presentarán algunas herramientas existentes, aunque poco conocidas, así como otras propuestas de políticas públicas que podrían implementarse en la formación de las personas encargadas de conducir la investigación criminal.

2. UN GIRO EPISTEMOLÓGICO NECESARIO

2.1. La ausencia de criterios basados en un adecuado razonamiento probatorio en la etapa de investigación criminal

En las últimas dos décadas, el estudio de la prueba jurídica —civil, penal, administrativa y laboral— ha sufrido una transformación significativa: de una visión centrada casi exclusivamente en la interpretación normativa y en la sistematización de las reglas probatorias, se ha transitado a prestar cada vez más atención a las cuestiones relacionadas con los problemas de la actividad epistémica, orientada, en particular, a lograr una correcta determinación de los hechos.

Este movimiento se nutrió del entrelazamiento entre diferentes áreas, tales como la filosofía del derecho, el derecho procesal y la teoría del conocimiento⁶. Esto dio lugar al surgimiento de un rico campo de estudio conocido como epistemología jurídica⁷ —o razonamiento probatorio, como algunos prefieren nombrarlo—, el cual, en términos generales, tiene una doble pretensión. Por un lado, pretende observar descriptivamente en qué medida los diseños institucionales actuales contribuyen o dificultan la definición de los hechos. De otro, desde una noción prescriptiva, pretende proponer la modificación de todas aquellas normas

⁶ Dei Vecchi (2013, p. 235) denomina este movimiento «giro epistemológico».

⁷ Entre las premisas comunes vinculadas a esta identidad teórica, podemos mencionar la defensa de: *i*) una relación teleológica entre la prueba y la verdad, siendo la prueba un instrumento de conocimiento destinado a determinar correctamente la constatación de los hechos; *ii*) una concepción racionalista de la prueba, que se opone a la concepción persuasiva y psicológica; *iii*) la adopción de la concepción de la verdad como correspondencia, con procedimientos de búsqueda destinados a formular enunciados fácticos que se declaren verdaderos solo si los hechos que describen tienen correspondencia con el mundo exterior, y *iv*) que el objetivo de la búsqueda de la verdad tiene una prioridad alta, pero no absoluta, dado que existen otros valores no epistémicos relevantes para el proceso judicial (por ejemplo, la libertad, la integridad física, la vida, etc.). (Taruffo, 2005; Ferrer Beltrán, 2007; Gascón, 2010). Para un análisis crítico sobre los principales autores y presupuestos compartidos dentro de la concepción racionalista de la prueba, véase: Accatino (2019).

que constituyen graves impedimentos para lograr una correcta reconstitución de los hechos⁸.

Sin embargo, así como ocurrió durante muchos años con la dogmática jurídica, los estudios sobre este tema suelen enfocarse únicamente en el proceso judicial, centrándose en los criterios racionales de valoración de la prueba, el uso de los modelos de probabilidad, la definición de estándares de prueba y la correcta motivación sobre los hechos en la elaboración de la sentencia⁹. Sin embargo, los desafíos relacionados con el razonamiento probatorio en la etapa previa al juicio, es decir, durante la investigación penal, son prácticamente inexplorados por la mayoría de la comunidad académica¹⁰.

Abimbola (2002, p. 337) diagnostica que «las cuestiones sobre la etapa de descubrimiento tienen un papel escaso o nulo en el razonamiento probatorio en derecho», siendo el momento de la sentencia el principal foco de atención de buena parte de quienes se dedican a estos temas¹¹. Esta tendencia es perceptible incluso entre quienes trasladan al ámbito del proceso la distinción entre el contexto del descubrimiento y la justificación originada en el campo del descubrimiento científico, para sostener que el derecho solo debe ocuparse de este último momento¹². Como señalan Usca-

⁸ De acuerdo con Laudan (2013, p. 23), la epistemología jurídica consiste en «un estudio que pretende determinar si los diversos sistemas de investigación que pretenden estar buscando la verdad (en diferentes campos) tienen un diseño adecuado que permite generar creencias verdaderas sobre el mundo. Los teóricos del conocimiento, como a veces se conoce a los epistemólogos, son aquellos que examinan rutinariamente prácticas de esta naturaleza, como la ciencia o las matemáticas, para diagnosticar si son capaces de cumplir con su propósito previsto (descubrir la verdad)» (traducción de Vázquez y Aguilera). Vázquez (2015, p. 61), por su parte, advierte sobre el peligro de la expresión «epistemología jurídica». Si bien ha sido común el uso del término en el ámbito de la prueba, el sustantivo «jurídico» va mucho más allá del contexto probatorio del proceso judicial, pudiendo ser utilizado en cualquier campo del derecho, sobre todo porque la expresión se relaciona con la «teoría del conocimiento». Por tanto, en la visión de la autora, la interpretación adecuada en este contexto debe ser la epistemología de la prueba judicial.

⁹ Es cierto que los aportes desarrollados desde las ciencias cognitivas, tales como el estudio de los sesgos cognitivos y las heurísticas que influyen en la toma de decisiones, han cobrado un papel cada vez más importante en el ámbito jurídico. Aun así, hasta el momento no existe una línea de investigación sólida acerca del tipo de razonamiento jurídico que deberíamos tener en la fase previa al proceso judicial.

¹⁰ Este punto también fue señalado por Ferrer Beltrán (2020, p. 15). Al comentar el artículo escrito por Aguilera, en la introducción del libro *Del derecho al razonamiento probatorio*, dicho autor afirma que «las reflexiones sobre la fase de investigación penal reciben, lamentablemente, poca atención en la literatura sobre epistemología jurídica».

¹¹ En la misma línea, Pereira (2019, p. 159) afirma que el procedimiento penal y la epistemología necesitan mirar no solo el momento de la discusión de las pruebas al final del juicio oral, sino especialmente la forma en que se formularon las hipótesis y la manera en que se recolectaron las pruebas.

¹² En el mundo científico, hay una separación metodológica tradicional del conocimiento, que fue popularizada por Reichenbach (1938). La investigación científica se descompondría entre las acciones que conducen al descubrimiento o creación de una hipótesis (contexto de descubrimiento) y las acciones que explican o demuestran una teoría (contexto de justificación). Para dicho autor, el primer momento está guiado por una etapa creativa, fuera de control racional para la formulación de hipótesis. El segundo, por su parte, es en el que se justifica la hipótesis elegida y, por tanto, aquel en el que cobra relevancia la inferencia inductiva. Sobre esa base, Reichenbach concluye que la epistemología debe ocu-

mayta *et al.* (2021: 106), la mayoría de los teóricos han aceptado esta distinción por una cuestión metodológica, optando por centrarse en las razones justificativas de una decisión y dejando de lado el proceso cognitivo de formación de las hipótesis.

Con lo anterior no se pretende negar la importancia del proceso judicial ni el protagonismo que debe tener. No obstante, si el objetivo es ofrecer decisiones judiciales correctamente justificadas —absolutorias o condenatorias— es imprescindible que la etapa previa refleje en igual medida los compromisos epistémicos que asume el proceso penal¹³. Si lo que se busca es que la autoridad jurisdiccional, al realizar la valoración, pueda contar con un conjunto de pruebas abundante y fiable, capaz de dar soporte a un correcto razonamiento probatorio cuyo resultado sea lo más cercano posible a un verdadero conocimiento de los hechos, entonces no tiene sentido empobrecer las reflexiones sobre el tipo de investigación criminal que debemos tener. En otras palabras, un proceso epistémicamente comprometido no puede cerrar los ojos a la fase que lo precede y prepara (Matida y Moscatelli, 2020).

Si se analiza detenidamente la etapa referida, es posible advertir que es precisamente durante la investigación cuando se produce la mayor parte de la actividad probatoria. Los medios de obtención de pruebas —como la intervención de las comunicaciones privadas, la violación del secreto bancario, los registros e incautaciones, los agentes encubiertos, la entrega vigilada, el acceso a las bases de datos— son autorizados en este momento para la recolección de elementos probatorios. La toma de fluidos, exhumación de cadáveres, documentos, pruebas periciales e inspección son solo algunos de los medios de prueba que, en general, por ser irrepetibles, se obtienen en este momento.

parse únicamente del contexto de la justificación, porque solo en este momento sería posible demostrar la relación lógica entre la nueva teoría y los hechos existentes. En defensa a la irrelevancia de la referida división, véase Aliseda, 2014. En resumen, la autora matiza la distinción proponiendo dos sentidos en los que se aborda el contexto del descubrimiento: un sentido amplio y otro más restringido. En un sentido estricto, se refiere solo a la concepción inicial de una idea, mientras que en el sentido amplio incluye todo el proceso desde la concepción de una idea hasta el momento previo a su formulación como teoría sistemática. Sobre la importancia de la distinción entre contexto de descubrimiento y justificación en el ámbito del proceso, aunque con adaptaciones, véanse Ubertis (2017, p. 29-33) y Badaró (2019, p. 137 y ss). Desde otra perspectiva, Gascón (2014, p. 159) afirma que esta separación es incorrecta. La autora señala que «en el proceso de descubrimiento se lleva a cabo la elección de la hipótesis, pero también la valoración de sus posibilidades de verificación». Al respecto, añade que, asumir estrictamente esta clasificación en el ámbito judicial, significaría que la conclusión de la etapa de investigación preliminar y la acusación por parte de la Fiscalía no tendrían que ser detalladas, explicitadas y motivadas, dado que la exigencia de justificación solo se produciría al final del proceso. Para Tuzet (2014, p. 125), por su parte, esta distinción es demasiado pobre para dar cuenta de todas las dinámicas que existen en el proceso. Para una crítica distinta sobre esta dicotomía, véase Uscamayta *et al.* (2021).

¹³ Como se expuso al inicio de este apartado, en este trabajo se adopta una concepción racionalista de la prueba, entre cuyos presupuestos está considerar que uno de los objetivos del proceso penal es la correcta reconstrucción de los hechos. Sin embargo, no se desconoce que existen otras líneas doctrinarias, como el escepticismo o la concepción persuasiva de la prueba. De acuerdo con la primera, es imposible la correcta y verdadera reconstrucción de los hechos. A la luz de la segunda, por su parte, esa actividad no es un valor tan importante. Véase Badaró (2018, p. 84 y ss.).

Tal como lo entiende Santoro (2020), la tendencia actual en algunos países — especialmente en grandes investigaciones penales, como lo que paso en *Operação Lava Jato*¹⁴— es que el acervo probatorio se forme especialmente durante la fase preliminar, así como por elementos aportados en el momento de la celebración de acuerdos de culpabilidad. Eso produce una especie de desplazamiento del «centro de información» hacia la fase de investigación, relegando el propio proceso judicial a una posición subsidiaria en la conformación del acervo probatorio.

La recolección de elementos probatorios no puede realizarse de forma desordenada, es decir, sin un objetivo concreto. Como en todo proceso de investigación, se debe plantear una hipótesis, aunque sea provisional, a través de la cual la Fiscalía forme su *opinio delicti* y, sobre esa base, determine si existen elementos para iniciar o desestimar un caso, analizando *i)* la posible autoría; *ii)* la materialidad del delito; *iii)* las circunstancias y razones probables que llevaron a la comisión del ilícito¹⁵, y en general, *iv)* la existencia del elemento subjetivo (dolo)¹⁶. Sin la definición de una hipótesis previa, aunque al final del procedimiento pueda no confirmarse, sería imposible el inicio del proceso judicial.

Además de lo anterior, la importancia de centrarse en el razonamiento probatorio durante la investigación criminal se justifica, especialmente, desde tres perspectivas adicionales. En primer lugar, no es habitual encontrar en la doctrina procesal¹⁷ reflexiones sobre cómo debe formularse la hipótesis inicial y tampoco sobre cómo debe ser el recorrido intelectual del investigador durante la búsqueda de pruebas¹⁸. ¿Por

¹⁴ La operación Lava Jato fue una investigación de corrupción llevada a cabo por la Policía Federal de Brasil e iniciada en marzo de 2014. Comenzó investigando un negocio de lavado de autos y terminó encontrando un lavadero de dinero y un esquema de corrupción sin precedentes en Latinoamérica. Desde su inicio, han tenido lugar setenta y nueve fases operativas hasta el año 2022 (Ministério Público Federal do Brasil, 2022).

¹⁵ Al respecto, se asume que el objeto de la investigación criminal es exclusivamente el estudio particularizado de un determinado delito, desde un análisis ontológico tridimensional (hecho, valor y norma). La investigación penal solo existe porque el delito es un hecho en el que hay un valor de justicia asignado y una norma penal que integra ambos elementos (Pereira, 2019, p. 151).

¹⁶ En general, la mayoría de los delitos requieren un elemento volitivo, consistente en el dolo. En la legislación brasileña, por ejemplo, hay pocos casos de delitos culposos, es decir, que la conducta se produzca cuando el agente causó el resultado por imprudencia, negligencia o impericia. Es el caso del homicidio culposo, las lesiones corporales culposas, el incendio culposo o el envenenamiento culposo de agua, alimentos o sustancias medicinales, etc. Los debates sobre la dificultad de probar el dolo no son desconocidos. Para un análisis en profundidad de la cuestión, véase González Lagier (1999).

¹⁷ Vilares (2016, p. 46) advierte que: «Si realizamos una búsqueda en el catálogo de una biblioteca jurídica brasileña, veremos que hay pocos libros nacionales dedicados exclusivamente al tema de la investigación. Si la búsqueda pretende encontrar trabajos que construyan una teoría general de la investigación de forma sistematizada, probablemente será poco fructífera» (traducción libre).

¹⁸ Aunque el concepto de prueba es polisémico, en este trabajo se adopta un concepto amplio de prueba, que puede entenderse como un elemento de información capaz de albergar todos y cada uno de los datos cognitivos, procedimientos o medios que producen información susceptible de ser utilizada para la constatación de la verdad de los hechos (Taruffo, 2016, p. 164). Algunos autores, sin embargo, entienden por prueba únicamente lo que se somete al principio de contradicción, bajo la intermediación

qué se produce esa omisión? Posiblemente porque hay una creencia común de que la investigación criminal, en la gran parte de los casos o al menos en Brasil, debe guiarse únicamente por la intuición.

Como señalan Tong y Bowling (2006), la falta de investigaciones serias sobre el tema ha sembrado en el imaginario colectivo la idea de que dicha actividad es un arte «intuitivamente aprendido», basado en presentimientos y corazonadas¹⁹. En una línea similar, Fahsing (2016), basándose en una investigación empírica sobre la toma de decisiones en las investigaciones de homicidios, diagnosticó que, en general, «los detectives criminales suelen dejarse llevar por sus propias intuiciones»²⁰ (p. 11) y que la actividad «sigue siendo un oficio artesanal desprovisto de cualquier contenido intelectual superior»²¹ (p. 269).

Al respecto, vale la pena ver el material que existe actualmente en Brasil sobre el tema. Así, por ejemplo, Cobra (1960, p. 164), un profesor de la Academia de Policía y precursor de la enseñanza de la investigación policial en el país, define la intuición como un instrumento importante en la etapa de investigación, la cual, desde su perspectiva, consiste en «la adivinación, el sexto sentido o el presentimiento [...] que es similar al de un médico que diagnostica más por un refinado tacto profesional que por los síntomas visibles»²². Por otra parte, el Manual Operativo de la Policía Civil de São Paulo (2002, p. 13 y 47), dentro del tema nociones y metodología de trabajo, afirma que:

La intuición es la facultad que nos enseña a ver y, sin ella, el geómetra sería como el escritor que es bueno en la gramática, pero vacío de ideas. Solo el cerebro investigador experimentado está dotado de este precioso atributo: de nada sirven todas las ciencias puestas al servicio de un policía que no sabe diseccionar una trama criminal con los ojos perspicaces de la razón intuitiva.

Asimismo, en la página web de la Academia de Policía de Mato Grosso do Sul (2022) es posible encontrar algunas referencias al uso de la intuición como herramienta para dirigir la investigación, por ejemplo, que «el funcionario de la policía civil, en el curso de una investigación policial, puede basarse, como contribución, en intuiciones, hasta completar su trabajo»²³. Sumado a ello, en las academias de policía

probatoria en la fase judicial. Esta aclaración es importante, dado que en Brasil los elementos de prueba producidos en la fase de investigación se clasifican como «elementos de información», mientras que los producidos judicialmente o con el principio del contradictorio diferido son «pruebas». Aunque este no es el lugar ideal para profundizar en esta cuestión, la anterior parece una visión restringida y reduccionista que trae más problemas prácticos y terminológicos que soluciones.

¹⁹ Esta fantasía se refuerza a través de la ficción. Conan Doyle, al crear a Sherlock Holmes, el personaje investigador más famoso de todos los tiempos, también afirma en *El signo de los cuatro* y *El puente de Thor* que el descubrimiento de los crímenes estaba ligado a una intuición.

²⁰ Traducción libre.

²¹ Traducción libre.

²² Traducción libre. No si está de acuerdo con el pensamiento adoptado por el autor. Como se expone en la introducción del artículo, el diagnóstico médico no depende de la intuición.

²³ Traducción libre.

generalmente se cree que los conocimientos prácticos son más importantes que cualquier teoría (Fahsing, 2009, p. 8).

En segundo lugar, las prácticas de investigación actuales son extremadamente deficientes. Los datos empíricos²⁴ de la realidad brasileña demuestran la escasa calidad de lo que se está haciendo, debido a diversos factores, ya sean estructurales, culturales o psicológicos. En cuanto a la cuestión estructural, tomemos como ejemplo la única encuesta nacional realizada sobre las investigaciones policiales en Brasil, con el objetivo de comprender el papel y la función que este tipo de investigación asume en el procesamiento de los delitos. Las conclusiones, aunque de 2010, fueron las siguientes:

...en general, la capacidad de resolver delitos graves como robos y homicidios es muy baja, al igual que la capacidad de producir pruebas forenses en los homicidios, aunque sea un tipo de delito con un alto grado de detección en los países más modernos. Por otro lado, en todas las comisarías de policía examinadas se observa un exceso de papeleo y redacción, orientado a una actividad final —el informe de investigación— cuya función debería ser únicamente preliminar y administrativa y cuyo valor judicial dependerá de su utilidad en las demás fases del proceso. Sin embargo, los requisitos notariales, la necesidad de tomar declaraciones transcritas y las normas de formalidades escritas en la comunicación entre los agentes de policía y sus subordinados, con la Fiscalía y con el Poder Judicial (ordenanzas, actas, cartas, memorandos, libros, etc.) ocupan demasiado tiempo de los agentes y las autoridades. Está claro que el 7,5 por cien de los homicidios (consumados y en grado de tentativa), el 98,2 por cien de los robos y el 63,5 por cien de los fraudes registrados por la policía en la capital del estado de Río de Janeiro no se notifican al Ministerio Público hasta cuatro años después. Aunque el 92,5 por cien de los casos de homicidios han llegado a la Fiscalía, solo el 3,6 por cien se han convertido en causas penales a los cuatro años de producirse. En el caso de los robos, aunque el número de investigaciones que llegaron a la Fiscalía ya era muy reducido, solo el 30 por cien desembocó en la imputación de los acusados y más de la mitad volvió al «pimpón». Si se compara con el volumen de ocurrencias, solo el 0,5 por cien se convirtió en acciones penales, si se excluyen los casos flagrantes. Incluso en el caso de fraude, que tuvieron un volumen relativamente mayor de investigaciones conocidas por la Fiscalía, el número que se convirtió en acciones penales no superó el 16 por cien (Vargas *et. al.*, 2010)²⁵.

El Consejo Nacional del Ministerio Público brasileño, en una encuesta nacional, también aportó información de que, en 2012, de las 43.123 averiguaciones que investigaron homicidios, el 78 por cien fueron archivadas por imposibilidad de llegar

²⁴ Como señala Vázquez (2020), los datos de la realidad son un buen termómetro para comprobar si nuestros diseños institucionales funcionan correctamente, ya que dichos estudios van más allá de las meras suposiciones o conjeturas sobre los mismos. Sin embargo, la inmensa mayoría de las investigaciones empíricas solo se han llevado a cabo en los Estados Unidos de Norteamérica, donde existe la mayor inversión en investigaciones que efectivamente se proponen analizar el funcionamiento del sistema de justicia.

²⁵ Traducción libre. Estudio realizado en 2010 en las ciudades de Brasilia, Río de Janeiro, Porto Alegre, Recife y Belo Horizonte. Desgraciadamente, no hay ninguna investigación empírica más reciente que haya analizado el estado actual de las investigaciones criminales brasileñas. De ahí que este estudio etnográfico constituya una importante referencia en los debates sobre la seguridad pública y la organización de la policía.

a los posibles autores y solo el 23 por cien fueron declaradas como esclarecidas. En otras palabras, en nuestros sistemas jurídicos²⁶, la investigación penal no se realiza adecuadamente para un eficaz esclarecimiento de los hechos. La burocracia, el reducido número de personal y la falta de estructura son algunos de los principales problemas.

Finalmente, desde el punto de vista cultural, no se puede olvidar que dentro de países como Brasil o México, por ejemplo, muchas veces la investigación penal está permeada por una tradición autoritaria que fomenta el uso constante de métodos cuestionables —y, por supuesto, ilegales e inconstitucionales— como la tortura, el uso de evidencias «plantadas» y la manipulación de la escena del crimen; así como la práctica de presumir la culpabilidad del acusado como motor de las investigaciones²⁷, a pesar de que la presunción de inocencia está constitucionalmente garantizada. Esta cultura puede estar interrelacionada con fenómenos psíquicos, cada vez más estudiados, como los sesgos cognitivos y las heurísticas²⁸ que provocan una mayor incidencia de errores judiciales, puesto que, por lo general, se opta por seguir aquellas líneas de investigación que reafirman las hipótesis de culpabilidad. La relación entre la presunción de inocencia, la búsqueda de hipótesis alternativas durante la investigación criminal y la aplicación de estándares probatorios se desarrollará mejor en el último apartado del trabajo, como se verá.

En suma, es posible concluir de lo anterior que, en general, durante la investigación del delito es cuando se cometen más errores probatorios y el proceso judicial es incapaz de corregirlos. La investigación penal es la piedra angular del sistema (Simon, 2012, p. 3), aunque este tema sea poco reconocido en los debates académicos y públicos. Por lo tanto, es esencial que la agenda de la epistemología jurídica refleje compromisos serios con el razonamiento probatorio utilizado en esa fase penal (Aguilera, 2020, p. 21).

²⁶ Aunque no es el objeto de este trabajo, un estudio comparativo de la organización de la policía en los países latinoamericanos puede verse en Ambos *et al.* (2003).

²⁷ Se puede observar un denominador común entre diferentes relatos de fracasos criminales; los investigadores se esfuerzan por confirmar su hipótesis inicial, mientras que aparentemente ignoran o minimizan la información contradictoria (traducción libre). (Fahsing, 2022, p. 272).

²⁸ En las últimas décadas, un campo multidisciplinar (*cognitive psychology, social psychology, and decision making*) ha estudiado seriamente las condiciones en las que personas tienden a tener éxito o no en el cumplimiento de sus funciones dentro del sistema de justicia penal. Existen estudios que señalan la susceptibilidad de los investigadores policiales a estos fenómenos psicológicos, especialmente en lo que se refiere al sesgo de confirmación. Meissner y Kassir (2002), al analizar a cuarenta y cuatro investigadores con una sólida trayectoria profesional en Estados Unidos, descubrieron que la mayoría de ellos se inclinan más por la búsqueda de pruebas que confirmen su creencia personal y están mucho menos dispuestos a buscar elementos que corroboren la versión dada por el investigado. En otro estudio, Kassir, Goldstein y Savitsky (2003) identificaron que cuando existe una presunción de culpabilidad desde el principio, los investigadores eligen estratégicamente preguntas inductivas destinadas a incriminar al sujeto. Otras investigaciones que encontraron resultados similares: Ask y Granhag (2007; 2008); Rassir *et al.* (2010). Sin embargo, la búsqueda o interpretación de pruebas de maneras que sean parciales a las creencias existentes o a la hipótesis en cuestión es un riesgo inminente para cualquier investigador humano, independientemente del contexto o las apuestas involucradas (Fahsing, 2022).

2.2. Entendiendo el razonamiento inferencial abductivo

Como se señaló en el apartado anterior, las prácticas demuestran una gran eficacia en la forma en que se realizan actualmente las investigaciones penales. Así, la comprensión del modelo de razonamiento abductivo puede servir de orientación mínima para la investigación criminal en las primeras etapas, promover la mejora de la calidad de las hipótesis planteadas y de la recolección de las pruebas.

La abducción²⁹ consiste en una inferencia cuyo objetivo principal es la formulación de una hipótesis explicativa. Como señala Tuzet (2021, p. 124), es posible clasificar las inferencias en dos categorías distintas: inferencias deductivas (deducción) e inferencias no deductivas (inducción y abducción).

El razonamiento deductivo se considera un ejemplo de argumentación lógica clásica en el que la conclusión se extrae de una premisa mayor (regla general) y una menor (caso particular) y en el que, además, la validez de la conclusión depende necesariamente de la veracidad de las premisas. Este tipo de razonamiento es importante en las disciplinas matemáticas o postulados y definiciones, en las que se obtienen conclusiones particulares sin ningún elemento nuevo³⁰.

Por el contrario, en el caso de las inferencias consideradas no deductivas (la inducción y la abducción), la conclusión sigue a las premisas solo de forma probabilística. Esto quiere decir que no es posible garantizar la corrección de la conclusión. En el marco de la investigación judicial de hechos pasados³¹, este tipo de inferencias cobra especial relevancia, debido precisamente a la falta de certeza sobre lo ocurrido, es decir, al desconocimiento acerca de si se cometió o no un delito o sobre las circunstancias en que se ejecutó. Lo que buscamos en estos casos, por tanto, es razonar para llegar a una determinada conclusión basada en las pruebas producidas, que hacen más o menos probable el juicio de culpabilidad (Badaró, 2018, p. 102).

Así, mientras que la inducción generaliza nuestras experiencias sobre el mundo, la abducción busca conjeturar hipótesis que expliquen un determinado fenómeno; en

²⁹ A efectos explicativos, en este trabajo no se discutirá la inferencia a la mejor explicación (IME), estudiada por Harman y Lipton, a veces entendida por algunos autores como parte del razonamiento abductivo. En términos generales, el concepto de abducción presente en este trabajo pretende describir el proceso de generación de nuevas hipótesis, que posteriormente se pondrán a prueba mediante la deducción y la inducción. Mientras tanto, la IME no se centraría en crear explicaciones/conjeturas satisfactorias, sino en seleccionar entre las hipótesis existentes la que ofrezca la mejor explicación. Para un análisis sobre la diferencia entre la abducción e IME, véase Carvalho (2013).

³⁰ En el ámbito del derecho, la representación del silogismo deductivo se utiliza generalmente para justificar el aspecto argumentativo de la subsunción de los hechos a la norma: mientras que la premisa mayor está representada por la norma jurídica, la premisa menor serían los hechos considerados probados y la conclusión, la consecuencia jurídica empleada en el caso en cuestión.

³¹ No probamos directamente los hechos, sino las declaraciones sobre los hechos. Así que la expresión «demostrar un hecho» no es más que una simplificación, una forma de decir «demostrar la hipótesis de cómo se produjeron los hechos». Véase Gascón (2010).

ambos casos, sin embargo, no estamos seguras de la necesidad de la conclusión. Aun así, si la proposición sobre la prueba es verdadera, es probable que la hipótesis fáctica también lo sea (Gascón, 2014, p. 151), por tanto, tiene sentido recopilar las pruebas adecuadas para que la conclusión se acerque lo más posible a la verdad. Dicho de otro modo, «la deducción implica algo, la inducción infiere algo y la hipótesis explica por qué algo» (Peirce, 2008, p. 24)³².

Respecto concretamente a la abducción, según Peirce (1931-1958), considerado el «padre» de la abducción, este método representa un proceso inferencial que busca estudiar los hechos y proyectar una teoría que los explique, siendo considerada «la única operación lógica capaz de introducir una idea nueva» (CP 2.96)³³. Este método, afirma, es el proceso en que surgen y se diseñan determinadas hipótesis, partiendo de un análisis cronológicamente inverso: de los hechos a las explicaciones, de las conclusiones a las premisas y, en el caso de la actividad investigativa, del presente al pasado, generalmente a partir de las pruebas existentes en la escena del crimen (Peirce, 1931-1958, CP 2.636; Bonorino, 2014, p. 173).

Su estructura está diseñada de la siguiente manera³⁴:

Todos los frijoles de la bolsa de la muestra X son blancos (regla)
 Todos los frijoles de la muestra Z son blancos (resultado)
 Por lo tanto, todos los frijoles de la muestra Z son del saco X (caso)

En el ejemplo anterior, el hecho de que todos los frijoles de la muestra Z sean blancos, es una circunstancia peculiar (hecho sorprendente) que requiere una explicación, debido a que la mayoría de los frijoles del mundo tienen un color marrón. El investigador, por tanto, tras una cuidadosa observación y sabiendo que todos los granos de frijoles de la bolsa son blancos, infiere que probablemente «los frijoles de la muestra Z son de la bolsa X», generando con ello una nueva hipótesis para explicar el hecho. Este razonamiento ha sido estructurado también de otras maneras³⁵:

- 1) Se observa cierto fenómeno sorprendente E;
- 2) E sería explicable si H fuera verdadera;
- 3) En consecuencia, hay razones para sospechar que H es verdadera.

E (Resultado)
 H → E (Regla)
 [Es probable que]
 H (Caso)

³² El referido autor no estaba seguro de cómo nombrar la forma de razonamiento que era su objeto de estudio. En varios momentos de su obra lo denominó «abducción», «retroducción» o simplemente «hipótesis». En este mismo sentido, véase Schum (2002); Carvalho (2013).

³³ Las referencias a los *Collected Papers* (CP), una colección de textos de Peirce organizada y editada por Hartshorne, Weiss y W. Burks, siguen la convención establecida: los números antes. Después del punto, la referencia indica, respectivamente, el volumen de la obra y el párrafo del que se ha extraído el pasaje citado.

³⁴ Tomo el ejemplo anterior de Peirce (2008, p. 171).

³⁵ Véase, por ejemplo, Gascón (2014, p. 155).

Aunque Peirce defiende la necesidad de que la presencia de un hecho sorprendente, inédito o anómalo³⁶ sea lo que justifique el inicio del proceso abductivo, lo cierto es que esto no siempre ocurre en la práctica. Por lo general, realizamos esta inferencia en situaciones desconocidas, sin embargo, muchas veces los eventos no son anómalos. Lo que importa comprender respecto a la investigación penal es que un delito es un fenómeno socialmente inesperado y que, cuando se produce una infracción a una norma penal, hay que investigar los datos institucionalmente sensibles o relevantes (Aguilera, 2020, p. 32), con el fin de crear una hipótesis explicativa sobre lo sucedido.

Es importante notar que no siempre la abducción traerá una hipótesis puramente innovadora. De ahí que Eco (2014) aporte una clasificación entre hipótesis hiper-codificadas, hipocodificadas y creativas, entre las cuales, únicamente la última tiene un verdadero potencial amplificador. En la misma línea, Tuzet (2014, p. 125), atendiendo igualmente a dicha particularidad, categoriza las formas de inferencia abductiva como abducciones ordinarias y abducciones extraordinarias. En el caso de las primeras, según afirma, lo que se busca es inferir de la instancia desconocida (*token*) un tipo ya conocido (*type*). Las segundas, en cambio, son pertinentes para los casos realmente considerados «sorprendentes», según la definición de Peirce, por tanto, a partir de una situación desconocida (*token*) se intenta inferir una hipótesis totalmente desconocida, nueva y creativa (*type*).

Con independencia de la categorización que se aplique, lo cierto es que la división propuesta por los autores tiene mucho sentido. En el ámbito criminal, la hipótesis sugerida no siempre tiene que ser totalmente innovadora. Lo que sucede con mayor frecuencia, por el contrario, es que la hipótesis se extraiga de un «*stock* de experiencia» previo. Por ejemplo, en los múltiples casos de estafa a partir de canje de tarjetas³⁷ o, más recientemente, «*o golpe do WhatsApp*»³⁸, los policías brasileños suelen estar familiarizados con el fraude empleado, dada la recurrencia del mismo *modus operandi*. En estos casos, por lo tanto, el reto se limita prácticamente a descubrir la autoría y las circunstancias, debido a que el *modus facendi* del delito es bastante similar en la

³⁶ Según Carvalho (2013, p. 66), la diferencia entre inédito y anómalo es que lo inédito se relaciona con algún conocimiento previo del hecho observado, mientras que el carácter anómalo se vincula con el conflicto que surge entre las predicciones existentes de una determinada teoría.

³⁷ Ese tipo de estafa es muy común, sobre todo en fiestas públicas como el Carnaval brasileño. El cliente pide una bebida, entrega su tarjeta al vendedor, introduce la contraseña y, horas después, se da cuenta que le han cambiado la tarjeta. El delincuente, que a menudo se hace pasar por vendedor ambulante, devuelve un modelo idéntico, generalmente de una persona que ha sufrido la misma estafa. Véase Lewgoy (2020).

³⁸ En resumen, los delincuentes utilizan alguna foto de la víctima tomada de las redes sociales para crear un perfil falso, vinculado a una nueva cuenta de WhatsApp. Al disponer de los contactos del usuario (como familiares y amigos), se hacen pasar por la persona y envían solicitudes de préstamos y transferencias bancarias. Según datos de la encuesta «Panorama Mobile Time/Opinion Box sobre mensajería no Brasil», publicada en 2022, el 43 por cien de los usuarios de WhatsApp en Brasil fueron víctimas de estafas realizadas de esta forma. Véase Marín (2022).

mayoría de los casos. No obstante, hay supuestos que exigen un mayor esfuerzo: ante casos complejos, con varias fases, imputados y pluralidad de delitos, casi siempre hay que conjeturar hipótesis más allá de las tradicionalmente conocidas. Esto es lo que ocurrió, por ejemplo, en 2005, con el famoso caso del robo del Banco Central brasileño (Estado de São Paulo, 2015), considerado un éxito de la investigación.

En adición a lo anterior, es importante recordar que las técnicas delictivas son cada vez más sofisticadas, sobre todo ante los avances de la tecnología. Esto exige, entre otras cosas, la necesidad de mantener una mentalidad abierta a nuevas posibilidades hasta ahora desconocidas. Un buen ejemplo es el lavado de dinero en transacciones realizadas por *bitcoins*. Aunque el blanqueo de capitales es una conducta delictiva típica en muchos ordenamientos jurídicos, cada vez es más difícil rastrear cómo se realizan estas operaciones, cuáles son las cantidades ilícitas y quién ha cometido el delito. Esto atiende, en muchas ocasiones, a que los autores suelen cambiar su forma de actuar, recurren a terceros para ocultar su verdadera identidad y, a menudo, «mezclan» los valores lícitos con ilícitos para confundir a los órganos públicos de fiscalización. Según las estimaciones de Chainalysis, una empresa de datos sobre el mercado cripto, el blanqueo de capitales con criptomonedas ha aumentado un 68 por cien entre 2022 y 2021 (Malar, 2023). O sea, en casos como este, quizá haya que construir desde cero una hipótesis totalmente nueva sobre el *modo de operación* de los criminales.

Con lo dicho hasta ahora, queda de manifiesto que la abducción acaba por ser insuficiente en sí misma: aunque la inferencia abductiva sea la etapa inicial de la investigación, cuando el investigador crea a partir de ciertos hechos una hipótesis provisional capaz de explicar un determinado fenómeno, la etapa posterior (confirmación de la prueba hipotética) dependerá tanto de la deducción como de la inducción.

La deducción acaba siendo utilizada para detallar las consecuencias necesarias de la hipótesis, mientras que la inducción tiene la función de evaluar si las pruebas experimentales de las consecuencias ya deducidas corroborarán o refutarán la hipótesis. Si por casualidad las pruebas empíricas conducen a la refutación de la hipótesis inicial formulada, será necesario que el investigador abandone esa hipótesis y empiece una nueva operación abductiva. Como propone Bonorino (2014, p. 176), este proceso se repetirá de forma cíclica y autocorrectiva de la siguiente manera:

- i) Observación de los datos disponibles;
- ii) Formulación de un problema;
- iii) Creación de una hipótesis que resuelva el problema;
- iv) Búsqueda de nueva información;
- v) Confirmación o refutación de la hipótesis con la posible respuesta;
- vi) Repetición de los pasos i) a iii);
- vii) Búsqueda de nueva información;
- viii) Confirmar o refutar la nueva hipótesis o respuesta;
- ix) Repita los pasos vi) a viii) tantas veces como sea necesario;
- x) Aceptar una de las hipótesis o respuestas como la más probable.

Schum (2002, p. 314) señala, y con razón, el carácter indispensable de la búsqueda de nueva información. De acuerdo con este autor, a partir de nuestras observaciones iniciales podemos, mediante un proceso de razonamiento abductivo o perceptivo, generar suposiciones e hipótesis iniciales para explicar incluso las primeras observaciones que hacemos. Estas hipótesis, sin embargo, pueden ser vagas, imprecisas o indiferenciadas. Por lo tanto, se hace necesaria la recopilación de evidencias y el empleo de nuevas observaciones que puedan permitirnos formular una hipótesis más precisa y, por supuesto, seguir sugiriendo hipótesis totalmente nuevas.

3. LA PRÁCTICA DE LA ABDUCCIÓN

La mayoría de los autores que se dedican al estudio de la abducción ejemplifican esta metodología a partir de casos ficticios de la literatura policíaca, como los escritos de Allan Poe y Conan Doyle, que inmortalizaron las figuras de los detectives August Dupin y Sherlock Holmes³⁹. No obstante, en este capítulo se pretende ilustrar un razonamiento probatorio incorrecto a partir de un caso real, suscitado en 2017, cuya investigación estuvo a cargo de la Policía Judicial de Brasil⁴⁰ y en el que, dada la fragilidad de la primera hipótesis conjeturada, así como los datos disponibles en la escena del crimen, debieron haberse probado y perseguido hipótesis alternativas.

A efectos didácticos, se ha optado por presentar un caso sencillo que facilite advertir la aplicación del proceso abductivo⁴¹. Sin embargo, es importante destacar que, aun cuando la abducción resulta aplicable en todos los casos, un proceso abductivo que trabaje con más líneas hipotéticas y con una amplia colección de pruebas para su corroboración y refutación, debería ocurrir especialmente en casos de gran gravedad o complejidad, como homicidios, terrorismo y otros delitos.

³⁹ Para Bonorino (2016, p. 163), «uno de los problemas a los que se enfrentan los autores que estudian el razonamiento abductivo es poder ofrecer un ejemplo claro y reconocible de abducción». Este autor tiene razón. En una singular obra colectiva, Eco y Sebeok (2014, p. 31) coordinan ocho análisis que comparan varios pasajes de los libros de Sherlock Holmes con el método abductivo propuesto por Peirce. Por otro lado, Tuzet (2014, p. 129-131) se dedica en un artículo a realizar una comparación detallada del método de Peirce con el razonamiento intelectual del detective Auguste Dupin, personaje del cuento «Los crímenes de la calle Morgue». De forma original, Badaró (2019) presenta la descripción del proceso abductivo a partir del cuento japonés «Dentro del bosque», de Akutagawa.

⁴⁰ El «*inquérito policial*» es el procedimiento de investigación criminal de la policía brasileña, previsto en el Código de Procedimiento Penal brasileño. Aunque el resultado final se somete a la Fiscalía, que será la encargada de decidir si acusará, en este modelo toda la información acaba siendo predominantemente canalizada a la agencia policial, que será la que decidirá y establecerá las líneas de investigación (actos y formas), determinará la producción de las pruebas técnicas que considere oportunas y determinará quién, cómo y cuándo se producirán los elementos de información. En realidad, la policía brasileña tiene gran autonomía para decidir los pasos de la investigación.

⁴¹ Para conocer otro trabajo que analiza casos penales reales peruanos, pero bajo el empleo de la inferencia a la mejor explicación (IME), véase Uscamayta *et al.* (2021).

3.1. El juzgamiento de José Silva⁴²

El 2 de octubre de 2017, María Souza denunció ante la Policía Civil de Brasil que había sido víctima de un delito de violación⁴³ en la ciudad de Indaiatuba/SP. Según su relato, María, que era menor de edad, había sido abordada por un hombre moreno, gordo, de aproximadamente 1,70 m de altura, con el pelo corto y rizado, que vestía pantalón corto y camiseta, dentro de un coche de color plateado, modelo Volkswagen Gol. El agresor le habría llevado a una zona de arbustos, habría destrozado su ropa y la habría violado, tocándole los pechos y la vagina, sin haberse dado acceso carnal. Tras ser abandonada, María habría sido rescatada por un testigo que caminaba por la zona.

El mismo día, la policía civil —sin seguir el procedimiento de reconocimiento de personas previsto por el Código de Procedimiento Penal brasileño, aun a sabiendas de la fragilidad de ese medio de prueba⁴⁴— presentó a la víctima una foto de José Silva. Tras la presentación de la foto, la víctima confirmó, «sin ninguna duda», que José era la persona que la había violado⁴⁵.

Aunque sin condenas previas, José era investigado por otro delito sexual cometido en la misma región, aproximadamente seis meses antes⁴⁶. Según la carpeta de investigación, José era artesano, negro, delgado, de aproximadamente 1,90 m de altura, con el pelo rizado, y su esposa era propietaria de un coche Citroën rojo (dato conocido por la policía).

Al presentarse en la comisaría, José no estaba acompañado por un abogado y ejerció su derecho constitucional al silencio. En los días consecutivos a su presentación, la policía solicitó a la víctima que entregara la ropa que llevaba el día del crimen, sin embargo, no fue posible obtener dichas pruebas, dado que afirmó que ya no disponía de la camiseta y el pantalón.

⁴² Este es un caso real. Para preservar la identidad de las personas implicadas y, teniendo en cuenta que el caso se tramitó bajo reserva, se decidió cambiar sus nombres y el lugar donde ocurrió el presunto delito. Los nombres son ficticios, pero las pruebas descritas son reales.

⁴³ El código penal brasileño tipifica como violación sexual la conducta de obligar a alguien, mediante violencia o amenaza grave, a mantener relaciones carnales o cualquier acto lascivo, no siendo necesaria la penetración para la configuración del delito.

⁴⁴ Según datos del National Registry of Exonerations (2020), el reconocimiento ocular erróneo es la causa de aproximadamente el 30 por cien de las condenas a inocentes revertidas en Estados Unidos entre 1989 y 2019. Para un análisis sobre los problemas del reconocimiento ocular en Brasil, véase Matida y Ceconello (2021).

⁴⁵ Según la carpeta de investigación: «En el día de hoy, en esta unidad policial, al observar la foto de José, la víctima lo reconoció, sin la menor duda, como el autor del crimen» (traducción libre).

⁴⁶ Según la carpeta de investigación, seis meses antes otra víctima caminaba por la calle cuando un hombre se le acercó y «sacó su pene del pantalón, se lo mostró a la víctima y luego se marchó en su coche. El hombre tenía pelo castaño oscuro y ojos verdes. La víctima anotó el número de matrícula del coche: ERN 1325» (exacto contenido del informe policial, traducción libre). Este era el número de placa del coche que José solía conducir.

El 21 de septiembre de 2017, veinte días después del supuesto delito, la policía elaboró el informe final de las investigaciones⁴⁷ y presentó la petición de detención preventiva del investigado, al determinar que la hipótesis sobre la autoría estaba suficientemente confirmada. Tras recibir el expediente, el Ministerio Público presentó una demanda contra José por la presunta práctica de violación de persona en situación vulnerable⁴⁸ (art. 217-A del Código Penal brasileño).

Los datos recopilados por la policía fueron los siguientes⁴⁹:

- E1) María declaró haber sido víctima del delito de violación, siendo llevada a un matorral, abusada sexualmente en la región de los senos y la vagina, teniendo su ropa destrozada. Posteriormente, fue rescatada por un testigo que caminaba por la zona;
- E2) El día del crimen, María declaró haber sido violada por un hombre moreno, gordo, de aproximadamente 1,70 m de altura, con el pelo corto y rizado, que vestía pantalón corto y camiseta;
- E3) El autor del delito conducía un automóvil color plata, Volkswagen Gol;
- E4) El mismo día de la denuncia, la policía presentó a la víctima la foto de José Silva;
- E5) José Silva, aunque sin condenas previas, era conocido por la policía e investigado por cometer otro delito en la misma ciudad;
- E6) José era artesano, negro, delgado, de aproximadamente 1,90 m de altura, con cabello rizado;
- E7) La esposa de José era propietaria de un coche rojo, C3, Citroën;
- E8) La víctima observó la foto y confirmó que José era su violador (reconocimiento ocular);
- E9) José, al presentarse en la comisaría, ejerció su derecho constitucional al silencio y no presentó versión alguna de los hechos;
- E10) María no entregó a la policía la ropa supuestamente destrozada y usada el día del crimen;

A la vista de los datos probatorios disponibles, es posible formular inicialmente dos hipótesis preliminares y explicativas de los hechos:

- H1) El crimen ocurrió, José es el autor y fue responsable de violar a María;
- H2) El crimen ocurrió, pero un tercero, hasta ahora desconocido, fue el autor;

Acerca de la primera hipótesis, es decir, que José sea el violador de María, existen los siguientes elementos que corroborarían *a priori* tal conjetura: E5, E8 y E9 (investigado por otro delito sexual en la misma ciudad, reconocido ocularmente por la víctima como autor del delito, la omisión de José de presentar su versión de los hechos).

Sin menospreciar la importancia del relato de la víctima, sobre todo en los delitos cometidos en la clandestinidad, no se puede olvidar la posibilidad de que la víctima

⁴⁷ En general, el jefe de policía (delegado), al final de una investigación criminal prepara un documento llamado «*relatório final*» (informe final) de las investigaciones. Según el art. 10, §§1 y 2 del Código de Procedimiento Penal brasileño, el documento debe ser un «informe detallado de lo que se ha investigado», y «la autoridad puede indicar los testigos que no han sido interrogados y mencionar el lugar donde pueden ser encontrados» (traducción libre).

⁴⁸ La demanda se presentó de esta manera, ya que la víctima era menor de edad.

⁴⁹ En adelante, denominaré las pruebas como E (evidencia), las hipótesis plausibles como H y las diligencias posibles como D.

se haya equivocado, siendo susceptible de cometer errores honestos⁵⁰ y errores intencionados (mentiras). Honestos, teniendo en cuenta que la víctima puede haber reconocido erróneamente a José, ante la presencia de variables de estimación⁵¹ como la luz, la visión, el nerviosismo, el tiempo de exposición, etc., que acaban influyendo en la percepción de la persona que presenció un determinado delito, así como la presencia de una variable sistémica relevante, consistente en que el procedimiento de reconocimiento de la foto fue extremadamente sugestivo, ya que la policía presentó la foto de un único sospechoso, previamente investigado por la práctica de un delito sexual.

Por su parte, como refuerzo de la segunda hipótesis, es decir, que el crimen fue cometido por un tercero y María pudo haberse equivocado al reconocer a José, existen los siguientes datos que sustentan esa posible suposición: E2 y E3 (la descripción del autor del crimen y el uso de un coche plateado).

Lo primero que hay que decir al respecto, es que tiene sentido que los agentes de policía hubiesen formulado inicialmente la hipótesis más sencilla, esto es, que el delincuente podía ser alguien con un posible historial de práctica de delitos similares. Peirce llama a esto «economía de la investigación» (Tuzet, 2014, p. 125), es decir, no tiene sentido que quien quiera explicar un fenómeno no actúe, en espera de una revelación, o que finalmente elija por azar entre las infinitas hipótesis lógicamente posibles. Por lo tanto, trabajar *a priori* con la idea de que el agresor puede ser alguien con antecedentes penales no es absurdo, sobre todo teniendo en cuenta las altas cifras brasileñas sobre la probabilidad de reincidencia⁵².

Sin embargo, es evidente que la investigación oficial, desde el principio, se centró exclusivamente en la hipótesis de que José era el violador de María; bastando para ello el débil e inducido reconocimiento fotográfico del sospechoso. Aun así, había datos probatorios relevantes que estaban en conflicto con dicha información y que fueron ignorados —consciente o inconscientemente— por los investigadores policiales. Mientras que la víctima describió al violador como «un hombre moreno, gordo, de aproximadamente 1,70 m de altura, con el pelo corto y rizado, que vestía pantalón corto y camiseta», las características físicas de José no eran compatibles con esa descripción: José era «un hombre negro, delgado, de aproximadamente 1,90 m

⁵⁰ Para un análisis sobre la diferencia entre los errores honestos y las mentiras, véase De Paula Ramos (2018, p. 66-69).

⁵¹ Se entiende por variables sistémicas aquellas que son controlables por el sistema de justicia, es decir, que de alguna manera los organismos oficiales pueden interferir en el procedimiento, como las instrucciones que se dan a la víctima. Las variables de estimación, en cambio, son condiciones relacionadas con la escena del crimen, en general incontrolables, que actúan en la forma en que codificamos, almacenamos y recuperamos la información en nuestra memoria. Véase Wells (1978).

⁵² De acuerdo con un estudio titulado *Reentradas e reiterações infracionais: um olhar sobre os sistemas sócio educativo e prisional brasileiros* (CNJ, 2019), realizado por el Consejo Nacional de Justicia de Brasil, cerca del 42,5 por cien de los excondenados vuelven a delinquir. Se trata, sin duda, de un número considerable.

de altura, con pelo rizado». Además, el coche utilizado por el verdadero agresor era de color metálico (plateado), modelo Volkswagen Gol, mientras que el utilizado por José probablemente sería un coche rojo, modelo C3, Citroën; información que era conocida por la policía⁵³. Esto conlleva, por lo tanto, una contradicción entre los datos E2 x E6 y E3 x E8.

Gran parte de los estudios empíricos diagnostican que el error más común durante la fase preliminar se produce precisamente cuando la policía opta prematuramente por construir los casos basándose en una mera sospecha, sin considerar las explicaciones concurrentes y omitiendo recabar otras pruebas disponibles (Fahsing, 2016, p. 2). Este fenómeno, estudiado por la rama de la psicología cognitiva, se conoce como visión de túnel (Findley y Scott, 2006)⁵⁴ y consiste en un conjunto de heurísticas, falacias lógicas y sesgos cognitivos que llevan a todos los actores del sistema de justicia penal (especialmente en la fase de investigación criminal) a centrarse en el sospechoso, seleccionar y filtrar las pruebas que construirán el caso para la condena, mientras se ignoran o suprimen las pruebas exculporias.

En un esquema de razonamiento adecuado, lo correcto sería que los investigadores sometieran a prueba la primera hipótesis (José es el posible autor) con la producción de nuevos elementos (datos adicionales) que permitieran corroborar o refutar la conjetura inicial; proceso al que Tuzet (2014, p. 131) denomina «de las hipótesis a las pruebas». A modo de ejemplo, se podrían utilizar los siguientes pasos probatorios para comprobar la primera hipótesis formulada:

- D1) Reconstitución de la escena del crimen, con la ayuda de María;
- D2) Toma de la declaración del testigo que en teoría ayudó a María;
- D3) Inspección del coche rojo para verificar la posible existencia de vestigios físicos;
- D4) Recoger la ropa que usó José ese día;
- D5) Con la debida autorización judicial, solicitar el acceso a las conversaciones de WhatsApp y otras redes sociales almacenadas en el teléfono de José con el objetivo de averiguar, por ejemplo, si habló con terceros sobre la posible comisión del delito;
- D6) Con la debida autorización judicial, solicitar la geolocalización del teléfono de José para saber dónde estuvo el día del crimen;
- D7) Solicitar al sistema Detecta⁵⁵ si hubo alguna captación de imágenes del coche rojo en lugares públicos el día del crimen;

⁵³ Véase la nota 45 (referencia al caso anterior por el que José fue investigado).

⁵⁴ Los autores explican que hay tres principales sesgos cognitivos que actúan sobre el fenómeno de la visión de túnel: *i*) confirmatorio; *ii*) retrospectivo, y *iii*) de resultado. Para conocer un trabajo brasileño interesante sobre el tema, véase BRITTO (2022). Para un análisis sobre los principales sesgos en la investigación de la fiscalía, véase MÉRIDA HUERTA (2023).

⁵⁵ Detecta es un sistema implementado por el Estado de São Paulo que consiste en la vigilancia de los coches en las zonas públicas por medio de cámaras vinculadas directamente a la mayor base de datos de información policial de América Latina. Este sistema almacena información de la Policía Civil y Militar, del Registro Digital de Ocurrencias (RDO), del Instituto de Identificación (IIRGD), del Sistema Operativo de la Policía Militar (SIOPM-190), del Sistema de Fotografía Criminal (Fotocrim), además de los datos de los vehículos y del Permiso Nacional de Conducir (CNH) del Detran. Mediante cámaras comunes, se realiza una lectura de las matrículas de los vehículos que transitan por la calle y, en tiempo

D8) Búsqueda de cámaras de vigilancia en la región;

Con los resultados obtenidos a partir de esas nuevas pruebas, la policía podría descartar la hipótesis preliminar e intentar corroborar si sustentan la hipótesis alternativa, esto es, que el delito fue cometido por un tercero. Sin embargo, esto no sucedió en el caso concreto. Por el contrario, la investigación oficial se concluyó en tan solo veinte días.

Una vez expuestos los puntos débiles de la hipótesis inicial, vale la pena destacar que el ejemplo presentado es un caso excepcional. A diferencia de la mayoría de los casos, en los que la reconstrucción de los hechos se ve perjudicada por lagunas probatorias irreversibles (Ferrer Beltrán, 2021, p. 214)⁵⁶, este caso tuvo un final sorprendente: después de cuatro años, mientras José cumplía la condena de diez años de prisión que le fue impuesta, quedó probada su inocencia.

A través de un procedimiento autónomo⁵⁷, la defensa, mediante la realización de una investigación defensiva⁵⁸, garantizó el derecho a producir nuevas pruebas que pudieran acreditar la inocencia de José. Con las dos diligencias mencionadas (la geolocalización y el sistema Detecta) quedó evidenciado que tenía una coartada consistente: el día de los hechos, José se encontraba trabajando en otra ciudad, lo cual hacía imposible que estuviera presente el día y la hora del supuesto crimen.

Al mismo tiempo, la víctima fue citada judicialmente para proporcionar nueva información sobre el número de teléfono que utilizaba en la época del crimen. Voluntariamente, la víctima declaró que había mentido y que el crimen no había ocurrido. La historia habría sido creada junto a su novio para justificar a su familia por qué había faltado a la escuela. Además, el novio era el mismísimo «testigo» encargado de rescatar a la víctima, quien no fue escuchado en la investigación oficial. En 2021, finalmente la Corte de Justicia de São Paulo reconoció la existencia de un grave error judicial y declaró la absolución de José.

real, se consultan las bases de datos con registros de vehículos robados, hurtados o utilizados en delitos. Véase Governo de São Paulo (2017).

⁵⁶ Las lagunas probatorias pueden ser entendidas como elementos probatorios que deberían haber sido aportados al procedimiento, pero que no lo fueron ni lo serán. Esto puede ocurrir debido a la falta de diligencia/búsqueda por parte de los órganos públicos en las primeras etapas, después de la comisión de un delito, el perecimiento temporal de ciertas pruebas, así como la intención de las partes de ocultar algunas pruebas desfavorables a su hipótesis.

⁵⁷ Prevista en los artículos 381 a 383 del Código de Procedimiento Civil brasileño, la producción anticipada de pruebas es un procedimiento autónomo y sirve como medio adecuado para reunir elementos que se utilizarán en la futura revisión penal de una sentencia definitiva. La idea es que tales elementos se produzcan en un procedimiento contradictorio, con la participación de la Fiscalía.

⁵⁸ La investigación defensiva es un procedimiento de naturaleza investigativa desarrollado por el abogado, en cualquier fase de la persecución penal, con la finalidad de obtener elementos de prueba destinados a constituir un acervo probatorio lícito para la defensa de los derechos de su representado. A pesar de no estar prevista por la ley en sentido formal, siendo reglada por el Provimento 188/2019 del Colegio de Abogados de Brasil (OAB), tal actividad es ampliamente realizada en Italia y en Estados Unidos de América. Véase Moscatelli (2021); Silva (2020).

Aunque las nuevas pruebas fueran relevantes para la declaración de inocencia, tampoco se puede olvidar que en un primer momento ya se disponía de datos probatorios que podían corroborar la posibilidad de que la víctima pudiera haber mentido voluntariamente, tal y como demuestran E2 x E6 y E10 (incompatibilidad física entre la descripción del agresor y José, así como la negativa injustificada a entregar la ropa supuestamente destrozada y utilizada por la víctima). En otras palabras, además de las dos hipótesis mencionadas, los investigadores también pudieron haber conjeturado una tercera línea: el crimen no ocurrió y María habría mentido por razones desconocidas que deberían haber sido investigadas.

Como señala De Paula Ramos (2018, p. 143), la cuestión es que la ley adopta una versión presuntivista del testimonio y que todo lo que diga la víctima o el testigo debe ser considerado verdadero, salvo que se demuestre lo contrario. Por consiguiente, era bastante difícil (incluso improbable) que esa línea de investigación fuera explotada desde el principio, aunque fuera una hipótesis alternativa por probar⁵⁹.

Este sencillo caso fue presentado para reforzar la importancia de la búsqueda de elementos adicionales de corroboración o refutación, capaces de poner a prueba la primera hipótesis conjeturada. Esta obligación, al igual que la de insistir en otras líneas de investigación, debería formar parte del compromiso institucional de los organismos públicos de nuestros sistemas jurídicos. Países como Inglaterra⁶⁰, Alemania⁶¹ y México⁶² tienen esta obligación legal en sus sistemas procesales, aunque en la práctica las cosas pueden ser muy diferentes.

4. HERRAMIENTAS Y ESTÍMULOS QUE PUEDEN MEJORAR EL RAZONAMIENTO ABDUCTIVO

Como se ha expuesto a lo largo del trabajo, es fundamental que los organismos oficiales de investigación tengan la capacidad de razonar mejor a partir de un correc-

⁵⁹ A pesar de lo anterior y de las circunstancias del caso, es importante tener presente que se deben evitar visiones estereotipadas sobre las víctimas al momento de plantear como hipótesis alternativa que mintieron deliberadamente en su declaración. Por eso, los protocolos para investigación y juzgamiento con perspectiva de género son extremadamente importantes.

⁶⁰ Según el artículo 23(1), punto 3.5, del Criminal Procedure and Investigations Act: «Al llevar a cabo una investigación, el investigador deberá seguir todas las líneas investigativas razonables, tanto si apuntan al sospechoso como si se alejan de él. Lo razonable, en cada caso, dependerá de las circunstancias particulares. Corresponde al investigador, con la ayuda del fiscal si es necesario, decidir lo que constituye una línea de investigación razonable en cada caso» (traducción libre).

⁶¹ CPPa. Sección 160: «La Fiscalía comprobará no solo la incriminación, sino también las circunstancias de exoneración, asegurando la obtención de pruebas cuya pérdida se teme» (traducción libre).

⁶² CNPP. Artículo 212: «La investigación deberá realizarse de manera inmediata, eficiente, exhaustiva, profesional e imparcial, libre de estereotipos y discriminación, orientada a explorar todas las líneas de investigación posibles que permitan allegarse de datos para el esclarecimiento del hecho que la ley señala como delito, así como la identificación de quien lo cometió o participó en su comisión».

to procesamiento de los datos disponibles, la verificación de las contradicciones entre las informaciones y la generación de nuevas conjeturas que puedan explicar el mismo fenómeno.

Este tema no es nada nuevo. Dentro del área que trabaja en el entrelazamiento de la inteligencia artificial (IA), la programación y el derecho⁶³, a partir de mediados de la década de 1980 se desarrollaron programas centrados en el uso de la abducción⁶⁴. Estas metodologías informáticas prometen mejorar el razonamiento probatorio, sobre todo teniendo en cuenta que nuestras actividades cerebrales son limitadas, es decir, no tenemos la capacidad de procesar, relacionar y visualizar toda la información disponible⁶⁵, tampoco es fácil visualizar la argumentación por detrás del razonamiento realizado (Aguilera y Calixto, 2016, p. 154).

Se advierte, sin embargo, que tales programas no están libres de sesgos cognitivos, y ya existen estudios que vislumbran los graves errores que pueden provocar las máquinas⁶⁶. La cuestión es, sobre todo, que al cruzar más información y procesarla más rápidamente, pueden servir para crear otras hipótesis no pensadas por el investigador. En otras palabras, la creación de este tipo de *sense-making softwares* sirve para ayudar a la actividad humana en la reconstrucción de los hechos (Aguilera, 2015, p. 50; Mascarenhas y Nardelli, 2021). Como no es posible profundizar en este artículo en todos los programas existentes, solo se expondrán sintéticamente dos programas abductivos que pueden inspirar la creación de *softwares* similares y más actuales.

Creado en 1989 por el filósofo y cognitivista Thagard, el programa ECHO tiene como función principal simular los resultados de los veredictos del jurado mediante

⁶³ Como explica Nieva Fenoll (2018: 22 y ss.), el concepto de inteligencia artificial puede ser entendido como máquinas/programaciones que aprenden a utilizar las generalizaciones que las personas usan para tomar decisiones habituales. Para la consecución de su tarea, depende de un algoritmo, que almacena todas las opciones de decisión en función de los datos que va conociendo. Hay, actualmente, diversos programas que auxilian, especialmente, en tres principales usos jurídicos: *i*) en materia de procedimiento; *ii*) en la prueba y reconstrucción de los hechos; *iii*) en la argumentación.

⁶⁴ «El razonamiento abductivo ha recibido más atención en el campo de la IA que en el del derecho» (Schum, 2002, p. 308, traducción libre).

⁶⁵ Para la psicología, la memoria se compone de información codificada, almacenada y recuperable. No funciona como un grabador de vídeo y tampoco es un *hard disk* que pueda formatearse. Véase en Schacter y Loftus (2013, p. 120).

⁶⁶ Para ejemplificar algunos de los errores a los que pueden verse sometidas las máquinas, véase lo que ocurre con el reconocimiento facial y la instalación de cámaras en lugares públicos. Debido a que estas tecnologías son creadas y programadas precisamente por hombres blancos, existe un mayor riesgo de discriminación racial, étnica y de género, ya que el algoritmo, al identificar las particularidades de tales grupos, no tiene la misma precisión que al identificar los rostros de hombres blancos. De acuerdo con la información presentada por Big Brother Watch (2020, p. 13), una organización del gobierno británico preocupada por la vigilancia estatal, desde 2016 alrededor del 93 por cien de las alertas de las cámaras instaladas en el Reino Unido han resultado en identificaciones incorrectas por parte de la policía. En Estados Unidos, ciudades como San Francisco y Boston han prohibido el uso del sistema (2020). Joy Buolamwini, investigadora del MIT School of Science, denomina a este sesgo programático «*coded gaze*» (Kantayya, 2020).

una red neuronal artificial. Esta simulación consiste en conjuntos de proposiciones simples, que describen las pruebas recogidas hasta el momento, las hipótesis de la acusación y las hipótesis de la defensa. Se busca, sobre todo, llegar a una coherencia sobre qué hipótesis explicarían mejor los datos y en cuáles habría menos contradicciones⁶⁷. Aunque dicho programa no está pensado exactamente para la fase de investigación penal, podría utilizarse para verificar cuál es la hipótesis más coherente a la luz de las pruebas recogidas.

El programa ALIBI, por su parte, fue creado en 1990 por Nissan, programador e investigador en el área de las tecnologías digitales. A diferencia de ECHO, ALIBI fue creado para ayudar a la defensa a hacer un pronóstico de las diferentes explicaciones que podrían justificar el comportamiento del acusado/investigado. El programa recibe como información una simple acusación, algunos hechos ya constatados y los interpreta como dos conductas distintas, tal como un robo o un hurto. De esa manera, analiza las acciones en sí mismas desde las connotaciones deónticas (es decir, morales o legales), separándolas como ramas de un mismo árbol de acciones. Le toca al sistema inventar ese plan en el que este acto de robo o hurto encaje de forma legítima, en explicaciones alternativas que eliminen o minimicen la responsabilidad del acusado/investigado (Nissan, 2012, p. 54). Obsérvese otro ejemplo presentado por Nissan (p. 58): cierto sujeto rompe una ventana de cristal, conducta aparentemente tipificada como delito de daños en nuestros ordenamientos jurídicos. Además de la hipótesis tradicional de que el acto se cometió intencionadamente, el algoritmo puede encontrar otras dos hipótesis explicativas: *i*) que fue un accidente, ya que la persona fue empujada; *ii*) la persona, al oír ruidos extraños, entendió que alguien necesitaba ayuda y por eso rompió la ventana.

Este programa tiene una relevancia importante. En general, los organismos de investigación solo formulan hipótesis que expliquen la culpabilidad, olvidando la cosa más básica: si la presunción de inocencia está garantizada constitucionalmente en la mayoría de nuestros ordenamientos jurídicos, entonces resulta indispensable conjeturar hipótesis alternativas de inocencia.

⁶⁷ Como explica Nissan (2012, p. 40), ECHO se basa en 07 principios defendidos por Thagard en otra obra: Principio E1. Simetría. La coherencia explicativa es una relación simétrica, a diferencia, por ejemplo, de la probabilidad condicional. Es decir, dos proposiciones, *p* y *q*, son igualmente coherentes entre sí. Principio E2. Explicación. *a*) Una hipótesis es coherente con lo que explica, que puede ser una evidencia u otra hipótesis; *b*) las hipótesis que juntas explican alguna otra proposición son coherentes entre sí, y *c*) cuantas más hipótesis se necesitan para explicar algo, menor es el grado de coherencia. Principio E3. Analogía. Las hipótesis similares que explican pruebas similares son coherentes. Principio E4. Prioridad de los datos. Las proposiciones que describen los resultados de las observaciones tienen un grado de aceptabilidad por sí mismas. Principio E5. Contradicción. Las proposiciones contradictorias son inconsistentes entre sí. Principio E6. Concurrencia. Si *p* y *q* explican una proposición, y si *p* y *q* no están conectados explicativamente, entonces *p* y *q* son inconsistentes entre sí. (*P* y *q* están conectados explicativamente si uno explica el otro o si juntos explican algo.) Principio E7. Aceptación. La aceptabilidad de una proposición en un sistema de proposiciones depende de su coherencia con ellas.

Como señala Ferrer Beltrán (2018), es posible entender la presunción de inocencia desde una cuádruple faceta procesal: *i*) en primer lugar, como principio informante del proceso penal, que funcionaría como límite al poder legislativo y como criterio interpretativo de las normas vigentes; *ii*) como regla de tratamiento procesal, en la cual un determinado investigado/acusado debe ser tratado como inocente hasta que se dicte sentencia firme que declare la culpabilidad; *iii*) como regla probatoria, en la que la presunción de inocencia solo cede si se realiza dentro de un procedimiento probatorio justo, con todas las garantías y facultades procesales garantizadas al investigado/acusado; *iv*) y, finalmente, como regla de juicio, aplicable después de la valoración de la prueba. Si al final la prueba existente no es concluyente para demostrar que se ha probado la hipótesis acusatoria, la duda se resuelve a favor de la inocencia.

Esta última faceta merece especial atención. Si en el momento de dictar sentencia los jueces necesitan decidir si la hipótesis acusatoria ha sido suficientemente probada y verificar que se ha cumplido correctamente el estándar probatorio para la condena, solo podrán realizar esta tarea si conocen efectivamente qué otras hipótesis concurrentes podrían explicar los hechos controvertidos para poder refutarlas⁶⁸.

Por preferencias de la política social, si dentro del procedimiento penal contemporáneo solo un alto y exigente grado de suficiencia⁶⁹ es capaz de autorizar una condena, las autoridades investigadoras deberían tenerlo siempre en cuenta desde la fase preliminar, ya que de este modo podrían demostrar que han identificado todas las posibles hipótesis explicativas⁷⁰.

⁶⁸ Según los siete modelos de formulación de estándares probatorios propuestos por Ferrer Beltrán (2021, p. 209), que varían de mayor a menor grado de exigencia probatoria, los tres primeros (estándares 1, 2 y 3) se basarían en la exigencia de refutar las hipótesis plausibles existentes (o en el caso 2 y 3, la hipótesis alternativa formulada por la parte contraria) que explicarían los mismos datos.

⁶⁹ No pretendo adentrarme en la discusión de cuál sería el estándar ideal aplicable al procedimiento penal en la elaboración de la sentencia. El debate es extremadamente complejo y no se trata de definir un estándar único, en la medida en que existen variaciones entre los delitos, dependiendo de la dificultad probatoria, la pena aplicable u otras circunstancias. Además, la fórmula más allá de toda duda razonable tampoco resuelve los problemas. Su definición e interpretación es confusa, insegura y subjetiva. Para una crítica sobre el tema, véase Laudan (2013, p. 60 ss); Ferrer Beltrán (2021, p. 34). Lo importante es darse cuenta de que si dentro del proceso penal acusatorio, en general, defendemos que el error de las condenas de los materialmente inocentes es más grave que la absolución de los materialmente culpables, el estándar que debe aplicarse tiene que ser mayor que la mera preponderancia de la prueba o la probabilidad predominante. Badaró (2019, p. 247), acertadamente, afirma que «si aceptamos la premisa de que la garantía de la presunción de inocencia implica un *in dubio pro reo*, la adopción de estándares probatorios que representan innegablemente estados de «duda», como es el caso de la mera preponderancia o incluso la prueba clara y convincente, implicaría una clara vulneración de la presunción de inocencia». (traducción libre). Sostengo en este trabajo que para la sentencia penal se requiere un grado de exigencia muy alto y riguroso, sin estar aún segura de cuáles serían entonces sus requisitos.

⁷⁰ Para Aguilera (2019, p. 44), podrían formularse las siguientes preguntas: «¿Qué hipótesis compatibles con la inocencia del acusado permitirían explicar la presencia de tales o cuales observaciones o indicios que, en principio, confirmarían la hipótesis de su culpabilidad? ¿Qué lectura(s) exculpatoria(s) se le podría dar a la presencia de pruebas, que, si solo nos centramos en la hipótesis inculpatoria, la confirmarían? ¿Qué relato alternativo tendría que ser cierto para que, pese a la presencia de cierta evi-

El problema es que si, en general, la investigación penal sigue una sola línea de investigación, es seguro que la actividad del juzgador de aplicación de los estándares acabará perjudicada. Así, es posible concluir que la presunción de inocencia está directamente relacionada con la aplicación del estándar probatorio riguroso al final del procedimiento penal y también con las hipótesis descubiertas o conjeturadas durante la investigación penal.

Expuestas las tecnologías existentes, siguen siendo insuficientes por sí solas. La intervención humana siempre será importante para analizar las proposiciones e inferencias establecidas por la máquina y evitar un automatismo total (Nieva Fenoll, 2018, p. 31 y ss; Mascarenhas y Nardelli, 2021)⁷¹.

Tampoco se puede olvidar que, dadas las disparidades de las realidades jurídicas, no siempre habrá suficientes recursos estatales para el desarrollo de dichas tecnologías. Culturalmente, es probable que sufran una gran resistencia a su aplicación por parte de los organismos de investigación. Por lo tanto, en primer lugar, se supone que debe ser una prioridad garantizar un mejor entrenamiento de los funcionarios estatales. Aunque esto parece obvio, hay recomendaciones importantes de los estudios empíricos, que pueden ser desde la organización del trabajo por etapas, o incluso de las actividades que estimulan la creatividad.

Fahsing (2016; 2021) —que desarrolló un estudio sobre el proceso de toma de decisiones de los investigadores y la capacidad de conjeturar hipótesis, analizando el proceso de selección y formación de los policías en el Reino Unido y Noruega— entiende que es posible que el investigador criminal pueda mejorar la actividad de razonamiento desde una perspectiva individual cuando se enfrenta a un caso real. Además de sugerir que las líneas investigativas sean organizadas y registradas visualmente en papel o en programas como el Excel⁷², el autor propone los siguientes seis pasos importantes, llamados las «seis ces»⁷³: 1) coger toda la información relevante y disponible; 2) comprobar si es relevante, precisa y fiable; 3) conectarla, refinando y estructurando la información; 4) construir los escenarios (hipótesis) con la infor-

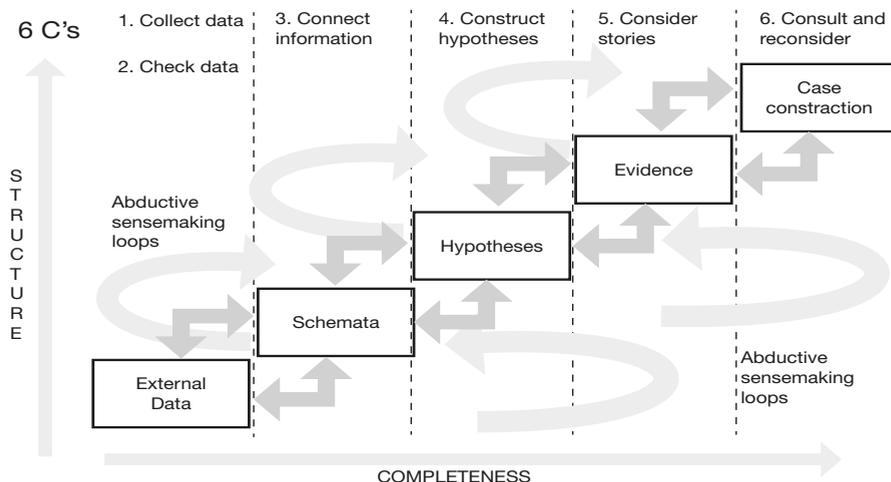
dencia en su contra, que confirmaría la historia inicialmente conjeturada por el Estado, no obstante, el acusado fuera inocente? Y, claro está, ¿qué otras pruebas tendrían que hallarse para que estas hipótesis compatibles con la inocencia quedaran confirmadas?».

⁷¹ Acerca de los sesgos, véase nota 66.

⁷² La técnica sugerida por Fahsing (2021) se denomina *cross-check*. No hay espacio para desarrollar sus ideas en ese artículo, pero el tema será discutido en un trabajo futuro. En esa ponencia de 2021, el investigador presenta la organización del trabajo en una tabla de Excel basada en el caso de Madaleine McCann, una niña desaparecida en 2007 en Portugal. Para él, sería posible registrar las evidencias encontradas, qué preguntas necesitan ser contestadas y especialmente trabajar con varias líneas de investigación, entre ellas: *i*) secuestro, *ii*) fuga, *iii*) muerte, *iv*) venta de órganos, entre otros delitos.

⁷³ Este esquema fue pensado originalmente por Dean (2000). Fahsing (2016), por su parte, añadió un punto más, que es la fase de consulta. Interesante la propuesta de Mérida Huerta (2023) en clasificar los momentos en: *i*) observación; *ii*) recopilación y valoración de datos, *iii*) nueva valoración de datos; *iv*) relación de datos con otros; *v*) elaboración argumental de las hipótesis; *vi*) generación de las diligencias dirigidas a confirmar o refutar la hipótesis generada.

mación disponible; 5) considerar todos los escenarios y probarlos; y, finalmente, 6) consultar una segunda opinión sobre los resultados, y eventualmente reconsiderar las conclusiones adoptadas. Para ilustrar la aplicación de estos seis pasos dentro del razonamiento abductivo, el autor completa un esquema propuesto inicialmente por Pirolly y Card (Fahsing 2016, p. 21):



Esta tarea, sobre todo, no requiere grandes gastos ni la aplicación de grandes cambios en nuestros sistemas jurídicos. Fahsing (2021) considera que ordenar la investigación y su metodología es efectivo en la mayoría de los casos.

Un punto importante aportado por el mismo autor (2016) es que el trabajo de investigación se ponga a prueba a partir del análisis de un tercero, ajeno al procedimiento, como forma de obtener una segunda visión. Sería una forma de supervisión de la investigación realizada, capaz de llevar a reconsiderar el proceso de toma de decisiones. En una línea similar, Aguilera y Calixto (2016, p. 154) sostienen que la presentación del caso ante un grupo compuesto por más miembros podría ser beneficiosa para la resolución del delito, en la medida en que uno de ellos podría desempeñar el papel de «abogado del diablo», consistente en detectar los puntos débiles de las hipótesis propuestas y sugerir modificaciones que se ajusten mejor a las pruebas disponibles.

Otro punto que podría desarrollarse en la formación de los investigadores sería estimular la creatividad, ya que la imaginación es un componente importante en la creación de nuevas y buenas hipótesis (Carson, 2009). Como diagnostica Schum (2002, p. 307), «el razonamiento imaginativo es tan vital en el derecho como en cualquier otra disciplina».

En un estudio empírico, realizado por Dean *et al.* (2007) y en el que se analizaron a sesenta y cuatro investigadores criminales de Noruega, de diferentes áreas, concluyeron que los investigadores más creativos aplican un esquema de pensamiento in-

investigativo más elevado, aportando ideas innovadoras y reconfigurando los enfoques tradicionales en las técnicas existentes. Los autores sostienen que los más creativos mantienen la mente abierta cuando investigan, incluso cuando cierta información sugiere un posible sospechoso, y que además siguen explorando diversos ángulos para reunir más pruebas.

Dean, Fahsing y Gottschalk (2008) insisten en que técnicas como el *brainstorming*, la asociación libre, los mapas mentales y las analogías forzadas son actualmente ineficaces. Lo que podría ayudar eficazmente a la policía en la creación de ideas buenas y innovadoras sería: *i)* no sobrecargar a los agentes con una gran demanda de trabajo, permitiéndoles desarrollar un «excedente de atención» en relación con el caso; *ii)* proporcionar formación policial en otras áreas de conocimiento, como la ciencia, la física, la biología, lo que permitiría una visión más general, ya que el individuo no estaría solo restringido a su propio campo de investigación y podría implementar conocimientos de otras áreas de conocimiento. A su vez, Carson (2009, p. 220) cita la importancia de la enseñanza de la semiótica —el estudio de los procesos comunicativos de cualquier tipo y que, por tanto, implica signos, símbolos y códigos de diversa índole, así como los medios por los que se producen e interpretan— como forma de potenciar la creatividad de los investigadores. Para el autor, esa formación podría ayudar a los investigadores a comprender mejor el significado de los documentos y los relatos de los testigos, las víctimas y los investigados. Por casualidad, la semiótica es un campo igualmente estudiado por Peirce, el «padre» del método abductivo, siendo este el principal objetivo de reflexión del presente trabajo.

5. CONCLUSIONES

La primera parte del trabajo optó por identificar cómo el razonamiento probatorio durante la fase preliminar no ha sido tratado como una preocupación por la mayoría de los autores, sea del proceso penal, sea de la epistemología jurídica de la prueba. Mientras que la atención se ha centrado y actualmente se centra en el momento de la valoración y la motivación de la decisión judicial, las cuestiones relativas a la formulación de hipótesis son prácticamente ignoradas.

El estudio de la abducción es más que indispensable para la correcta determinación de los hechos. Además de que gran parte del conjunto probatorio se descubre y se forma en esta etapa previa, no hay inicio del juicio oral sin la definición de una hipótesis previa —aunque sea provisional— entendida como la hipótesis acusatoria. Al final del procedimiento, el juez solo puede verificar si la hipótesis acusatoria alcanzó el estándar probatorio si dispone de las demás hipótesis competidoras que podrían explicar el mismo fenómeno. Si las otras hipótesis —habitualmente conjeturadas en la fase previa— son desconocidas, es cierto que la actividad del juez se verá perjudicada.

En la segunda parte del trabajo, a partir del análisis de un caso real brasileño de error investigativo, fue posible identificar la importancia de crear herramientas que estructuren correctamente el razonamiento abductivo, utilizando inteligencia artificial y el entrenamiento de los investigadores, especialmente a partir del registro de las líneas hipotéticas investigativas, la revisión del trabajo en etapas y técnicas de creatividad. Hasta la finalización de este artículo no se ha llegado a la conclusión definitiva de qué cambios legislativos en nuestros ordenamientos podrían suponer una efectiva mejora de las prácticas de investigación criminal⁷⁴. Por lo tanto, proponer algo en este sentido sería, en palabras de Haack (2011), la realización de un razonamiento fingido⁷⁵.

Todo esto, por sí solo, no resolverá los problemas y males actuales de la investigación criminal. Por lo tanto, tales recomendaciones no son exhaustivas, siendo solo algunas sugerencias que parecen interesantes para la toma de decisiones investigativas. Para el entrelazamiento de la filosofía del derecho, el proceso penal, la epistemología jurídica y la psicología cognitiva, aún faltan estudios profundos sobre el razonamiento en la investigación criminal.

BIBLIOGRAFÍA

Abellán, M. G. (2010). *Los hechos en el derecho*. Marcial Pons.

Abellán, M. G. (2014). ¿Lógica del descubrimiento para la prueba? En J. García Amado y P. Bonorino (Eds.), *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho. Debates sobre abducción* (pp. 149-162). Comares.

⁷⁴ Hay ordenamientos jurídicos que prevén alguna estructuración metodológica de la investigación criminal en la ley procesal penal. Un ejemplo es el CPP de Colombia, en su artículo 207: «Programa metodológico. Recibido el informe de que trata el artículo 205, el fiscal encargado de coordinar la investigación dispondrá, si fuere el caso, la ratificación de los actos de investigación y la realización de reunión de trabajo con los miembros de la policía judicial. Si la complejidad del asunto lo amerita, el fiscal dispondrá, previa autorización del jefe de la unidad a que se encuentre adscrito, la ampliación del equipo investigativo. Durante la sesión de trabajo, el fiscal, con el apoyo de los integrantes de la policía judicial, se trazará un programa metodológico de la investigación, el cual deberá contener la determinación de los objetivos en relación con la naturaleza de la hipótesis delictiva; los criterios para evaluar la información; la delimitación funcional de las tareas que se deban adelantar en procura de los objetivos trazados; los procedimientos de control en el desarrollo de las labores y los recursos de mejoramiento de los resultados obtenidos. En desarrollo del programa metodológico de la investigación, el fiscal ordenará la realización de todas las actividades que no impliquen restricción a los derechos fundamentales y que sean conducentes al esclarecimiento de los hechos, al descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física, a la individualización de los autores y partícipes del delito, a la evaluación y cuantificación de los daños causados y a la asistencia y protección de las víctimas. Los actos de investigación de campo y de estudio y análisis de laboratorio serán ejercidos directamente por la policía judicial».

⁷⁵ El «*sham reasoning*» se produce cuando el investigador (en todos los campos) ya se ha comprometido con una hipótesis predeterminada y solo va en busca de los elementos que la corroboran para defender su tesis. Hay un condicionamiento previo e inmutable de la investigación que apunta a un resultado ya pensado e imaginado.

- Abimbola, K. (2002). Abductive Reasoning in Law: Taxonomy and Inference to the Best Explanation. En M. Maccrimmon y P. Tillers (Eds.), *The Dynamics of Judicial Proof: Computation, Logic and Common Sense*. Physica-Verlag Heidelber.
- Accatino, D. (2019). Teoría de la prueba: ¿somos todos «racionalistas» ahora? *Revija Revus*, 39, 85-109.
- Aguilera, E. (2020). Una propuesta de aplicación de la epistemología jurídica en la investigación del delito. En J. Ferrer Beltrán y C. Vázquez (Eds.), *Del derecho al razonamiento probatorio* (pp. 17-44). Marcial Pons.
- Aguilera, E. y Calixto, Y. (2016). Aportaciones al mejoramiento de la investigación del delito para promover la averiguación de la verdad y apuntalar el respeto al derecho de presunción de inocencia. *Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística*, 17, 134-156.
- Aliseda, A. (2014). *La lógica como herramienta de la razón. Razonamiento ampliativo en la creatividad, la cognición y la inferencia*. College Publications.
- Ambos, K., Gómez Colomer, J. y Vogler, R. (2003). *La policía en los Estados de Derecho latinoamericanos. Un proyecto internacional de investigación*. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Ask, K. y Granhag, P. (2007). Motivational Bias in Criminal Investigators Judgments of Witness Reliability. *Journal of Applied Social Psychology*, 37(3), 561-591.
- Ask, K. y Granhag, P. A. (2008). The «Elasticity» of Criminal Evidence: A Moderator of Investigator Bias. *Applied Cognitive Psychology*, 22(9), 1245-1259.
- Badaró, G. (2019). *Epistemologia judiciária e prova penal*. Revista dos Tribunais.
- Big Brother Watch (2020). *Big Brother Watch Briefing on facial recognition surveillance*. <https://bit.ly/3p1ik1l>
- Bonorino, P. (2014). Razonamiento probatorio: ¿Deducción? ¿Inducción? ¿Abducción? En J. García Amado y P. Bonorino (Eds.), *Prueba y razonamiento probatorio en el derecho: debates sobre abducción* (pp. 163-187). Comares.
- Britto, H. (2022). Raciocínio Investigativo e Tomada de Decisões. En D. Lino (Ed.), *Psicologia Investigativa - Teoria e Prática* (pp. 132-150). Juruá Editora.
- Bryant, R. (2009). Forms of Reasoning and the Analysis of Intelligence in Criminal Investigation. En S. Tong, R. Bryant y M. Horvarth (Eds.), *Understanding Criminal Investigation* (pp. 35-49). Wiley Blackwell.
- Carson, D. (2009). Detecting, Developing and Disseminating Detectives' «creative» skills. *Policing & Society*, 19(3), 216-225.
- Carvalho, F. (2013). *Inferir Explicações e Explicar Inferências: Uma abordagem pragmático-transcendental da Inferência à Melhor Explicação* [Tesis doctoral, Universidade Federal de Minas Gerais]. Repositório institucional da UFMG. <http://hdl.handle.net/1843/BUBD-9JTN55>
- CNJ (2019). *Reentradas e reiterações infracionais: um olhar sobre os sistemas sócio educativo e prisional brasileiros*. Conjur. <https://www.conjur.com.br/dl/panorama-reentradas-sistema.pdf>
- Cobra, C. N. (1960). *Manual de Investigação Policial* (3ª ed.). Editora Escola de Polícia de São Paulo.
- De Paula Ramos, V. (2018). *Prova testemunhal: do subjetivismo ao objectivismo, do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e epistemologia* [Tesis doctoral, Universidade Federal do Rio Grande do Sul y Universitat de Girona]. Tesis Doctoral en Xarxa (TDX). <http://hdl.handle.net/10803/482109>
- Dean, G., Fahsing, I. A. y Gottschalk, P. (2007). Creativity as a Determinant of Thinking Style in Police Investigations. *International Journal of Police Science and Management*, 9(2), 112-121.
- Dean, G., Fahsing, I. A., Gottschalk, P. y Solli-Saether, H. (2008). Investigative Thinking and Creativity: An Empirical Study of Police Detectives in Norway. *International Journal of Innovation and Learning*, 5(2), 170-185.
- Dei Vecchi, D. (2013). Tres discusiones acerca de la relación entre prueba y verdad. *Discusiones*, 13(2), 233-264.
- Eco, U. y Sebeok, T. A. (Eds.). (2014). *O signo de três*. Perspectiva.
- Estado de São Paulo (2015). *Os Toupeiras: A história do furto ao Banco Central*. <https://bit.ly/3jKOUhw>
- Fahsing, I. (2016). *The making of an expert detective. Thinking and Deciding Criminal Investigations* [Tesis doctoral, University of Gothenburg]. Politihøgskolen institujonelle arkiv. <http://hdl.handle.net/11250/2428006>

- Fahsing, I. (2021, 13 de octubre). *Criminology. Public Security and Criminal Investigation*. [Vídeo]. Youtube. <https://www.youtube.com/watch?v=qZ0qi8293yo&rt=4995>
- Fahsing, I. (2022). Beyond reasonable doubt: how to think like an expert detective. *Police Psychology*, 267-295.
- Ferrer Beltrán, J. (2008). *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons.
- Ferrer Beltrán, J. (2018). Uma concepção minimalista e garantista da presunção de inocência. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 4(1), 149-182.
- Ferrer Beltrán, J. (2021). *Prueba sin convicción. Estándares de Prueba y debido proceso*. Marcial Pons.
- Findley, K. A. y Scott, M. S. (2006). The Multiple Dimensions of Tunnel Vision in Criminal Cases. *Wisconsin Law Review*, 2, *University of Wisconsin Legal Studies Research Paper*, 1023, 291-397.
- González Lagier, D. (1999). Diez teorías sobre la acción humana. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 10, 145-172.
- Governo de São Paulo (2017). *Detecta monitora o Estado de SP com mais de três mil câmeras de vídeo*. bit.ly/3KU3nUj
- Haack, S. (2011). *Manifiesto de una moderada apasionada: ensayos contra a moda irracionalista* (trad. Rachel Herdy). Editora PUC-Rio.
- Haack, S. (2014). *Evidence Matters: Science, Proof, and Truth in the Law*. Cambridge University Press.
- Kantayya, S. (Directora). (2020). *Coded bias* [Documental]. 7th Empire Media, Ford Foundation; Just Films, Chicken & Egg Pictures. <https://www.netflix.com/at/title/81328723>
- Kassin, S. M., Goldstein, C. C. y Savitsky, K. (2003). Behavioral Confirmation in the Interrogation Room: On the Dangers of Presuming Guilt. *Law and Human Behavior*, 27(2), 187-203.
- Laudan, L. (2013). *Verdad, error y proceso penal: un ensayo sobre epistemología jurídica* (trad. C. Vázquez y E. Aguilera). Marcial Pons.
- Lewgoy, J. (2020, 22 de julio). *Procon alerta para golpe da troca de cartão em bancos na pandemia*. Valor. <https://glo.bo/3rtcX9>
- MacCrimmon, M. y Tillers, P. (Eds.). (2012). *The Dynamics of Judicial Proof: Computation, Logic, and Common Sense*. Physica.
- Malar, J. P. (2023, 27 de enero). *Lavagem de dinheiro com criptomonedas cresceu 68 por cien em 2022, aponta levantamento*. Exame. <https://bit.ly/42t2mL4>
- Marin, J. (2022, 25 de febrero). *WhatsApp: 43 por cien dos usuários foram vítimas de golpes, diz pesquisa*. Tecmundo. <https://bit.ly/449kJP>
- Mascarenhas, F. A. y Nardelli, M. M. (2021). Inteligência artificial, cognição e prova Penal: Aplicações para a investigação e argumentação sobre fatos. En Eduardo Santoro y Diogo Malan (Eds.), *Desafiando 80 anos de proceso penal autoritário* (pp. 509-532).
- Matida, J. y Ceconello, W. (2021). Reconhecimento fotográfico e presunção de inocência. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 7(1), 409-440.
- Matida, J. y Moscatelli, L. (2020). *Justiça como Humanidade na construção de uma investigação preliminar epistêmica*. Conjur. <https://bit.ly/34E3nF7>
- Meissner, C. A. y Kassin, S. M. (2002). «He's Guilty!»: Investigator Bias in Judgments of Truth and Deception. *Law and Human Behavior*, 26(5), 469-480.
- Mérida Huerta, O. (2023). *Hipótesis y sesgos en la investigación de los fiscales* [Trabajo final de Máster, Universitat de Girona-Génova]. Repositori Digital de la UdG, DUGiDocs. <http://hdl.handle.net/10256/23062>
- Moscatelli, L. (2021). Investigación Defensiva: Um passo imprescindível para a correta determinação dos fatos. *Boletim Revista do Instituto baiano de Direito Processual Penal*, 4(18).
- National Registry of Exonerations (2020). *Infographics*. <https://bit.ly/3EmpPD7>
- Nieva Fenoll, J. (2018). *Inteligencia artificial y proceso judicial*. Marcial Pons.
- Nissan, E. (2012). *Computer Applications for Handling Legal Evidence, Police Investigation and Case Argumentation*. Springer.
- Peirce, C. S. (1931- 1958). *Collected Papers* (ed. de C. Hartshorne, P. Weiss and A. Burks). Harvard University Press.
- Peirce, C. S. (2008). *Ilustrações da lógica da ciência* (Trad. R. Kinouchi). Ideias & Letras.

- Pereira, E. da S. (2019). *Teoria da Investigação Criminal: uma introdução jurídico-científica* (2ª ed.). Almedina.
- Polícia Civil de São Paulo (2002). *Manual operacional do policial civil: doutrina, legislação, modelos*. Delegacia Geral de Polícia.
- Polícia do Mato Grosso do Sul (2022). *Importância da prática didática na Investigação Policial*. <https://bit.ly/3Iaqckt>
- Rassin, E. y Eerland, A. (2012). Biased Evaluation of Incriminating and Exonerating (Non) Evidence. *Psychology, Crime & Law*, 18(4), 351-358.
- Rassin, E., Eerland, A. y Kuijpers, I. (2010). Let's Find the Evidence: An Analogue Study of Confirmation Bias in Criminal Investigations. *Journal of Investigative Psychology and Offender Profiling*, 7(3), 231-246.
- Reichenbach, H. (1938). *Experience and Prediction: An Analysis of the Foundations and the Structure of Knowledge*. The University of Toronto Press.
- Rodríguez de Romo, A. C. R., Aliseda, A. y Arauz, A. (2016). Medicina y lógica: el proceso diagnóstico en neurología. *Ludus Vitalis*, 16(30), 135-163.
- Santoro, A. E. R. (2020). A imbricação entre maxiprocessos e colaboração premiada: o deslocamento do centro informativo para a fase investigatória na Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 6(1), 81-116.
- Schacter, D. L. y Loftus, E. F. (2013). Memory and Kaw: What Can Cognitive Neuroscience Contribute? *Nature Neuroscience*, 16(2), 119-123.
- Schum, D. A. (2002). Species of Abductive Reasoning in Fact Investigation in Law. En M. MacCrimmon y P. Tillers (Eds.), *The Dynamics of Judicial Proof* (pp. 307-336). Physica-Verlag Heidelberg.
- Silva, F. R. A. (2020). A investigação criminal direta pela defesa—instrumento de qualificação do debate probatório na relação processual penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 6(1), 41-80.
- Simon, D. (2012). *In Doubt: The Psychology of the Criminal Justice Process*. Harvard University Press.
- Taruffo, M. (2005). *La prueba de los hechos* (2ª ed., trad. J. Ferrer Beltrán). Trotta.
- Taruffo, M. (2016). *Uma simples verdade* (trad. Vitor de Paula Ramos). Marcial Pons.
- Tong, S. y Bowling, B. (2006). Art, Craft and Science of Detective Work. *The Police Journal*, 79(4), 323-329.
- Tuzet, G. (2014). Usos jurídicos de la abducción. En J. García Amado y P. Bonorino (Eds.), *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho: Debates sobre abducción* (pp. 121-147). Comares.
- Ubertis, G. (2017). *Elementos de epistemología del proceso judicial* (trad. P. Andrés Ibáñez). Trotta.
- Uscamayta, G. E., Trelles, J. E. S. y Jallo, N. J. A. (2021). El rol del razonamiento abductivo en el razonamiento probatorio del derecho: una perspectiva orientada hacia la práctica. *Cogency*, 13(2), 103-138.
- Vargas, J. D., Zilli, L. F. y Misse, M. (2010). *O inquérito policial no Brasil: Uma pesquisa empírica*. Booklink/Fenapef/Necvu.
- Vázquez, C. (2015). *De la prueba científica a la prueba pericial*. Marcial Pons.
- Vázquez, C. (2020). El diseño normativo de las pruebas periciales, a propósito del razonamiento inferencial de los expertos y la comprensión judicial. *Discusiones*, 24(1), 29-60.
- Vilares, F. R. (2014). *Ação Controlada e criminalidade organizada: Os controles necessários à atividade investigativa* [Tesis doctoral, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo]. Teses e dissertações Biblioteca digital USP. 10.11606/T.2.2015.tde-19112015-164630.
- Wells, G. L. (1978). Applied Eyewitness-Testimony Research: System Variables and Estimator Variables. *Journal of Personality and Social Psychology*, 36(12), 1546-1557.

CONJETURAS
Y REFUTACIONES

WHAT'S SO SPECIAL ABOUT THE CRIMINAL TRIAL? A COMMENT ON SARAH SUMMERS «EPISTEMIC AMBITIONS OF THE CRIMINAL TRIAL: TRUTH, PROOF, AND RIGHTS»

R. A. Duff

Professor Emeritus of Philosophy
University of Stirling
r.a.duff@stir.ac.uk

ABSTRACT: This paper offers some further support to Sarah Summers' argument, in «The Epistemic Ambitions of the Criminal Trial: Truth, Proof, and Rights», that we cannot separate process from outcome in the criminal trial—that the justification and legitimacy of the verdict (especially of a conviction) depends crucially on the procedure through which it was reached. Intuitive support for this view is found by considering the case of a guilty person who is convicted after a trial that denied him the opportunity or means for «effective participation»; further support is found in the provisions made for those who are «unfit to plead», those who lack the capacities necessary for effective participation in their trial. A firmer grounding for this view is then found in a theory of the criminal trial as a process through which alleged public wrongdoers are called to account—a process in which they should be active participants.

KEYWORDS: criminal trials, process and outcome, fitness to plead, calling to account.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION—. 2. FITNESS TO PLEAD—. 3. THE CRIMINAL TRIAL AS A CALLING TO ANSWER—. BIBLIOGRAPHY.

1. INTRODUCTION

The central argument of Sarah Summers' interesting paper is that we cannot separate «outcome» from «process» in our account of the proper aims and structure of criminal trials. We should not say, for instance, as instrumentalists say, that the trial's proper aim is a true or accurate verdict, and that the various rules and principles that govern the trial's procedures are to be rationalised either instrumentally, as provisions that make an accurate verdict more likely, or in terms of side-constraints that are independent of the trial's central aim¹.

The aim of criminal adjudication in the rule of law should be understood in terms of enabling the establishment of a kind of truth, which is to be determined in line with the substantive and procedural distinct requirements governing justified punishment and fair process. (Summers, 2023, p. 267).

Summers is, I think, absolutely right in this argument: the justification, the legitimacy, even (we might say) the truth of the verdict reached in a criminal trial is determined not just by the truth of a proposition it contains about the guilt of the accused person (in a guilty verdict, the proposition that he committed the offence with which he was charged), but on the procedure through which that verdict was reached. In this response to her paper, I will therefore not be trying to undermine her argument, but will offer further support for it, and sketch the way in which it can be more firmly grounded in a distinctive conception of the criminal trial. I will begin, in this section, by clarifying what I take to be her central claim, and by offering some intuitive support for it. In s. 2, I will suggest that we can make progress by considering the law's treatment of those who are judged to be «unfit to plead»—those who lack the capacities necessary for participation in one's trial; and in s. 3 I will sketch an account of the trial as a process through which responsible agents are called to answer for their alleged crimes—and in which the justice of the procedure is therefore integral to the justifiability of the outcome.

To begin with a little clarification. At some points Summers (2023, p. 266-267) puts her central claim in the language of knowledge: «state authorities are only entitled to hold an individual liable and impose punishment if they know that the accused committed the offence». Now if the aim of the trial is knowledge rather than merely true belief, this certainly connects outcome to process: a belief can be true whatever the process through which it was formed, and however irrational that process might have been; but I can be said to know that *p* only if my belief or assertion that *p* is grounded in some appropriate reasons². However, first, this is not yet enough to provide an alternative to an instrumentalist picture, since an instrumen-

¹ This model of a side-constrained instrumentalism is familiar in penal theory: see *e. g.* Hart (1968).

² Hence the familiar philosophical analysis of knowledge as justified true belief; we need not engage here with the problems that that analysis faces (see Ichikawa and Steup [2018]), since any plausible account of knowledge makes its justificatory grounding crucial.

talist can offer her own account of why the trial (the court that must reach a verdict) should aim for knowledge: this, she can argue, is the instrumentally most efficient and reliable way to aim at truth. Second, we still need to know why, if not for the sake of truth, a criminal court should make knowledge its aim, and what this has to do with the accused's role in a trial. We might say that

[t]he State is under an obligation from fairness and equality to ensure that it does not impose on any individual a greater risk of harm (such as the harm of being wrongfully convicted or punished) than it imposes on other individuals (p. 265);

but it is not yet clear how such a demand that we convict and punish someone only if we (the court) can claim to know that he is guilty grounds the various rights to effective participation that are central to the right to a fair trial under ECHR Article 6³.

We can see what the problem is here by thinking about a case in which an accused person who is indeed guilty of the crime charged is convicted at a trial in which he was not enabled to participate effectively: he was not «informed promptly» of the charges against him; he was not given «adequate time and facilities» to prepare a defence, or provided with appropriate «legal assistance»⁴. Does his conviction wrong him? On an instrumentalist view, the answer must be «No», since these procedural rights serve simply to protect people against the risk of being mistakenly convicted—to ensure the reliability and accuracy of the verdict; but if he is guilty, he cannot face a risk of being mistakenly convicted. The court (those officials who fail to provide him with the means to participate effectively) acts wrongly, since they take a risk of convicting someone who could, for all they yet know, be innocent; his conviction could be overturned on appeal as being unsafe: but if it is in fact accurate, it does not wrong him.

On this view, the guilty person's procedural rights to effective participation are parasitic on the rights of the innocent: the guilty acquire those rights, as it were, on the coattails of the innocent to whom they properly belong. An innocent who is denied the rights of effective participation is indeed wronged—and is wronged even if she is acquitted: for she is subjected to the risk of a mistaken conviction, which wrongs her even if the risk is not actualised⁵. But a guilty person cannot be thus wronged, since he faces no such risk. This should, however, strike us as wrong—as failing to do proper justice to the guilty; my aim in this short paper is to provide some support for this reaction to the implications of an instrumentalist view.

³ See the list of «minimum rights» specified in ECHR Art. 6(3), and Summers (2023, p. 261). On «effective participation», see *e. g.* *Stanford v UK* (1994), *T v UK* (2000), *SC v UK* (2005).

⁴ These are rights specified in ECHR Art. 6(3).

⁵ On being subjected to a risk as a wrong, see Oberdiek (2017).

2. FITNESS TO PLEAD

We can begin to see a better way to ground the right to effective participation, as a right that belongs to the guilty as much as to the innocent, and that is not grounded in a concern to avoid mistaken convictions, by considering the treatment of those who are found to be «unfit to plead». A person might have been sane and fully responsible at the time when he allegedly committed a crime, but fall victim to a serious mental disorder or impairment before he can be brought to trial—an impairment such that he cannot now understand the trial or the charge against him, or instruct his legal representative, or play any role in the trial (such as offering a defence, or questioning witnesses). In many legal systems, such a person must not be tried: if he is found unfit to plead, his trial is barred⁶. But why should his trial not proceed? It is true that it will sometimes be hard to determine the guilt of an accused who can take no part in the trial: perhaps he would be able to offer an alibi, or give an explanation of his conduct that at least creates a doubt about his guilt. But this is not always true: at least sometimes conclusive proof of the accused's guilt (including, of course, information he provided or a confession he made before falling ill) will be available even without his participation in the trial; provision could also be made for cases in which it is true by allowing the trial to proceed while warning the court to consider whether the accused's inability to give evidence creates some reasonable doubt about his guilt. Furthermore, the defendant's unfitness to plead does not completely bar a legal inquiry into whether he is guilty: whilst an unfit defendant cannot be tried, an inquiry is still held, the kind of evidence that would have figured in a trial is led and examined, and the jury must then determine «whether they are satisfied [...] that [the accused] did the act or made the omission charged against him as the offence». If they are thus satisfied, he cannot be convicted⁷: the jury «make[s] a finding that the accused did the act or made the omission charged against him as the offence», and the court can then impose a hospital order, or a guardianship order or a supervision and treatment order, or discharge the defendant⁸.

⁶ I will take the provisions in English law as my example here: see Sprack and Engelhardt-Sprack (2019): ch. 17.36 for the current law; also the Law Commission's recommendations for reform (Law Commission, 2016), which have not (yet) been enacted by the government; and Bevan and Ormerod (2018). Fitness to plead has, of course, a distinctive significance in more «adversarial» systems, but it is also a necessary condition of a criminal trial in civil law systems: for useful discussions of these provisions, see Mackay and Brookbanks (2018).

⁷ But if they are not thus satisfied, he must be acquitted. The Law Commission (2016, vol. 2, Draft Bill: clause 10) also suggests allowing for the special verdict of «not guilty by reason of insanity» if it is proved that he committed the offence but satisfied the criteria for an insanity defence.

⁸ See Criminal Procedure (Insanity) Act 1964 ss 4A–5A; see also the provisions for an «alternative finding procedure» proposed in Law Commission, 2016, vol. 2, Draft Bill, clauses 9, 57–60. A hospital order sends the person to a psychiatric institution, under conditions similar to those for people who are compulsorily admitted to hospital through a civil process, but the court can also impose a «restriction order», which sets constraints on the person's release from hospital (and thus makes his detention even more like a term of imprisonment): see Mental Health Act 1983, ss. 2–6, 37–42.

Thus even if an accused person lacks the capacities necessary to understand or participate in the proceedings, this does not bar the court from determining, and claiming to know, that he committed the crime with which he was charged, or from imposing burdensome coercive measures on him as a result of such a determination: why then should it bar convicting him; why should that process not count as a criminal trial?

Part of the answer might be that we cannot legitimately *punish* someone who is incapable of understanding what is being done to him as a punishment—which is why even a country as punitive as the USA refrains from executing someone who has become seriously mentally disordered since his crime⁹. But that cannot be the whole answer, since it does not show why an unfit defendant should not be convicted but then spared punishment. We still need to ask what the crucial difference is meant to be between a criminal trial and the «alternative finding procedure» that is thought to be appropriate for the unfit defendant. In both cases, we can say, the court should strive for an accurate finding, given the importance of the issue at stake and the severity of the consequences for a defendant who is found to have committed the crime; in both cases, it should aim for knowledge—an aim that might, but need not be, frustrated if the accused person cannot participate in the proceedings. Why should the right to effective participation, and the possession of the capacities necessary to exercise that right, be crucial to the criminal trial, but not to this alternative kind of inquiry?¹⁰

Another part of the answer to this question might be that a criminal conviction is not just a finding of fact—that this person committed this crime. A conviction does not just describe, but condemns or censures: in finding the accused guilty, the court condemns his action as a criminal wrong, and censures him as the perpetrator of that wrong. But we cannot properly censure someone who cannot understand the censure for what it is: censure directed at such a non-comprehending recipient is a travesty. This would explain why someone who lacks the capacity to understand his trial cannot properly be convicted, and therefore cannot properly be tried, since a trial is apt to lead to a conviction¹¹; but it does not explain why his «effective participation», the rights that enable such participation and the capacities required to exercise those rights, should be crucial to the legitimacy of the trial.

To see why the capacity and the opportunity for effective participation should matter so much to the legitimacy of the criminal trial (to see why someone who lacks that capacity or is denied that opportunity is wronged even if he is convicted of a crime that he did commit), we must look more carefully at the accused person's role

⁹ See *Ford v Wainwright* (1986).

¹⁰ This question echoes a running theme in Summers' paper: what is it about criminal trials that distinguishes them from other kinds of legal process and adjudication?

¹¹ It would also help to explain why he cannot be punished, if punishment is understood in part as seeking to communicate to the offender the censure he deserves.

not just as the object of an inquiry that the court conducts into his allegedly criminal conduct, nor just as the passive recipient of the censorial messages that conviction and punishment are intended to convey, but as an active participant in this process.

3. THE CRIMINAL TRIAL AS A CALLING TO ANSWER

In adversarial systems such as those of England or the US, criminal trials formally begin with the charge being put to the defendant, who is then expected to enter a formal response, a plea of «Guilty» or «Not Guilty»¹². She can of course enter a plea only if she is present at the trial, and it is indeed a general requirement that accused persons be present for their trial; any who fail to attend can be arrested and brought to court¹³. This might seem to be important only for adversarial trials, and not for more «inquisitorial» procedures in which there is no requirement for a formal plea, but even then the presence and participation of the accused is important: in German law, for instance, the accused is required to be present for the trial, and is invited to make a statement in response to the indictment¹⁴. Why should this be so crucial to a criminal trial, given that it will not always be necessary to establishing the truth?

Here is one plausible answer: that the criminal trial is not simply an inquiry that seeks to establish the truth about whether the accused person committed this alleged crime (an inquiry of which he could be the passive object); it is a process through which a person is called to answer an accusation of public wrongdoing (wrongdoing that is public in the sense that it is defined by the criminal law as a wrong that is the business of the whole polity [Duff, 2018, chs 2.6, 4]). More precisely, he is called initially to answer *to* the accusation by entering a plea of «Not Guilty» or «Guilty»; if the prosecution offers persuasive evidence of his guilt, if he has a «case to answer»¹⁵, he then needs to offer an answer to that evidence in order to create at least a reasonable doubt as to his guilt; and if the prosecution proves, or he admits, that he committed the offence, he is called to answer *for* that commission—either by offering an

¹² That expectation was once a stringent demand; an accused who refused to enter a plea was subjected to the «*peine forte et dure*» to extract a plea from him (see McKenzie, 2005). It is not now a legal requirement—if the defendant refuses to enter a plea, a not guilty plea is entered on his behalf; but he is still asked, and is normatively expected, to plead.

¹³ This is strictly true, in England, only of trials on indictment; magistrate court trials for more minor offences can more easily proceed in the absence of the accused (see Bail Act [1976, s. 7]; Magistrates' Courts Act [1980, ss. 11-13]). Although even trials on indictment can sometimes proceed in the absence of the accused, courts are extremely reluctant to allow this: see *R v Jones (Anthony)* (2003).

¹⁴ See German Criminal Procedure Code (*Strafprozeßordnung*) §§ 230-236 (including specifications of when a trial can proceed *in absentia*), §243; Bohlander (2012, p. 116-118).

¹⁵ Hence the provision in English law for the defendant to make a submission of «no case to answer» at the end of the prosecution's case; he must be acquitted, without having to offer a defence, if the prosecution has «failed to adduce evidence on which a jury, properly directed by the judge in his summing-up, could properly convict» (*R v Galbraith* [1981]; see Sprack and Engelhardt-Sprack [2019, ch. 20.48]).

exculpatory defence that justifies or excuses his criminal conduct, or by accepting the censure that a conviction expresses. If he is convicted, the court does not just judge that, as a matter of fact and law, he committed the offence charged; it holds him to account for that offence—and it is by now something of a commonplace that an important part of what matters when a crime has been committed is that the perpetrator is called and held to account for it¹⁶.

To call someone to account or answer for an alleged crime is to treat her as a responsible agent: a responsible agent is one who can answer, and who can therefore properly be called to answer, for her conduct—to respond to challenges or to accusations of wrongdoing; central to a criminal trial, as distinct from other kinds of inquiry into a person's past conduct, is that it seeks to hold the accused person responsible. If we ask why this matters, or why we should prefer a system of criminal trials to other kinds of inquiry into those who are suspected of criminal conduct, the answer is that this is crucial to our standing as members of the political community: it is one of the ways in which we are treated, by the law and by our fellows, as responsible beings. Such trials, in which the accused person is to participate as an agent who is called to answer the charge, might or might not be more reliable as ways of establishing the truth about what was done, but that is not what is central to their justification. Rather, just as we owe it to victims of crime to seek, *inter alia*, to hold those who wronged them to account through the criminal process, so we also owe it to each other, in particular to those accused of criminal conduct, to treat them as responsible agents by formally calling them to answer the charges that they face.

We can also say that, in a decently just society, someone charged with a crime has a duty to answer the charge in the criminal court: we owe it to our fellow citizens to answer to them, through the criminal court that speaks and acts in our collective name, for the public wrongs that we commit; and, given the importance of holding wrongdoers to proper account, we owe it to our fellows to answer evidence-backed accusations of wrongdoing even if we know that we are innocent of the charges laid, in order thereby to assist the criminal law in its enterprise of holding public wrongdoers to account. This is not to say that we should, even in a decently just society, have a *legal* duty to answer a charge in this way—to enter a plea, to participate in the trial process. The right of silence, the right to refuse to play any part in one's trial, is on this view still a crucial right that belongs to all defendants, along with the closely associated right not to be required to incriminate oneself¹⁷. For, first, it is important to respect the consciences of those who have principled objections to the trial process to which they have been summoned: such objections cannot save them from being tried, but they should be allowed to express their objections by refusing to play an active part in the trial, since to play such a part, even to enter a plea, would be to recognise the authority of the court. Second, it is anyway obvious that a legal duty

¹⁶ See Duff *et al.* (2007)

¹⁷ See Summers (2023, p. 261).

to take part in one's trial would give yet more power to the State's officials—a power that could all too easily be abused: an accused person already faces familiar kinds of pressure and risks of oppressive treatment; the right of silence offers some protection. Any duty to play an active part in one's trial, to offer an answer to the charge and to answer for one's conduct, will be a purely civic, rather than a legal, duty—a duty that we owe our fellow-citizens, and that we can be criticised for failing to fulfil, but not a duty that should be given the force of law.

However, whether or not we can properly talk of a civic duty to participate actively in one's trial, such participation is certainly a right that any (competent) accused person must have: it is not equivalent to a right to an accurate or reliable verdict (although we obviously do have such a right); it is the right to be allowed and enabled to answer for myself and for my conduct—a right that is fundamental to my identity and standing as a responsible agent¹⁸. Two things follow from this right. First, I can properly be tried only if I have the capacities necessary to answer the charge: that is why we cannot try someone who is not fit to plead, someone who lacks those capacities, since we cannot properly call someone to answer if we know that she is not capable of answering. Second, I must be allowed, enabled, and helped to answer the charge: I must be given the opportunity to answer, and given access to whatever resources are required if I am to answer effectively—the opportunities and resources required for «effective participation» in the trial; it would be a travesty of justice to call a person to answer a charge of wrongdoing, to expect (even if the law does not require) him to answer, but to fail to enable him to answer—to fail to «inform [him] promptly, in a language which he understands and in detail, of the nature and cause of the accusation against him»; to fail to give him «adequate time and facilities for the preparation of his defence», or to ensure that he has access to proper «legal assistance» and that he can «examine or have examined witnesses against him»; to fail to provide «the free assistance of an interpreter if he cannot understand or speak the language used in court»¹⁹.

It also follows from this account of the criminal trial that an instrumental account of the trial as primarily aimed at establishing the truth is inadequate: the justice and legitimacy of the trial's outcome—of the court's verdict—cannot be separated from the justice of the procedure through which it is reached; a guilty person who is convicted after a trial that denied him the opportunity for effective participation is wronged, the verdict is unjustified, even if we can be sure that his participation would not have secured him an acquittal. For what a conviction claims, on this view, is not just that the accused committed the offence charged; nor just that he is culpable for doing so (that he had no justification or excuse for his criminal conduct);

¹⁸ On the importance of being able to exercise my capacity to answer for myself and my conduct, see Gardner (2007).

¹⁹ These are the «minimum rights» specified in ECHR, Art. 6(3). Such support is especially, but not only, important if we can talk of a civic duty to take part in the trial: for I have a right to such support as I need if I am to be able to discharge my duties (see Wenar, 2013).

nor even just that the court knows this to be true, given the conclusive evidence presented by the prosecution: but that he has failed to provide an exculpatory answer to the charge that he faced, despite the persuasive evidence supporting that charge. That claim, however, is undermined if he lacked the capacity, or was not given a fair opportunity (and the necessary means), to answer the charge.

When an accused is initially indicted, at the beginning of a trial, there is of course no case that she must answer: she is expected to enter a formal plea, but nothing more than that, since it is for the prosecution to prove her guilt²⁰. However, if the prosecution then offers evidence that suffices to constitute a «case to answer», the burden effectively shifts to the accused: for that evidence suffices, if not rebutted, to justify a judgment that, «beyond reasonable doubt», the accused is guilty of the offence charged; it is therefore for the accused either to admit her guilt, or to rebut that evidence—which she can do either by offering countervailing evidence that she did not commit the offence, or by offering evidence of a defence that would justify or excuse its commission. Once she has a case to answer, it is up to her to avoid conviction by answering—by giving the court reason to doubt her guilt, despite the strong evidence of her guilt that the prosecution has offered: that evidence warrants transforming the presumption of innocence into a presumption of proved guilt—but a presumption that she must have a fair opportunity to rebut.

The conviction of someone who was not given that opportunity, who has been denied the opportunity for or the means of effective participation in his trial, might not be «unsafe» as a matter of empirical truth: the prosecution's evidence might be so overwhelmingly persuasive that no rebuttal is possible, and it might be obvious that the accused has no defence. But his conviction is nonetheless unjustified, since it cannot be said that he has *failed* to answer the charge in an exculpatory way: I do not fail to do something if I lack the capacity to do it, or if I am denied the opportunity or the means to do it; and those who deny me that opportunity or those means are anyway singularly ill placed to condemn me for that «failure». That is why we cannot separate outcome from process in the criminal trial.

As I said at the beginning of this paper, my aim has not been to question, or to cast doubt on, Summers' argument that instrumentalists are wrong to separate outcome from process in this context. It has rather been to offer some further support to that argument, by appealing to a conception of the criminal trial that gives the accused an essential active role in the process, as being called to answer an evidence-backed charge of public wrongdoing: what justifies the accused's conviction is not just the truth of the claim that he committed the offence without justification or excuse, but his failure to offer an exculpatory answer to the charge; if he was not given, or lacked the capacity to take advantage of, a fair opportunity to answer it, he cannot be justly convicted.

²⁰ Here again what I describe is the course of an adversarial trial, but I hope that a similar logical structure can be discerned in more inquisitorial proceedings.

BIBLIOGRAPHY

- Bevan, M. and Ormerod, D. (2018). Reforming the Law of Unfitness to Plead in England and Wales: A Recent History. In R. Mackay and W. Brookbanks (Ed.), *Fitness to Plead: International and Comparative Perspectives* (pp. 55-80). Oxford University Press.
- Bohlander, M. (2012). *Principles of German Criminal Procedure*. Hart Publishing.
- Duff, R. A. (2018). *The Ream of Criminal Law*. Oxford University Press.
- Duff, R. A., Farmer, L., Marshall, S. E. and Tadros, V. (2007). *The Trial on Trial (3): Towards a Normative Theory of the Criminal Trial*. Hart Publishing.
- Gardner, J. (2007). The Mark of Responsibility. In J. Gardner, *Offences and Defences* (pp. 177-200). Oxford University Press.
- Hart, H. L. A. (1968). Prolegomenon to the Principles of Punishment. In H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility* (pp. 1-27). Oxford University Press.
- Ichikawa, J. J. and Steup, M. (2018). The Analysis of Knowledge. In E. Zalta (Ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2018 Edition). <https://plato.stanford.edu/archives/sum2018/entries/knowledge-analysis/>
- Law Commission (2016). *Unfitness to Plead* (vol. 1-2). Law Commission.
- Mackay, R. and Brookbanks, W. (Eds.) (2018). *Fitness to Plead: International and Comparative Perspectives*. Oxford University Press.
- Mckenzie, A. (2005). This Death Some Strong and Stout Hearted Man Doth Choose: The Practice of Peine Fort et Dure in Seventeenth- and Eighteenth-Century England. *Law & History Review*, 23, 279-313.
- Oberdiek, J. (2017). *Imposing Risk: A Normative Framework*. Oxford University Press.
- Sprack, J. and Engelhardt-Sprack, M. (2019). *A Practical Approach to Criminal Procedure* (16th ed.). Oxford University Press.
- Summers, S. J. (2023). The Epistemic Ambitions of the Criminal Trial: Truth, Proof, and Rights. *Quaestio Facti*, 4(1), 249-271.
- Wenar, L. (2013). The Nature of Claim-Rights. *Ethics*, 123, 202-229.
- Cases and legislation
- Bail Act 1976. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1976/63/contents>
- European Convention on Human Rights (1950). Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. https://echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf
- Ford v Wainwright 477 U.S. 399 (1986).
- German Code of Criminal Procedure (Strafprozeßordnung – StPO)
- Magistrates' Courts Act 1980. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1980/43>
- Mental Health Act 1983. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1983/20/contents>
- R v Galbraith (1981) 1 WLR 1039
- R v Jones (Anthony) (2003) 1 AC
- SC v UK (2005) 40 EHRR 10
- Stanford v UK (1994) 2 WLUK 324
- T v UK (2000) 30 EHRR 121

COULD ROBOT JUDGES BELIEVE? EPISTEMIC AMBITIONS OF THE CRIMINAL TRIAL AS WE APPROACH THE DIGITAL AGE. A COMMENT ON SARAH SUMMERS «EPISTEMIC AMBITIONS OF THE CRIMINAL TRIAL: TRUTH, PROOF, AND RIGHTS»*

Prof. Dr. Sabine Gless
sabine.gless@unibas.ch

ABSTRACT: Criminal proof is unique, in that it must be able to account for the justification of both: accurate fact-finding and a fair trial. This is Sarah Summers' main message in her article on the epistemic ambitions of the criminal trial, which focusses on belief as a sort of proxy for societal acceptance of truth as a set of facts established by compliance to procedural rules. This commentary tests her finding by scrutinizing whether it is conceivable that robots, complying to all rules, assist in fact-finding with a specific form of legal belief based on a sophisticated probability weighting opaque to humans. The result is in accordance with Sarah Summers: as long as robots cannot explain their beliefs, any criminal proof based on them flounders as it can neither be part of a fair trial nor ensure acceptance in the existing institutional framework.

KEYWORDS: criminal proof, robot judges, legal belief, participation rights in criminal trials, evidence law, electronic monk.

SUMMARY: 1. *TATORT*—. 2. LEGAL BELIEFS: 2.1. Belief Bridging Evidence to Proof. 2.2. Fact-Finding Tailored to Humans. 2.3. Legal Belief as an Epistemic Category—. 3. FUTURE BELIEFS: 3.1. Robots Assisting in Criminal Proof. 3.2. Can Robots Believe? 3.3. Could Robots

* I wish to thank the Swiss National Science Foundation for the ongoing funding of research into legal challenges arising from human-robot interactions and Red Preston for his tremendous help editing this comment.

Legally Believe? 3.4. Institutional Framework for Robot Beliefs—. 4. LOOKING AHEAD—. BIBLIOGRAPHY.

1. *TATORT*

«*Glauben können sie in der Kirche. Was wir brauchen sind Beweise*»¹. Sarah Summers strikes a chord with German speaking legal scholars using the prosecutor's curt reply to a detective's plea for an arrest warrant from an episode of *Tatort* as a thematic anchor. The district attorney's reaction raises the question: «Does belief only have a place in Church?». Over its 50-year run, the iconic detective series *Tatort* has seemed to suggest that the answer is «No». Sarah Summers is a mediator between inquisitorial jurisdictions, which engage less with the very important discussion surrounding evidence, proof, and acceptance of fact-finding, and adversarial jurisdictions, which produced a rich body of evidentiary laws and excellent scholarship on its significance. Therefore, she is excellently equipped to discuss the theoretical underpinnings and practical impacts of the «Epistemic Ambitions of the Criminal Trial: Truth, Knowledge, and the Rights of the Accused», offering a chance to better understand our normative legal world by using the theoretical approach of epistemology². Commenting on her article³, this paper aims to: a) focus on belief as a crucial element that bridges evidence proffered and fact-finding, and b) change perspectives as the digital age approaches by asking: could a robot believe? And, thereby, assist a human judge with the assessment of evidence?

My search for an answer starts with an analysis of Sarah Summers point of departure on the epistemic ambitions of the criminal trial and her claim that legal fact-finding is primarily aiming for veracity, but that legal adjudication needs not only a process aiming at «accurate outcomes», but also «fair procedures» to achieve «truth». Against this backdrop, this paper scrutinizes whether robots could help human judges in bridging the gap from evidence to proof (as the promoters of digitization of the judiciary might hope).

2. LEGAL BELIEFS

Situating herself in the vast domain of legal epistemology, Sarah Summers explains in her paper (elaborating on her previous work) that the *legal concept* of *believing* is distinguishable from other concepts of believing, for instance from a spiritual

¹ *Staatsanwältin Jasmin Winterstein, Tatort Mainz: In seinen Augen*, Das Erste, Deutschland, 26.6.22.

² For more details, see Ross (2022).

³ This article also covers work of Sarah Summers' for her panel *Evidence and the European Court of Human Rights* at Michele Taruffo Girona Evidence Week, May 23-27, 2022.

concept shared among churchgoers. This idea is based on there being a legal concept of evidence that can be distinguished from the everyday concept of evidence⁴. Consequently, she illustrates that legal adjudication differs from other forms of decision making (negotiations, democratic elections) with regard to the procedure followed and the extent and nature of the participation of those involved.

2.1. Belief Bridging Evidence to Proof

In the first part of her article Sarah Summers adds to the many concepts of believing we share in ordinary life (like belief in God or in the love of someone), the notion of a legal belief: A judge «legally believes» if she trusts the result of a process that complies with all the relevant procedural rules. The rationality of this step of legal adjudication is guaranteed in large part by the way information is gathered, presented in court and processed later than through the subjective belief of the factfinder⁵.

In convincing detail, Summers explains that what might at first blush appear a rather formal requirement of strict adherence to a procedure that ensures a high degree of veracity, actually requires more: a value-based search for truth. This is because, in the criminal trial context of a proposition of facts established by evidence, *belief* goes beyond individual acceptance of certain evidence as proof, towards a sort of proxy for societal *acceptance* of truth as a set of facts. This is established by presenting evidence in a fair trial and convincing the triers of facts to believe them.

It is consistent with this line of argument that Sarah Summers criticises the dichotomy when «legal adjudication is understood as capable of being divided into a process involving “accurate outcomes” as distinct from “fair procedure”». She rightly explains that to legally believe also requires compliance with the concept of a «fair trial». Even the much-used example of exclusionary rules limiting the search for truth (Gless and Richter, 2019, p. 5) shows that a dichotomy of «true accuracy» and «fair evidentiary proceedings» is blurry, as exclusionary rules also uphold accuracy of and trust in fact-finding. For instance, when blocking confessions forced from humans, which are of highly suspicious veracity⁶.

2.2. Fact-Finding Tailored to Humans

Summers, like Duff *et al.* (2007) in their work on the narratives of criminal trials that she refers to, depicts the criminal trial process as a human process of calling to account another human. One important element of socially acceptable fact-finding

⁴ She therefore refers to Ho (2021).

⁵ Cf. for German criminal evidence: Gless (2001, p. 306-307).

⁶ The most extreme case are confessions forced through torture, cf. Summers (2022, p. 85).

is meaningful deliberations among all parties of such trials⁷, that respect the human rights of all. This is of paramount importance, because—as Sarah Summers explains—the interest in finding the truth has led to procedural rules that expose suspects and witnesses to coercive measures, which frequently interfere with individual rights. Individuals deserve respect throughout the criminal trial, also in order to ensure public acceptance of the verdict.

The way the criminal trial process is tailored for humans is an important part of the institutional framework in which it operates. The process involves a specific setting for presenting and evaluating evidence with particular acknowledgment of the legal position of the defendant who has an «institutionally protected opportunity to present proofs and arguments for a decision in his favor» (Fuller, 1960, p. 2). Building on her previous work, Sarah Summers emphasises the specific institutional setting of the criminal trial and its focus on the human and human rights protection using case law of the ECtHR. In particular, she points to the right to information on the charge, to sufficient time to prepare, to the assistance of counsel, to question witnesses (Article 6[3] ECHR) and to the overall right to be heard (Article 6[1] ECHR). These rights are all inherent to the concept of «fair hearing», and together work towards the right of those charged with a crime to receive a meaningful explanation of the verdict⁸.

2.3. Legal Belief as an Epistemic Category

Sarah Summers' article depicts the criminal trial as a process primarily aimed at a formal legal truth that is nevertheless saturated with human values. The article, however, remains slightly vague on how judges are to decide between conflicting interests when following evidentiary rules that are designed to maximise the likelihood of accurate outcomes⁹. The (apparent) dichotomy between veracity and a fair trial that Sarah Summers shows is shaped by the ECHR case law itself, naturally taking the specific angle of defending individual rights. However, as she (and John Jackson) rightly pointed out, the ECtHR, even when prohibiting the use of evidence obtained in violation of certain human rights, has never made clear how «veracity» and «fairness» relate to each other (Jackson and Summers, 2012, p. 151-152).

Notwithstanding unclarified details, this fundamental consideration appears clearly in Sarah Summers' article: for her, legal truth and proof are epistemic categories that are concerned with the establishment of the existence or nonexistence of

⁷ Luhmann offers a sociological analysis for this, for instance in «Legitimation durch Verfahren» (1983, p. 28-37).

⁸ See e. g. *Berhani v Albania* (2010, §12); *Khamidov v Russia* (2007, §107); *Ajdarić v Croatia* (2011, §47-52); *Andelković v Serbia* (2013, §26-29).

⁹ See also Duff *et al.* (2007, p. 89).

facts «to the satisfaction of a legal tribunal» that decides on the verdict¹⁰. This conviction is based on scholarship covering legal epistemology, the criminal trial process and doxastic logic concerned with reasoning about beliefs when handing down a verdict¹¹. The question is: does it have a promising future?

3. FUTURE BELIEFS

Our world is being transformed by new technology. Thus, the question arises: what form of legal belief will be acceptable in a digitized future? Or rather: what will belief as an epistemic category mean when robots assist human judges? Theoretically, all procedural rules can be coded into such smart systems. However, a robot would not base its inferences on a form of human faith that something is true, but rather on data crunching and sophisticated statistical methods. Could a robot judge bridge the gap from evidence to proof, transcending «human fallibility», with a specific robot belief?

3.1. Robots Assisting in Criminal Proof

Smart tools, driven by artificial intelligence (AI), already assist in the process of adjudication. As things stand today, however, such robots cannot replace the humans on the bench.

Nevertheless, they are already enhancing the judicial process in certain situations¹². For instance, robots assist with fact-finding in criminal procedure through their use in digitized breathalyzers that measure and record breath alcohol concentration or when smart systems are used to help with DNA-analysis¹³. Robots that could assist human judges promise a scientific based assessment, accompanied by seemingly unlimited resources for information processing and learning capacity. Yet, as we all know, robots do have flaws. They cannot explain their reasoning nor their results (Roth, 2017, p. 1988-1990). Complex systems, which are trained with machine-learning, in particular cannot provide meaningful explanations of their inferences. As a result, they have been depicted as «mindless agents», even when they produce a decision (Hildebrandt, 2015, p. 22).

Weighing pros and cons, the technological development nevertheless suggests that the computing power of robots will make them an interesting option for proofing crimes in the future. A case reported in 2016 by Swiss news media¹⁴ provides

¹⁰ She here references Twining (2006, p. 193).

¹¹ For more details, see Ross (2020).

¹² For a more detailed overview, see Ashley (2017, p. 3-37).

¹³ Cf. Gless (2020, p. 198, 207-215).

¹⁴ For details of the press coverage, see <https://bit.ly/3wsPqVM>.

a glimpse of potential proofs in a future in which robots monitor human behavior in real time and offer an «evidence-based» assessment of an allegedly criminal act. Our example involves a drowsiness detection system embedded in a modern car which ran over a scooter driver, injuring her badly. The drowsiness detection system had repeatedly alerted the driver prior to the accident of driving errors made due to perceived fatigue, alerts that were ignored by the driver. The system collects data on the driver's steering movements, body tension, seating position, respiratory rate and/or eyelid movements, evaluates these indicators for «signs of drowsiness» and, on the basis of complex algorithms and elements of machine learning, chooses whether or not to issue an alert to the driver (Ramzan *et al.*, 2019, p. 61908). As the events antecedent to the accident were unreproducible, only the recorded alert could be proffered as a proof of the unfitness of the driver to steer a vehicle when running into the motor scooter driver. Thus, the judge had to either believe what the robot believed, that the driver was indeed unfit, or to discard the proof.

3.2. Can Robots Believe?

Robots can be coded to: a) assess human behavior that is ambiguous and requires an individual appraisal, and b) accept at a certain threshold, based on their evaluation (derived from information processed from their sensors), that a human behaves in that state. Drowsiness detection systems in particular are an interesting example as drowsiness is a vague concept. And yet, these robots are still capable of monitoring human drivers and determining, at a predetermined threshold, that a human's behavior is indicative of fatigue, based on the data they process and the use of statistical methods. Drowsiness detection systems don't have to operate with 100% certainty, as the threshold for issuing a warning can be set lower, at 80% certainty for instance. If a drowsiness detection system assesses a human driver's steering movements, muscle convulsion, squinting eyes and issues a warning for fatigue as a result, can we say that this warning was the result of the system believing that the driver was fatigued in an epistemic sense?

If we argue that belief is a broad term, with one being able to believe in many different ways in everyday life, one could think that a robot is also capable of believing, following this understanding of belief. Take our drowsiness detection system, for instance, that issues an alert when the information reported back from its sensors crosses a predetermined threshold based on its machine-learning experience. Under this broader conception of belief, it could be said that the system issued the warning because it believed that the driver was fatigued and therefore incapable of steering the vehicle safely.

However, if one insists, like Sarah Summers might do, that belief is a psychological state aiming at truth, then robots—lacking a psyche—cannot believe. The question, however, arises as to whether what she is really asking for is a human mind, or whether a set of faculties capable of intuitive thinking that allows for the adequate

assessment of evidence is all that is necessary. This can be important as we trust robots with very intuitive assessments based on probability weighting. For example, when we trust drowsiness detection systems to assess whether a human is sleepy or just happens to swerve whilst evading toads crossing the street, or is relaxing after a workout in the gym, or is squinting her eyes because of a trachoma (Gless *et al.*, 2022, p. 290-291).

Before getting lost in a complicated discussion about the epistemic properties of probability-weighted evidence approaches in ordinary life, we must foreshadow the issues crucial for legal belief to be designated as an epistemic category. As Sarah Summers points out, there are obvious parallels between the forming of factual beliefs in everyday life and in the legal context. The factfinder in legal proceedings—like an individual engaged in factual deliberations in everyday life—is concerned with the establishment of true belief, primarily aiming at veracity. The same is true for the robot that aims to reproduce reality when issuing a drowsiness alert. Ultimately, it may just be an issue of semantics, as to whether we can claim that robots «believe» as we conceive in everyday language. For instance, it is likely that many of us have been engaged in a discussion as to what the optimum route to take is whilst driving, where someone insists that the navigation system on their smartphone «believes» another route is better.

3.3. Could Robots Legally Believe?

Could robots legally believe? At first glance, they are in a much better position to do so in law than they are in ordinary life. Robots can be made to follow all relevant rules without the possibility of deviation, due to the prescriptive nature of coding. Thus, they comply with all the standards necessary to ensure an accurate outcome, *i. e.* compliance with the relevant rules. And—following Sarah Summers line of argument—they meet the specific characteristics of legal belief—as legal belief differs from ordinary belief; just as legal evidence differs from the ordinary concept of evidence (Ho, 2021).

Representatives of legal doxasticism, like Ross (2022, p. 8)—who Sarah Summers refers to in her article—, would reject this because robots can only believe through statistics and probability and thus lack the relevant epistemic status to believe¹⁵. Sarah Summers seems to raise the same argument in a slightly different way when she claims that criminal proof must be able to account for the justification of both the ruling and the process. Even if robots can produce a high degree of confidence in the accuracy or inaccuracy of the probative facts, they most probably would fail when making a decision on fair trial issues embedded in fact-finding. Furthermore, one

¹⁵ A broader point is made by Buchak (2014), when she argues that blame must be based on belief, and not on mere credence.

can argue that it violates a human's dignity if—charged with a crime—her allegedly criminal behaviour is assessed by a robot. However, this might be more an issue of the inadequate distribution of tasks than a fundamental objection against assigning a robot a capacity for legal belief.

Using a robot to evaluate evidence could, conversely, ground this specific part of adjudication with a rational foundation that is far stronger than some individual's belief. This is because robots can, ideally, be calibrated towards objectivity, thereby providing a stronger basis for rationality. But to go down this road, we must accept statistical or mathematical probabilities as a decisive reason in a legal sense. Sarah Summers seems reluctant to rate accuracy over certain epistemic properties. But robots will strongly pose the question of whether an evaluation based on a statistical assessment should be less worthy than a more or less well-defined belief. If one rates probability-weighted evidence higher than—possibly complicated and vague—epistemic properties, then robots have a strong likelihood of being considered capable of believing in a legal sense. Should this change occur, it would represent a departure from human fallibility and a move in lockstep with the developments in everyday language used to talk about assessments made by robots.

3.4. Institutional Framework for Robot Beliefs

However, there is no place for robot beliefs in criminal proceedings when they cannot meet the standards of the «institutionally protected opportunity to present proofs and arguments for a decision» that Sarah Summers refers to¹⁶. Justly, she demands that criminal evidence be gathered and evaluated in a distinct process, designed to ensure fair treatment by guaranteeing individual rights—and that the success of a verdict cannot be based merely on a certain percentage of accuracy of the result (Buchak, 2014). The main deficiency of robots is their inability to explain themselves. A meaningful explanation of fact-finding as a human right is explained above. If we want to use robots in the future, we need an adequate institutional framework to justify their beliefs. As Sarah Summers rightly points out: «The process of adjudication takes on central importance, not just in defining the criteria according to which proceedings are to be understood as appropriate or fair, but also in relation to establishing what constitutes a “successful outcome”»¹⁷.

The first step: establish a way for robots to give reasons for a «belief» in a meaningful way and find possibilities to meaningfully confront it. The benchmark can be the criteria set by the case law of the ECtHR on the obligation to provide reasons for the verdict¹⁸. The giving of reasons is of fundamental importance to treating in-

¹⁶ Referencing Fuller (1960, p. 2).

¹⁷ Cf. Duff *et al.* (2007, p. 89).

¹⁸ See *Moreira Ferreira v Portugal* (2017, §84).

dividuals with dignity and allowing them to determine whether or not an exercise of authority is in fact justified¹⁹. It would certainly violate human dignity to be judged by a machine without reasons then being given for the judgement.

This is the reason why lie detection has been rejected as violating human dignity. The enigma is powerfully set in scene at the beginning of the movie *Blade Runner* when the protagonist runs the so called Voight-Kampff test, that is designed to distinguish replicants from humans, on a replicant who is tricked into thinking she is a human. Like the drowsiness detection system, the imaginary Voight-Kampff test is intended to measure bodily functions such as respiration, heart rate, blushing and pupillary dilation in response to emotionally provocative questions. Humans submitted to robot assessment must have access to explanations of their functioning and, if they wish so, must be given clarification for the results²⁰. It is for good reason, as Sarah Summers points out, that the ECtHR assigns a «substantive» element to the obligation to give reasons. It aims to make sure that not only the individual, but «indeed the public» is able to understand the process as well as the verdict²¹.

4. LOOKING AHEAD

If one would want to answer Sarah Summers' question as to whether it is possible to identify a distinct, normative concept of criminal proof in brief, one could be tempted to draw on the widespread view that such proof foremostly requires *legal belief* in the evidence proffered, with this evidence following all relevant rules of fact-finding in a specific jurisdiction. But this answer would miss her more important message. In her article she convincingly explains that criminal proof is special, because it must be able to account for the justification of both the fact-finding and the process. A minimum requirement for every step on this path is a meaningful explanation of the fact-finding and the process to the humans that are involved in the process, as well as to the public, by the court.

This also answers my question of whether robots could legally believe, thereby assisting human judges in fact-finding. As long as robots cannot explain their beliefs, they cannot assist criminal proofs. Being able to explain one's belief is fundamental and central to eliminating major risks, and not only in criminal trials, as Douglas Adams (1987, p. 4-5) foresaw when envisioning how robots could disburden humans in the future decades ago:

The Electric Monk was a labour-saving device, like a dishwasher or a video recorder. Dishwashers washed tedious dishes for you, thus saving you the bother of washing them yourself, video recorders watched tedious television for you, thus saving you the bother of looking at it yourself;

¹⁹ Cf. Heinze (2021, p. 225-229).

²⁰ It is for a good reason that human dignity is underpinning European data protection rights, namely the GDPR which provides a right to transparency of data processing.

²¹ Sarah Summers references *Lhermitte v Belgium* (2016, §66 and 67).

Electric Monks believed things for you, thus saving you what was becoming an increasingly onerous task, that of believing all the things the world expected you to believe.

Unfortunately this Electric Monk had developed a fault, and had started to believe all kinds of things, more or less at random. It was even beginning to believe things they'd have difficulty believing in Salt Lake City. It had never heard of Salt Lake City, of course. Nor had it ever heard of a quingigillion, which was roughly the number of miles between this valley and the Great Salt Lake of Utah.

In both court and church, it is good advice to carefully examine where one's faith lies.

BIBLIOGRAPHY

- Adams, D. (1987). *Dirk Gently's Holistic Detective Agency*. William Heinemann.
- Ashley, K. (2017). *Artificial Intelligence and Legal Analytics: New Tools for Law Practice in the Digital Age*. Cambridge University Press.
- Ashworth, A. and Redmayne, M. (2010). *The Criminal Process* (4th ed.). Oxford University Press.
- Buchak, L. (2014). Belief, Credence, and Norms. *Philosophical Studies*, 169(2), 1-27. <https://philpapers.org/archive/BUCCBA.pdf>
- Duff, A., Farmer, L., Marshall, S. and Tadros, V. (2007). *The Trial on Trial: Vol. 3. Towards a Normative Theory of the Trial*. Hart Publishing.
- European Convention on Human Rights (1950). Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. https://echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf
- Fuller, L. L. (1960). Adjudication in the Rule of Law. *Proceedings of the American Society of International Law*, 54, 1-8.
- Gless, S. (2001). Zur «Beweiswürdigungs-Lösung» des BGH. *Neue juristische Wochenschrift* 54, 306-307.
- Gless, S. (2020). AI in the Courtroom: A Comparative Analysis of Machine Evidence in Criminal Trials. *Georgetown Journal of International Law*, 51, 195-253.
- Gless, S., Di, X. and Silverman, E. (2022). Ca(r)veat Emptor: Crowdsourcing Data to Challenge the Testimony of In-Car Technology. *Jurimetrics*, 62(3), 285-302.
- Gless, S. and Richter, T. (2019). *Do Exclusionary Rules Ensure a Fair Trial? A Comparative Perspective on Evidentiary Rules*. Springer Open.
- Heinze, A. (2021). Evidence Illegally Obtained by Private Investigators and Its Use Before International Criminal Tribunals. *New Criminal Law Review*, 24(2), 212-253.
- Hildebrandt, M. (2015). *Smart Technologies and the End(s) of Law*. Edward Elgar.
- Ho, H. L. (2021). The Legal Concept of Evidence. In E. N. Zalta and U. Nodelman (Eds.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2021 Edition). <https://plato.stanford.edu/entries/evidence-legal/#toc>
- Jackson, J and Summers, S. (2012). *The Internalisation of Criminal Evidence: Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*. Cambridge University Press.
- Luhmann, N. (1983). *Legitimation durch Verfahren*. Suhrkamp.
- Ramzan, M., Khan, H. U., Awan, S. M., Ismail, A., Ilya, M. and Mahmood, A. (2019). A Survey on State-of-the-Art Drowsiness Detection Techniques. *IEEE Access*, 7, 61904-61919.
- Ross, L. (2022). The Foundations of Criminal Law Epistemology. *Ergo*. https://www.researchgate.net/publication/361228461_The_Foundations_of_Criminal_Law_Epistemology
- Roth, A. (2017). Machine Testimony. *The Yale Law Journal*, 126(7), 1972-2053.
- Summers, S. (2022). Evidential Remedies for Procedural Rights Violations Comparative Criminal Evidence Law and Empirical Research. In J. Ferrer and C. Vázquez (Eds.), *Evidential Legal Reasoning: Crossing Civil Law and Common Law Traditions*. Cambridge University Press.

- Twining, W. (2006). *Rethinking Evidence: Exploratory Essays* (2nd ed.). Cambridge University Press.
- Williams, B. (1973). Deciding to Believe. In B. Williams (Ed.), *Problems of the Self: Philosophical Papers* (pp. 1956-1972). Cambridge University Press.
- Cases and legislation
- Ajdarić v Croatia*, n° 20883/09, 13 December 2011.
- Anđelković v Serbia*, n° 1401/08, 9 April 2013.
- Berhani v Albania*, n° 847/05, 27 May 2010.
- Khamidov v Russia*, n° 72118/01, 15 November 2007.
- Lhermitte v Belgium* [GC], n° 34238/09, ECHR 2016.
- Moreira Ferreira v Portugal (No 2)* [GC], 19867/12, 11 July 2017.

TRUTH, PROOF, RIGHTS AND THE RULE OF LAW IN CRIMINAL ADJUDICATION. A COMMENT ON SARAH SUMMERS «EPISTEMIC AMBITIONS OF THE CRIMINAL TRIAL: TRUTH, PROOF, AND RIGHTS»

J. D. Jackson

School of Law

University of Nottingham, UK

j.jackson@nottingham.ac.uk

ABSTRACT: A Comment on S. J. Summers' «The Epistemic Ambitions of the Criminal Trial: Truth, Proof, and Rights».

KEYWORDS: criminal adjudication, truth, proof, rights, rule of law.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION—. 2. A RULE OF LAW ACCOUNT OF CRIMINAL TRIALS—. 3. THE STANDARD OF PROOF—. 4. THE IMPLICATIONS OF A RULE OF LAW ACCOUNT OF ADJUDICATION —. BIBLIOGRAPHY.

1. INTRODUCTION

Sarah Summers (2022b, p 271) begins her article on the epistemic ambitions of the criminal trial by drawing attention to what she calls the «received» view that the aim of the trial is about rectitude of decision understood in terms of a high degree of confidence in the accuracy or inaccuracy of the probative facts. The consequence of this characterisation of the trial is that it is judged to have succeeded or failed purely in terms of whether it has managed to achieve an accurate outcome. Evidence

scholarship has been dominated throughout its history by the view that the central purpose of adjudication is rectitude of decision, that is the correct application of substantive law to facts proved to be true (Twining, 2006, p. 76, 199). This is not to say that other values have not been considered important, but these are seen as secondary to the principal aim of rectitude of outcome. A useful distinction is made in this respect by Hock Lai Ho (2021, p. 14-15) who has argued that there is a distinction between the goal of an enterprise and desirable features of an enterprise. It is widely accepted that trials should be efficient and not waste resources, and that they should promote confidence and fairness. On occasions exclusionary rules may even require the exclusion of probative evidence in order to satisfy these requirements. But trials do not exist in order to promote them and in that sense, they are extrinsic and not intrinsic to the trial.

In recent decades, however, alternative theories of criminal evidence and proof have been advanced which put more emphasis on the process by which decisions of guilt are arrived at and justified. A recent vein of literature has emphasised that in order for institutions to maintain a valid claim (for example, of guilt), they need to be perceived as legitimate and a key component of legitimacy lies in decisions being made within a shared normative framework of procedural justice¹. Evidence scholars have also begun to question the «unitary» effect of the orthodox common law model of evidence by which the rules of evidence are applied in an undifferentiated manner with insufficient attention given to the normative priorities of particular types of adjudication². With regard specifically to criminal adjudication, Summers (2022b, p. 269) makes the point that the «received» view of the aim of the criminal trial has also come under pressure from the rights-based regulation of criminal evidence developed by the European Court of Human Rights (ECtHR), which challenges the feasibility of the separation of process and outcome, although she questions the direction of recent decisions as espoused in its «fairness as a whole» doctrine which would seem to have downgraded the intrinsic value of certain rights such as the right of confrontation³. Another illustration highlighting the significance of process can also be seen in the way in which appellate courts reviewing the safety of a conviction pay attention not merely to the truth of the verdict but to the way in which it was obtained⁴.

¹ See *e. g.*, Bottoms and Tankebe (2012); Tyler (2007); Jacobson and Cooper (2020).

² See *e. g.*, Roberts (2014); Jackson and Roberts (2019, p. 790).

³ Although the «fairness as a whole» doctrine was articulated at an early stage of the European Commission and Court's jurisprudence (see Jackson and Summers, 2012, p. 82), it has become particularly pronounced within the last decade in certain leading Grand Chamber decisions: see *e. g.*, *Al-Khawaja and Tahery v UK* (2011); *Ibrahim and others v UK* (2016); *Beuze v Belgium* (2018). See Jackson (2019).

⁴ See Dennis (2003).

2. A RULE OF LAW ACCOUNT OF CRIMINAL TRIALS

Summers' distinct contribution in this article is to develop a particular «rule of law» account of the criminal trial which recognises the importance of process but insists also on the relevance of the veracity of the verdict. As she puts it, «any suggestion that outcome is essentially irrelevant, providing that the procedures followed are appropriate or fair, seems intuitively wrong» but equally a broadly instrumental position according to which accurate decisions themselves constitute an important element of fair treatment «might be criticised for paying insufficient attention to the intrinsic importance of the fair treatment of individuals in the rule of law» (2022b, p. 254). A rule of law account of criminal adjudication draws attention not only to the importance of fair participation (which has been stressed in much recent literature⁵) but also to the need for equal treatment within the rule of law, something that has tended to be more neglected, albeit that the first sentence in art. 14 of the International Covenant of Civil and Political Rights, whose provisions have been incorporated into the statutes of many international criminal courts and tribunals, states that «all persons shall be equal before the courts and tribunals»⁶.

The importance of equality within the rule of law comes strongly to the fore when courts are applying standards of procedural fairness. Although there are certain fundamental principles of fairness such as the right to an impartial and independent tribunal and the right to be heard that have long been considered fundamental to a fair trial, fairness has been described as «a constantly evolving concept» and «standards and perceptions of fairness may change over time»⁷. Courts reviewing alleged historic miscarriages of justice have deemed it relevant to consider whether the appellant lacked protections which are now considered she should have enjoyed but they have resisted the idea that they should give retrospective force to provisions that reflect modern day standards of fairness⁸. The principle of equality, however, requires that any appellate court gives anxious consideration to whether the appellant was treated in accordance with the standards of fairness that were applicable to all appellants in her position at the time and reaches a judgment on whether the conviction is safe against that background which is a «very different thing» from concluding that the appellant was necessarily innocent⁹.

⁵ See *e. g.*, Jackson and Summers (2012); Owusu-Bempah (2017); Jacobson and Cooper (2020).

⁶ See *e. g.* ICTY Statute, art 21.1, ICTR Statute art 20.1, ICC Statute art 67

⁷ See Bingham (2010, p. 90-91). See also Jackson (2020, p. 262-263).

⁸ In a recent case considering an appeal against conviction dating back before detailed codes were introduced to regulate the conduct of police interviews, the English Court of Appeal stated: «The proposition that the fairness of a trial or of the treatment of a suspect is to be judged by modern standards, whilst generally correct, cannot possibly mean that retrospective force is to be given to the raft of very detailed new provisions (including for example the compulsory audio recording of interviews) introduced by the several codes promulgated under PACE» (*T v R*, 2022).

⁹ *R v King* (2000) per Lord Bingham. See also *R v Brown and others* (2012).

Summers (2022b) suggests that the equality dimension of the rule of law provides an alternative explanation for the need for a high standard of proof in criminal cases to the one more commonly given that it is a recognition of the fact that wrongful convictions are more problematic than wrongful acquittals. Within the distinctive context of criminal procedure in which the State imposes punishment, however, the need for a high standard of proof may also be seen as an obligation from fairness and equality to ensure that the State does not impose on any «individual a greater risk of harm (such as the harm of being wrongfully convicted and punished) than it imposes on other individuals» (p. 265), albeit that there may be some imprecision in defining what such a high standard entails (Ferrer Beltrán, 2021, p. 40).

3. THE STANDARD OF PROOF

This leads on to a central theme that Summers (2022b) develops in her article which is how a high standard of proof should operate in criminal adjudication. She argues that the trial must have higher epistemic ambitions than simply requiring that fact finders have a high degree of confidence in the accuracy of the guilt of the accused before convicting. The fact finder must do more than simply have a belief in the accuracy of the verdict; the fact finder has to believe in the right way, principally by being «bound by the normative demands of adjudication in the rule of law» (p. 258). The way in which this is demonstrated is through the giving of reasons for verdicts. One of the distinctive aspects of the legal verdict and with it the idea of truth or true belief is the way in which it calls to be justified (p. 254). She refers to rulings of the ECtHR which illustrate that giving reasons is more than a formal procedural requirement; the reasons given by fact finders must also be reasonable and free from arbitrariness (p. 255)¹⁰.

Summers, however, goes further and, along with Duff *et al.* (2007) and others, claims that a conviction is appropriate only if the fact finder knows that the defendant is guilty. Whether verdicts should aim for knowledge has been much debated in the literature, often in the context of the law's ambivalence towards naked statistical evidence¹¹. Summers (2022b, p. 266-267) claims that a rule of law account of trial and punishments supports the view that the State authorities will only be justified in convicting the accused and imposing punishment if they know the accused committed the offence. More could have been said to substantiate this claim. She argues (it is submitted correctly) that justified punishment depends on the fact finder establishing true belief for distinct reasons following a particular process (p. 265). A guilty verdict is more than a statement of belief about the defendant's conduct; it is a speech act that licences punishment requiring fact finders to justify their verdict by appro-

¹⁰ Summers cites cases illustrating that the ECtHR has read a «substantive» element into the obligation to give reasons.

¹¹ See, *e. g.*, Pardo (2010); Levanon (2019).

appropriate reasons in the context of a fair process. But it is not altogether clear why the kind of epistemic support required beyond belief must be knowledge. She takes the example of the recent Supreme Court case of *Shinn v Ramirez* (2022) where a majority of the Court held that in capital cases federal courts could not consider evidence of ineffective counsel if that evidence had not been presented to a state court even if the failure to do so was on account of the ineffectiveness of counsel¹². The effect was to preclude the federal courts from reviewing new evidence of innocence. If the aim of the original verdict was simply to ensure a sufficient degree of confidence in the accuracy of the probative facts, she states that the original verdict might be considered to have succeeded even though it was subsequently called into question at the federal level. But if the aim of the verdict is true belief guided by appropriate reasons in the context of a fair process such as to amount to knowledge, the verdict clearly failed. But arguably it is not necessary to require knowledge in order to conclude that the verdict failed. The verdict failed because in the light of subsequent evidence it fell short of a justified true belief.

The argument for knowledge is teased out by Duff *et al.* (2007, p. 91) in an example where a defendant is convicted on the basis of evidence that is, as presented at the trial, rationally persuasive such as to justify a conviction but it turns out later that the evidence was in fact tainted or unreliable. If the defendant was innocent, this would be a case of justified or warranted false belief. But what if the defendant was in fact guilty so that the belief was true? Although the original fact finder's judgment was both true and warranted or justified by the available evidence, it arguably did not constitute knowledge. Rather it was an example of «fortuitously» true belief and as such Duff *et al.* argue the conviction should be overturned. Arguments have been made that there is something wrong about verdicts that are based on fortuitously true beliefs that fail to constitute knowledge¹³. But on what rule of law ground might it be said that the conviction was wrongful? The conviction was grounded, it is true, on unreliable evidence. But it is not unusual for unreliable evidence to be presented at the trial, as Summers (2022b, p. 269) acknowledges at the end of her article when she refers to the limitations and inherent fallibility of adjudicative fact finding, recalling Frank's (1949, p. 22) words that facts in the courtroom are «twice refracted». If though in Duff *et al.*'s (2007) example subsequent investigation confirms the guilt of the accused and if the original conviction was based on a fair process and justified persuasively on the basis of the available evidence at the time, in what sense can it be said to be wrongful in rule of law terms? Fact finders have a responsibility to make a decision based on whether the material facts prescribed by law as warranting guilt have been proven to a robust standard by all the evidence that has been admitted at the trial. But this responsibility is necessarily set within the confines of the fallibility of adjudicative fact finding which is why effective postconviction remedies need to be instituted and why the US Supreme Court has been justifiably criticised in its de-

¹² *Shinn v Ramirez* (2022).

¹³ See *e. g.*, Gettier (1963); Pardo (2010).

cision in *Shinn v Ramírez* (2022) for closing the door to many death row defendants who now have no court to hear their innocence claims (Greenfield, 2022).

4. THE IMPLICATIONS OF A RULE OF LAW ACCOUNT OF ADJUDICATION

In her article, Summers stops sort of examining the implications of her rule of law account for certain institutions and practices that have long been regarded as central to the common law criminal trial¹⁴. The requirement that verdicts are justified by reasons calls into question the unreasoned verdicts of juries as an unreasoned verdict exposes defendants to being convicted for the wrong reasons. Although the ECtHR has accepted that it is possible to understand the verdict through the direction given by the judge prior to the jury's deliberation and verdict¹⁵, it is questionable whether a logical reconstruction of the reasons for the jury's decision gives an understanding of what the jury's true reasons were (Jackson, 2016; Ferrer Beltrán, 2021, p. 49). A further concern lies in the jury's power to bring in a nullification verdict that effectively disregards proven material facts that mandate a verdict of guilt in law. At one point Summers (2022b, p. 265) refers to the obligation on the State to ensure that an individual is not exposed to a greater risk of being wrongly convicted or punished than that imposed on other individuals. But given the equality demands of the rule of law, it may also be argued that the State has an obligation to ensure that an individual is not exposed to a greater risk of being *rightly* convicted or punished than other defendants might be exposed to. Although the jury's power to acquit legally guilty defendants is seen as advantageous to defendants, it also exposes them to the risk of unequal treatment as it is difficult to predict whether juries chosen at random will exercise this power.

Another question is what implications Summers' rule of law account has for the vast majority of defendants who plead guilty in common law systems and are not exposed to any trial at all. Concerns have been raised in the literature as whether guilty pleas can be truly consensual given the pressures on defendants to plead within a case management environment¹⁶. But even assuming they pass muster with a dignitarian account of the trial which upholds an individual's dignity and autonomy, questions arise as to whether they pass muster with the participatory and epistemic requirements demanded by a rule of law account. Pleas are frequently made without defendants being provided with full disclosure of the evidence that has been generated by the criminal investigation and without the opportunity to confront those who have made allegations against them (Jackson and Weigend, 2021). Pleas are

¹⁴ Elsewhere, however, she has considered the relationship between fairness and different procedural forms. See Summers (2022a).

¹⁵ *Taxquet v Belgium* (2010).

¹⁶ See *e. g.*, McConville and Marsh (2014); Hodgson (2020, p. 16).

then accepted without a full evaluation by the court of the probative value of all this evidence and without reasons given to the defendant and the public at large as to why they are guilty.

This is not to say that defendants should be required to undergo a trial in order to satisfy the requirements of the type of process demanded of the rule of law account. The COVID emergency has brought home the potential for using video-technology to capture the taking of evidence outside the courtroom and there is no reason why this should not be used more widely for taking evidence before trial, including pre-recording cross-examination before trial. These could be overseen by a pretrial judge who would be responsible for preparing a judgment based on the pretrial evidence and proposing a sentence that could form the basis of any plea that a defendant might subsequently make (Jackson and Weigend, 2021). Although there would likely be resistance to such an approach within a common law culture where the trial is considered the apex of the criminal justice process, there would be many epistemic and fairness benefits to front-loading the taking of testimony in this way (not least the benefit of enabling evidence to be taken and tested at a time when events were much fresher in witnesses' minds) and the preparation of a written judgment would satisfy the rule of law demand for a reasoned judgment. Indeed it could be argued that the metamorphosis of the pretrial process into a fair, rights-oriented procedure with broad participation options for the defence culminating in a pretrial judgment satisfies the requirements of the kind of rule of law account argued for by Summers just as well, if not better, than any subsequent trial, making any such trial redundant (Jackson and Weigend, 2021, p. 292). Defendants who rejected such a judgment could still, of course, be given their day in court, with all the problems it has been argued that this entails to a rule of law approach if trial is by jury. But at least they would have been given the benefit of a rule of law-based procedure before their trial and any risk they take to have their fate decided by the jury would then lie in their own hands.

BIBLIOGRAPHY

- Bingham, T. (2010). *The Rule of Law*. Penguin.
- Bottoms, A. and Tankebe, J. (2012). Beyond Procedural Justice: A Dialogic Approach to Legitimacy in Criminal Justice. *Journal of Criminal Law and Criminology*, 102(1), 119-170.
- Dennis, I. (2003). Fair Trials and Safe Convictions. *Current Legal Problems*, 56(1), 211-237.
- Duff, A., Farmer, L., Marshall, S. and Tadros, V. (2007). *The Trial on Trial* (Volume 3: Towards a Normative Theory of the Trial). Hart Publishing.
- Ferrer Beltrán, J. (2021). Proven Facts, Beliefs and Reasoned Verdicts. In C. Dahlman, A. Stein and G. Tuzet (Eds.), *Philosophical Foundations of Evidence Law*. Oxford University Press.
- Frank, J. (1949). *Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice*. Princeton University Press.
- Gettier, E. L. (2006). Is Justified True Belief Knowledge? *Analysis*, 23, 121-123.
- Greenfield, N. (2022, June 27). Shinn v Martinez Ramirez: Making a Mockery of the Right to Effective Assistance of Counsel. *Oxford Human Rights Hub*. <https://ohrh.law.ox.ac.uk/shinn-v-martinez-ramirez-making-a-mockery-of-the-right-to-effective-assistance-of-counsel/>

- Ho, H. L. (2021). Evidence and Truth. In C. Dahlman, A. Stein and G. Tuzet (Eds.), *Philosophical Foundations of Evidence Law*. Oxford University Press.
- Hodgson, J. (2020). *The Metamorphosis of Criminal Justice*. Oxford University Press.
- Jacobson, J. and Cooper, P. (Eds.) (2020). *Participation in Courts and Tribunals*. Bristol University Press.
- Jackson, J. D. (2016). Unbecoming Jurors and Unreasoned Verdicts: Realising Integrity in the Jury Room. In J. Hunter, P. Roberts, S. N. M. Young and D. Dixon (Eds.), *The Integrity of Criminal Process*. Hart.
- Jackson, J. D. (2019). Common Law Evidence and the Common Law of Human Rights: Towards a Harmonic Convergence. *William & Mary Bill of Rights Journal*, 27(3), 689-715.
- Jackson, J. D. (2021). Protecting the Right to a Fair Trial in an Era of Criminal Justice Transformation. In B. Dickson and C. McCormick (Eds.), *The Judicial Mind: A Festschrift for Lord Kerr of Tonaghmore*. Bloomsbury Publishing.
- Jackson, J. D. and Roberts, P. (2019). Beyond Common Law Evidence: Reimagining, and Reinvigorating, Evidence Law as Forensic Science. In D. K. Brown, J. I. Turner and B. Weisser (Eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Process*. Oxford University Press.
- Jackson, J. D. and Summers, S. J. (2012). *The Internationalisation of Criminal Evidence*. Cambridge University Press.
- Jackson, J. D. and Weigend, T. (2021). Witness Evidence in Pre-Trial and Trial Procedure. In K. Ambos, A. Duff, A. Heinze, J. Roberts and T. Weigend (Eds.), *Core Concepts in Criminal Law and Criminal Justice* (Volume II). Cambridge University Press.
- Levanon, L. (2019). Statistical Evidence, Assertions and Responsibility. *Modern Law Review*, 82(2), 269-292.
- McConville, M. and Marsh, L. (2014). *Criminal Judges on Trial: Legitimacy, Courts and State-Induced Guilty Pleas in Britain*. Edward Elgar.
- Owusu-Bempah, A. (2017). *Defendant Participation in the Criminal Process*. Routledge.
- Pardo, M. S. (2010). The Gettier Problem and Legal Proofs. *Legal Theory*, 16, 37-57.
- Roberts, P. (2014). Introduction. In P. Roberts (Ed.), *Theoretical Foundations of Criminal Trial Procedure*. Ashgate.
- Summers, S. (2022a). Trials and Punishments in the Rule of Law: The Influence of the ECHR on Criminal Law and Process. *ZSR/RDS*, 141(2), 275-354.
- Summers, S. (2022b). The Epistemic Ambitions of the Criminal Trial. *Quaestio Facti: International Journal of Legal Reasoning*, 4(1), 249-271.
- Twining, W. (2006). *Rethinking Evidence: Exploratory Essays* (2nd ed.). Cambridge University Press.
- Legislation
- Al-Khawaja and Tahery v UK [GC] nos 26766/05 and 22228/06, 15 December 2011.
- Beuze v Belgium [GC] no. 71409/10, 9 September 2018.
- Ibrahim and others v UK [GC] nos 50541/08, 50571/08, 50573/08, 40351/09, 13 September 2016.
- ICTY Statute. Art 21.1.
- ICTR Statute. Art 20.1.
- ICC Statute. Art 67.
- Shinn v Ramirez, 596 US ____ (2022).
- R v Brown and others [2012] NICA 14.
- R v King (2000) 2 Cr App R 391, 402.
- T v R [2022] EWCA Crim 108 [219](e).
- Taxquet v Belgium [GC] no. 926/05, 16 November 2010.

ACCURACY AND FAIRNESS—SIAMESE TWINS? A COMMENT ON SARAH SUMMERS «EPISTEMIC AMBITIONS OF THE CRIMINAL TRIAL: TRUTH, PROOF, AND RIGHTS»

Thomas Weigend

Retired Professor of Criminal Law and Criminal Procedure
University of Cologne (Germany)
thomas.weigend@uni-koeln.de

ABSTRACT: The author agrees with Sarah Summers' view that a criminal judgment in a system of fair justice should be substantively accurate and at the same time should be the result of a fair process. The author argues, however, for keeping these two requirements apart because they are linked to different goals and may in individual cases conflict with each other.

KEYWORDS: accuracy, criminal process, fair trial, presumption of innocence, truth.

SUMMARY: 1. SARAH SUMMERS' «THICK» CONCEPT OF TRUTH IN CRIMINAL ADJUDICATION.— 2. ACCURACY.— 3. FAIRNESS.— 4. ARGUING FOR A THINNER CONCEPT OF TRUTH.— BIBLIOGRAPHY.

1. SARAH SUMMERS' «THICK» CONCEPT OF TRUTH IN CRIMINAL ADJUDICATION

In her excellent essay, Sarah Summers (2023) presents a novel, comprehensive concept of «truth» in the criminal process. Toward the end of the article, she summarizes her view in these words:

The aim of criminal adjudication in the rule of law should be understood in terms of enabling the establishment of a distinct kind of truth, which is to be determined in line with the substantive and procedural requirements governing justified punishment and fair process. [...] The fairness of the process is of intrinsic, non-instrumental value and cannot properly be characterised as a side constraint or as serving only to ensure accurate application of the rules but must instead be seen as integral to criminal adjudication (p. 267).

Consequently, «true belief in legal adjudication implies [...] commitment to substantive as well as procedural guarantees and in particular to a normative standard of proof» (p. 264). Summers therefore rejects the widespread view that the rules of evidence in the criminal process are mere instruments for producing «substantive» truth—which in this comment I will refer to as the «accuracy» of the court's finding of facts. Adherence to the rules of a fair process, in Summers' view, is part and parcel of achieving a correct outcome of the process; there can be no true result of a flawed process.

As I will explain in the last part of this comment, I agree with Summers in the result that a criminal judgment can be deemed «right» only if the findings of the court on guilt or innocence are accurate (reflecting the facts of the case) and have been generated in fair proceedings. I also agree with her point that evidence law is not merely instrumental toward finding the «truth» but is rooted in specific value judgments on how a fair process is to be conducted in a State recognizing human rights. But I would prefer to keep apart the two prongs of Summers' «thick» concept of truth. I do so not only for the sake of clarity but also because I think that there exists a certain tension between the search for an accurate result and procedural fairness—a tension which would be obscured by treating all preconditions of a just judgment as aspects of one comprehensive concept of legal truth.

Before expanding on this point, I will briefly comment on some other issues that Sarah Summers has addressed in her *tour d'horizon* of the epistemic features of the criminal process.

2. ACCURACY

Summers' first claim is that «truth-finding» in a traditional sense—«accuracy» in the terminology used here—is an important function of the criminal process. She correctly points out that

in the «post-metaphysical» age, the legitimacy of law rests on notions of rationality and reason which are secured principally through the manner in which legal decisions are reached. Reason in legal adjudication is guaranteed in large part by the manner in which information is gathered and processed rather than through any sort of commitment to the subjective belief of the factfinder (p. 254-255).

I fully agree with this statement. State punishment should not be left to the intuition of some wise old judge but needs to be based on a rational process of collecting and evaluating relevant evidence. As is well known, there are competing

ways of implementing pertinent rules in the adjudicative process: The law can closely regulate the input for the decisionmaking and then rely on the factfinders' ability to draw reasonable conclusions from the filtered information that they were provided with; or the law can permit a liberal inflow of information but make strict demands on the rational and systematic processing of this information in the deliberations of the court as documented in the eventual judgment. The common law jury trial is an example of the former approach, the continental bench trial is typical of the latter, output–control approach. In that sense, the rules on admission of evidence in the Anglo–American trial and on reasoned judgments in the German system¹ represent these differing approaches toward promoting rationality².

Sarah Summers also mentions that a criminal judgment must be «correctly inferred from its premises» (p. 260). But she seems to require more than a proper correspondence between the trial evidence and the contents of the judgment when she speaks of the need that «the conclusion of the factfinder constitutes warranted true belief in the rule of law» (p. 260). It is not quite clear to me what she would require for a «warranted true belief», but it seems that she regards such a belief as «warranted» only if the previous procedure complied with certain rules designed to guarantee fairness. But how is that requirement related to the «true» element of the factfinder's belief? Surely truth in any everyday sense cannot depend on the fairness of the process by which this belief has been formed. Even facts found on the basis of a trial conducted, for example, in violation of the defendant's right to a defense lawyer can be «true» facts in that they reflect what «really» happened. But Summers would probably respond that her idea of procedural truth differs from St. Thomas Aquinas' concept of truth as *adaequatio intellectus et rei*. In Summers' view, the defendant's guilt can be found to be true in the criminal process only under specific procedural conditions³. Then the critical question becomes what these conditions may be.

In Summers' view, one of the foremost prerequisites of true, warranted findings of guilt is the adjudicator's respect for the presumption of innocence. She sees the presumption of innocence as linked with the prohibition of punishment without law in a common idea of «lawfulness»: «The presumption of innocence and the prohibition on punishment without law are linked by the common commitment to “lawfulness” and the idea of law as a constraint on State power» (p. 263).

Whereas the «roots» of the presumption of innocence are difficult to find⁴, I am not convinced that there is a meaningful substantive connection between that presumption and the so–called principle of legality (as expressed by the maxim *nulla*

¹ See Strafprozessordnung (StPO) [German Code of Criminal Procedure], § 267, subsections 1–3, with detailed requirements for the written justification of the court's decision on verdict and sentence.

² Continental systems, of course, also provide for some limits on information input, for example, to avoid cluttering trials with the presentation of obviously irrelevant evidence (see, e. g., StPO, § 244 subsec. 3, permitting the trial court to reject irrelevant or redundant evidence offered by the parties).

³ Summers (2023, p. 258) correctly remarks that a finding of «not guilty» does not necessarily imply the factfinder's «true» belief that the defendant is innocent.

⁴ For attempts to do so, see Stuckenberg (1999, p. 11–45); Hruschka (2000).

poena sine lege). Summers quotes, in this respect, the German Constitutional Court to the effect that the presumption of innocence is a special feature of the principle of *Rechtsstaatlichkeit* (a State based on the rule of law)⁵. This is an accurate statement; but *Rechtsstaatlichkeit* in German doctrine is not limited to «legality» but is a broad umbrella term, similar to the due process clause in U. S. constitutional law, and covers substantive as well as procedural principles.

A more important question concerns the meaning and scope of the presumption of innocence. Sarah Summers follows the dominant view that the maxim *in dubio pro reo* is an element, even a core element of the presumption of innocence⁶. She acknowledges that the wording of Art. 6 (2) ECHR does not bear out that interpretation, but quotes Stefan Trechsel's account of the legislative history of Article 6 ECHR, according to which the drafters thought that the addition of the words «beyond reasonable doubt» was unnecessary because the phrase «proved guilty according to law» would be understood as conveying that standard of persuasion (Summers, 2023, p. 262).

For the sake of clarity, it would however be preferable to keep apart the different rules on a) presuming the innocence of a suspect until a court has found him guilty and b) the conditions under which a court may arrive at a finding of guilt⁷. Both rules—the presumption of innocence as well as the maxim *in dubio pro reo*—are indispensable elements of a fair criminal process, but they reflect different concerns. The presumption of innocence is to protect the integrity and open-endedness of the trial as well as the reputation of the defendant. The heightened threshold for a conviction, by contrast, reflects the serious consequences of a criminal punishment—especially an undeserved one—for the person convicted and therefore demands that the court, if in (rational) doubt, should acquit. The *in dubio* principle at the same time demonstrates that the State, in situations of doubt, values the defendant's liberty interest higher than the community and victim interests in closing the case by a conviction.

Sarah Summers, however, proclaims a different rationale of the *in dubio pro reo* maxim:

The State is under an obligation from fairness and equality to ensure that it does not impose on any individual a greater risk of harm (such as the harm of being wrongfully convicted or pun-

⁵ Summers cites the Federal Constitutional Court, Decision of 29 May 1990, published in 82 Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) 106 at 114. («Die Unschuldsvermutung ist eine besondere Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips.»)

⁶ For a summary of the ECtHR's broad interpretation of the presumption of innocence, see ECtHR, *Allen v. U.K.*, case no. 25424/09, judgment of 12 July 2013, §93. For a closer analysis of the ECtHR's jurisprudence, see Weigend (2018).

⁷ Cf. Weigend (2014). Summers (2023, p. 262) sometimes refers to a «burden of proof» to be borne by the prosecution in criminal cases. That is a matter exclusively relevant for the adversarial criminal process. In inquisitorial systems such as Germany, no one bears a burden of proof, but the court is responsible for collecting and presenting evidence at the trial (§ 244 subsec. 2 StPO) and may convict the defendant only if the judges (or more exactly, at least two thirds of the judges) have no reasonable doubt about the defendant's guilt; see §§ 261, 263 StPO.

ished) than it imposes on other individuals. A standard of proof which requires a high standard of belief, such as that «beyond a reasonable doubt», has more potential to meet the requirement of standardised or equal application across all cases than the fuzzier «more likely than not» type standards (p. 265)⁸.

I must confess that I fail to comprehend the connection between the principle of equality and the standard of proof in criminal cases. It is true, of course, that a decision rule that leaves less to the court's discretion can create a greater expectation that different judges will decide the same case in the same way. But that is not the issue in criminal justice. Since different cases coming before the criminal courts never are alike, the «risk of harm» of being wrongfully convicted cannot sensibly be compared across cases. If A is acquitted of the charges against him because there remained a reasonable doubt about his guilt, B cannot therefore claim to be likewise acquitted in her (quite different) case. And even if a standard of mere probability of guilt were introduced for criminal conviction, that would still leave each defendant with an equal chance of being acquitted.

Sarah Summers also proposes a new «translation» of the *in dubio pro reo* maxim to the required state of mind of the finder of fact. She claims that

the State will only be justified in convicting the accused and imposing punishment if it *knows* that the defendant is guilty. [...] The attribution of liability and imposition of punishment inherent in the criminal verdict will only be fair if imposed for the right reasons. This notion of process implies commitment not just to procedural but also to certain substantive guarantees, including a commitment to a robust standard of proof (p. 266).

For me, it is a bit difficult to follow the train of thought here. If I understand Summers correctly, she links the requirement of «the right reasons» for attributing criminal liability to «certain substantive guarantees». And «a robust standard of proof» (*i. e.*, proof beyond reasonable doubt) then is deemed to be such a «substantive guarantee». But isn't it much rather a *procedural* requirement that the court is convinced of the defendant's guilt before it can make a finding of guilt? More importantly, the «knowledge» standard that Summers proposes⁹ is difficult to apply to a complex subject matter such as a person's being guilty of a crime. Can a judge ever «know» (*i. e.*, be completely certain) that defendant D at a certain time and place hit and injured V, and was not justified by self-defense when he did so? If we require for conviction the factfinder's «knowledge» of all circumstances relevant to guilt, self-conscious judges or jurors may not ever be able to render a guilty verdict, because they may (rightfully) think that even highly persuasive evidence presented in court cannot rule out the possibility that a set of past events did not occur quite like it appeared from the evidence. It might therefore be recommendable to demand no more than a high probability of guilt and an absence of rational arguments that might raise a «reasonable» doubt about the defendant's guilt.

⁸ See also Summers (2023, p. 267).

⁹ For this standard, she quotes such eminent authorities as Duff, Farmer, Marshall and Tadros (2007, p. 89).

As an example for the superiority of the proposed «knowledge» standard for conviction, Sarah Summers refers to the U.S. Supreme Court case *Shinn v. Ramirez*¹⁰, arguing that in this case «the reasons for the imposition of the punishment were flawed in that the factfinder’s belief patently did not amount to knowledge that the accused committed the crime» (p. 268). The Supreme Court’s decision in *Ramirez* does not, however, deal with the factfinder’s «knowledge» *vel non* that the petitioners were guilty of murder. The petitioners’ claim was that their lawyers in state court had been incompetent and therefore had failed to raise pertinent factual claims in time. The Supreme Court limited its discussion to certain procedural issues concerning the relationship between federal and state law in *habeas corpus* proceedings. This decision therefore does not provide the reader with any indication of whether more competent lawyers would have presented evidence that might have swayed the jurors’ opinion on the petitioners’ guilt.

As a further guarantee of the accuracy of a criminal court’s judgment, Summers cites the court’s obligation (in many legal systems) to provide written reasons both on its findings of fact and its legal conclusions. She correctly points out that this obligation not only allows the parties «to determine whether or not an exercise of authority is in fact justified» but also has the purpose «to allow some sort of control of the “reasonableness” of the decision» (p. 255). The obligation to give reasons also provides an element of judicial self-control: a judge who knows that she must write reasons that will hold up on appeal will be careful not to just arbitrarily follow her «gut feeling» in convicting (or acquitting) a defendant.

Sarah Summers thinks that the obligation to provide a reasoned judgment includes «a substantive element and emphasises the connection to lawfulness or legality» (p. 255). She therefore welcomes the tendency of recent judgments of the European Court of Human Rights to not only check whether a court provided *any* reason but to examine whether the reasons given were sufficient to make sure that the parties and even the public can understand the verdict (p. 255). But the ECtHR itself has repeatedly stated that even a procedural system such as the Belgian, which leaves the decision on guilt or innocence to lay jurors who do not give any reasons for their verdict, does not violate the ECHR as long as the defendant can conclude from the totality of the proceedings (including the indictment) what the jurors’ motivation may have been¹¹. It thus remains doubtful whether the procedural rights that Articles 5 and 6 ECHR provide can be violated by a judgment of a domestic court that the ECtHR deems to be self-contradictory or implausible¹².

¹⁰ Judgment of May 23, 2022; Slip opinion https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/20-1009_19m2.pdf.

¹¹ See *Taxquet v. Belgium*, case no. 926/05, judgment of 13 Jan. 2009, § 90-93; *Lhermitte v Belgium*, case no. 34238/09, judgment of 29 Nov. 2016, § 66-74.

¹² See, e. g., *Storck v. Germany*, case no. 61603/00, judgment of 16 June 2005, § 96-99 (the Chamber arguing that the German court’s judgment against the petitioner violated «the spirit of Art. 5 ECHR»).

3. FAIRNESS

In Sarah Summers' concept, the second precondition for arriving at «truth» in the criminal process is the fairness of the proceedings: «Of central importance in this regard is the link between respect for individuals and fair procedures. The rights-based regulation of process in Article 6 ECHR suggests that procedures will be fair if they lead to fair treatment» (p. 254).

The last sentence by itself is a rather circular statement. But the author links «fairness» to «respect for individuals» and thus adds some substance to the bland «fairness» standard. One may wonder, however, whether respect for the individuals participating in the process really is the core concern of fair criminal proceedings or whether respect is only a side constraint. Most observers would agree that a process is fair if each party has an equal chance to participate («equality of arms») and to bring their interests to bear on the resolution of the case, and if the proceedings are conducted in a way that avoids violating the dignity of the participants. Summers' position may not be far removed from this statement since she defines «adjudication in the rule of law» by citing «the “particular form of participation that it accords to the affected party”, namely an “institutionally protected opportunity to present proofs and arguments for a decision in his favor”» (p. 253)¹³.

Summers regards the defendant's right to be heard as the central feature of procedural fairness, relating all individual rights guaranteed in Art. 6 ECHR back to the right to be heard (p.261). Although I agree that the rights listed in Art. 6 (3) ECHR are necessary for the defendant to have his case presented effectively¹⁴, I would not follow Summers in including the right to remain silent (which is commonly regarded as a critical element of the right to a fair hearing under Art. 6 (1) ECHR) under that same heading (p. 261). She points out that there exists, in the jurisprudence of the ECtHR, a link between the right to remain silent and the presumption of innocence; but the ECtHR (correctly) sees the rationale of the right to silence not in a defendant's right to be heard but in the need to protect suspects from «improper compulsion by the authorities thereby contributing to the avoidance of miscarriages of justice»¹⁵.

Fair proceedings, we can conclude, demand more than just respect for the trial participants' dignity and their right to be heard. Fairness in fact is a complex concept that requires the criminal justice system, *inter alia*, to provide impartial and unbiased judges, to refrain from exerting undue pressure on suspects, defendants, and witness-

¹³ Citing Fuller (1960, p. 2).

¹⁴ One may have doubts about whether the right to examine adverse witnesses (Art. 6 (3) (d) ECHR) is part of the right to be heard; but viewed in a broad sense, the defendant's right to active participation includes the option to actively cast doubt on evidence presented by the prosecution.

¹⁵ See *Saunders v. UK*, case no. 19187/97, judgment of 17 Dec. 1996, § 68.

es, to give the defendant sufficient access to information relevant for the defense and to grant him the freedom to conduct his defense in the way he deems best (short of committing criminal offenses). Only if a procedural system provides this broad array of rights can it be said to guarantee a fair process.

4. ARGUING FOR A THINNER CONCEPT OF TRUTH

This takes me to the final part of my comment. Let us recall Sarah Summers' understanding of «legal truth» in criminal justice:

Legal truth as embodied in the verdict is a normative concept and should be conceptualised as indivisible from the process of adjudication. The distinction between outcome and process is untenable in the context of fair adjudication in the rule of law (p. 256).

I quite agree that «fair adjudication» requires both «outcome and process», that is, a verdict based on accurate facts found in fair proceedings. But the words «legal truth» convey the idea of a special epistemology exclusive to the criminal process. The term suggests that «truth» in the criminal process is not a statement of facts with the greatest possible approximation to reality, but that «truth» here exists only if the process was properly conducted in accordance with applicable rules. Or, as Summers puts it:

Just as legal evidence clearly differs from «the ordinary concept of evidence» and from notions of evidence discussed in the philosophical literature, so too might the belief of the fact finder in legal proceedings be said to differ from that established in other contexts (p. 257).

As we have seen above, the requirement of proof beyond a reasonable doubt establishes a special rule concerning the degree of certainty with which the factfinder in a criminal process must believe that the defendant is guilty. But that rule cannot be said to create a special form of «belief» as to the existence of relevant facts. All the maxim *in dubio pro reo* does is to prohibit the court from finding the defendant guilty unless the court is—within the limits of human reason—convinced of (or, as Sarah Summers would say, «knows») his guilt. In other words, truth is truth, regardless of the context.

Theorists are of course free to use terms in any way they like as long as they properly define them. But it seems to me that the amalgamation of epistemological and procedural elements in a single term («legal truth») blurs important differences and tensions. Although criminal procedure law provides for a special process in which the truth about an offense is to be determined for the purpose of imposing punishment on the offender, it would not be correct to say that «truth» about a crime can emerge exclusively from this process. For example, if the survivors of a murder victim sue the perpetrator for damages under tort law, the «truth» about the killing can be determined in civil court in accordance with rules that differ distinctly from those of criminal procedure law. The special rules and safeguards of criminal procedure law have not been devised to produce a special kind of truth but to afford special

protection to the defendant in light of his weak position vis-à-vis the powerful state and the severe consequences of a criminal conviction.

Mixing up substantive and procedural elements in the definition of «legal truth» has, moreover, the unwelcome effect of papering over the inherent tension between these two types of elements. Summers correctly remarks that «it is important that verdicts are not wrong too often. [...] The law should “care about truth or the avoidance of error”» (p. 259). She also points out that «the State assumes responsibility on behalf of the victim and society more broadly for holding offenders accountable and imposing punishment» (p. 264)¹⁶.

These are strong policy arguments for ascertaining the «true» truth in criminal matters, and they form the basis of the «inquisitorial» ethos of the Continental criminal process. The German Federal Constitutional Court consistently emphasizes this ethos, declaring that it is one aspect of *Rechtsstaatlichkeit* (the rule of law) that the state provides a functional system of criminal justice, without which justice cannot materialize. A state built on the rule of law can be turned into reality, the Constitutional Court proclaims, only if sufficient measures are taken to prosecute, adjudicate and justly punish criminal offenders¹⁷. The inadmissibility of relevant evidence, which impedes the criminal courts' task to determine guilt and innocence based on the true facts, must therefore be regarded as an exception¹⁸.

Many procedural «fairness» rules functionally limit or even eliminate the trial court's ability to base its judgment on the «true» facts of the case. This pertains to rules excluding evidence that was obtained illegally, but also, for example, to testimonial privileges (including the privilege against self-incrimination) that preclude the court from requiring witnesses to testify as well as to rules protecting privacy (concerning, *e. g.*, the contents of private computers, conversations between spouses, or images from private homes). To the extent that procedural fairness and respect for personal privacy limit the evidence available to the finder of fact, these concerns prevent the court from completely elucidating the substantive truth. In adversarial trial systems, a further restriction inhibits fact-finding: parties are free to withhold relevant evidence in their possession from the triers of fact, thus further limiting their ability to base the verdict on all potentially available evidence. Such tensions should not be hidden under a comprehensive concept of «legal truth».

¹⁶ Quoting from Lazarus (2012, p. 137): «Any account that seeks to capture adequately the relationship between the criminal law, justice and human rights will have to account for the ambiguity that human rights present: both as limiting coercion by the state and requiring it».

¹⁷ See, *e. g.*, Bundesverfassungsgericht [Federal Constitutional Court], Decision of 15 Jan. 2009 – 2 BvR 2044/07, 2009 Neue Juristische Wochenschrift 1469 marginal number 72; Decision of 9 Nov. 2010 – 2 BvR 2101/09, 2011 Neue Juristische Wochenschrift 2417 marginal number 44.

¹⁸ See, *e. g.*, Bundesgerichtshof [Federal Court of Justice], Judgment of 11 Nov. 1998 – 3 StR 181, 44 Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen 243 at 249.

If procedural fairness and the search for the truth point in different, even opposite directions, the question arises what their relationship may be. A full answer cannot be given here¹⁹. In my view, the purpose of the criminal trial is the resolution of the social conflict engendered by the suspicion that a crime was committed. This goal can best be reached by a judgment that has the potential of convincing the parties and the public based on the judges' ostensible good-faith effort to find out about the relevant facts and to apply the law correctly to these facts. «Truth» is hence not the ultimate goal of the criminal process²⁰, but the court's search for it is an indispensable element of justice.

Summers correctly remarks that «legal proceedings must [...] be capable of engendering public acceptance in both the process and the verdict» (p. 254). The question remains, however, which aspects of the proceedings play a greater role in the appreciation of «the public». Is it the outcome and the ability of the court to explain its verdict based on the evidence that was available? Or is it the respect for the rights of the defendant and other participants in the proceedings? Ideally, both factors come together to convince the public that justice has been done. But what if one of these elements is missing? Take a trial in which the defendant lacked the assistance of competent counsel and was convicted on the basis of persuasive evidence including his own admission of guilt—and a judgment that acquitted the defendant although he had made a detailed confession that was however found to be inadmissible for procedural reasons. I would guess that «the public» would regard the first judgment as more acceptable than the second. Which certainly does not mean that the correct procedure is irrelevant but that the notion of acceptance by the public is not a «safe» argument in difficult cases.

Summers is right in criticizing concepts such as «integrity» on which some authors try to build an integrated theory of criminal evidence and procedure (p. 267). But the problem is not the emptiness of the term «integrity» but the attempt to assemble substantive and procedural requirements under a common conceptual roof—which is what Summers herself proposes to do, just using the term «rule of law» rather than «integrity» (p. 267).

Sarah Summers plausibly asserts that

a conviction will be wrongful whenever the factfinder's belief in the guilt of the accused is not formed in the correct way. There will be a miscarriage of justice whenever a conviction is imposed in proceedings which do not meet the standards for the establishment of warranted (legal) belief in the guilt of the accused. Seen in this light there is no contradiction between the right not to be wrongfully convicted and the right to fair procedures which run the risk of a conviction (p. 263).

¹⁹ For a more extensive explanation, cf. Weigend (1989, p. 173-219).

²⁰ The fairness of the proceedings is not their aim but describes the correct way to arrive at that aim. Expressed in an image from sports: since the aim of the players in a football match is to score more goals than the opposing team, it would not be correct to say that the aim of the game is to play by the rules. But playing by the rules is (or should be) an important concern that legitimizes the effort of the winning team.

There can be no doubt that this statement as such is correct. But this statement does not prove that a procedurally faulty conviction leads to an «untrue» finding of guilt, but on the contrary demonstrates the independence of the necessary inquiry into the fairness of the proceedings: even a «truthful» finding of guilt can be a wrongful conviction.

In conclusion, Sarah Summers has made many valuable points about the importance of both accuracy of judgments and their procedural requirements. To satisfy the demands of justice, judgments must have a high probability of accuracy *and* must emerge from an ostensibly fair proceeding. I think, however, that both requirements are best examined independently of each other. In conducting a differentiated analysis, we should be aware of the tensions that can exist between accuracy of fact-finding and fairness of the criminal process.

BIBLIOGRAPHY

- Duff, A., Farmer, L., Marshall, S. and Tadros, V. (2007). *The Trial on Trial* (Volume 3: Towards a Normative Theory of the Trial). Hart Publishing.
- Fuller, L. L. (1960). Adjudication in the Rule of Law. *Proceedings of the American Society of International Law*, 54, 1-8.
- Hruschka, J. (2000). Die Unschuldsvermutung in der Rechtsphilosophie der Aufklärung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 112, 285-300.
- Lazarus, L. (2012). Positive Obligations and Criminal Justice: Duties To Protect Or Coerce. In L. Zedner and J. V. Roberts (Eds), *Principles and Values in Criminal Law and Criminal Justice: Essays in Honour of Andrew Ashworth*. Oxford University Press.
- Picinali, F. (2013). Two Meanings of Reasonableness: Dispelling the «Floating» Reasonable Doubt. *Modern Law Review*, 76, 845-875.
- Stuckenberg, C. F. (1998). *Untersuchungen zur Unschuldsvermutung*. De Gruyter.
- Summers, S. J. (2023). The Epistemic Ambitions of the Criminal Trial: Truth, Proof, and Rights. *Quaestio facti: revista internacional sobre razonamiento probatorio*, 4, 249-272.
- Weigend, Th. (1989). *Deliktsofer und Strafverfahren*. Duncker & Humblot.
- Weigend, Th. (2014). Assuming that the Defendant is not Guilty: The Presumption of Innocence in the German System of Criminal Justice. *Criminal Law and Philosophy*, 8, 285-299.
- Weigend, Th. (2018). Zur Reichweite der Unschuldsvermutung. In U. Stein et al. (Eds), *Systematik in Strafrechtswissenschaft und Gesetzgebung. Festschrift für Klaus Rogall zum 70. Geburtstag* (pp. 739-755). Duncker & Humblot.

Qf



Marcial
Pons



Càtedra
de Cultura
Jurídica

Universitat
de Girona



Diputació de Girona

www.quaestiofacti.com