



# Quaestio facti

Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio  
International Journal on Evidential Legal Reasoning

2024 | N. 6

ISSN: 2604-6202

## ENSAYOS

*La prueba predictiva en los procesos penales: ¿por qué el Derecho penal debe tratar a las personas como si tuvieran libre albedrío impredecible?*, Amit Pundik

An account of events, by definition, involves an understanding of the actors: *a prova na arbitragem comercial internacional*, Paula Costa e Silva

*Apuntes para una lógica de la prueba en el derecho*, Pablo E. Navarro y Jorge L. Rodríguez

*A raison d'être for the judicial process. An analysis from the Spanish procedural system*, Miquel Julià-Pijoan

*Consideraciones dogmáticas y probatorias sobre el dolo en el proceso penal*, Mauricio Rettig Espinoza

*El Análisis económico del derecho probatorio (con especial referencia al ámbito administrativo)*, Gabriel Doménech Pascual

## CONJETURAS Y REFUTACIONES

*Evidential reasoning, testimonial injustice and the fairness of the criminal trial*, Federico Picinali

*Reply to the Comments on Epistemic Ambitions of the Criminal Trial: Truth, Proof and Rights*, Sarah Summers

## CIENCIA PARA EL PROCESO

*A manera de introducción de la sección. A propósito del contenido de los informes periciales*  
Carmen Vázquez

*Contenido, forma y valoración racional de la prueba pericial. Un análisis a partir del informe de C.C.A.*, Jorge Urrea Zamorano

*Deficiencias de un dictamen pericial en psicología. Análisis crítico a propósito de un caso en materia familiar*,  
Fátima Alejandra Esparza López

*El informe pericial químico en la determinación de residuales de disparos. Contenidos mínimos, razonamiento experto y debido proceso*, Matías Meza

## IURIS PRUDENTIA

*La agonía de la regla de exclusión de la prueba ilícita. Variaciones sobre un caso trágico. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, nº 891/2022, de 11 de noviembre*,  
Arturo Muñoz Aranguren



Qf

# Quaestio facti

Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio  
International Journal on Evidential Legal Reasoning

2024 | N. 6

[www.quaestiofacti.com](http://www.quaestiofacti.com)



Universitat  
de Girona



Marcial  
Pons

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

## **SECRETARÍA DE REDACCIÓN Y EDICIÓN**

Anna de Castro Cros  
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

Amit Pundik, <i>La prueba predictiva en los procesos penales: ¿por qué el Derecho penal debe tratar a las personas como si tuvieran libre albedrío impredecible?</i> .....	11
Paula Costa e Silva, <i>An account of events, by definition, involves an understanding of the actors: a prova na arbitragem comercial internacional</i> .....	49
Pablo E. Navarro y Jorge L. Rodríguez, <i>Apuntes para una lógica de la prueba en el derecho</i> .....	77
Miquel Julià-Pijoan, <i>A raison d'être for the judicial process. An analysis from the Spanish procedural system</i> .....	101
Mauricio Rettig Espinoza, <i>Consideraciones dogmáticas y probatorias sobre el dolo en el proceso penal</i> .....	133
Gabriel Doménech Pascual, <i>El Análisis económico del derecho probatorio (con especial referencia al ámbito administrativo)</i> .....	169

## CONJETURAS Y REFUTACIONES

Federico Picinali, <i>Evidential reasoning, testimonial injustice and the fairness of the criminal trial</i> .....	201
--	-----

Sarah Summers, <i>Reply to the Comments on Epistemic Ambitions of the Criminal Trial: Truth, Proof and Rights</i> .....	237
---	-----

CIENCIA  
PARA EL PROCESO

Carmen Vázquez, <i>A manera de introducción de la sección. A propósito del contenido de los informes periciales</i> .....	251
Fátima Alejandra Esparza López, <i>Deficiencias de un dictamen pericial en psicología. Análisis crítico a propósito de un caso en materia familiar</i> .....	257
Jorge Urrea Zamorano, <i>Contenido, forma y valoración racional de la prueba pericial. Un análisis a partir del informe de C.C.A.</i> .....	271
Matías Meza, <i>El informe pericial químico en la determinación de residuales de disparos. Contenidos mínimos, razonamiento experto y debido proceso</i> .....	285

IURIS  
PRUDENTIA

Arturo Muñoz Aranguren, <i>La agonía de la regla de exclusión de la prueba ilícita. Variaciones sobre un caso trágico. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, nº 891/2022, de 11 de noviembre</i> .....	301
--	-----

# ENSAYOS



## LA PRUEBA PREDICTIVA EN LOS PROCESOS PENALES: ¿POR QUÉ EL DERECHO PENAL DEBE TRATAR A LAS PERSONAS COMO SI TUVIERAN LIBRE ALBEDRÍO IMPREDECIBLE?

Amit Pundik

**RESUMEN:** En los procesos penales, a efectos de la determinación de si un individuo ejecutó una acción culpable, la prueba predictiva es usualmente ignorada. Por ejemplo, la elevada tasa de delitos que involucran armas de fuego ilegales en cierto vecindario no es usada en sustento de una condena en contra de una persona que allí reside por un delito que involucra un arma de fuego ilegal. Este artículo procura explicar y justificar la hostilidad del derecho penal hacia la prueba predictiva, sugiriendo que el derecho penal, en lo concerniente a la determinación de los hechos, se adhiere implícitamente a la visión según la cual la conducta culpable presupone un libre arbitrio necesariamente *impredecible*. Se argumenta luego que el derecho penal debe tratar a las personas sobre la base de la asunción de que ellas poseen libre albedrío impredecible, *incluso en caso de que esta asunción carezca de fundamento o resulte falsa*. El argumento procede mostrando cómo el uso de pruebas predictivas socava la efectividad del reproche. Se muestra también que esta justificación tiene una ventaja considerable frente a la justificación popular basada en los incentivos.

**PALABRAS CLAVE:** prueba estadística, relevancia, prueba, reproche, puenteo.

### PREDICTIVE EVIDENCE IN CRIMINAL TRIALS: WHY CRIMINAL LAW SHOULD TREAT PEOPLE AS IF THEY HAVE UNPREDICTABLE FREE WILL?

**ABSTRACT:** When determining whether an individual performed a certain culpable action, predictive evidence is often ignored in criminal proceedings. For example, the high rate of crimes involving

illegal firearms in a certain neighbourhood is not used to support the conviction of an individual resident in a crime involving an illegal firearm. This article seeks to explain and justify the hostility of criminal proceedings toward predictive evidence by suggesting that criminal fact-finding implicitly adheres to the view that culpable conduct requires free will that is necessarily *unpredictable*. It further argues that criminal law should treat people based on the assumption that they have unpredictable free will, *even if this assumption is unfounded or even false*. The argument proceeds by showing how the use of predictive evidence undermines the effectiveness of condemnation. It is also shown that this justification has a considerable advantage over the popular incentive-based justification.

**KEYWORDS:** statistical evidence, relevance, proof, condemnation, bypassing.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.— 2. MI CONCEPCIÓN DE LA CULPABILIDAD: 2.1. La justificación de la hostilidad hacia la prueba predictiva. 2.2. La extensión acotada de mi concepción de la culpabilidad.— 3. LIBRE ALBEDRÍO IMPREDECIBLE.— 4. ¿POR QUÉ EL DERECHO PENAL DEBERÍA TRATAR A LAS PERSONAS COMO POSEEDORAS DE LIBRE ALBEDRÍO IMPREDECIBLE?— 5. REPROCHE VS. INCENTIVOS PARA UNA CONDUCTA ACORDE A DERECHO.— 6. CONCLUSIÓN.— BIBLIOGRAFÍA.

## 1. INTRODUCCIÓN

Cuando en los procesos penales se intenta establecer si una determinada persona ejecutó cierta acción culpable, la prueba predictiva es a menudo rechazada<sup>1</sup>. Concretamente, y solo con algunas pocas excepciones, las bases estadísticas quedan excluidas<sup>2</sup>. El empleo de dicha prueba en los tribunales parece también *intuitivamente inapropiado*. Por ejemplo, parece altamente objetable apelar a una tasa elevada de delitos que involucran armas de fuego ilegales en un cierto vecindario a efectos de condenar a una persona que allí reside por un delito que involucra un arma de fuego ilegal (en adelante, «escenario con tasa de criminalidad»). La objeción contra las bases estadísticas no solo apunta contra la suficiencia de dicha prueba (en virtud de que las tasas de criminalidad son insuficientes por sí mismas para probar que el individuo es culpable). La objeción enfatiza, además, que dicha prueba no debería ser empleada en absoluto a efectos de determinar si una persona individualmente considerada es culpable: las tasas de criminalidad deberían considerarse *inadmisibles* en el proceso penal<sup>3</sup>. La hostilidad hacia la prueba predictiva en el marco de la determinación

<sup>1</sup> Me valgo de la distinción de Uviller (1982, p. 847) entre rastros probatorios (*trace evidence*) y prueba predictiva (*predictive evidence*): la primera resulta de un evento pasado que deja ciertos rastros en el presente (como testigos o huellas digitales), mientras que la segunda «mira hacia adelante a partir de un evento o rasgo establecidos a efectos de predecir la probable repetición de su ocurrencia».

<sup>2</sup> Para un estudio descriptivo del uso de índices estadísticos en Estados Unidos, véase Koehler (2002).

<sup>3</sup> Esta objeción intuitiva contra la admisibilidad permite distinguir este ejemplo de aquellos otros relativos a las paradojas de la lotería o del prefacio (en epistemología) y a las paradojas del prisionero y del colado (en teoría del derecho). En el texto que acompaña a la nota 30 se discute esta última.

de los hechos en el proceso penal (*criminal fact-finding*) es evidente también en la sospecha, profundamente arraigada, que suscita la apelación al mal carácter y a las condenas previas<sup>4</sup>.

He intentado explicar y justificar esta hostilidad en trabajos previos (Pundik, 2020)<sup>5</sup>, sugiriendo que el derecho penal, en lo concerniente a la determinación de los hechos, se adhiere implícitamente a la visión según la cual la conducta culpable presupone un libre arbitrio necesariamente *impredecible*. Al tiempo que los teóricos tienden a acordar que es posible predecir la acción libre, al menos con cierto grado de confianza, sostengo que la visión adoptada en el marco de la determinación de los hechos en el proceso penal niega que puedan atribuirse probabilidades tanto subjetivas como objetivas a las acciones libres. No es solo la falta de información suficiente lo que impide una predicción precisa acerca de cómo va a actuar libremente un agente: las acciones libres *no pueden predecirse* porque su probabilidad no existe.

Pero a pesar de que el libre albedrío impredecible suministra, como arguyo, una justificación unificada de por qué ciertos tipos de prueba predictiva no deberían admitirse para la averiguación de los hechos en el proceso penal, esta justificación se asienta en una teoría del libre albedrío que es, contemporánea y abiertamente, contraintuitiva y demasiado demandante en sus compromisos metafísicos. Aunque tiendo a pensar que si el libre albedrío existe se ajusta a esta teoría radical, aquí no me ocuparé de su defensa. En este trabajo intentaré mostrar, en cambio, que la justificación que propongo puede ser usada por quienes *niegan* que tengamos libre albedrío impredecible (sea porque nuestro libre albedrío es predecible, sea porque no tenemos libre albedrío en absoluto)<sup>6</sup>. Para ello, sostendré que, con independencia de la postura que se adopte frente a la pregunta metafísica de si las personas poseen libre albedrío y de si este último es impredecible, *el derecho penal debería tratar a las personas partiendo de la suposición de que poseen libre albedrío impredecible*<sup>7</sup>.

Para empezar, para el derecho penal puede ser racional suponer que la gente posee libre albedrío impredecible *aun si la suposición carece de fundamento* o incluso si es falsa. En varias áreas del derecho, algunos conceptos se interpretan de modo que no pretenden ser fieles a su significado «verdadero» (sea lo que fuere lo que «verdadero» signifique), ni a su uso común en el lenguaje ordinario o incluso ni siquiera a su más

---

<sup>4</sup> «La sospecha del derecho inglés respecto de la prueba del mal carácter y de las inconductas ajenas se ha cultivado por siglos. Se encuentra profundamente arraigada en la cultura judicial inglesa y en sus instituciones, y con frecuencia se la propone y celebra», véase Roberts y Zuckerman (2010, p.586).

<sup>5</sup> En apariencia, mi posición podría evocar el trabajo de Sancinetti (1991) sobre tentativa, así como su uso del concepto de «propensión». Quiero agradecer al/la revisor anónimo/a que me señaló este punto.

<sup>6</sup> Esta justificación puede resultar atractiva también para quienes sostienen que el derecho penal debiera permanecer neutral en el debate sobre libre albedrío y determinismo. Véanse, por ejemplo, Roxin (1992, p. 799 y ss.) y Jakobs (1992, p. 584 y ss.). Quiero agradecer a un/a revisor anónimo/a por señalarme este punto.

<sup>7</sup> Sin embargo, para una crítica a las teorías compatibilistas del derecho penal que adoptan una visión *como si* respecto del libre albedrío, véase Moore (1985, p. 1121-1128).

defendible conceptualización filosófica. En contraste, su interpretación está guiada por los objetivos o valores que el derecho en cuestión pretende promover. Un ejemplo familiar es el de causalidad jurídica que difiere considerablemente de la noción de causalidad fáctica (Hart y Honoré, 1985)<sup>8</sup>. Además, el derecho penal adopta a veces suposiciones evidentemente falsas: la ignorancia del derecho no es una defensa porque se presume que la gente está familiarizada con el ordenamiento. Aun así, es difícil creer que toda persona imputada conozca cada una de las prohibiciones penales existentes en su jurisdicción y mucho menos su definición exacta. Análogamente, quizás el derecho penal deba asumir que las personas tienen libre albedrío impredecible sin importar si de hecho es así (por ejemplo, porque ello fomenta la conducta acorde al derecho). Después de todo, incluso filósofos que son profundamente escépticos acerca del libre albedrío y que lo consideran una ilusión arguyen en ocasiones que la sociedad podría, no obstante, beneficiarse de que las personas sigan creyendo que de hecho lo poseen<sup>9</sup>. El propósito de este texto es, por tanto, proponer un argumento justificativo de por qué el derecho penal no solo debería tratar a la gente como si tuviera libre albedrío, sino además como si tuviera libre albedrío impredecible.

En el apartado 2 presento mi concepción de la culpabilidad y detallo cómo la teoría del libre albedrío impredecible tiene aptitud para explicar y justificar la hostilidad hacia la prueba predictiva en el ámbito de la determinación de los hechos en el proceso penal. En el apartado 3 bosquejo esta teoría del libre albedrío y la defiendo de la objeción que alega que ella conduce a que todas las elecciones libres se tornen irracionales, arbitrarias o antojadizas. En el apartado 4 expongo por qué el derecho penal debería asumir que las personas poseen libre albedrío impredecible. Por último, en el apartado 5 arguyo que mi justificación para no emplear prueba predictiva presenta una ventaja considerable respecto de la justificación corriente de conformidad con la cual, condenar a la gente sobre la base de prueba predictiva socava el incentivo para abstenerse de la conducta delictiva.

## 2. MI CONCEPCIÓN DE LA CULPABILIDAD

De acuerdo con el modo en que concibo la culpabilidad, la prueba predictiva solo sustenta la pretensión acusatoria —según la cual la persona acusada cometió el delito que se le atribuye— en la medida en que la conducta de esa persona haya estado determinada por cierto factor *causal*, lo que priva de libertad a su conducta. Sin embargo, en el contexto de la atribución de culpabilidad es necesario presuponer exactamente lo contrario: que la persona acusada tenía libertad para determinar su propia conducta. El uso de este tipo de generalizaciones a efectos de determinar

---

<sup>8</sup> Una manera alternativa de defender la distinción es aceptando el pluralismo causal, es decir, la tesis según la cual el concepto de causación varía de contexto a contexto, por ejemplo, de la ciencia al derecho. He propuesto un argumento a favor del pluralismo causal en Pundik (2007).

<sup>9</sup> Véase, en especial, Smilansky (2000).

la culpabilidad es objetable porque entraña presuposiciones *contradictorias* sobre la conducta del individuo<sup>10</sup>.

Esta concepción de la culpabilidad arguye, primero, que las inferencias acerca de la conducta humana, sea que se las realice con finalidad predictiva o con propósito de condena, exigen valerse de generalizaciones *causales*; es decir, generalizaciones que reflejan una conexión causal entre el tipo de hecho desde el cual la inferencia inicia y el tipo de hecho que la inferencia procura establecer. Si una inferencia se basa en una generalización no causal, una mera correlación, se tratará de una inferencia no habilitada y, por tanto, inválida<sup>11</sup>. La relación causal puede operar directamente o a través de una causa común. La inferencia según la cual un fumador tiene más probabilidades de contraer cáncer que un no fumador se basa en la generalización causal de que fumar es una causa del cáncer (de pulmón). En contraste, la inferencia de que un bebedor de Coca-Cola tiene más probabilidades de contraer cáncer que un no consumidor de esa bebida remite a una generalización que se remonta a una causa común. La causa común del cáncer (de piel) y de beber Coca-Cola es la de vivir en un país caluroso. Esta concepción de la culpabilidad no nos exige *especificar* la generalización causal (directa o indirecta); solo exige la presuposición de la *existencia* de una generalización causal de ese tipo<sup>12</sup>.

Pero si las inferencias sobre la conducta humana exigen valerse de generalizaciones causales, ¿por qué las acciones libres no pueden probarse por medio de esas generalizaciones? Empecemos con un ejemplo simple. Supongamos que Ricardo es expuesto a un tipo particular de radiación que afecta a su sistema nervioso, de lo que resulta que le aparecen manchas en toda la piel y un impulso irresistible por atacar a toda persona a su alrededor. Supongamos, además, que *cada* persona expuesta a este tipo de radiación desarrolla estos síntomas. Cuando Ricardo es ingresado al hospital no parece problemático inferir de sus manchas que, llegada la oportunidad, se enfurecerá, de modo que debería ser retenido. Sin embargo, parece intuitivamente problemático inferir a partir de estas marcas, y con el propósito de condenarlo por un delito violento, que fue Ricardo (y no otra persona) quien cometió una cierta acción violenta ocurrida antes de su ingreso al hospital.

---

<sup>10</sup> El hecho de que la determinación de la culpabilidad no deba basarse en presuposiciones contradictorias no debe confundirse con la pretensión más fuerte de que *todo* caso de adopción de una decisión práctica esté sujeta a *todas* las normas epistémicas; una pretensión que no suscribo. Tampoco se asume que suscribir creencias contradictorias sea, en sí mismo, moralmente incorrecto, solo que es incorrecto valerse de creencias contradictorias para tratar a alguien como culpable.

<sup>11</sup> Esta tesis forma parte del Principio de Causa Común; véanse Reichenbach (1991, p. 158–159); Arntzenius (1992).

<sup>12</sup> Me opongo a la visión contraria, según la cual una mera correlación entre dos tipos de hechos puede ser suficiente para inferir un hecho desconocido de uno conocido, puesto que para esa visión es difícil rechazar *correlaciones espurias*, como la correlación estadísticamente significativa entre el número de personas ahogadas por caer a una piscina y el número de películas en que actúa Nicholas Cage (véase Vigen [s. f.]). Para mayores detalles, véase Pundik (2017, p. 199-200).

De conformidad con esta concepción de la culpabilidad, esta inferencia no debería usarse con el propósito de determinar la culpabilidad, puesto que conduce a una contradicción. Para inferir, a partir de las marcas en su piel, que Ricardo actuó violentamente, es necesario presuponer una generalización *causal*: o bien que una cosa causó la otra o bien que ambas poseen una causa común. En este ejemplo, la radiación causó tanto las manchas como la conducta violenta. No obstante, la acción violenta de Ricardo solo puede considerarse culpable si él actuó *libremente*. Determinar la culpabilidad de Ricardo infiriendo que actuó violentamente a partir de las marcas de su piel es, por lo tanto, contradictorio: cuando se juzga a Ricardo como culpable por su conducta, esta última es tratada como libre, pero cuando se considera que esa conducta fue causada por la radiación, se la trata simultáneamente como carente de libertad. Este ejemplo explica también por qué una inferencia idéntica parece no problemática a efectos de retener a Ricardo en el hospital puesto que, en el contexto médico, no es necesario presuponer que la conducta violenta de Ricardo sea libre y culpable.

Pasando ahora a generalizaciones problemáticas, consideremos la siguiente variación del ejemplo previo. Supongamos que Esteban queda expuesto a otro tipo de radiación que afecta el sistema nervioso y siempre causa ciertas manchas en la piel, pero que causa un impulso irresistible de atacar a otras personas, si la oportunidad se presenta, en solo el 80% de las ocasiones. De conformidad con la interpretación subjetiva de la probabilidad<sup>13</sup>, usualmente considerada la más apropiada a efectos jurídicos<sup>14</sup>, las generalizaciones probabilísticas reflejan más el estado limitado de nuestro conocimiento que la verdadera naturaleza del mundo. Aunque es probabilística, la generalización sobre la radiación refleja imperfectamente la realidad que puede ser determinista. Si el mundo es de hecho determinista, Esteban pertenece a uno de dos grupos posibles. Una posibilidad es que pertenezca al subgrupo de gente que posee una variable extra desconocida que, junto con la radiación, determina que se enfurecerá. La otra posibilidad es que él pertenezca al subgrupo de gente que no posee esa variable extra, en cuyo caso la exposición a la radiación no causará su enfurecimiento.

Condenar a Esteban sobre la base de inferir, a partir de las marcas en su piel, que es (80%) probable que él haya actuado violentamente, resulta problemático. Si Esteban posee, de hecho, la variable extra, entonces —al igual que con las generalizaciones deterministas— esta inferencia conduce a una contradicción: su conducta se toma al mismo tiempo como libre (puesto que se lo culpabiliza por esa conducta) y como no libre (puesto que sus acciones violentas estuvieron determinadas por la radiación junto con una variable adicional desconocida). Si, en cambio, Esteban no posee esa variable extra, inferir a partir de sus marcas en la piel que ha actuado violentamente es erróneo y engañoso, ya que si él pertenece al subgrupo de gente que no se ve arrastrada

---

<sup>13</sup> Sobre la aplicación de mi concepción de la culpabilidad a la luz de la interpretación objetiva, véase Pundik (2007, p. 204–205).

<sup>14</sup> Sobre el derecho penal, véase Alexander, Ferzan y Morse (2009, p. 31); sobre derecho de daños, véase Perry (1995, p. 333–335); sobre la regulación acerca de salud y seguridad, véase Adler (2005, p. 1247).

por la radiación a actuar violentamente, entonces la exposición a la radiación no altera en nada la probabilidad de que haya actuado violentamente. En suma, esta inferencia es, o bien contradictoria, porque requiere de presuposiciones inconsistentes, o bien engañosa, porque es errónea aunque se la presenta como informativa.

### 2.1. La justificación de la hostilidad hacia la prueba predictiva

La concepción de la culpabilidad delineada puede proporcionar una justificación unitaria de la hostilidad hacia la prueba predictiva en el campo de la determinación de los hechos en el proceso penal. Volvamos al escenario con tasa de criminalidad, en el que la parte acusadora pretende aducir una tasa elevada de delitos con armas de fuego ilegales en cierto vecindario como fundamento para condenar a una persona allí residente por un delito que involucra un arma de fuego ilegal. Inferir que es más probable que esa persona haya cometido el delito que involucra un arma de fuego ilegal a partir del dato de la tasa de criminalidad exige presuponer que hay una generalización causal que hace predecible hasta cierto punto la conducta de ese vecino o esa vecina, por ejemplo, algo relacionado con el carácter peligroso del vecindario o sus condiciones socioeconómicas. Ese factor causal está fuera del control del vecino individualmente considerado<sup>15</sup>. La inferencia que parte de la tasa de criminalidad y concluye que el vecino cometió el delito aludido es, por tanto, o bien inconsistente con su culpabilidad o bien errónea.

Esa concepción de la culpabilidad también da sustento a la sospecha del *common law* hacia las condenas previas y suscita algunas críticas a reformas recientes. Las reglas y precedentes que regulan la admisibilidad de información sobre condenas previas son vastas y complejas, y no puedo realizar aquí un análisis completo de unas y otros. Sin embargo, aplicar dicha concepción de la culpabilidad a casos de condenas previas por abusos infantiles podría servir para ejemplificar cómo habría de verse un análisis semejante. La información sobre condenas previas por abuso infantil es admisible tanto en Reino Unido como en Estados Unidos de América<sup>16</sup>. Sin embargo, aunque la admisión de esta información por condenas previas ha sido objeto de diversas críticas, tales como la de ser inconstitucional (Sheft, 1995), injusta (McCandless, 1997, p. 694), o incluso la de suprimir la verdad (*truth-suppressing*) (Cowley y Colyer, 2010), la conexión con la cuestión del libre albedrío parece haber pasado desapercibida. La condición de culpabilidad llevaría a poner atención en la importancia que tiene identificar la exacta generalización involucrada y elucidar si su uso a efectos

---

<sup>15</sup> Alguien podría responder que el vecino o vecina podría todavía tener cierto control sobre cómo responder a este factor causal, lo que hace que su conducta sea tanto predecible como libre. Discuto esta respuesta en Pundik (2020, pp. 256-263).

<sup>16</sup> Respecto de Reino Unido, véase la *Criminal Justice Act 2003*, c 44, pt 11, capítulo 1, s 103; respecto de Estados Unidos, véase la *Regla 414 de las Reglas Federales sobre Prueba*.

de condenar entra en conflicto con otras presuposiciones propias del proceso penal. Como toda inferencia sobre la conducta humana, la inferencia que extrae, a partir de las condenas previas de una persona acusada, la mayor probabilidad de que ella haya cometido un delito semejante que se le atribuye, se vale de generalizaciones causales. La información sobre condenas previas puede tener valor probatorio porque indica que la persona acusada sufre algún trastorno, como cierta perversión, enfermedad o adicción, que eleva la probabilidad de reincidencia. De acuerdo con mi concepción de la culpabilidad, si estas condenas previas dan, en efecto, sustento a la pretensión de la acusación según la cual la persona acusada cometió el delito que se le atribuye, ello solo podría ocurrir acarreado el costo de sacar a la luz que la conducta del acusado no es libre ni, por lo tanto, culpable<sup>17</sup>.

Un análisis semejante se aplica a los motivos. La prueba de los motivos es usualmente admisible en los tribunales<sup>18</sup>. Redmayne (2015, p. 70) sostiene incluso que «excluir la prueba de los motivos es contraintuitivo»<sup>19</sup>. Por ejemplo, que la esposa del acusado tuviera un *affaire* y que su matrimonio se rompiera «muestra que él tenía un motivo (aunque irracional) para matarla»<sup>20</sup>. No comparto la intuición de Redmayne (por ejemplo, no estoy convencido de que la prueba indicadora de la pobreza de la persona acusada deba ser usada para cimentar su condena por robo). Lo que es más importante, se piensa a menudo que la postura general del derecho penal sustantivo al respecto es que los motivos de las personas acusadas son irrelevantes<sup>21</sup>. Mi concepción de la culpabilidad sugeriría, además, que la determinación de los hechos en el proceso penal debiera ser precavida frente a los motivos. Una manera en que los motivos pueden tener incidencia probatoria respecto de la conducta de la persona acusada es reflejando influencias externas que son ajenas a su control y que hacen que su conducta no sea libre. Si la pobreza tiene incidencia probatoria respecto del robo —porque la pobreza es *causa* de que (alguna) gente pobre robe— entonces, desde la concepción de la culpabilidad antes articulada puede plantearse la misma objeción que antes se postuló contra la idea de que la radiación es causa de que (alguna) gente se enfurezca. Una objeción similar puede hacerse si el adulterio tiene valor probatorio respecto del homicidio porque causa que (algunos) maridos engañados maten a sus esposas<sup>22</sup>.

<sup>17</sup> Sobre el uso de información sobre condenas previas a efectos de refutar invocaciones de defensas, véase Pundik (2020, p. 250-252).

<sup>18</sup> «Cuando los motivos son relevantes, la prueba dirigida a mostrar su existencia es usualmente admisible, quedando sujeta a exclusión si el riesgo de prejuicio injusto es demasiado alto» (Leonard, 2001, p. 439-440).

<sup>19</sup> Véase también Husak (1989).

<sup>20</sup> *R v. Phillips* [2003].

<sup>21</sup> «Difícilmente alguna parte del derecho penal esté más definitivamente establecida que aquella según la cual los motivos son irrelevantes» (Hall, 1960, p. 88); «Ha sido uniformemente aceptado por la jurisprudencia angloamericana que los motivos no son ni elementos del delito ni defensas contra su existencia» (Sachs, 1950, p. 1199).

<sup>22</sup> Como expliqué detalladamente en otro trabajo (Pundik, 2022), esta concepción de la culpabilidad puede explicar también por qué a la defensa debería permitírsele aducir *algún* (pero no todo) tipo de prueba predictiva que la parte acusadora no debería estar habilitada a aducir.

## 2.2. La extensión acotada de mi concepción de la culpabilidad

Es importante percatarse de que la concepción de la culpabilidad delineada solo se opone a inferencias basadas en generalizaciones causales donde la *dirección* de la conexión causal va *desde* la característica que la persona comparte con la otra gente a la que la generalización le es aplicable *hacia* la conducta culpable. Es solo así que la prueba refleja una generalización causal que priva a la conducta de libertad y que es, por tanto, inapropiada para determinar la culpabilidad. A diferencia de lo que ocurre con las tasas de criminalidad, es perfectamente posible usar como prueba la sangre de la víctima hallada en la ropa de la persona acusada, aun cuando ello se vale de una generalización según la cual es más probable que sean las personas con sangre de la víctima en sus ropas quienes la mataron a que lo sean aquellas otras cuyas ropas no tienen rastros de esa sangre. La razón está en que esta inferencia no presupone ningún factor común y anterior que sea la causa de que las personas con rastros de sangre en su ropa cometan homicidios; por el contrario, *es su propia acción libre la que causa el factor común*, es el homicidio lo que causa que las ropas tengan manchas de sangre<sup>23</sup>. La dirección de causación explica también por qué la concepción de la culpabilidad adoptada tampoco se opone a la prueba de la *oportunidad*. Si en la escena de un homicidio por apuñalamiento se encuentra a dos personas una de las cuales está completamente paralizada, parece intuitivo inferir que, de entre las dos, es más probable que la autora del delito sea la persona con movilidad. Como ocurre con las muestras de manchas de sangre, la pregunta es si estas inferencias están basadas en generalizaciones causales que van *desde* la característica que la persona acusada comparte con otra gente *hacia* la conducta culpable. Descartar a la persona paralizada como autora del delito y centrar las sospechas en la persona con movilidad no se basa en una generalización causal según la cual estar sano (o poder moverse) *causa* que la gente cometa homicidios. Por el contrario, las personas inmovilizadas por parálisis quedan lisa y llanamente fuera del grupo de potenciales sospechosos porque son *incapaces* de haber cometido el delito. Tener la capacidad o la oportunidad adecuada de cometer un delito es una condición necesaria o factor habilitante (*enabler*)<sup>24</sup> de la acción, pero no es su causa (así como la presencia de la víctima en la escena del crimen es una condición necesaria de su muerte, pero no su causa).

En especial, al tiempo que mi concepción de la culpabilidad ofrece una justificación unitaria para la exclusión de diversos tipos de pruebas predictivas (según la definición dada al inicio)<sup>25</sup>, no se opone al uso de *prueba estadística* como tal. En

---

<sup>23</sup> Este ejemplo ilustra también una diferencia importante entre mi concepción de la culpabilidad y otros intentos explicativos respecto de qué es lo incorrecto en el uso de prueba estadística en los tribunales. Mientras que algunas explicaciones se centran en qué es lo que causó la *aparición de prueba* (por ejemplo, Thomson (1986), este texto se centra en qué es lo que causó la *conducta del individuo*.

<sup>24</sup> Véase la discusión en las referencias incluidas en la nota 56.

<sup>25</sup> Nota 1.

particular, la concepción de la culpabilidad adoptada no se opone a tipos de prueba estadística que, de hecho, actualmente se emplean en la determinación de los hechos en el proceso penal, tales como la prueba de ADN usada para la identificación. En lugar de presuponer que la conducta culpable de la persona acusada fue causada por su composición genética, la inferencia se basa en que su conducta culpable es la causa de que su composición genética haya sido encontrada en la escena del crimen<sup>26</sup>. Como ilustran los ejemplos de las manchas de sangre, oportunidad y prueba de ADN, la extensión acotada de mi concepción de la culpabilidad no es una deficiencia sino una ventaja notable.

Un tipo de prueba estadística más polémico y no alcanzado por la extensión de la concepción de la culpabilidad es el de los escenarios hipotéticos, que suscitan, en apariencia, objeciones intuitivas semejantes a las relativas a los escenarios con tasa de criminalidad. En la que se conoce como «paradoja del colado» (*gatecrasher paradox*) (Cohen, 1977, p. 74), por ejemplo, aunque los organizadores de un rodeo venden 499 entradas, se cuentan 1.000 espectadores dentro del evento. Sobre la base de que 501 espectadores no pagaron para ingresar, los organizadores reclaman el precio de la entrada a espectadores seleccionados de manera aleatoria, argumentando que la probabilidad de que tal o cual espectador elegido al azar haya omitido el pago de su entrada es mayor a la probabilidad de que esa persona haya pagado. Responsabilizar jurídicamente a los espectadores seleccionados al azar sobre la base de esta única prueba parece intuitivamente erróneo<sup>27</sup>, pero la concepción de la culpabilidad adoptada no aplica a esta cuestión, pues no hay conexión causal entre la propiedad compartida (la participación en este rodeo) y la conducta culpable (colarse).

Sea como fuere, dudo que esta extensión limitada genere un defecto en mi concepción de la culpabilidad, y mucho menos uno serio. Como argumenté en otro lugar, los escenarios hipotéticos y las intuiciones que suscitan no son teóricamente útiles para determinar qué pruebas no deberían ser usadas en la determinación de los hechos en el proceso penal (y por qué), puesto que esos escenarios incluyen rasgos que los tornan particularmente confusos e inútiles<sup>28</sup>. Por ejemplo, la paradoja del colado suscita una intuición sobre la suficiencia (concretamente, que el espectador no debe ser condenado), pero no está claro qué intuición suscite en torno a la admisibilidad, que es la cuestión a la que apunta la concepción de la culpabilidad.

Además, las inferencias en estos escenarios hipotéticos poseen una *estructura diferente* respecto de las delineadas a partir de prueba predictiva. Un rasgo distintivo de los escenarios hipotéticos es el hecho de que el caso específico en cuestión *pertenece* al grupo de casos a partir del cual la prueba es reunida. En la paradoja del colado,

<sup>26</sup> Puede encontrarse una explicación más detallada en Pundik (2017, p. 212-213).

<sup>27</sup> Algunas investigaciones empíricas muestran que la gente tiende a despreciar esta prueba: véase Kahneman y Tversky (1980). Sea como fuere, esta no es una intuición aceptada por todo el mundo (Brook, 1984, p. 330).

<sup>28</sup> Véase Pundik (2017, p. 192-193).

la persona demandada es una de las 1.000 que asisten al rodeo (de las cuales 501 no pagaron su entrada). En consecuencia, la inferencia parece puramente *analítica*, porque el paso de «501 de 1.000 espectadores se colaron» a «la probabilidad de que un espectador elegido al azar se haya colado es del 50,1%» no agrega información nueva. Para empezar, en los escenarios hipotéticos la prueba estadística *no* es predictiva, porque no «[mira] hacia adelante a partir de un evento o rasgo establecido a efectos de predecir la probable repetición de su ocurrencia» (Uviller, 1982, p. 847). Por el contrario, la predicción de conductas no es meramente analítica porque se basa en un grupo de casos observados que invita a la persona que indaga sobre los hechos a inferir algo respecto de un caso *inobservado*. En el caso de las tasas de criminalidad, por ejemplo, resulta obvio que el caso investigado no forma parte del grupo de casos de los que se supo que los vecinos actuaron violentamente, pues el hecho en disputa es, precisamente, si ese vecino en particular actuó violentamente o no. Es por esta diferencia de estructura que está lejos de ser obvio que la objeción intuitiva contra la prueba predictiva se aplique igualmente a los escenarios hipotéticos y sus justificaciones.

Una limitación más importante de la concepción de la culpabilidad delineada está relacionada con la reducción de condena. Alguien podría alegar que esa concepción de la culpabilidad contrasta con una visión intuitiva de la responsabilidad penal. Mientras que la concepción de la culpabilidad implica que la conducta del agente está o bien enteramente determinada o bien íntegramente inafectada, las prácticas de determinación de responsabilidad penal parecen asumir a menudo que un agente puede estar bajo una influencia causal parcial. Se trata al agente como si estuviera influenciado causalmente por algún factor, pero solo en cierto grado, lo que le deja un margen de libertad menor que el máximo. Por ejemplo, podría reducirse la condena en contra de un pedófilo por el hecho de haber sido él mismo víctima de abuso durante su niñez. De conformidad con esta visión, la reducción reconoce que la experiencia de su niñez influyó causalmente su manera actual de comportarse, pero dejándole la suficiente libertad para ser, por ello, responsable de abusar de otros niños.

La dificultad con esta visión de la responsabilidad penal es que no puede dar cuenta de la fase del veredicto en el juicio, donde se busca un resultado binario: o bien la persona acusada es culpable del delito que se le atribuye o bien no lo es. Condenarla requiere que sea culpable de la comisión del delito<sup>29</sup>, lo que supone, en consecuencia, que haya actuado libremente<sup>30</sup>. Así, la acción libre es una precondi-

---

<sup>29</sup> Esta condición no implica retribucionismo (es decir, que la pena se inflija en virtud de que sea merecida), porque se aplica a cualquier teoría del castigo que considere la culpabilidad una restricción sobre otros objetivos legítimos del castigo. La teoría mixta del castigo propuesta por Hart (2008, capítulo 9) constituye un ejemplo notable de este tipo de teorías, pues acepta la restricción retribucionista de conformidad con la cual «solo quienes hayan violado la ley —y lo hayan hecho voluntariamente— pueden ser castigados», al tiempo que rechaza el retribucionismo como el «fin justificativo general del sistema».

<sup>30</sup> Sobre teorías que sostienen que el libre albedrío no es una condición necesaria de la atribución de culpabilidad (por ejemplo, las semicompatibilistas y las teorías de las actitudes reactivas), véase el fragmento que acompaña la nota 48.

ción de la responsabilidad penal, y cuando queda socavada (en virtud de una defensa como la demencia o la coacción) conduce a que la persona acusada sea declarada *no culpable* y no *menos culpable*.

Una manera de explicar convincentemente la fuerza intuitiva de esta visión de la responsabilidad penal es subrayando que, aunque la cuestión de la culpabilidad es binaria, las consecuencias de la condena son típicamente graduales. El castigo puede acarrear un periodo más o menos largo de encarcelamiento o una multa más o menos alta. Es en la fase de fijación de la pena donde la experiencia de la niñez del pedófilo se toma en consideración. Pero puede haber varias explicaciones de por qué esta experiencia sirve para reducir la pena adecuada sin necesidad de recurrir a la influencia causal parcial. Solo para mencionar algunas alternativas, podría considerarse: el mayor efecto que la pena tendrá sobre él como resultado de su previa experiencia; su vulnerabilidad para convertirse en víctima nuevamente durante el encarcelamiento, o quizás incluso el intento de compensarlo por su mala fortuna en la infancia.

Sea cual fuere, la justificación no necesita apoyarse en una generalización causal, según la cual la experiencia de su niñez influyó causalmente llevándolo a cometer el delito que se le atribuye. Si una generalización causal como esta es empleada en el momento de la fijación de la pena, se torna difícil explicar por qué debería prohibirse a la acusación usar esa misma prueba antes del veredicto para fundamentar su alegación de que el acusado cometió el delito. Aquí el desafío es no solo el de identificar una objeción sólida contra el uso de esa prueba en el juicio penal (lo cual es más difícil de lo que podría parecer) (Schoeman, 1987; Redmayne, 2008)<sup>31</sup>, sino además explicar por qué esa misma objeción no resulta igualmente aplicable al momento de la fijación de la pena. Después de todo, si los antecedentes de la persona acusada le influyeron causalmente, significa que es más probable que haya cometido el delito, lo que conlleva que sus antecedentes cobren valor probatorio, de modo que no deberían ser ignorados al momento de dictar el veredicto. Puesto que explorar la justificación de esas reducciones queda fuera de los límites de este trabajo, basta con señalar que tomar en consideración los antecedentes de la niñez del pedófilo al momento de fijar la pena no tiene que fundamentarse necesariamente en su menor libertad para abusar del niño del que abusó. Este punto está en sintonía con el hecho de que la libertad es entendida, por casi todas las personas expertas en materia de libre albedrío como un concepto binario<sup>32</sup>.

Por último, mi concepción de la culpabilidad se limita a las áreas del derecho para las que la culpabilidad es condición de responsabilidad (*liability*). Se podría pensar que la hostilidad hacia la prueba predictiva se extiende incluso al derecho privado, al menos en algunos casos. Por ejemplo, podría parecer intuitivamente objetable sustentar una pretensión de negligencia médica contra una persona profesional de

---

<sup>31</sup> He defendido esta visión en Pundik (2011; 2008a, p. 303; 2008b; 2006) y Dahlman y Pundik (2021).

<sup>32</sup> Nomy Arpaly (2006) parece ser una excepción destacable.

la medicina en pruebas de su conducta negligente previa. Pero es importante señalar que en *Laughton v. Shalaby* (2014) esa prueba se consideró *admisible*, y la regla general es que la prueba del carácter es tratada de manera significativamente distinta en los procesos civiles y penales<sup>33</sup>.

Uno podría insistir en que *Laughton v. Shalaby* debió haber sido decidido de otro modo, o en que la objeción intuitiva debería prevalecer al menos cuando la prueba predictiva se basa en las acciones de otras personas (como la tasa de conductas negligentes entre médicos del mismo hospital). Acaso esta intuición podría ser desacreditada calificándola como uno más de los ejemplos en que se (mal)entiende que la responsabilidad (*liability*) por daños presupone culpabilidad. De hecho, las referencias a la culpa no son infrecuentes en los casos de negligencia<sup>34</sup>, ni tampoco las consideraciones de justicia retributiva (incluso en varias jurisdicciones) (Perry, 2006). En particular, en casos de negligencia médica, tanto demandantes como demandados ven la responsabilidad (*liability*) como reflejo de la culpabilidad (o de conceptos estrechamente relacionados, tales como *accountability* y *responsibility*)<sup>35</sup>. Sin embargo, cualquiera sea el rol que intuitivamente se dé a la culpabilidad, podría decirse que el objetivo del derecho de daños no es castigar al agente dañador (*tortfeasor*)<sup>36</sup>, sino compensar el daño de la víctima, promover niveles óptimos de cuidado o aumentar la justicia distributiva (Schwartz, 1997).

Más en general, la prueba predictiva se emplea en varias áreas no penales del derecho en adición a los casos de negligencia médica, tales como: la compensación por lucro cesante (para calcular la expectativa de vida de que el demandante hubiera gozado si el demandado no lo hubiera dañado antijurídicamente)<sup>37</sup>; daños por agentes tóxicos (para probar la causalidad)<sup>38</sup>; derecho laboral (para probar la discriminación por pertenencia a ciertos grupos)<sup>39</sup>; derechos humanos (para probar la dimensión del

<sup>33</sup> Mientras que la admisibilidad de la prueba del carácter está regulada de manera robusta en el proceso penal, en el proceso civil «dicha prueba es admisible si posee valor probatorio potencial respecto de un asunto disputado». *O'Brien v. Chief Constable of South Wales Police* [2005, p. 53] UKHL 26, [53]. Véase también Roberts y Zuckerman (2010, p. 6).

<sup>34</sup> Véase, por ejemplo, en el derecho inglés: «Si no puede imputarse culpa al demandado, la acción, basada en la negligencia, ha de fracasar inevitablemente», en *Snelling v. Whitehead* [1998]; «Puesto que a mi juicio Mr. Tarleton actuó sin culpa, él no fue negligente», en *Mansfield v. Weetabix Ltd* [1998].

<sup>35</sup> En relación con esta visión de los demandantes, véase Dauer (2006). En torno a esta visión de los demandados, véase DeWees *et al.* (1996, p. 425).

<sup>36</sup> Para un ejemplo en el derecho inglés, véase: «[L]a responsabilidad jurídica por daños ha dejado de cimentarse, en muchos casos, en la reprochabilidad moral», *Nettleship v. Weston* [1971, pp. 709-710].

<sup>37</sup> Aunque el método exacto para llevar a cabo esta tarea es objeto de disputa (véanse Lewis [2002, p. 406]; *CA 10064/02 Migdal Insurance Company v. Rim Abu-Hana* [2005]), resulta indubitable que alguna generalización sobre la expectativa de vida ha de emplearse.

<sup>38</sup> Dicha prueba desempeña un papel clave en la litigación vinculada con el tabaco (véase, por ejemplo, *Blue Cross v Philip Morris* [2000]). Sin embargo, en otros casos esta prueba ha sido rechazada (véanse, entre otros, los casos sobre el amianto: *Cimino v. Raymark Industries* [1998] y *In re Fibreboard Corporation* [1990]).

<sup>39</sup> Quizás el caso más notable sea una *class action* de discriminación de género presentada a favor de dos millones de mujeres contra Walmart, el mayor empleador privado del mundo (*Walmart v. Dukes*,

daño causado por la violación de los derechos humanos del demandante);<sup>40</sup> y derecho de la competencia (para calcular el daño económico resultante de una fijación de precios)<sup>41</sup>. El hecho de que la concepción de la culpabilidad en cuestión se limite a áreas del derecho constreñidas por la culpabilidad no es por lo tanto una deficiencia, sino una fortaleza, ya que permite explicar y justificar por qué ciertas reglas de exclusión de prueba predictiva existen solo en los procesos penales.

### 3. LIBRE ALBEDRÍO IMPREDECIBLE

Una teoría del libre albedrío que incluya la condición de impredecibilidad niega que las acciones libres admitan probabilidades, de modo que es necesariamente *incompatibilista*<sup>42</sup>. Para las teorías compatibilistas del libre albedrío, una acción puede ser libre incluso si está determinada por factores causales antecedentes. De modo que valerse de estos factores para predecir la acción de un agente no constituye una amenaza para la libertad mayor que la que entraña el propio determinismo causal (que no es una amenaza en absoluto). En contraste, si las acciones libres son *necesariamente* impredecibles, una acción determinada por factores causales fuera del control del agente *no puede* ser libre. Esto se debe a que esos factores causales harían que la acción fuera al menos potencialmente predecible (la posibilidad de predicción y su precisión dependerían del estado de nuestro conocimiento).

Una consideración semejante se aplicaría a las concepciones semicompatibilistas, como la influyente teoría de Fisher y Ravizza (1998, p. 31–34), que distingue entre «control regulativo», incompatible con el determinismo pero innecesario para la culpabilidad, y «control guía», suficiente para la culpabilidad y basado en la sensibilidad del agente respecto de las razones. Mientras que las personas que suscriben el semicompatibilismo conservan la división tajante entre acciones *libres* y acciones *culpables* y pueden aceptar que las acciones libres son impredecibles, sostienen al mismo tiempo, como quienes suscriben el compatibilismo «pleno», que las acciones *culpables* pueden ser predecibles (por ejemplo, porque pueden estar determinadas por factores causales que no socavan el control guía). En contraste, en el apartado 2 argumenté que la condición de impredecibilidad permite, a partir de la observación de cómo se prueban las acciones *culpables*, justificar la hostilidad del derecho penal hacia la prueba predictiva. En consecuencia, si mi tesis es correcta, estaría sugiriendo además que la teoría del libre albedrío a la que el derecho penal se adhiere es libertaria, y no compatibilista o semicompatibilista.

---

564 U.S. 338 [2011]), aunque la admisión de esta prueba para mostrar la discriminación no es nueva (véase, por ejemplo, *Alabama v. United States* [1962]).

<sup>40</sup> *Hilao v. Estate of Marcos* (1996).

<sup>41</sup> *United States v. Columbia Pictures* (1960).

<sup>42</sup> Mi trabajo precedente fue criticado por Picinali (2016) en virtud de no especificar la teoría del libre albedrío con que se comprometía. Espero que esta sección rectifique esa carencia.

Un rasgo constitutivo de las teorías libertarias del libre albedrío es la tesis según la cual, si la acción de las personas estuviera (totalmente) determinada por factores causales antecedentes fuera de su control, ellas no serían ni libres al hacer lo que hacen ni culpables por ello. Sin embargo, los libertarios tienden a aceptar la visión de que las acciones *libres* de un agente tienen *probabilidades objetivas*<sup>43</sup>. De conformidad con la interpretación objetiva de la probabilidad, la misma realidad subyacente es indeterminista. Piénsese en la siguiente generalización probabilista: arrojar una copa desde cierta altura contra un suelo de madera causará la rotura de la copa en un 50% de los casos. De acuerdo con esta interpretación, arrojar la copa es un evento genuinamente indeterminado: aun conociendo todos los hechos relevantes (la peculiar fragilidad de la copa, la distancia respecto del suelo, etc.) y las leyes naturales aplicables, todavía sería imposible saber, antes de que la copa toque el suelo, si en este caso específico se romperá o no. Y la misma lógica se aplica a la conducta humana: bajo la interpretación objetiva, es imposible predecir con certeza cómo actuará un agente, aun si sabemos todo lo que puede ser sabido, porque la realidad subyacente misma es indeterminista. De todas maneras, así como es posible predecir que la probabilidad de que la copa se rompa es del 50%, también es posible predecir con cierto grado de confianza lo que el agente hará. Mientras mejor sea la predicción, más se acercará a la probabilidad objetiva de esa acción.

A pesar de que es difícil defender la visión de que las acciones libres poseen probabilidades objetivas<sup>44</sup>, no es sorprendente que esa sea la visión dominante entre libertarios, puesto que les permite dar cuenta de la práctica común de predecir el curso de acción que un agente probablemente elegirá *de manera libre*. Si las acciones libres poseen probabilidades objetivas, podrían estar sujetas a influencia causal, lo cual incidiría en la probabilidad de que el agente elija actuar de cierto modo sin que su acción deje por ello de ser libre.

Sea como fuere, si en el marco de la determinación de los hechos en el proceso penal se adhiere a la condición de impredecibilidad, entonces no puede apelarse a ninguna teoría de la libertad que sostenga que las acciones libres poseen probabilidades objetivas<sup>45</sup>. Al tiempo que esta adhesión exige un único tipo de teoría libertaria del

---

<sup>43</sup> Véase O'Connor (2000, p. 97; 2009, p. 189, 197).

<sup>44</sup> Se ha mostrado que el muy famoso argumento del *rollback* de van Inwagen, que procura mostrar que el libre albedrío es imposible en un mundo *indeterminista*, queda limitado solo a versiones del indeterminismo en que todas las acciones tienen probabilidades objetivas: véanse van Inwagen (2000, p. 14–18); Buchak (2013); Bernáth y Tőzsér (2020). Se ha argumentado también que la física cuántica no deja espacio para el libre albedrío libertario si aquella se entiende en el sentido de estimación de probabilidades objetivas para cada evento físico: véase Loewer (1996). En un sentido más específico, el modo en que O'Connor se vale de probabilidades objetivas parece particularmente indefendible: véase Vicens (2016). La réplica de O'Connor puede verse en O'Connor (2016).

<sup>45</sup> El compatibilismo no implica que el determinismo sea verdadero, sino tan solo que este no constituye una amenaza para la libertad. En consecuencia, es lógicamente admisible para el compatibilista aceptar que el mundo es indeterminista y que las acciones libres tienen probabilidades objetivas. Pero este es un camino que difícilmente el compatibilista tome, puesto que lo privaría de su objeción al

libre albedrío<sup>46</sup>, y en tanto descarta la mayor parte de las teorías libertarias contemporáneas<sup>47</sup>, nada en el compromiso hacia el libertarismo exige aceptar la visión según la cual las acciones libres tiene probabilidades objetivas (Buchak, 2013; Bernáth y Tózsér, 2020; Vicens, 2016).

Aun cuando ofrecer una articulación completa de una teoría libertaria que incluya la condición de impredecibilidad está fuera de los límites de este artículo, me gustaría hacer algunas observaciones tentativas a efectos de sugerir cómo habría de verse una teoría semejante. En especial, la condición de impredecibilidad opera más como condición necesaria que como condición suficiente de la libertad. Algunas teorías compatibilistas contemporáneas especifican condiciones que no poseen relación con el determinismo, como la sensibilidad a las razones (Fisher y Ravizza, 1998, p. 31–34). Es probable que una teoría libertaria que incluya la condición de impredecibilidad también incorpore esas condiciones<sup>48</sup>.

Una teoría libertaria que incluya la condición de impredecibilidad no necesita negar que, en muchos casos, la conducta humana es predecible. Por ejemplo, si una persona bebe café casi cada mañana, podemos predecir con un alto grado de confianza que también mañana por la mañana beberá café. A pesar de que esas acciones pueden ser predichas, la teoría en cuestión negaría que se trate de acciones libres en el sentido que los libertarios atribuyen al término «libertad». Ciertamente, beber café puede ser una acción libre en varios sentidos significativos: puede ser libre de intervenciones externas como la coerción, el engaño o la manipulación; puede ser libre de interferencias políticas o sociales (beber café no es ni ilegal ni socialmente inaceptable); puede ser libre respecto de la escasez de granos de café, etc. Sin embargo, que la acción sea libre en cualquier de estos sentidos no implica que sea libre en el sentido que los libertarios atribuyen a la noción de libertad y que consideran necesaria para la culpabilidad. En este sentido específico, la acción es libre si está indeterminada por factores causales fuera del control del agente. Si lo que determina que la persona beba café mañana por la mañana es su composición genética o una adicción a la cafeína, todos los sentidos aludidos de «libertad» pueden quedar en pie y, aun así, los libertarios insistirían en que la acción de beber café de esa persona no es libre. Una teoría que incluya la impredecibilidad podría aceptar que muchas acciones son efectivamente predecibles pero sugerir que lo son *precisamente debido*

---

libertarismo basada en la suerte. Respecto del desafío que la suerte impone al libertarismo, véase Levy (2011, capítulo 3) (aunque Levy se define como un «compatibilista decepcionado» y argumenta que la suerte socava también el compatibilismo [capítulo 2 y capítulo 4]).

<sup>46</sup> Una versión kantiana de dicha teoría puede encontrarse en Bergson (1910). Una versión alternativa puede basarse en la semántica de los contrafácticos: las proposiciones contrafácticas sobre la acción que un agente hubiera ejecutado libremente bajo circunstancias diferentes carecen de valor de verdad, véase Sela (2017).

<sup>47</sup> Véase nota 45.

<sup>48</sup> «Ser capaz de apreciar razones y de actuar por ellas no es suficiente para ser un agente libre. Pero esa habilidad es necesaria para el libre albedrío» (Clarke, 2003, p. 15).

a que no son libres: el mismo factor que hace que la acción sea predecible la priva también de libertad<sup>49</sup>.

Una teoría libertaria que incluya la condición de impredecibilidad necesitaría dar cuenta del papel de las razones subjetivas del agente en sus acciones libres. Una opción sería la de aceptar que una acción determinada por las razones del agente no puede considerarse libre (porque solo las acciones indeterminadas pueden ser libres), pero insistir en que, sin perjuicio de ello, dicha acción puede ser culpable, puesto que la culpabilidad puede derivarse de las acciones libres precedentes del agente de las que resultó la adquisición o conservación de esas razones subjetivas<sup>50</sup>. Dado que la culpabilidad derivada cae fuera del alcance de este trabajo, quisiera enfocarme en una visión alternativa, también común entre libertarios, de conformidad con la cual *las razones no son causas* y las explicaciones en virtud de razones *no son causales*<sup>51</sup>. Esta visión no necesita negar que un agente pueda percibir ciertas motivaciones o razones subjetivas para la acción como más poderosas que otras (acaso porque son más coherentes con sus creencias, valores u objetivos)<sup>52</sup>. Por ejemplo, un agente puede elegir libremente hacer una donación a una institución de caridad *principalmente* porque quiere ayudar a otras personas *y también* porque quiere desgravar impuestos. Sin embargo, esta visión negaría que la diferencia de fuerza sea reflejo de una diferencia en la influencia causal que cada razón ejerce en el agente; rechazaría, así, la influyente tesis de Davidson (1963) según la cual las explicaciones por razones son explicaciones causales. Consecuentemente, desde esta perspectiva, no es que el agente se encuentre «impelido» por unas razones hacia un curso de acción y por otras hacia un curso de acción diferente hasta que algunas de ellas prevalezcan. En lugar de ser impelido, cuando actúa libremente, es el propio agente el que elige sobre la base de qué razones actuar<sup>53</sup>.

Desde esta óptica, las razones operarían probablemente como *habilitantes* de decisiones libres<sup>54</sup>. Además, una acción será libre solo si el agente tiene razones para cada

<sup>49</sup> Sela (2017) sugiere otra explicación en una orientación similar. De acuerdo con su concepción de «libertad de martes» ciertos tipos de acción se ejecutan con libertad solo *ocasionalmente*: la mayor parte de las mañanas, el agente bebe su café sin ejercer el libre albedrío, pero los martes el agente bebe (u omite beber) su café libremente. Las predicciones se basan en el patrón creado por las ocasiones no libres, de modo que son irrelevantes a efectos de predecir cómo actuará *libremente* el agente.

<sup>50</sup> Véase, especialmente, la noción de Kane (1996, p. 74) de *self-forming actions* (SFAs).

<sup>51</sup> Véase, por ejemplo, Ginet (1989).

<sup>52</sup> Quiero agradecer a Timothy O'Connor por señalarme este punto.

<sup>53</sup> El enunciado anterior presupone una teoría libertaria causalista respecto del agente en lugar de una teoría no causalista o causalista respecto de los eventos (las diferencias pueden verse en Clarke [2003, capítulo 2]). De todos modos, mi preferencia por una teoría causalista respecto del agente se basa en consideraciones independientes de la predecibilidad (siguiendo a Clarke [2003, capítulos 3-7]) y sería quizás posible incluir la condición de impredecibilidad en una teoría no causalista o en una causalista respecto de los eventos.

<sup>54</sup> Sobre la distinción entre causas y habilitantes (*enablers*), véase Lombard (1990). En otro trabajo (Pundik, 2022, p. 211-213) discuto en más profundidad esta distinción y su papel frente a mi concepción de la culpabilidad.

una de las opciones de entre las que escoge y si hace luego una elección consciente acerca de cómo actuar, prefiriendo, de tal modo, cierta(s) razón(es) sobre otras. Esta elección no necesariamente tiene que surgir de una deliberación pausada, meticulosa y ardua (cuáles sean exactamente las condiciones necesarias para que este proceso cognitivo posibilite la elección libre es algo que cae fuera del alcance de este artículo). Aquí lo importante es que las razones en conflicto *habilitan* (*enable*) la elección libre del agente entre diferentes cursos de acción, porque un agente no puede tratar una conducta como un curso de acción potencial si no tiene razón alguna para llevar a cabo esa acción.

Por ejemplo, para que la acción de un agente que dona a una institución de caridad sea libre, esa persona debe tener razones para conservar el dinero para sí misma. Si el agente no tuviera razón alguna para conservar el dinero, su decisión de donar no podría ser libre (pero si su decisión está determinada por un hábito o decisión previa de donar regularmente, bien podría resultar digno de elogio por haber desarrollado este hábito o por haber tomado esa decisión previa). Dicha acción puede ser explicable todavía en virtud de razones (por ejemplo, la persona donó porque quería ayudar a la gente necesitada), pero esta explicación es *no causal*, puesto que las razones no son causas. La causa de su conducta no libre yace en otro sitio: por ejemplo, en el hábito desarrollado (libremente o no). Concebir las razones como habilitantes en lugar de como causas es consistente con la tesis según la cual las acciones libres carecen de probabilidades objetivas. Por ejemplo, que un agente se debata entre dos opciones no quiere decir que la probabilidad objetiva de que elija cada una de ellas sea del 50%; la deliberación y la elección final entre razones en conflicto es un prerrequisito de la acción libre, no una medición de probabilidades.

Además, bajo esta óptica, las acciones libres pueden ser todavía explicadas racionalmente, en el sentido de que pueden ser explicadas por las razones subjetivas para la acción que el agente poseía<sup>55</sup>. Piénsese en el Sr. Broyer, quien está parado fuera de un banco y delibera entre dos opciones: entrar y robar o seguir caminando<sup>56</sup>. Bajo una teoría libertaria, la acción de Broyer no puede estar determinada por factores fuera de su control si es libre. Hasta que Broyer actúe, ni siquiera un transeúnte omnisciente (sea Dios o un neurocientífico maligno) podría saber lo que hará<sup>57</sup>. La condición de impredecibilidad agrega que, si la acción de Broyer es libre, carece también de probabilidad objetiva. Un transeúnte omnisciente no solo está imposibilitado para saber lo que Broyer hará: tampoco puede hacer una

<sup>55</sup> La discusión presentada se basa en la discusión de Clarke sobre indeterminismo y explicación racional contrastiva (*contrastive*) (Clarke, 2003, p. 39–49). La discusión de Clarke se lleva a cabo en el contexto de las teorías del libre albedrío causalistas respecto de los eventos, pero es igualmente aplicable a las teorías causalistas respecto de los agentes.

<sup>56</sup> Este ejemplo se inspira en el caso israelí CrimA 9849/05 *State of Israel v Broyer*, (2006).

<sup>57</sup> El problema teológico del conocimiento previo y el libre albedrío podría diferir respecto del problema del determinismo y el libre albedrío, pero se apela aquí al primero de ellos solo con el propósito de ilustrar la condición de impredecibilidad.

estimación racional, pues toda estimación sobre cómo Broyer podría actuar sería igualmente buena (o, mejor, igualmente mala).

En la realidad, Broyer optó finalmente por entrar al banco y robarlo. Aunque bajo la condición de impredecibilidad era totalmente impredecible que él fuera a entrar al banco de forma libre, su acción no fue antojadiza o caprichosa, ya que es posible *explicar* por qué lo hizo sobre la base de sus razones para actuar de esta manera (necesitaba urgentemente el dinero que quería robar, por ejemplo). Lo que hace a las acciones libres tan peculiares es que, si Broyer hubiera seguido caminando, hubiera sido posible *también* explicar por qué hizo lo que hizo de acuerdo con otras razones (como su deseo de actuar conforme a derecho)<sup>58</sup>. A fin de cuentas, estuvo un tiempo parado fuera del banco, deliberando, porque tenía razones en favor de ambas opciones<sup>59</sup>.

Lo que *no puede* explicarse respecto de la acción de Broyer es por qué entró *en lugar de seguir caminando*<sup>60</sup>. Ninguno de los factores causales fuera del control de Broyer, *ni siquiera sus razones*, determinaron este resultado. Lo que determinó que entrase en lugar de seguir caminando fue *Broyer mismo, como agente*, ejerciendo su voluntad para causar la acción. Generalizando el ejemplo: para que una acción sea libre el agente necesita tener una explicación racional para cada curso de acción que pueda adoptar libremente, pero una vez que actúa, ya no hay *explicación contrastiva* de por qué esa persona eligió libremente un curso de acción de entre todos los que sopesó<sup>61</sup>.

Es importante señalar que las clases e instancias de acciones que pueden ser libres bajo la condición de impredecibilidad son considerablemente menos que las que pueden serlo bajo otras teorías de la libertad (incluyendo muchas acciones usualmente consideradas «libres», como tomar café). Esta implicación de la condición de impredecibilidad puede considerarse indeseable: *prima facie*, mientras más acciones pueda una persona ejecutar libremente, mejor será su posición, puesto que poseerá «más» libertad. Dejando de lado la cuestión metodológica acerca de si el hecho de que una teoría tenga una implicación indeseable puede operar como un argumento en su contra, quisiera sugerir que esta implicación no es problemática, porque tener

---

<sup>58</sup> No estoy asumiendo que solo las elecciones que satisfagan algunas normas de racionalidad más densas (por ejemplo, el imperativo categórico kantiano) puedan ser libres.

<sup>59</sup> Las cuestiones relativas a las condiciones necesarias para que un proceso mental constituya una «deliberación» y a las normas que dicho proceso tendría que respetar quedan fuera del marco de este artículo.

<sup>60</sup> Clarke (2004, p. 52) sugiere que, en algunos casos, sería posible proporcionar una explicación contrastable (por ejemplo, si el agente anticipa su acción con un juicio acerca de cuál es el curso de acción que sería mejor adoptar). Temo que esta sugerencia puede llevar a un regreso al infinito (porque ¿qué es lo que explica contrastivamente el juicio antecedente del agente?). Además, la condición de impredecibilidad es incompatible con esta sugerencia. Al tiempo que Clarke estipula que el juicio previo del agente está entre las causas de su acción, de acuerdo con la condición de impredecibilidad, la decisión ulterior solo es libre si carece de probabilidades objetivas, de modo que el juicio previo no puede influir causalmente.

<sup>61</sup> Sobre las teorías de las explicaciones contrastivas, más en general: véanse van Fraassen (1980, p. 97–157); Lipton (1990, p. 247–266).

más oportunidades de actuar libremente no necesariamente mejora la posición de un agente. Primero, la magnitud de la pérdida por no tener «más» libertad, si es que la hay, parece depender más de la calidad de las acciones libres que de su cantidad: tomar libremente unas pocas decisiones importantes en la vida es más importante que tomar café libremente cada mañana. Segundo, muchas de las acciones predecibles *ni siquiera están abiertas a evaluación moral* (más allá de estar meramente permitidas). Tomar café puede no causar daño alguno a otras personas ni violar ningún derecho, etc., y, consecuentemente, ningún reproche o elogio puede dirigirse al agente por actuar de esa manera. En estos casos, aunque esas acciones no sean libres, el rango de acciones por las que el agente puede ser reprochado o elogiado se mantiene incólume. Por último, actuar libremente no carece de costos para el agente, porque podría requerir tiempo, esfuerzo y deliberación de su parte. Si de lo anterior resultase que solo unas pocas de nuestras acciones son libres, esto podría ser ya no una decepción, sino una constatación liberadora.

Alguien podría objetar, además, que la condición de impredecibilidad priva de libertad a muchas acciones intuitivamente culpables tornándolas, por tanto, no culpables. Por ejemplo, un conductor que causó un accidente porque estaba enviando un mensaje de texto mientras conducía puede no ser culpable si no se debatió entre diversas opciones antes de decidirse a enviar el mensaje de texto. Es discutible que dicha acción realmente sea inadvertida (*absent-minded*): que la decisión se haya adoptado precipitadamente o que no logre satisfacer los estándares de razonabilidad o de racionalidad objetiva no quiere decir que el conductor no haya deliberado entre varias opciones en conflicto y haya elegido libremente enviar el mensaje. Lo que es más importante, incluso si la acción de enviar el mensaje se adoptó sin deliberación o elección consciente alguna, la persona puede todavía ser *derivadamente* culpable (por ejemplo, por desarrollar el hábito de enviar mensajes de texto mientras conduce o por no luchar contra él). Como se dijo antes, cuándo, cómo y por qué la culpabilidad por una acción se derive de otra son cuestiones complicadas cuyo abordaje está fuera del ámbito de este artículo, pero el punto es que si el conductor es inadvertido (*absent-minded*), la única manera de considerarlo culpable por el accidente es a través de su culpabilidad por alguna acción previa. Al fin y al cabo, si no hay decisión consciente alguna que el conductor haya tomado libremente, ¿cuál es la base para considerarlo culpable?

#### 4. ¿POR QUÉ EL DERECHO PENAL DEBERÍA TRATAR A LAS PERSONAS COMO POSEEDORAS DE LIBRE ALBEDRÍO IMPREDECIBLE?

Quienes aceptan que tenemos libre albedrío impredecible pueden valerse de la concepción de la culpabilidad delineada para justificar la exclusión de prueba predictiva a efectos del veredicto. Sin embargo, incluso si el libre albedrío impredecible no es arbitrario ni antojadizo, e incluso si no proporciona una justificación unitaria de

por qué ciertos tipos de pruebas predictivas no deberían ser admitidos en el proceso penal, resulta indudablemente contraintuitivo y exigente en sus compromisos metafísicos. El objetivo de esta sección es, por tanto, demostrar cómo la concepción de la culpabilidad antes articulada puede ser empleada por quienes sostienen que nosotros *no poseemos* libre albedrío impredecible.

Para hacerlo, argumentaré que el derecho penal debería tratar a las personas como si poseyeran libre albedrío impredecible, exista este o no, porque el uso de pruebas predictivas con propósitos de condena penal socava *la efectividad del reproche*. Para que un veredicto de condena sea efectivo, debe ser entendido por el resto de la gente como la transmisión de un mensaje de reproche moral hacia el perpetrador condenado, su agencia, acciones y/o las consecuencias de sus acciones<sup>62</sup>. Un veredicto de condena penal debería además invitar a la ciudadanía a adoptar una actitud de reproche similar hacia el perpetrador (ya sea porque el reproche constituye parte del castigo que merece o porque reprochar al autor ayudaría a disuadir o impedir que esa misma persona u otras cometan en el futuro un delito semejante). Por lo tanto, si mi argumento logra mostrar que la prueba predictiva socava el reproche, proporcionará una razón fuerte contra el uso de dicha prueba a efectos de la condena, incluso para quienes niegan que poseamos libre albedrío impredecible.

Mi argumento se apoya en dos suposiciones. Primero, presupongo que el libre albedrío es necesario para un reproche moral apropiado; de modo que, toda vez que reprochamos a un agente por algo que hizo, debemos presuponer que el agente hizo ese «algo» libremente (en caso contrario, nuestro reproche estaría injustificado). Qué condiciones tengan que satisfacerse para que podamos decir que un agente actuó «libremente» es, por supuesto, algo que está en el centro del desacuerdo entre las teorías compatibilistas e incompatibilistas del libre albedrío. Al margen de estos desacuerdos, esta suposición tiene el propósito de hacer explícito que aquí no suscribo la visión según la cual el reproche moral es posible sin la creencia, o acaso la ilusión, de que el libre albedrío existe. Segundo, doy por hecho que el reproche es una de las funciones principales del proceso penal<sup>63</sup>. En consecuencia, mi argumento no apunta contra quienes niegan que la condena penal deba conllevar un mensaje de reproche moral (porque creen, por ejemplo, que las personas condenadas son también víctimas, de modo que lo adecuado sería más una rehabilitación que un castigo,

---

<sup>62</sup> Sobre las relaciones entre la culpabilidad del agente, la ilicitud (*wrongfulness*) de la conducta y la de sus consecuencias, véase Segev (2023). Tiendo a estar de acuerdo con este autor respecto de que la ilicitud (*wrongfulness*) de la conducta, en oposición a la culpabilidad del agente, no es importante en sí misma para la criminalización, pero esto se debe a que considero que la ilicitud (*wrongfulness*) es condición necesaria de la culpabilidad, y esta última una condición necesaria de la criminalización. Sea como fuere, estas cuestiones son innecesarias a efectos del argumento que ahora sostengo. Segev (2020) afirma también que, en algunos casos, está justificado criminalizar conductas no culpables, pero no me ocuparé de su argumento ahora.

<sup>63</sup> Assumo también que solo los agentes culpables pueden ser criminalizados. La visión contraria, según la cual cabe la posibilidad de criminalizar justificadamente a los agentes no culpables, puede verse en Segev (2020).

o porque abogan por la abolición del sistema de justicia penal en su conjunto). En lugar de ello, mi argumento es relevante para todas aquellas personas que piensen que el objetivo del derecho penal es la retribución, la disuasión o la prevención (o algún tipo de combinación entre ellas), dado que condenar perpetradores culpables es un medio necesario —crucial, de hecho— para alcanzar cualquiera de esos objetivos<sup>64</sup>.

Puesto que el reproche que la condena procura formular se dirige a la ciudadanía en general, permítaseme comenzar con el desacuerdo en la filosofía experimental acerca de qué es lo que las personas legas creen respecto del libre albedrío (por oposición a aquellas formadas en filosofía)<sup>65</sup>. La creencia en la existencia del libre albedrío está generalizada, incluso entre adolescentes y adultos encarcelados (Laurene *et al.*, 2011), pero se ha generado una controversia acerca de si los legos creen que el libre albedrío es compatible con el determinismo. El incompatibilismo lleva mucho tiempo afirmando que «la mayor parte de la gente empieza como incompatibilista natural» (Kane, 1999, p. 218), creyendo que si el determinismo es verdadero, no hay libre albedrío<sup>66</sup>. En respuesta, los filósofos experimentales compatibilistas han intentado mostrar que «el incompatibilismo no es tan intuitivo como los incompatibilistas han supuesto tradicionalmente» (Nahmias *et al.*, 2006, p. 28–29). A quienes participaron en estos experimentos les fueron presentados diversos escenarios donde el mundo estipulado era determinista (por ejemplo, existe una supercomputadora capaz de predecir todas las acciones humanas futuras) y se les pidió evaluar la responsabilidad moral de una persona que había cometido cierto delito. Llamativamente, la mayor parte de los participantes consideró responsable al perpetrador. De manera análoga, la percepción de que la conducta había sido libre, que la mayor parte de la gente compartía, se mantuvo intacta incluso después de que se informase de que esa conducta era perfectamente predecible en base a información neuronal (Nahmias *et al.*, 2014). En respuesta, el incompatibilismo volvió con sus propios experimentos mostrando que, cuando a las personas se les pregunta directamente si creen que nuestro mundo es enteramente determinista, casi todas responden negativamente, aceptando la visión de que la toma de decisiones humanas es excepcional y no está determinada por el pasado (Nichols y Knobe, 2007)<sup>67</sup>. Estas respuestas parecen reflejar la creencia en un libre albedrío *libertario*, pues las personas involucradas indicaban creer que en nuestro universo existen decisiones humanas indeterminadas<sup>68</sup>. Más recientemente,

---

<sup>64</sup> Creo también que el reproche es *exclusivo* del proceso penal (en comparación con el civil): mientras que otras formas de regulación jurídica —entre ellas notablemente el derecho tributario no punitivo— pueden imponer ciertos costos o limitaciones a determinadas conductas (por ejemplo, hacer que la gente internalice la totalidad de su costo), tratan la conducta ya sea como neutral, ya sea como deseable; la criminalización, en contraste, implica tratar la conducta como moralmente incorrecta. En cualquier caso, no es necesario asumir que el reproche es exclusivo del proceso penal a efectos del argumento antes articulado.

<sup>65</sup> Un estudio más detallado de este desacuerdo puede hallarse en Knobe y Nichols (2017).

<sup>66</sup> Véanse también los numerosos ejemplos citados en Nahmias *et al.* (2006, p. 29).

<sup>67</sup> En varias culturas no occidentales se hallaron resultados similares: véase Sarkissian *et al.*, (2010).

<sup>68</sup> Sin embargo, los incompatibilistas no han tenido éxito en la búsqueda de una explicación para rechazar el hallazgo compatibilista de experimentos anteriores. Por ejemplo, se sugirió que estos hallaz-

ciertos experimentos han mostrado que las creencias dualistas no físicas respecto de cuerpo y mente predicen mejor la creencia en el libre albedrío que la creencia en el determinismo, y lo mismo ocurre con conceptos relacionados, tales como compatibilismo y libertarismo (Wisniewski *et al.*, 2019). Puesto que lo usual es asociar el dualismo más a las teorías libertarias del libre albedrío que a las compatibilistas, estos experimentos parecen dar sustento a la posición incompatibilista.

Tomando como punto de partida la posibilidad de que la gente lea posea un concepto intuitivo y libertario de libre albedrío, permítaseme asumir además, por mor de la simplicidad, que este concepto libertario incluye también la condición de impredecibilidad (al final de esta sección extenderé mi argumento a una versión libertaria y predecible del libre albedrío). Si una proporción suficientemente significativa de la gente posee un concepto libertario del libre albedrío impredecible, el uso de prueba predictiva socava la pretensión de que un acusado cometió el supuesto delito libremente y diluye, por ello, la pretensión de que el acusado es *culpable* de haber cometido el delito. En consecuencia, incluso quienes niegan que la gente goce de arbitrio libertario impredecible podrían valerse de la concepción de la culpabilidad delineada en el apartado 2 a efectos de justificar por qué la prueba predictiva no debería ser empleada para fundamentar condenas. Si el derecho penal ha de enviar al público su mensaje de reproche con efectividad, no debería ignorar a una parte significativa de su pretendida audiencia, aun cuando esta gente suscriba creencias sobre el libre albedrío que muchos profesionales de la filosofía considerarían equivocadas.

Por cierto, la proporción exacta de la ciudadanía que sostiene esta creencia es actualmente desconocida. Además, no está claro cuál es la proporción de la ciudadanía que habría de contar como «suficientemente significativa» a efectos de justificar los altos costos asociados a la exclusión de prueba predictiva. Quienes sostienen que carecemos de libertad impredecible (o quienes rechazan la concepción de la culpabilidad adoptada por otras razones) no pueden justificar la exclusión de prueba predictiva, tales como las «tasas de criminalidad», solo a partir de poner de manifiesto las presuposiciones contradictorias que ello supone. Si pretenden justificar esta exclusión, estas personas podrían proporcionar una concepción alternativa a la mía para mostrar por qué la prueba predictiva es irrelevante, o bien aceptar que de hecho *es* relevante y argüir que debería ser de todos modos excluida por alguna razón<sup>69</sup>. La primera opción es más difícil de lo que parece<sup>70</sup>, y la segunda exige aceptar que, aun cuando esté justificada en virtud de ciertas consideraciones pragmáticas, la exclusión de prueba predictiva entraña el alto costo de denegar pruebas relevantes a las personas

---

gos están distorsionados por las reacciones emocionales que los escenarios empleados en los experimentos probablemente provocaron: véase Nichols y Knobe (2007). Pero estudios ulteriores mostraron que las emociones jugaban un papel significativo en la generación de juicios compatibilistas: véase Feltz y Cova (2014).

<sup>69</sup> Por supuesto, podrían hacer de tripas corazón y aceptar que los procedimientos penales deberían ser reformados de manera radical a efectos de permitir el uso de prueba predictiva.

<sup>70</sup> Nota 30.

encargadas de la determinación de los hechos en el proceso penal. La exclusión de pruebas relevantes llevaría a determinaciones fácticas menos exactas, lo que tiene por resultado que o bien más personas inocentes sean erróneamente condenadas, o bien más personas culpables erróneamente absueltas (o ambas).

Sea como fuere, si bien es cierto que quizás haya un precio que pagar por la exclusión de pruebas predictivas, ello no constituiría un precedente: en el proceso penal angloamericano hay una gran cantidad de pruebas *relevantes* de las que, no obstante, se prescinde a efectos de determinar la culpabilidad de la persona acusada. Y esto es así aun cuando por lo general se las considera pruebas que, en un caso concreto, podrían ayudar a la persona llamada a decidir a efectuar determinaciones fácticas más exactas (por nombrar solo algunos ejemplos, pruebas ilegalmente obtenidas, condenas previas de la persona acusada o la vida sexual previa de la persona denunciante)<sup>71</sup>. De hecho, aunque solo la prueba relevante es admisible en los juicios penales<sup>72</sup>, *todas* las reglas de exclusión de prueba en el proceso penal se aplican a pruebas *relevantes* (Roberts y Zuckerman, 2010, p. 73). Si el uso de prueba predictiva a efectos de condenar contrasta con la percepción de culpabilidad de mucha gente, este efecto en el reproche serviría como una fuerte consideración en favor de excluir prueba relevante, especialmente cuando su contribución a la exactitud de una determinación fáctica no resulte decisiva. Esta regla de exclusión se sumaría a las muchas otras que ornamentan el sistema penal angloamericano<sup>73</sup>.

Por lo tanto, si una proporción «suficientemente significativa» de la ciudadanía cree en el libre albedrío impredecible, quienes niegan que lo poseamos podrían todavía valerse de la concepción de la culpabilidad delineada a efectos de justificar la exclusión de prueba predictiva. Al tiempo que esta línea argumental puede ser usada por compatibilistas y libertarios que creen que tenemos libre albedrío *predecible*, debería resultar particularmente atractiva para los escépticos respecto de la libertad, quienes piensan que el libre albedrío no existe. Al igual que Smilansky (2000) un destacado escéptico, ellos podrían sostener que, a pesar de que el libre albedrío es una mera ilusión, la creencia de las personas legas en su existencia debería fomentarse, puesto que la suscripción de esta creencia está correlacionada con una conducta acorde a derecho<sup>74</sup>, así como también con otros bienes sociales deseables<sup>75</sup>. De hecho,

<sup>71</sup> Aunque algunos de estos ejemplos son polémicos, la controversia concierne por lo común a la cuestión de su admisibilidad (si dicha prueba debe o no ser usada para determinar la culpabilidad o inocencia de la persona acusada) al tiempo que la cuestión concerniente a su relevancia está relativamente resuelta. Respecto de la relevancia de las pruebas sobre condenas previas y del mal carácter, véase Redmayne (2015, capítulo 2). Sobre la relevancia de la historia sexual previa, véase Redmayne (2003).

<sup>72</sup> Por ejemplo, en Estados Unidos la *Regla 402 de las Reglas Federales sobre Prueba* establece que «la prueba carente de relevancia no es admisible».

<sup>73</sup> Tradicionalmente, todo el campo del derecho probatorio fue tratado como un conjunto de reglas de exclusión, una enumeración de excepciones a la regla general de admisibilidad de la prueba relevante, véase Thayer (1898). Véase también Twining (1985).

<sup>74</sup> Por ejemplo, Vohs y Schooler (2008).

<sup>75</sup> Para tomar un ejemplo, ciertos experimentos han mostrado que la creencia en el libre albedrío se correlaciona con menores prejuicios hacia las minorías: véase Zhao *et al.*, (2014).

una serie de experimentos ha demostrado que la creencia en el libre albedrío está correlacionada con la tendencia de la gente a sobreestimar la influencia de factores internos (como el carácter, las actitudes o el temperamento) sobre los factores externos (como las normas sociales, la atmósfera u otros factores contextuales) al interpretar la conducta ajena (Genschow *et al.*, 2017). Aunque esta tendencia es técnicamente un sesgo (más específicamente, el sesgo de correspondencia), los escépticos podrían argüir que las políticas sociales deberían procurar preservarlo, quizás incluso fortalecerlo, puesto que este sesgo alienta a la gente a ejercer un mayor control sobre su conducta llevándola a enfocarse más en factores internos que en factores externos que quedan fuera de su control (aunque no me resulta del todo claro qué es lo que, bajo este tipo de escepticismo, contaría como «su control»).

No obstante, las personas que se valgan de esta línea argumental podrían ser apropiadamente criticadas por su disposición a manipular a las personas legas a efectos de que preserven o adopten creencias que ellas mismas consideran falsas<sup>76</sup>. Pero estas personas podrían ofrecer un argumento alternativo, remitiendo al fenómeno conocido como «puenteo» (*bypassing*). En un influyente trabajo, Murray y Nahmias (2014) intentaron proporcionar una explicación adecuada del descubrimiento de los incompatibilistas antes descrito sugiriendo que quienes participaban del experimento erróneamente entendieron determinismo como puenteo, lo que ocurre cuando las acciones propias no son causalmente dependientes de los propios estados y procesos mentales relevantes, como las creencias, deseos, deliberaciones y decisiones» (p. 440). En otras palabras, los participantes interpretaron equivocadamente que el determinismo equivale a la vida en un mundo en que factores causales no mentales, como la genética, la educación o el entorno «puentean» (*bypass*) los estados y procesos mentales del agente de modo que su conducta es directamente causada por esos factores, sin que los estados y procesos mentales del agente hagan diferencia alguna en el resultado. Quizás la versión más familiar del puenteo, y la más proclive a ser confundida con el determinismo, es el *fatalismo*:

La tesis de que ciertas cosas ocurrirán *sin importar qué* es lo que uno quiera, decida o intente hacer, de modo que nada distinto de lo que efectivamente ocurre podría ocurrir, ni siquiera si los estados mentales propios del pasado, tales como los deseos, hubieran sido diferentes (p. 440).

Pero los compatibilistas han insistido con razón y por largo tiempo en que compatibilismo no implica fatalismo (Murray y Nahmias, 2014, p. 440)<sup>77</sup>. El puenteo no solo socava el libre albedrío libertario, sino que infringe además las condiciones que las teorías compatibilistas del libre albedrío requieren a efectos de que una acción sea libre (p. 440). Por ello, sostienen Murray y Nahmias, los participantes probablemente confundieron determinismo con puenteo, de modo que, después de todo, sus respuestas no expresan una creencia en el libre albedrío libertario.

<sup>76</sup> Quiero agradecer a Michał Rupniewski por plantearme esta cuestión.

<sup>77</sup> Véase también Russell (2013).

Quienes acepten que la noción lega del libre albedrío no es necesariamente libertaria podrían todavía valerse de la concepción de la culpabilidad para justificar la exclusión de prueba predictiva. Podrían hacerlo señalando que, puesto que las personas legas son proclives a confundir compatibilismo con fatalismo, podría interpretar inadecuadamente que prueba predictiva implica punteo, aun cuando no es así. El uso de prueba predictiva para determinar si el agente cometió el delito atribuido suscita creencias equivocadas respecto del punteo porque dicha prueba pone de relieve una conexión causal entre cierto factor ajeno al control del agente y su conducta criminal. Piénsese una vez más en el escenario con tasas de criminalidad. La persona que indaga sobre los hechos es invitada a inferir, a partir de la alta tasa de delitos con armas de fuego ilegales en un cierto vecindario, la mayor probabilidad de que el acusado allí residente haya cometido el delito que involucra un arma de fuego ilegal. Como he argumentado antes<sup>78</sup>, dicha inferencia tiene que presuponer una conexión causal de algún tipo, refiriendo, por ejemplo, al carácter peligroso del vecindario o a las condiciones socioeconómicas. Estos factores causales están fuera del control del vecino concreto, y ningún papel se atribuye a los estados o procesos mentales del agente. Por consiguiente, aun si fuera el caso que las personas legas no creen en el libre albedrío libertario o, más aún, en el libre albedrío libertario impredecible, quienes nieguen que poseemos libre albedrío impredecible podrían todavía justificar la exclusión de prueba predictiva, como las tasas de criminalidad, sobre la base de la falsa percepción de punteo que podría suscitar.

Aquí podría surgir la sospecha de que esta justificación basada en el punteo es, como mínimo, parcial; pues, incluso si un cierto tipo de prueba predictiva suscita creencias erróneas de punteo, no necesariamente todo tipo de prueba predictiva lo hace: si los estados y procesos mentales del agente se incluyen entre los datos, el riesgo de suscitar la falsa percepción de punteo podría minimizarse, si no eliminarse sin más. Por ejemplo, en lugar de examinar la relación entre residir en un cierto vecindario y cometer un cierto delito, la prueba habría de describir el lazo entre poseer un cierto estado mental o desarrollar un cierto proceso mental y cometer determinado delito. Aunque no sería posible remitir al punteo para justificar la exclusión de esa prueba, su uso para la condena parece tan intuitivamente objetable como el uso de tasas de criminalidad.

Sin embargo, tales estudios son mucho más fáciles de sugerir que de llevar a cabo. Primero, a diferencia de lo que ocurre con los factores no mentales (como la residencia en cierto vecindario), los estados y procesos mentales son difíciles de identificar, clasificar y medir. Segundo, muchos de los estados y procesos mentales que se perciben como punteados no son predictivos de la conducta misma, sino que se limitan a establecer que la persona acusada posee la *capacidad* para cometer *libremente* el delito atribuido. Es decir, más que establecer que el acusado cometió el delito en cuestión, esa prueba elimina la preocupación potencial de que el acusado no pueda ser respon-

---

<sup>78</sup> Véase el fragmento que acompaña a la nota 10.

sabilizado por el delito en virtud de no satisfacer ciertas condiciones necesarias para ello. Piénsese, por ejemplo, en la sensibilidad a razones de Fisher y Ravizza (1998). En nuestro ejemplo, aun si se obtuviesen pruebas de la conexión entre, por un lado, la sensibilidad a razones de los residentes de dicho barrio y, por el otro, la comisión por parte de ellos de delitos que involucran armas de fuego ilegales, lo que esas pruebas mostrarían es la mayor o menor probabilidad de que la persona acusada haya sido capaz de ejercer el «control guía» necesario para ser moralmente responsable por la comisión del delito aludido. Esas pruebas no ayudarían en nada a efectos de establecer *cómo* fue que el acusado hizo uso de su control guía.

Tercero, aun cuando ciertos estados y procesos mentales pudieran ser no solo condiciones de capacidad de la responsabilidad penal, sino además predictores de conductas delictivas, es difícil imaginar cómo podrían recogerse pruebas de tales estados o procesos mentales. Para establecer que la posesión de un estado mental o el desarrollo de un proceso mental tiene incidencia probatoria respecto de la comisión de un cierto delito, es necesario comparar dos grupos de personas: 1) aquellas que cometieron el delito *con* el estado o proceso mental putativo y 2) aquellas que cometieron el delito sin el estado o proceso mental. Si hubiera un aumento significativo en la comisión de ese delito por parte de las personas del primer grupo, entonces poseer el estado o proceso mental putativo suministraría elementos probatorios en sustento de la afirmación de que un acusado que tenía ese estado mental también cometió el delito en cuestión.

El problema es que las personas que cometieron esos delitos y poseían esos estados o proceso mentales tendrían un fuerte interés en suprimir esta verdad y en negarse a sí mismas, o negar a quienes investigan, haber poseído los estados o procesos mentales relevantes. Piénsese en las varias teorías compatibilistas del libre albedrío que sostienen que una persona es reprochable si su conducta refleja una voluntad que posee cierta *cualidad*<sup>79</sup>. Así, Wallace (1994) y Scanlon (1988, p. 124–133) se enfocan en cómo la conducta del agente refleja su *juicio*, mientras que McKenna (2012, p. 59) menciona otra teoría que se enfoca en cómo la conducta del agente refleja «la consideración o preocupación de una persona hacia otras (o hacia sí misma)». Ambas conectan algún elemento de la agencia del perpetrador con su conducta delictiva, lo que posiblemente torna al agente en un blanco adecuado para una cierta actitud reactiva negativa, como el reproche o el resentimiento, que podemos dirigir contra ella o él una vez que descubrimos lo que hizo. Estas cualidades nocivas de la voluntad bien podrían ser predictores de la conducta delictiva, pero es difícil ver cómo habría de reunirse la prueba de dichas cualidades con independencia de la conducta misma. Incluso las personas cuya conducta refleja un mal juicio o desprecio hacia las demás podrían tratar de persuadirse a sí mismas, o de persuadir a quienes investigan, de que su conducta no refleja esas cualidades. Por ejemplo, esos agentes podrían reconstruir

---

<sup>79</sup> Para una mirada crítica sobre los diversos enfoques y propuestas de una concepción pluralista que combina varios elementos, véase Shoemaker (2013).

el evento en su memoria o testimonio como si no hubieran sido conscientes de un cierto hecho crucial, aun habiendo sido plenamente conscientes de todos los hechos relevantes en el momento de ejecutar sus acciones. Estas personas tienen mucho que ganar al suscribir y proferir tales afirmaciones, puesto que estas entran en, de acuerdo con estas teorías compatibilistas, que los agentes no son responsables de los delitos que cometieron en virtud de que su voluntad carece de la cualidad nociva que opera como condición necesaria para que su conducta sea susceptible de reproche moral. Por lo dicho, resultará inmensamente difícil reunir pruebas predictivas que se enfoquen en estados y procesos mentales a efectos de evitar sospechas de puenteo<sup>80</sup>.

Por cierto, para poder justificar la exclusión de prueba predictiva apelando al riesgo de que suscite creencias erradas de puenteo, es necesario mostrar que no hay un mejor modo de rectificar la incompreensión del puenteo (por ejemplo, a través de la educación de las personas legas acerca de la diferencia entre fatalismo y compatibilismo). Además, es necesario mostrar que el derecho penal debe adaptarse a las incompreensiones de la gente y no confrontar directamente las creencias aparentemente erradas o ignorarlas sin más (del mismo modo que seguramente debe evitar adaptarse a los sesgos racistas, sin importar cómo de comunes sean)<sup>81</sup>. Pero quizás todavía sea posible justificar la exclusión de prueba predictiva como una medida interina, hasta que la difundida confusión entre fatalismo y compatibilismo quede disipada o, al menos, significativamente erosionada<sup>82</sup>.

Algunos incompatibilistas no se han persuadido respecto del rol del puenteo en las creencias de las personas legas acerca del libre albedrío<sup>83</sup>. Aunque la confusión entre determinismo y puenteo es una explicación posible, ellos sugieren otra: las personas infieren primero que, si el determinismo es verdadero, entonces no hay libre albedrío y, luego, *a partir de la ausencia de libre albedrío*, infieren el puenteo. En otras palabras, una vez que aceptan que no hay libre albedrío (porque el universo es determinista) llegan a la conclusión de que nuestros estados y procesos mentales son ineficaces en la determinación de las conductas. De acuerdo con esta explicación, aun cuando el puenteo esté involucrado, los descubrimientos a partir de los expe-

<sup>80</sup> Sin embargo, al final, un tipo de conexión en el que dicha prueba sí puede ser reunida es aquella entre el mal carácter y la conducta delictiva. Aun así, la justificación centrada en el puenteo podría todavía ser usada para dar sustento a la exclusión de las pruebas predictivas claramente objetables, tales como la tasa de criminalidad, bien aceptando que la prueba del mal carácter debe ser admitida o formulando una objeción alternativa, específicamente dirigida a la prueba del mal carácter.

<sup>81</sup> Para un caso potente en contra de la exclusión de prueba estadística basada en la percepción pública, véase Shaviro (1989).

<sup>82</sup> En principio, quienes suscriben el compatibilismo pueden también valerse de la concepción de la culpabilidad aquí adoptada para justificar la exclusión de categorías específicas de pruebas predictivas, si su uso presupone un factor causal que sea de aquellos que privan a la conducta de libertad, de acuerdo con el criterio compatibilista respectivo (por ejemplo, remitiendo al fragmento que acompaña la nota 12, si la radiación priva de libertad a la conducta de Ricardo, incluso para los compatibilistas). Sin embargo, como expliqué antes, la aplicación de mi concepción de la culpabilidad bajo teorías compatibilistas es significativamente más limitada, véase Pundik (2021, p. 123-126).

<sup>83</sup> Por ejemplo, Björnsson y Pereboom (2014).

rimentos incompatibilistas muestran todavía que la gente cree en el libre albedrío libertario, porque el punteo no es causa de esta creencia sino producto de ella. Los incompatibilistas han intentado mostrar que su explicación es la correcta a partir de experimentos ulteriores y modelos causales estadísticos (Björnsson, 2014; Rose y Nichols, 2013).

Por consiguiente, hay quienes podrían sostener que las personas legas creen en el libre albedrío libertario pero negar que ellas creen en un libre albedrío *impredecible*. Sin embargo, quienes sostienen esta tesis, también deberían estar preocupados por la mala interpretación que las personas legas hacen de la prueba predictiva. Como se dijo antes<sup>84</sup>, los libertarios contemporáneos tienden a sostener que las acciones libres tienen probabilidades objetivas y pueden, por tanto, predecirse hasta cierto grado. Por esto, esos libertarios aceptan que hay algunos factores causales que quedan fuera del control del agente y que, sin embargo, afectan la probabilidad de que el agente adopte cierto curso de acción sin que su acción deje de ser libre. En consecuencia, necesitan distinguir entre factores causales bajo cuya influencia la acción libre todavía es posible y factores causales cuya influencia elimina la libertad de acción. Si cierta prueba predictiva implica un factor causal bajo cuya influencia la acción del agente no puede ser libre, la concepción de la culpabilidad aquí adoptada se aplicaría directamente, tal como se detalló en el apartado 2. En cambio, si el factor causal puede incidir causalmente en la conducta del agente sin privarla de libertad, todavía podría provocarse una confusión como la del punteo: al tiempo que personas entrenadas en filosofía o en ciencias podrían ser capaces de identificar al factor causal en cuestión como uno de los que, a pesar de estar fuera del control del agente, todavía permiten que la acción sea libre, pero las personas legas podrían considerarlo un factor bajo cuya incidencia la acción libre es imposible.

Aunque no estoy al tanto de experimentos que sustenten o refuten esta preocupación, dicha confusión entre las personas legas parece, como mínimo, tan probable como la confusión entre compatibilismo y fatalismo. Esto se debe a que los intentos libertarios existentes dirigidos a distinguir entre factores causales supresores de libertad y factores causales compatibles con la libertad parecen propender a la confusión. Una manera de trazar esta distinción es apelando a la fuente de la incidencia causal (por ejemplo, las previas decisiones libres del agente vs. toda otra fuente) (Kane, 1996).. Desde esta óptica, el grupo de factores causales supresores de libertad es más bien amplio y, en consecuencia, la concepción de la culpabilidad se aplicaría directamente toda vez que el uso de prueba predictiva exija a quien indaga sobre los hechos asumir la existencia de un factor causal perteneciente a este grupo. Adicionalmente, de manera análoga a cuanto ocurre con la recolección de prueba predictiva basada en estados y procesos mentales, reunir prueba predictiva basada en estos factores causales pretendidamente compatibles con la libertad parece, como mínimo, difícil. E incluso si fuera posible reunir esa prueba predictiva, las personas legas podrían

---

<sup>84</sup> Véase el fragmento que acompaña a la nota 45.

todavía interpretar erróneamente que implica otro factor causal, uno de aquellos que no deja espacio para la conducta libre.

Otra forma de trazar esta distinción es apelando a la fuerza de la influencia causal. Por ejemplo, los factores causales externos son supresores de libertad si *determinan* la conducta, pero son compatibles con la libertad si solo incrementan la *probabilidad* de que el agente lleve a cabo cierta acción, aunque dejando espacio para que se conduzca de otro modo<sup>85</sup>. Esta diferenciación alude a la distinción entre causación determinista y causación probabilista, lo que involucra además información e inferencias estadísticas, de modo que es fácil ver cómo puede producirse la confusión respecto de a qué grupo corresponde cada factor causal. Solo para tomar un ejemplo, las probabilidades *objetivas* de los factores causales compatibles con la libertad (es decir, factores que incrementan la probabilidad de la conducta sin determinarla) podrían ser fácilmente confundidas con las probabilidades *subjetivas* (es decir, factores causales que *determinan* la conducta, pero solo en un subgrupo de casos), tal como se señaló antes<sup>86</sup>. De modo que, sea como fuere que se trace la distinción entre factores causales que suprimen la libertad y factores causales compatibles con ella, es altamente probable que la confusión se produzca. En consecuencia, quienes compartan la visión de que las personas legas creen en el libre albedrío libertario pero predecible podrían de todos modos justificar la exclusión de prueba predictiva, incluso cuando el uso de esa prueba implique factores causales compatibles con la libertad de acción a pesar de estar fuera del control del agente.

En suma, quienes sostengan que poseemos libre albedrío impredecible podrían argüir que la prueba predictiva debe ser excluida porque su uso presupone que la conducta de la persona acusada no fue libre. Quienes nieguen que tengamos dicha libertad pero acepten que una porción significativa de la ciudadanía cree en el libre albedrío impredecible podrían todavía justificar la exclusión, enfatizando los beneficios de la creencia lega en el libre albedrío. Quienes compartan la visión de que el libre albedrío en que las personas legas creen es *no* libertario podrían valerse de la concepción de la culpabilidad delineada haciendo alusión al fenómeno del punteo. Estas personas podrían alegar que la prueba predictiva debe ser excluida dado el peligro de que las personas legas la malinterpreten dando por hecho que implica otro factor causal que puntea los estados y procesos mentales del agente, socavando de tal modo su culpabilidad y la efectividad del reproche moral a él o ella dirigidos. Por último, quienes compartan la visión de que las personas legas creen en un libre albedrío libertario pero predecible podrían alegar una preocupación semejante a la del punteo: que las personas legas podrían malinterpretar la prueba predictiva presuponiendo que implica un factor causal supresor de libertad, incluso en los casos en que no es así.

<sup>85</sup> Una exposición de esta visión y una potente crítica en su contra puede verse en Lockie (2018, p. 197–198).

<sup>86</sup> Véase el fragmento que acompaña a la nota 13

## 5. REPROCHE VS. INCENTIVOS PARA UNA CONDUCTA ACORDE A DERECHO

El argumento que aquí he propuesto contra el uso de prueba predictiva a efectos de sustentar condenas tiene una ventaja significativa sobre otros argumentos pragmáticos basados en los *incentivos*<sup>87</sup>. La idea de que la prueba predictiva no debiera ser usada en los tribunales en virtud de los efectos que tiene sobre los incentivos primarios de potenciales delincuentes fue explorada por Posner (1999, p. 1510), Sanchirico (2001, p. 1262), Dahlman (2020, p. 173–177) y Enoch *et al.* (2012, p. 217–218). De acuerdo con la concepción de los incentivos, condenar a una persona acusada sobre la base de prueba predictiva no contribuiría positivamente a la estructura de incentivos para una conducta acorde a derecho.

Considérese la siguiente variación del escenario del motín carcelario introducido inicialmente por Nesson (1979, p. 1192–1193): 100 personas reclusas se encuentran en un patio, una de ellas se separa del resto y se esconde, mientras las demás atacan y matan a un guardia. Supóngase que es imposible identificar al recluso que escapó, de modo que la única prueba disponible es que 99 de 100 reclusos participaron en el homicidio. Al considerar el caso contra cada una de esas 100 personas, puede decirse que hay un 99% de probabilidad de que cada una de ellas haya participado en el homicidio, aun cuando condenar a un individuo por homicidio solo en base a esta prueba parece intuitivamente objetable. La perspectiva enfocada en los incentivos sugiere que esa prueba no debería ser empleada porque una condena basada en ella no daría ningún incentivo a otras personas reclusas que en el futuro se encuentren en situaciones semejantes para abstenerse de participar en la agresión a un guardia. En virtud de que la participación en el motín es suficiente para la condena, el perpetrador potencial sabría que será condenado por participar en el homicidio, decida participar en el motín o no. En contraste, una condena basada en rastros probatorios (*trace evidence*) (como la declaración de un testigo que afirma haber visto a la persona acusada participar en el homicidio) efectivamente suministra a los potenciales perpetradores que en el futuro se encuentren en un motín un incentivo para abstenerse de atacar a un guardia. Esto es así porque la abstención reduciría significativamente la probabilidad de que esa prueba se produzca, sea hallada y usada contra esas personas. Es cierto, podría no disponerse de rastros probatorios tales incluso si el individuo decide, en efecto, atacar al guardia (falso negativo). De la misma manera, un potencial perpetrador que haya elegido abstenerse de atacar al guardia podría ser equivocadamente identificado por un testigo como uno de los homicidas (falso positivo). Pero, en todo caso, el punto importante es que resulta significativamente más probable que el rastro probatorio se genere, sea hallado y empleado contra el perpetrador potencial si él elige *sí* atacar al guardia. La perspectiva enfocada en los incentivos concluye que,

---

<sup>87</sup> Esta discusión se basa en Dahlman y Pundik (2021).

por todo ello, los incentivos para una conducta acorde a derecho que las condenas han de reforzar quedarían socavados si los perpetradores pudieran ser condenados en base a prueba predictiva como la empleada en el escenario del motín<sup>88</sup>. Una limitación importante de la perspectiva enfocada en los incentivos es que solo proporciona una explicación de por qué la prueba predictiva es insuficiente para condenar. No ofrece un argumento de por qué debería ser inadmisibile. Imagínese una variación adicional del escenario del motín en la que, además de la prueba predictiva, se dispone de otros tipos de prueba (declaraciones de testigos y huellas digitales, por ejemplo). En la medida en que una condena contribuiría positivamente a la estructura de incentivos para una conducta acorde a derecho, no hay «argumento del incentivo» que torne inadmisibile la prueba predictiva. La razón de por qué la perspectiva de los incentivos no puede justificar la exclusión de prueba predictiva reside en el modo en que la gente responde a un aumento del riesgo que depende tanto de factores que puede controlar como de factores que están fuera de su control. Piénsese en el siguiente ejemplo: cuando un médico dice a una persona que tiene mayor probabilidad de contraer cáncer de piel porque posee piel clara (un factor fuera del control de esa persona), la mayoría consideraría el mayor riesgo como incentivo para *reducir* ese riesgo adoptando más medidas precautorias, tales como usar cremas (un factor controlable). De manera semejante, un juzgamiento en el escenario del motín basado en una combinación de prueba predictiva y rastros probatorios proporciona un incentivo a potenciales perpetradores en futuros motines para no participar en el homicidio de guardias. En la medida en que esas personas están participando en el motín, no está bajo su control deshacerse de la prueba predictiva; pero, pudiendo abstenerse de participar en el homicidio del guardia, *sí* está bajo su control evitar generar cualquier rastro probatorio. De manera similar, en la medida en que el caso de la acusación incluya rastros probatorios, la perspectiva enfocada en los incentivos carece de herramientas para explicar por qué la alta tasa de criminalidad que involucra armas de fuego ilegales en un cierto vecindario no debería ser usada a efectos de reforzar la hipótesis acusatoria y fundamentar la condena de un cierto vecino en un delito que involucra un arma de fuego ilegal. En contraste, el argumento que propuse se enfoca en cómo la ciudadanía, y no tanto potenciales perpetradores, podría responder ante condenas alcanzadas usando pruebas predictivas. Lo que es más importante, como se detalló con anterioridad, ello explica por qué pruebas predictivas como las tasas de criminalidad no debieran ser usadas para condenar, incluso si se dispone de otros rastros probatorios.

---

<sup>88</sup> Este no es más que un ejemplo simple, pero existen casos en que la estructura de incentivos es más compleja, de modo que la aproximación a la prueba predictiva a partir de la concepción de los incentivos se torna más complicada. Para un análisis de esas situaciones, véanse Enoch *et al.*, (2012, p. 28–29) y Dahlman (2020, p. 174–176).

## 6. CONCLUSIÓN

Es usual entre juristas creer que apelar a la cuestión del libre albedrío a efectos de discutir sobre reglas jurídicas es inútil, puesto que ello enreda la discusión con un asunto que sigue siendo altamente controvertido a pesar de haber sido debatido durante siglos. Mi punto de vista es otro: a despecho de que cuestiones filosóficas como las relativas a la justicia, los derechos o la causación (solo por poner algunos ejemplos) no han sido resueltas a pesar de haber sido debatidas durante siglos, la sociedad no puede articular sus leyes sin abordar estas preguntas o, al menos, sin reconocer cuáles son las respuestas que el derecho existente implica frente a esas preguntas. No obstante, algunas personas consideran que cualquier discusión filosófica sobre el libre albedrío es vana, puesto que es un asunto que involucra convicciones profundas; tal vez una pura cuestión de fe. De hecho, tengo la sospecha de que pocas personas con una opinión fundada sobre la existencia del libre albedrío o sobre su naturaleza hayan cambiado su parecer de manera radical luego de haber leído algún artículo académico opuesto a su visión. En consecuencia, en este trabajo he adoptado un enfoque diferente, tanto respecto al asunto del libre albedrío como al problema de la prueba predictiva. He delineado una teoría del libre albedrío de acuerdo con la cual una acción puede ser libre solo si resulta impredecible, esto es: si carece de probabilidades tanto subjetivas como objetivas. Luego, en lugar de continuar argumentando que poseemos ese tipo de libre albedrío (y que el derecho penal debe por tanto ser diseñado de acuerdo con ello), he argumentado que el derecho penal debe tratar a las personas como si tuvieran libre albedrío impredecible, *sin importar si en efecto lo tienen*.

## BIBLIOGRAFÍA

- Adler, M. D. (2005). Against «Individual Risk»: A Sympathetic Critique of Risk Assessment. *University of Pennsylvania Law Review*, 153, 1121-1250, 1247.
- Alexander, L., Ferzan, K. K. y Morse, S. (2009). *Crime and Culpability: A Theory of Criminal Law*. Cambridge University Press.
- Arntzenius, F. (1992). The Common Cause Principle. *PSA. Proceedings of the Biennial Meeting of the Philosophy of Science Association*, 2, 227-237.
- Arpaly, N. (2006). *Merit, Meaning, and Human Bondage: An Essay on Free Will*. Princeton University Press.
- Bergson, H. (1910). *Time and Free Will: An Essay on the Immediate Data of Consciousness* (trad. Frank Lubecki Pogson). Kessinger Publishing Company.
- Bernáth, L. y Tözsér, J. (2020). Rolling Back the Rollback Argument. *Teorema*, 39(2), 43-62.
- Björnsson, G. (2014). Incompatibilism and «Bypassed» Agency. En A. R. Mele (Ed.), *Surrounding Free Will*. Oxford University Press.
- Björnsson, G. y Pereboom, D. (2014). Free Will Skepticism and Bypassing. En W. Sinnott-Armstrong (Ed.), *Moral Psychology: Vol. 4*. MIT Press.
- Brook, J. (1984). The Use of Statistical Evidence of Identification in Civil Litigation: Well-Worn Hypotheticals, Real Cases, and Controversy. *St Louis University Law Journal*, 29, 293-352.

- Buchak, L. (2013). Free Acts and Chance: Why the Rollback Argument Fails. *Philosophical Quarterly*, 63, 20-28.
- Clarke, R. (2003). *Libertarian Accounts of Free Will*. Oxford University Press.
- Clarke, R. (2004). Reflections on an Argument from Luck. *Philosophical Topics*, 32, 47-64.
- Cohen, L. J. (1977). *The Probable and the Provable*. Clarendon: Oxford University Press.
- Cowley, M. y Colyer, J. (2010). Asymmetries in Prior Conviction Reasoning: Truth Suppression Effects in Child Protection Contexts. *Psychology, Crime & Law*, 16, 211-231.
- Dahlman, C. (2020). Naked Statistical Evidence and Incentives for Lawful Conduct. *International Journal of Evidence and Proof*, 24, 162-179.
- Dahlman, C. y Pundik, A. (2021). The Problem of Naked Statistical Evidence. En C. Dahlman, A. Stein y G. Tuzet (Eds.), *Philosophical Foundations of Evidence Law*. Oxford University Press.
- Dauer, E. A. (2006). Strong Reciprocity and Accountability: Behavioural Analysis of Patients Legal Responses to Medical Injury. *International Journal of Law in Context*, 22, 257-276.
- Davidson, D. (1963). Actions, Reasons, and Causes. *Journal of Philosophy*, 60, 685-700.
- DeWees, D., Duff, D. y Trebilcock, M. (1996). *Exploring the Domain of Accident Law: Taking the Facts Seriously*. Oxford University Press.
- Enoch, D., Spectre, L. y Fisher, T. (2012). Statistical Evidence, Sensitivity and the Legal Value of Knowledge. *Philosophy and Public Affairs*, 40, 197-224.
- Fischer, J. y Ravizza, M. (1998). *Responsibility and Control: A Theory of Moral Responsibility*. Cambridge University Press.
- Fraassen, B. (1980). *The Scientific Image*. Oxford University Press.
- Feltz, A. y Cova, F. (2014). Moral Responsibility and Free Will: A MetaAnalysis. *Consciousness and Cognition*, 30, 234-246.
- Genschow, O., Rigoni, D. y Brass, M. (2017). Belief in Free Will and Correspondence Bias. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 114.
- Ginet, C. (1989). Reasons Explanation of Action: An Incompatibilist Account. *Philosophical Perspectives*, 3, 17-46.
- Hall, J. (1960). *General Principles of Criminal Law* (2ª ed.). Bobbs-Merrill.
- Hart, H. L. A. (2008). *Punishment and Responsibility* (2ª ed.). Oxford University Press.
- Hart, H. L. A. y Honoré, T. (1985). *Causation in the Law* (2ª ed.). Clarendon Press.
- Husak, D. N. (1989). Motive and Criminal Liability. *Criminal Justice Ethics*, 8.
- Jakobs, G. (1992). *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. De Gruyter.
- Kahneman, D. y Tversky, A. (1980). Causal Schemas in Judgment under Uncertainty. En M. Fishbein (Ed.), *Progress in Social Psychology*. Erlbaum.
- Kane, R. (1996). *The Significance of Free Will*. Oxford University Press.
- Kane, R. (1999). Responsibility, Luck, and Chance: Reflections on Free Will and Indeterminism. *Journal of Philosophy*, 96, 217-240.
- Knobe, J. y Nichols, S. (2017) Experimental Philosophy. En Zalta (Ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Consultado el 27/9/2023. <https://plato.stanford.edu/archives/win2017/entries/experimental-philosophy/>
- Koehler, J. J. (2002). When Do Courts Think Base Rate Statistics Are Relevant? *Jurimetrics Journal*, 42, 373-402.
- Laurene, K. R., Rakos, R. F., Tisak, M. S., Robichaud, A. L. y Horvath, M. (2011). Perception of Free Will: The Perspective of Incarcerated Adolescent and Adult Offenders. *Review of Philosophy and Psychology*, 2, 723-740.
- Leonard, D. P. (2001). Character and Motive in Evidence Law. *Loyola of Los Angeles Law Review*, 34, 439-536.
- Levy, N. (2011). *Hard Luck*. Oxford University Press.
- Lewis, R., McNabb, R., Robinson, H. y Wass, V. (2002). Court Awards of Damages for Loss of Future Earnings: An Empirical Study and an Alternative Method of Calculation. *Journal of Law and Society*, 29.

- Lipton, P. (1990). Contrastive Explanation. En D. Knowles (Ed.), *Explanation and its Limits*. Royal Institute of Philosophy.
- Lockie, R. (2018). *Free Will and Epistemology: A Defence of the Transcendental Argument for Freedom*. Bloomsbury.
- Loewer, B. (1996). Freedom from Physics: Quantum Mechanics and Free Will. *Philosophical Topics*, 24, 91-112.
- Lombard, L. B. (1990). Causes, Enablers and the Counterfactual Analysis. *Philosophical Studies*, 59, 195-211.
- McCandless, J. (1997). Prior Bad Acts and Two Bad Rules: The Fundamental Unfairness of Federal Rules of Evidence 413 and 414. *William & Mary Bill of Rights Journal*, 5, 689-715.
- McKenna, M. (2012). *Conversation and Responsibility*. Oxford University Press.
- Moore, M. (1985). Causation and the Excuses. *California Law Review*, 73, 1091-1149.
- Murray, D. y Nahmias, E. (2014). Explaining Away Incompatibilist Intuitions. *Philosophy and Phenomenological Research*, 88, 434-467.
- Nahmias, E., Morris, S. G., Nadelhoffer, T. y Turner, J. (2006). Is Incompatibilism Intuitive? *Philosophy and Phenomenological Research*, 73, 28-53.
- Nahmias, E., Shepard, J. y Reuter, S. (2014). Its OK if «My Brain Made Me Do It»: People's Intuitions about Free Will and Neuroscientific Prediction. *Cognition*, 133, 502-516.
- Nesson, C. (1979). Reasonable Doubt and Permissive Inference: The Value of Complexity. *Harvard Law Review*, 92, 1187-1225.
- Nichols, S. y Knobe, J. (2007). Moral Responsibility and Determinism: The Cognitive Science of Folk Intuitions. *Noûs*, 41, 663-635.
- O'Connor, T. (2000). *Persons and Causes: The Metaphysics of Free Will*. Oxford University Press.
- O'Connor, T. (2009). Agent-Causal Power. En T. Handfield (Ed.), *Dispositions and Causes*. Oxford University Press.
- O'Connor, T. (2016). Probability and Freedom: A Reply to Vicens. *Res Philosophica*, 93, 289-294.
- Perry, S. (1995). Risk, Harm, and Responsibility. En D. G. Owen (Ed.), *Philosophical Foundations of Tort Law*. Oxford University Press.
- Perry, R. (2006). The Role of Retributive Justice in the Common Law of Torts: A Descriptive Theory. *Tennessee Law Review*, 73, 177-236.
- Picinali, F. (2016). Generalisations, Causal Relationships and Moral Responsibility. *International Journal of Evidence and Proof*, 20, 121-147.
- Posner, R. (1999). An Economic Approach to the Law of Evidence. *Stanford Law Review*, 51, 1477-1546.
- Pundik, A. (2006). Epistemology and the Law of Evidence: Four Doubts about Alex Steins Foundations of Evidence Law. *Civil Justice Quarterly*, 25, 504-528.
- Pundik, A. (2007). Can One Deny Both Causation by Omission and Causal Pluralism? The Case of Legal Causation. En F. Russo y J. Williamson (Ed.), *Causality and Probability in the Sciences*. College Publications.
- Pundik, A. (2008a). Statistical Evidence and Individual Litigants: A Reconsideration of Wassermans Argument from Autonomy. *International Journal of Evidence and Proof*, 12, 303-324.
- Pundik, A. (2008b). What is Wrong with Statistical Evidence? The Attempts to Establish an Epistemic Deficiency. *Civil Justice Quarterly*, 27, 461-493.
- Pundik, A. (2011). The Epistemology of Statistical Evidence. *International Journal of Evidence and Proof*, 15, 117-143.
- Pundik, A. (2017). Freedom and Generalisation. *Oxford Journal of Legal Studies*, 37, 189-216.
- Pundik, A. (2020). Predictive Evidence and Unpredictable Freedom. *Oxford Journal of Legal Studies*, 40, 238-264.
- Pundik, A. (2021). Rethinking the Use of Statistical Evidence to Prove Causation in Criminal Cases: A Tale of (Im)Probability and Free Will. *Law & Philosophy*, 40, 97-128.

- Pundik, A. (2022). Should Murder Be More Difficult to Prove than Theft? Beccaria and Differential Standards of Proof. En A. du Bois-Pedain y S. Eldar (Ed.), *Re-reading Beccaria: On the Contemporary Significance of a Penal Classic*. Bloomsbury.
- Redmayne, M. (2003). Myths, Relationships and Coincidences: The New Problems of Sexual History. *International Journal of Evidence and Proof*, 7, 75-101.
- Redmayne, M. (2008). Exploring the Proof Paradoxes. *Legal Theory*, 14, 281-309.
- Redmayne, M. (2015). *Character in the Criminal Trial*. Oxford University Press.
- Reichenbach, H. (1991). *The Direction of Time* (2ª ed.). University of California Press.
- Roberts, P. y Zuckerman, A. A. S. (2010). *Criminal Evidence* (2ª ed., 586). Oxford University Press.
- Rose, D. y Nichols, S. (2013). The Lesson of Bypassing. *Review of Philosophy and Psychology*, 4, 599-619.
- Roxin, C. (1992). *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band 1: Grundlagen Aufbau der Verbrechenlehre*. C. H. Beck 799.
- Russell, P. (2013). Compatibilist-Fatalism. En P. Russell y O. Deery (Eds.), *The Philosophy of Free Will: Essential Readings from the Contemporary Debates*. Oxford University Press.
- Sachs, T. (1950). Criminal Law: Humanitarian Motive as a Defense to Homicide—State v. Sander (N.H. 1950). *Michigan Law Review*, 48, 1199-1201.
- Sanchirico, C. (2001). Character Evidence and the Object of Trial. *Columbia Law Review*, 101(6), 1227-1311.
- Sancinetti, M. (1991). *Casos de Derecho penal*. Hammurabi.
- Sarkissian, H., Chatterjee, A., de Brigard, F., Knobe, J., Nichols, S. y Sirker, S. (2010). Is Belief in Free Will a Cultural Universal? *Mind & Language*, 25, 346-358.
- Scanlon, T. M. (1988). The Significance of Choice. En S. McMurrin (Ed.), *The Tanner Lectures on Human Values: Vol. 8*. University of Utah Press.
- Schoeman, F. (1987). Statistical vs. Direct Evidence. *Noûs*, 21, 179-198.
- Schwartz, G. T. (1997). Mixed Theories of Tort Law: Affirming Both Deterrence and Corrective Justice. *Texas Law Review*, 75, 1801-1834.
- Segev, R. (2020). Moral Innocence and the Criminal Law: Non-Mala Actions and Non-Culpable Agents. *Cambridge Law Journal*, 79, 549-577.
- Segev, R. (2023). Actions, Agents, and Consequences. *Criminal Justice Ethics*, 42, 99-132.
- Sela, G. (2017). *Torts as Self-Defense* [Tesis Doctoral]. Universidad de Oxford.
- Shaviro, D. (1989). Statistical-Probability Evidence and the Appearance of Justice. *Harvard Law Review*, 103, 530-554.
- Sheft, M. (1995). Federal Rule of Evidence 413: A Dangerous New Frontier. *American Criminal Law Review*, 33, 57-87.
- Shoemaker, D. (2013). Qualities of Will. *Social Philosophy and Policy*, 30, 95-120.
- Smilansky, S. (2000). *Free Will and Illusion*. Oxford University Press.
- Thayer, J. B. (1898). *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*. Little, Brown & Co.
- Thomson, J. J. (1986). Liability and Individualized Evidence. *Law & Contemporary Problems*, 49, 199-219.
- Twining, W. (1985). *Theories of Evidence: Bentham & Wigmore*. Weidenfeld and Nicolson.
- Uviller, R. (1982). Evidence of Character to Prove Conduct: Illusion, Illogic, and Injustice in the Courtroom. *Penn Law Review*, 130, 845-891.
- van Inwagen, P. (2000). Free Will Remains a Mystery. *Philosophical Perspectives*, 14, 1-19.
- Vicens, L. (2016). Objective Probabilities of Free Choice. *Res Philosophica*, 93, 125-135.
- Vigen, T. (s. f.). *Spurious Correlations*. Tylervigen.com. <https://tylervigen.com/spurious-correlations>
- Vohs, K. D. y Schooler, J. W. (2008). The Value of Believing in Free Will: Encouraging a Belief in Determinism Increases Cheating. *Psychological Science*, 19, 49-55.
- Wallace, R. J. (1994). *Freedom and the Moral Sentiments*. Harvard University Press.
- Wisniewski, D., Deutschländer, R. y Haynes J. D. (2019). Free Will Beliefs Are Better Predicted by Dualism than Determinism Beliefs across Different Cultures, *PLOS ONE*, 14(9).

Zhao, X., Liu, L., Zhang, X., Shi J. y Huang Z. (2014). The Effect of Belief in Free Will on Prejudice. *PLOS ONE*, 9(3).

### Lista de referencias bibliográficas de legislación y jurisprudencia

- Alabama v. United States*, 371 U.S. 37 (1962)  
*Blue Cross Blue Shield of N.J. v. Philip Morris*, 113 F. Supp. 2d 345 (E.D.N.Y. 2000)  
*Cimino v. Raymark Industries, Inc.* 151 F.3d 297 (5th Cir. 1998)  
Criminal Justice Act 2003, c. 44. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/44/contents>  
Federal Rules of Evidence (Estados Unidos). <https://www.uscourts.gov/file/64248/download>  
*Hilao v. Estate of Marcos*, 103 F.3d 767 (9th Cir. 1996)  
*In re Fibreboard Corp.*, 893 F.2d 706 (5th Cir. 1990)  
*Laughton v. Shalaby* (2014) EWCA Civ 1450  
*Mansfield v. Weetabix* (1998) 1 WLR 1263  
*Migdal Insurance Company Ltd. v. Abu-Hana*, CA 10064/02, Corte Suprema de Israel, 2005  
*Nettleship v. Weston* (1971) 2 QB 691  
*O'Brien v. Chief Constable of South Wales Police* (2005) UKHL 26  
*R v. Phillips* (2003) EWCA Crim 1379  
*Snelling v. Whitehead* (1998) RTR 385, 386 (Lord Wilberforce)  
*State of Israel v. Broyer*, CrimA 9849/05, 66 PD 726, 2006  
*United States v. Columbia Pictures Corporation*, 25 FRD 497 (S.D.N.Y. 1960)  
*Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*, 564 U.S. 338 (2011)



## ***AN ACCOUNT OF EVENTS, BY DEFINITION, INVOLVES AN UNDERSTANDING OF THE ACTORS<sup>1</sup>: A PROVA NA ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL***

Paula Costa e Silva

Professora Catedrática da Faculdade de Direito

Universidade de Lisboa

*paulacostaesilva@fd.ulisboa.pt*

**RESUMO:** O que pode justificar a publicação de um texto sobre a prova na arbitragem comercial internacional? O que haverá de peculiar nesta instância de realização do Direito que explique a autonomização da matéria da prova tal quando realizada em arbitragem comercial internacional? Não será a teoria geral da prova aplicável à demonstração da realidade num certo tipo de processos —os processos arbitrais— sempre que estes respeitem a litígios comerciais e plurilocalizados?

Estas as questões centrais, em torno das quais gravitará o texto. Acentuaremos aquele que julgamos ser o factor determinante no desenvolvimento de uma *praxis* que, não provocando uma ruptura entre a teoria geral da prova, desenvolvida para os processos civis julgados em tribunais estaduais, e os vectores centrais da prova, tal como conhecidos na arbitragem comercial internacional: o contexto do exercício da jurisdição.

**PALAVRAS-CHAVE:** prova, arbitragem comercial internacional, teoria geral da prova, *praxis* internacional, *soft law*, autonomia privada.

---

<sup>1</sup> Título tomado de empréstimo a Aron (1958).

**AN ACCOUNT OF EVENTS, BY DEFINITION, INVOLVES AN  
UNDERSTANDING OF THE ACTORS<sup>2</sup>:  
EVIDENCE IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION**

**ABSTRACT:** What could justify the paper on evidence in international commercial arbitration? What is so peculiar about this instance of the realisation of the law that it explains the autonomy of the subject of evidence when it takes place in international commercial arbitration? Isn't the general theory of evidence applicable to the demonstration of reality in a certain type of proceedings—arbitral proceedings—whenever they concern commercial and plurilocalised disputes?

These are the central questions around which the text will gravitate. We will emphasise what we believe to be the determining factor in the development of a praxis that does not cause a break between the general theory of evidence developed for civil cases tried in state courts and the central vectors of evidence as known in international commercial arbitration: the context of the exercise of jurisdiction.

**KEYWORDS:** evidence, international commercial arbitration, general theory of evidence, international praxis, soft law, private autonomy.

*«De la justificación de las creencias a que las creencias justifiquen  
parece haber un pequeño cambio, pero, en realidad, hay un abismo.»*  
Jordi Ferrer Beltrán (2011, p. 186)

1.

A primeira pergunta que provavelmente ocorre a quem lê o título do presente texto será a seguinte: qual pode ser a relevância do *locus* —a arbitragem— onde a prova é feita para aquilo que a *prova* é? Que considerações específicas podem ser feitas numa área científica tão densa e profundamente trabalhada pela teoria geral do processo como é a da prova pela razão de se mudar a instância onde a prova é produzida e valorada? Haverá alguma repercussão do tipo de decisor —árbitro vs. Juiz— sobre a prova? Os factores institucionais —integração do decisor num corpo hierarquizado de tribunais vs. decisor que compõe um tribunal não integrado numa estrutura ou ordem— determinarão adaptações na teoria geral da prova? A teoria geral da prova, construída tendo por referência a justiça estadual, não se aplicará na arbitragem? Deverá construir-se uma teoria geral da prova em processo arbitral?

Em estudo publicado sobre a prova ilícita (Silva e Reis, 2019), pudemos concluir que quando se pergunta se uma prova é inadmissível, não podendo ser produzida

---

<sup>2</sup> Título tomado de empréstimo a Aron (1958).

ou valorada, a resposta não é influenciada pela natureza da jurisdição. O que muda —e será este o enfoque que exploraremos neste texto— é o contexto em que tipicamente decorrem a produção e a valoração da prova. E, como veremos, este contexto impõe ao árbitro que analise uma premissa que, também tipicamente, o juiz se pode legitimamente considerar dispensado de analisar. Enunciemo-lo sob a forma de pergunta: que lei se aplicará à prova em processo arbitral? Se o juiz, uma vez mais em contexto típico, considera que a lei reguladora tanto dos aspectos processuais, quanto os aspectos materiais, será a sua, a *lex fori*, não pode o árbitro dar esta premissa por adquirida: o contexto em que exerce jurisdição é tipicamente plurilocalizado. Tudo se vai jogar na autonomia privada ou no que for determinado na PO1<sup>3</sup>, repositório das regras aplicáveis ao processo por acordo das partes ou por determinação do tribunal<sup>4</sup>. Por outro lado, o árbitro enfrenta uma segunda dificuldade. Nas palavras de Johannes Landbrecht (2021, p. 39-40), «[a]s to “arbitration”, we will observe different layers. At a global level, arbitration exists as a phenomenon with a certain intellectual autonomy, but it is not coherent enough to operate as an autonomous legal order». Ainda que se pudesse aceitar a completude da ordem jurídica<sup>5</sup>, muito dificilmente se po-

<sup>3</sup> O conceito de *procedural order*, porque não consegue recortar com nitidez, e face ao conceito de *award*, os casos que cobre, vem a ser de difícil aplicação. O problema não é meramente conceptual: com efeito, se a PO pode dispensar a fundamentação, o princípio é o de que um *award* tem de ser fundamentado. Mais relevante, porém, é a determinação da natureza do acto praticado pelo tribunal para se saber se ele é ou não susceptível de ser impugnado e executado. Para uma aproximação às dificuldades de delimitação destes conceitos entre eles, com várias referências, Gupta e Kunstyr (2022).

Independentemente destas dificuldades, que não podem ser atalhadas porque o tribunal qualifica o acto para, assim, tentar que lhe seja aplicável um ou outro regime, certo é que um dos actos processuais mais relevantes é a PO1, na qual se vão determinar as regras e, desejavelmente, os princípios que vão reger o processo arbitral.

Veja-se um modelo de PO1, proposto pelo próprio Banco Mundial, que poderá ser seguido em arbitragens de investimento em ICSID (2016).

Em UNCITRAL (2016) podem encontrar-se as *Notes on Organizing Arbitral Proceedings*.

Em ICCA (2015), pode encontrar-se uma *checklist* de itens que devem constar da PO1 de acordo com os parâmetros da ICCA.

<sup>4</sup> *Cf.* Silva (no prelo)

<sup>5</sup> Seria impossível entrar neste debate nesta circunstância. Não por ser a questão subjacente irrelevante —o problema da completude e da autonomia da ordem arbitral coloca-se ainda com maior acuidade e consequência do que o da completude da ordem jurídica radicada em fontes de matriz institucional porquanto da resposta que se lhe puder dar resulta, não apenas a afirmação do fecho da ordem arbitral, como, e também por causa desse fecho, o desprendimento da arbitragem-procedimento de determinação do que deve ser em face do que é, de qualquer ordem jurídica de matriz estadual— mas por que este texto, ainda que entronque neste problema, o terá por referente subliminar: subjacente ao problema que trabalharemos pode dizer-se estar a *incompletude e a ausência de autonomia de um sistema, dotado de normatividade institucional forte, aplicável à produção e valoração da prova*.

Para o debate relativo à autonomia de uma ordem arbitral transnacional, Mayer (2001) e Paulsson (2008). Tomámos posição neste debate em Silva (2022c).

<sup>Para</sup> o problema da completude da ordem jurídica, entre muitos outros pares possíveis, o que foi travado entre Alchourrón e Buligyn (1971), em especial, VII. *The problem of closure* e IX. *Completeness as a Rational Ideal*, onde se podem encontrar as premissas da construção deste par, e Atría (2019). Depois, Bulygin (2019).

deria conceber a existência de uma ordem autónoma, dotada de juridicidade<sup>6</sup>, exauriente e disciplinadora da arbitragem internacional<sup>7</sup>. Emergindo como uma ordem não a-nacional, mas transnacional (Lalive, 1987, p. 258 et passim; Michaels, 2008, p. 447)<sup>8</sup>, a arbitragem internacional, cuja legitimidade radicaria no conjunto das regras jurídicas de matriz estadual reguladoras deste instituto, libertaria os árbitros, órgãos decisores de uma ordem jurídica própria (Gaillard, 2008), de regras injuntivas externas ao seu sistema, transformando-os em *default law-maker for traders* (Stone Sweet, 2006, p. 641). A visão é sedutora como foi a de *Volksgeist*, erguido em razão legitimadora de um Direito avessa à autoridade do legislador, à época, revolucionário e jacobino. Mas a sua concretização enfrenta, não apenas obstáculos pragmáticos, como teóricos<sup>9</sup>. Ocorre, porém, estar ela subliminarmente presente na arbitragem internacional, criando mais uma possível instância de legitimação para as escolhas que os árbitros terão de realizar ao longo de um procedimento.

## 2.

Antes de voltarmos a este ponto, aquele que queremos desenvolver, contextualizemos o presente estudo. Isto nos permitirá prestar homenagem a Jordi Ferrer Beltrán, a quem vai dedicado. Nos dias 5 e 6 de Dezembro de 2022, aconteceu em Porto Alegre, no Brasil, o II Congresso Internacional de Direito Probatório. Como se podia observar no seu Mestre, o Professor Michele Taruffo, o Professor Jordi Ferrer Beltrán assistiu, desde o primeiro ao último minuto, a todos os trabalhos: tudo interessou a um dos mais poderosos investigadores e pensadores da actualidade, nada do que fora pensado e ali era dito por outros podia ser desconsiderado. *Exemplo exemplar do adágio* de que se «aprende [...] com aqueles que aprendem connosco» (Gadamer, 2009, p. 133).

A ideia da publicação de um número da *Quaestio Facti* consagrado à prova na arbitragem surgiu no final do painel dedicado ao tema «Prova na arbitragem. O que pode o processo civil aprender com a arbitragem? O que pode a arbitragem aprender com o processo civil?».

<sup>6</sup> Neste contexto, ainda que directamente a propósito da *lex mercatoria*, Ralf Michaels (2008, p. 449) escreverá: «*The main issue is not the existence of a lex mercatoria, in the past or in the present. It is the theoretical possibility of a law merchant, and whether it can be considered to be law*».

<sup>7</sup> Em 1963, Goldman (1963, p. 479) escrevia a propósito da criação de um sistema de regras autónomas reguladoras da arbitragem internacional, que dispensaria o recurso a regras de conflitos de matriz estadual: «*On peut également objecter que de toute manière ce droit commun des nations ne saurait être complet; ainsi, on ne voit pas comment la capacité de contracter pourrait être uniformément réglée, ou la durée de la prescription, ou selon un exemple que nous évoquions plus haut, l'étendue de la garantie des vices cachés dans un contrat de vente*».

<sup>8</sup> Sendo a expressão transnacional equivalente à ideia de «*truly international*», «*really international*» (Lalive, 1987)

<sup>9</sup> Por último, e de forma muito compreensiva, veja-se a crítica à possível identificação de uma ordem jurídica transnacional, que poria, com as suas regras próprias, limites inderrogáveis à tomada de decisões por árbitros, (Kleinheisterkamp, 2023).

A singularidade das práticas que foram sendo desenvolvidas para uma eficiente produção da prova nos processos arbitrais capta a atenção do Mestre. Reforço do *exemplo exemplar*.

Lançado o desafio, tentaremos corresponder. Impondo-se, no entanto, uma prevenção ao leitor quanto ao que podemos prestar.

3.

Podemos escrever o nosso primeiro texto em matéria de arbitragem em 1988: Anulação e recursos da decisão arbitral (Silva, 1992). Desde lá até hoje, fomos tentando acompanhar os estudos que iam sendo publicados nesta área científica. Fizemo-lo *pari passu* com o estudo da teoria geral do processo, dos mercados e instrumentos financeiros e do direito das obrigações. É impressionante o que ocorre no domínio da arbitragem! Naquele recuado tempo, 1988, se bem que já fossem muitas as publicações periódicas relevantes, ainda era possível, em períodos de maior aperto de trabalho, folhear-lhes pelo menos os índices. Ia sendo viável conhecer as decisões proferidas pela Cour d'Appel, de Paris, e pela Cassation, identificar os grandes desafios teórico-práticos que a solução de casos através de um meio quase ausente de regras trazia consigo.

Actualmente, e ainda que nada mais se fizesse, seria provavelmente impossível saber quanto se passa. A globalização das relações económicas, indutora da escolha pelas partes de instâncias de decisão desconectadas das esferas de influência (ainda que meramente imaginadas) de qualquer uma delas, a perda de confiança, nunca enunciada mas sempre sugerida, na neutralidade dos decisores estaduais sempre que o Estado, cujas ordens jurisdicionais integram, seja parte num conflito, a expansão da arbitragem tanto naquele que seria o seu núcleo duro, a arbitragem comercial, como por novos domínios, o conseqüente crescimento das estruturas que albergam as arbitragens institucionalizadas, do número de intervenientes processuais, seja como decisores/árbitros, seja como advogados, a integração da arbitragem na grade curricular de cada vez maior número de instituições de ensino superior, a sua divulgação em cursos de pós-graduação, cursos de extensão, cursos de formação de árbitros e, mais recentemente, de secretários de tribunais arbitrais, tudo isto concorreu para um crescimento impressionantemente rápido da quantidade de conhecimento que, a cada dia, se produz e que, atendendo à sua tendencial universalidade<sup>10</sup>, interessa a

---

<sup>10</sup> Adiante e já no domínio da prova, apontaremos algumas especificidades do contexto em que tipicamente ocorrem os processos arbitrais. Por ora, com a expressão *relativa universalidade* queremos notar que a arbitragem, para ser verdadeiramente competitiva, tem de viver num contexto de regras, mesmo que mínimas, suficientemente comuns e insensíveis aos lugares em que ocorre para que seja atractiva. A singularidade dos sistemas processuais de base estadual, talvez explicáveis com a evolução secular não desligada da própria evolução e concepção das diferentes estruturas que exercem a jurisdição, tem um efeito dissuasor dos *extraneus*. Estes sentem-se em desvantagem por não conhecerem os sistemas

qualquer estudioso ou aplicador onde quer que se encontre. E, para além dos estudos que vão sendo diariamente publicados, não pode, igualmente, o aplicador ignorar as decisões que são proferidas por um conjunto muito alargado de tribunais que, com a sua jurisprudência, vão influenciando as práticas seguidas e as regras que, em momento posterior à sua prolação, são absorvidas nas diversas leis internas<sup>11</sup>.

4.

Se este é o panorama geral quando actualmente se enfrentam temas relacionados à arbitragem, mesmo que se deva discorrer numa zona de corte percebe-se de supetão a dificuldade da tarefa. Centrando-nos no domínio da presente publicação —a prova em processo arbitral— tem de se antecipar, logo, a impossibilidade de conhecer todos os dados que poderão ser efectivamente relevantes quando se pensam os problemas que a demonstração da realidade, sendo esta pensada como integrando tanto os factos, como o Direito que é<sup>12</sup>, suscita em processo arbitral. A literatura sobre prova na arbitragem é absolutamente inabarcável e cresce a um ritmo impressionante. Dan-

---

internos como os *intraneus*. Neste contexto, basta recordar que há, neste momento, um número muito significativo de leis nacionais de arbitragem que têm como parâmetro a Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (2011), aprovada pela Assembleia Geral, na 112.<sup>a</sup> Reunião plenária, ocorrida em 11 de Dezembro de 1985. Lê-se nesta resolução que «[c]onvencida de que a implementação de uma lei modelo sobre arbitragem aceite por Estados com sistemas jurídicos, sociais e económicos diferentes contribui para um desenvolvimento harmonioso das relações económicas internacionais» (p. 7) e de que «a Lei Modelo, juntamente com a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras [...] e as Regras de Arbitragem da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional [...] recomendada pela Assembleia Geral, na sua resolução 31/98, de 15 de Dezembro de 1976, contribui significativamente para a implementação de um enquadramento jurídico uniforme com vista a uma resolução justa e eficiente de litígios emergentes de relações comerciais internacionais» (p. 7), a Assembleia Geral «[p]ede ao Secretário-Geral que transmita, aos Estados e aos centros de arbitragem e a outros órgãos interessados, tal como as câmaras de comércio, o texto da Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, juntamente com os trabalhos preparatórios da 18.<sup>a</sup> sessão desta Comissão» (p. 7) e «[r]ecomenda que os Estados tenham em consideração a Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional, tendo em vista a uniformização da lei sobre processos arbitrais e as necessidades específicas da prática da arbitragem comercial internacional» (p. 7). Conseguiram, deste modo, as Nações Unidas criar um quadro de regras comuns que, sendo *soft law*, foram seguidas pelos legisladores nacionais. Como contraponto, recorde-se que, no contexto europeu, só recentemente, em 2011, foi possível adotar, também como *soft law*, um documento elaborado sob a égide da ELI/UNIDROIT, que servirá como guia para os legisladores nacionais e que traz *Model European Rules of Civil Procedure* (2020).

<sup>11</sup> Dando apenas um exemplo, o direito português foi directamente influenciado, na determinação do modo de composição do tribunal arbitral, quando as partes são complexas ou plurais, pela doutrina do acórdão *BKMI et Siemens v Dutco*, proferido em 7 de Janeiro de 1992 pela 1<sup>ère</sup> Chambre Civile, da Cour de Cassation.

<sup>12</sup> Adiante, quando tratarmos das peculiaridades do contexto em que julgam os tribunais arbitrais, veremos que, no tipo de frequência em arbitragem internacional, deverá ser feita prova da existência e vigência do direito aplicável.

do, apenas, alguns exemplos, a obra de Jeffrey Waincymer, *Procedure and Evidence in International Arbitration* (2012), totalizava, na edição de 2012, 1348 páginas de texto, a obra *Provas e Arbitragem*, publicada em 2023, integra 28 textos, totalizando 597 páginas (Neto e Guandalini, 2023). Tudo isto nos dá uma certeza: no momento em que escrevemos, o texto que se publicará já não estará totalmente actualizado porque quanto foi publicado durante a sua redacção não pôde ser tomado em consideração; considerando que, após a entrega para publicação e a publicação efectiva decorrerá um lapso de algumas semanas, maior será a vetustez destas considerações.

Mas nada disto nos pode dissuadir de emprendermos a tarefa que nos dispusemos a levar por diante. Porém, e depois de fazermos referência a algumas das práticas que vieram a generalizar-se em sede de produção de prova em processo arbitral, sendo a arbitragem comercial e internacional, trataremos da prova em processo arbitral a partir de um ângulo que, talvez pela natureza do problema a enfrentar, não esteja sujeito a uma tão grande erosão: o da identificação da premissa que o juiz tem tipicamente por aproblemática e que é um dos desafios que ao árbitro se coloca. Que lei ou sistema de regras vai aplicar-se a tudo quanto respeita à prova, desde a determinação da admissibilidade da sua produção à sua valoração, passando pelos ónus objectivo e subjetivo de prova?

Já lá iremos. Começemos por analisar algumas das práticas que se foram desenvolvendo nos últimos anos para, partindo delas, ensaiarmos uma resposta àquelas questões.

## 5.

Entre as práticas desenvolvidas ao longo do tempo nos processos arbitrais, podem referir-se, porque particularmente significativas:

1) No domínio da produção da prova documental, o Redfern Schedule. O problema que, através desta técnica, se visa resolver respeita ao procedimento que deve ser percorrido para que o tribunal possa decidir o pedido de apresentação de documentos em poder da parte contrária. Sendo, muitas vezes, extremamente pesada a prova documental a produzir —isto ocorre normalmente nas arbitragens de construção, nas arbitragens de investimento e, também, em arbitragens comerciais que envolvem contratos de negociação e execução muito complexa. O Redfern Schedule não pretende aportar critério algum de decisão; ele tem a relevantíssima função de organizar, num só documento, toda a informação relevante para a decisão. O que vem a implicar que tenha normalmente cinco células paralelas por documento. Na primeira, o requerente identifica o documento que quer seja apresentado pela parte contrária, na segunda, identifica o fundamento do pedido. A terceira e quarta colunas são destinadas ao exercício do contraditório: na terceira, a parte requerida pode inscrever uma de três respostas: uma, a mais simples para o processo de decisão, que apresentará o documento, a segunda, que entende não ter o dever de o apresentar, na

terceira, uma aceitação condicionada do dever de apresentação. Na quarta, a parte requerida explicitará as razões pelas quais entende não ter o dever de apresentação ou tê-lo apenas se verificada certa condição. A quinta coluna é destinada à decisão fundamentada do tribunal<sup>13</sup>. Numa variante que introduzindo maior complexidade na decisão pode ser absolutamente adequada ocorrendo resistência forte da requerida à apresentação dos documentos que estão em seu poder, é conveniente que o tribunal alargue o número de células a fim de conferir direito de resposta a requerente e, ainda, a requerida.

Facilitando a organização dos pedidos de produção de prova documental em poder da parte contrária, o *Redfern Schedule* não provoca, por si, uma alteração da ordem da prática de actos processuais; o *Redfern* terá a informação e a ordem da sua aquisição pelo processo de acordo com o modo como for concretamente configurado. Quer isto dizer que a sequência apresentada poderá ser apenas uma sequência típica: pedido, contraditório e decisão. Porém, nada impede o tribunal de a alterar a fim de proferir uma primeira decisão liminar antes da abertura de contraditório. Se esta prática tem a vantagem de travar imediatamente pedidos ostensivamente impertinentes, pode atrasar o procedimento porquanto é necessária uma intervenção liminar do tribunal. A opção por uma ou outra estrutura procedimental terá de ser ponderada casuisticamente pelo tribunal que deve, ao longo de todo o procedimento, concorrer para a sua eficácia máxima e para a mais intensa compressão de custos que seja possível. Se estiver em causa um pedido de apresentação de um número baixo de documentos pela parte contrária, parece simples optar pelo procedimento acima descrito. Quando ocorre, como é, aliás, frequente, que sejam pedidos várias centenas ou mesmo milhares de documentos que se encontram em poder da parte contrária, deverá o tribunal fazer a descrita ponderação.

Ainda que lhe sejam reconhecidas grandes virtudes, o *Redfern Schedule* vem sendo criticado porque não permite abreviar os tempos de uma das fases mais longas — e de difícil decisão pelo tribunal — nos processos arbitrais, a da produção da prova documental. A crítica não pode ser acompanhada: o problema que actualmente se enfrenta na arbitragem quanto à produção de documentos não pode estar no *Redfern Schedule* que, como acima dissemos, não tem qualquer pretensão de trazer critérios de decisão. E, como sempre ocorre, por mais irrazoável ou dilatatório que seja um pedido, ele foi deduzido e tem de ser conhecido. A parte pode sofrer sanções processuais por uso abusivo do processo, como ocorre com a imputação da obrigação de suportar todos os custos que a conduta espúria provocou; mas, se bem se verificar, estas sanções só serão aplicadas quando proferida a decisão que vem qualificar o pedido como espúrio. Entretanto ele foi deduzido, contraditado e apreciado.

---

<sup>13</sup> Veja-se o *Redfern Schedule for Document Requests* empregue no caso *Glencore Finance (Bermuda) Limited v. Plurinational State of Bolivia*, PCA Case No. 2016-39, disponível em <https://jusmundi.com/en/document/other/en-glencore-finance-bermuda-ltd-v-plurinational-state-of-bolivia-procedural-order-no-4-tuesday-27th-march-2018>.

Um aspecto final quanto ao desenvolvimento de uma regra prática relativa à prova documental. Esta não é, apenas, uma praxis relativa à organização de uma fase do procedimento, mas uma que interfere com os resultados probatórios: referimo-nos à extracção de inferências negativas quando a parte não coopera, ou seja, quando não apresenta os documentos que o tribunal lhe ordenou apresentasse<sup>14</sup>. A técnica, que se encontra actualmente integrada nos instrumentos de *soft law* com maior aplicação, as Regras da IBA (2020)<sup>15</sup> e as Regras de Praga<sup>16</sup>, pode ser entendida como uma *sanção* aplicável à parte não cooperante<sup>17</sup> ou, somente, como um *modelo de decisão* para superação do desconhecido que se tornaria conhecido através da apresentação de meios de prova<sup>18</sup>, distingue-se da inversão do ónus da prova. Nesta, transfere-se para a parte inicialmente não onerada com a prova de um facto a prova do facto contrário; na inferência negativa, o facto probando através do meio de prova cuja apresentação, sendo ordenada, não foi realizada, ter-se-á por provado. Como é evidente, a descrição acabada de fazer, de tão rudimentar é quase grosseira: em rigor, não pode afirmar-se que da não apresentação de um meio de prova se infere, imediatamente, que o facto probando se verificou. Na verdade, aceitar semelhante conclusão seria desconsiderar que os resultados probatórios decorrem de uma análise não apenas analítica, mas holística da prova produzida (Taruffo, 2018). Dizer que à falta de cooperação deve imputar-se como sanção o proferimento de uma decisão que considera provado o facto probando não toma em consideração que só assim pode suceder nos provavelmente raros casos em que não apenas a prova a produzir seja a única prova possível, como que dos demais meios de prova —e, para quem assim possa aceitar, da verosimilhança dos relatos feitos pela parte no processo— não resulte incongruente o facto inferido. Este um dos cinco pressupostos do teste de Sharpe (2006) para que o tribunal possa fazer inferências negativas.

2) O Armesto Schedule, que, sistematizando as regras da IBA (2020) em matéria de produção de prova, e sendo também atinente à dedução de pedidos de apresentação de documentos, exercício do contraditório e decisão do tribunal, para além de uma diferente apresentação, integra informação não contemplada pelo Redfern Schedule<sup>19</sup>.

<sup>14</sup> Sobre este ponto específico, Dias e Gomides (2023) e Amaral (2018).

<sup>15</sup> Cfr. artigos 5 e 6 das *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* (IBA, 2020)

<sup>16</sup> Cfr. artigo 10 das *Rules on Conduct of the Taking of Evidence in International Arbitration* (The Prague Rules) (2018).

<sup>17</sup> Afirmando que a inferência negativa adere à conduta omissiva da cooperação devida pela parte como uma sanção, Gaillard e Savage (1999, p. 698). Cfr. Silva (2022e).

<sup>18</sup> «When the mind, therefore, passes from the idea or impression of one object to the idea or belief of another, it is not determined by reason, but by certain principles, which associate together the ideas of these objects, and unite them in the imagination» (Hume, 2002).

<sup>19</sup> Veja-se a tabela utilizada por Mélanie Riofrio Piché para o ilustrar em <https://academic.oup.com/icsidreview/article/38/2/302/7235126?login=false>

Sobre o *Armesto Schedule for document production*, cfr. Piché e Jalles (2020).

Armesto Schedule: The Armesto Schedule: a Step Further to a More Efficient Document Production (<https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/04/04/the-armesto-schedule-a-step-further-to-a-more->

Já quanto à prova pericial<sup>20</sup>, meio de prova em que diversidades entre sistemas adversariais e inquisitórios se faz sentir de modo muito particular —indicação de peritos pela parte<sup>21</sup> vs. pelo tribunal— vêm sendo desenvolvidas algumas técnicas que visam criar um *level playing field*. Disto é exemplo o Sachs Protocol, relativo à formação do colégio de peritos que elaborará o relatório pericial<sup>22</sup>. Klaus Sachs (2010), avança este protocolo a partir de uma posição privilegiada: será seguramente um dos árbitros mais conceituados pela sua experiência, competência e forte deontologia no

---

*efficient-document-production/*). Procedural Order Model (<https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/wp-content/uploads/sites/48/2020/04/Procedural-Order-Model.pdf>), p. 12

<sup>20</sup> Para uma análise abrangente dos diversos problemas suscitados pela prova pericial na arbitragem internacional, consultar o texto de Sachs (2010).

<sup>21</sup> Atendendo a que se vem consolidando a prática de os actos de postulação assumirem a forma e o modo de *memorials* e não de *pleadings*, ocorre que os relatórios periciais são juntos pelas partes com as suas primeiras postulações, o *statement of claim* e o *statement of defence*. Esta prática não é inócua quanto à natureza e intensidade persuasiva da prova produzida: ainda que esteja em causa a supressão do *gap* informativo do tribunal quanto a matérias altamente técnicas e que não fazem parte das suas típicas instâncias de conhecimento, sendo o perito indicado pela parte e ainda que possa ter de declarar que desenvolverá o seu trabalho com independência e de acordo com as melhores práticas, será sempre alguém que aportará uma versão da realidade favorável à parte que a indicou, sendo qualificado como uma *expert witness*. Por outro lado, porque o objecto da perícia é configurado pela parte, esta tenderá a dirigir ao perito apenas as perguntas —e a fornecer-lhe apenas a informação— que lhe permitam responder de modo a sustentar a postulação. Estas decorrências do momento e do modo de intervenção dos peritos concorrem, perante a natural disparidade de posições técnicas, para a criação de uma tão *intensa tensão* entre os diferentes relatórios periciais que, sendo esta a prova relevante para a demonstração de *facto*, o tribunal dela pouco pode extrair, decidindo por aplicação das regras sobre distribuição do ónus da prova. Se não é expectável, nem virtuoso, que sejam criadas regras que induzam a expressão de opiniões unânimes pelos peritos que têm posições fundamentadamente opostas, é desejável que se diminuam as causas que podem concorrer para a disparidade. Isto se consegue maximizar quando os peritos acedem à mesma informação e respondem a uma grelha comum de perguntas. Apesar desta uniformização da informação e do objecto dos relatórios, a identidade de posições não fica assegurada porquanto os diversos peritos podem partir de premissas científicas diferentes. Estas deverão, porém, ser explicitadas nos diversos relatórios para que possam ser sindicadas, quer pelos demais peritos em contraditório, quer pelas partes e pelo tribunal, eventualmente através do seu assessor técnico.

Para uma caracterização entre *pleadings* e *memorials*, *cfr.*, entre muitos outros documentos possíveis e disponíveis on-line, ACICA (2020). Acentuando a influência das culturas de partida quando se enfrenta a opção, em arbitragem internacional, de deduzir a postulação através de submissão de *memorials* ou de *pleadings*, Singarajah (2020) e Cywicki e Grose (2017).

<sup>22</sup> O Sachs Protocol foi proposto por Klaus Sachs em 2010, na conferência annual da ICCA, no Rio de Janeiro. Partindo da verificação empírica de que os sistemas que assentam na alternativa de escolha dos peritos pelas partes ou pelo tribunal não representam o modo óptimo de constituir um colégio de especialistas em que, simultaneamente, o tribunal deposite confiança ou em que as partes reconheçam elevada especialização, Klaus Sachs propôs que a competência para a escolha dos peritos fosse repartida: num primeiro momento, caberá às partes a elaboração de uma lista de peritos que reúnam as qualificações técnicas requeridas pelos factos a provar sendo esta lista submetida ao tribunal que, num segundo momento, deverá escolher os peritos a partir da lista que lhe foi submetida. Haverá sempre uma cláusula de salvaguarda: o tribunal pode recusar os diversos peritos indicados na lista em decisão fundamentada, desde logo se entre eles e os membros do tribunal existir um qualquer conflito relevante que justifique o seu afastamento.

campo da arbitragem internacional. O que pretende, com o seu protocolo, é fazer a mediana entre os sistemas adversariais e os sistemas inquisitoriais: reconhecendo as ineficiências da pura *expert witness* mas considerando a necessidade de preservar a possibilidade de interferência das partes na escolha dos peritos, propõe este Árbitro que a escolha do colégio de peritos seja híbrida. Cada uma das partes submete ao tribunal uma lista de peritos que considera terem qualificações para realizarem a perícia, cabendo ao tribunal escolher, de entre as diversas listas, aqueles que deverão responder às perguntas do tribunal. O modo como depois decorre a elaboração e emissão destas opiniões, não obedece já a regra fixa: tanto podem os peritos ter de apresentar um relatório conjunto, no qual assinalam posições convergentes, divergentes e as razões dessas divergências<sup>23</sup>, como pode cada um dos peritos submeter o seu relatório, devendo depois elaborar relatório em que, identificando os pontos de disparidade entre o relatório por si elaborado e os demais, repondera ou mantém a sua posição. Tanto num caso, quanto no outro é comum exigir-se do perito que justifique as razões por que se deixou convencer do acerto da posição contrária à sua inicial, bem como porque assim não aconteceu. Este contraditório entre peritos permite a identificação, pelo tribunal, das zonas de incerteza nas posições que são subscritas pelos diferentes intervenientes processuais. A ulterior presença dos peritos em audiência para a *cross-examination* permitirá uma concentração nestes pontos, concorrendo-se, até onde for possível, para que não haja incertezas quanto aos factos probandos, somente superáveis pelas regras do ónus objectivo da prova<sup>24</sup>.

6.

Por que se terão desenvolvido estas práticas na arbitragem?

Supomos que o peculiar contexto em que é exercida a jurisdição. E este vem a repercutir-se em múltiplos planos.

---

<sup>23</sup> Cfr. artigo 5(4) das *IBA Guidelines on the Taking of Evidence* (IBA, 2020).

<sup>24</sup> Em nota anterior e agora no texto, recorreremos, apenas por facilidade de expressão, ao conceito de ónus da prova. Ainda que consideremos que este ónus, critério de decisão a aplicar quando a decisão acerca de um facto é a de não provado —ónus subjectivo— ou quando o juiz se encontra numa situação de incerteza quanto ao juízo a proferir quanto a um facto probando —ónus objectivo da prova—, conviva no sistema com os deveres de instrução do tribunal e com o princípio da aquisição processual —toda a prova produzida será valorada, independentemente da relação entre a parte que a apresenta e aquela que é beneficiada pelo facto provado, não clamamos pela morte do que veio a qualificar-se como um ónus. No final das contas, temos um juízo desfavorável a quem aproveitaria o facto probando. Mesmo que a expressão na sua integralidade possa ter zonas de penumbra quando se aprofunda a noção de ónus enquanto situação jurídica dotada de hibridez, há um relativo consenso quanto ao seu campo operativo e à sua eficácia.

Sobre a inutilidade do conceito de ónus da prova, Nieva-Fenoll e Pereira (2022). As razões sumariamente indicadas permitem apreender os nossos pontos de discordância face à posição expressa por estes Autores. Veja-se, em resposta, Mitidiero (2020).

Começemos pelo primeiro: os árbitros não pertencem a nenhuma ordem de tribunais. Ainda que possam integrar as listas de árbitros de diversas instituições de arbitragem, com estas não têm outro vínculo que não seja o do escrupuloso dos respectivos códigos deontológicos e, quando aplicáveis, os respectivos regulamentos; integram órgãos de decisão cuja constituição ocorre com a aceitação do terceiro árbitro<sup>25</sup>, cessam a sua função quando proferem a decisão ou, recorrendo, uma vez mais, a jargão comumente usado, o seu *final and binding award*. Mesmo que um processo permita a criação de vínculos de intensa proximidade entre os árbitros<sup>26</sup>, ainda que o modo como uns e outros desempenham o seu múnus possa levar a indicações cruzadas —costuma dizer-se que o árbitro parcial pode ganhar a simpatia da parte que o indicou, mas, porque perde o respeito dos colegas, dificilmente voltará a com eles integrar um tribunal—, os árbitros não pertencem a nenhuma ordem.

7.

Mas há mais.

Não é infrequente que, nos processos que correm perante tribunais estaduais, os julgamentos se prolonguem por diversas semanas ou meses, ocorrendo as diversas sessões de julgamento não em dias seguidos, mas em datas saltadas. A marcação do julgamento depende de factores como a disponibilidade de agenda de juiz e mandatários das partes, da disponibilidade de espaços físicos para a realização da audiência.

Se bem que esta seja uma prática pouco virtuosa —ainda que possa ser gravada, a audiência deve ser contínua, pois não será a mesma a memória de um decisor que intercala a produção de prova, que não é perene, relativa a um conflito na produção

<sup>25</sup> Por facilidade de expressão, referimo-nos ao tipo de frequência em que o tribunal é composto por três árbitros. Podem, porém, as partes —ou a instituição sob cuja égide decorre o processo arbitral— optar por —ou determinar— um qualquer outro número. Se a maioria dos sistemas impõe que este número seja ímpar, outros consideram admissível a constituição de tribunais com número par de árbitros. O que deverá considerar-se na escolha do número de árbitros que compõem um tribunal será, por um lado, a expressão económica da causa —causas de baixo impacto são decididas por árbitro único e em procedimentos com rito abreviado, como ocorre, por exemplo, na CCI, assim se concorrendo para um procedimento que seja *cost efficient*—, a complexidade do litígio e a garantia de igualdade das partes em processos com múltiplos compartes. *Cfr.* artigos 7.º a 10.º das ICC Rules of Arbitration (1 de Janeiro de 2021) (ICC, 2021); *PT Ventures SGPS S.A. v. Vidatel Ltd., Mercury - Serviços de Telecomunicações S.A. and Geni SA*, ICC Case No. 21404/ASM/JPA (C-21757/ASM).

<sup>26</sup> São várias as razões que explicam este resultado. A circunstância de as decisões serem tomadas com a intervenção de todos os árbitros que integram o tribunal —ainda que o presidente tenha competência para proferir decisões de mero expediente, é prática que o não faça sem antes consultar os seus colegas, disso dando conta na própria decisão— para além das audiências —normalmente, duas— é também prática que as principais decisões sejam tomadas depois de debate presencial entre todos os árbitros. O estar conjunto num mesmo sítio permite que os árbitros vão tendo momentos de convívio que transcendem a sala onde decorre a audiência. Com frequência, o lugar da audiência não coincide com o domicílio de nenhum deles: a proximidade na distância induz os tempos comuns.

de prova de outros tantos processos, contando com a possibilidade de retomar a prova produzida, ouvindo uma gravação; este modo de produção da prova dificulta a sua rigorosa avaliação crítica, exercício que, não prescindindo de um juízo analítico pressupõe, na enunciação do resultado de *provado* ou *não provado*, uma valoração holística—, há um custo que tipicamente não lhe está associado: o custo de deslocação de um conjunto de intervenientes processuais.

Sendo típica a constituição do tribunal arbitral por árbitros provindos de diferentes jurisdições —sendo, de acordo com as boas práticas e o princípio da neutralidade, o árbitro presidente de jurisdição diferente da das Partes—, a realização da audiência implica custos de deslocação. E, para além dos árbitros, também não é comum que os mandatários das partes tenham todos o seu domicílio profissional no lugar onde decorre a audiência<sup>27</sup>. Se se pensar que as partes tendem, na arbitragem internacional institucionalizada, a escolher uma instituição arbitral não localizada no país das suas sedes, tudo se agudiza, pois mesmo intervenientes processuais como as testemunhas e as partes, quando estas pretendam prestar declarações ou delas seja requerido depoimento, deverão deslocar-se para estarem fisicamente presentes na audiência. Identicamente se passam as coisas com os peritos, sejam estes peritos legais ou peritos técnicos. A esta já extensa lista, acresce a presença frequente de tradutores, estenógrafos, técnicos informáticos. Por último, o valor do espaço onde irá decorrer a audiência. Tudo isto tem uma consequência imediata: a audiência demanda custos elevados. Alguns poderão ser comprimidos através do recurso de meios de comunicação à distância (Silva, 2022d), outros são inelutáveis<sup>28</sup>.

8.

Uma vez que um dos deveres do tribunal arbitral é a minimização máxima dos custos do procedimento, atendendo a que vários intervenientes deverão estar deslocados para a realização da audiência, esta é normalmente concentrada. Apesar de a sua duração variar na medida da prova a produzir, variando esta em razão da complexidade da matéria probanda —exemplificando, em processos em que se discutam alegados defeitos de uma obra, realizada normalmente por diferentes empresas, ten-

---

<sup>27</sup> Ainda que o tribunal tenha uma sede, a sede, apesar de ser um lugar físico, não coincide necessariamente com o lugar onde devem ser praticados os actos processuais. Mais do que um conceito com relevância geográfica, o conceito de sede do tribunal tem relevância jurídica, determinando aspectos tão relevantes quanto a competência para a anulação da decisão arbitral —para a acção de anulação são competentes os tribunais da sede da arbitragem—, a competência para a prestação de auxílio ao tribunal arbitral —caso seja, *v. g.*, necessária a cooperação dos tribunais estaduais para a produção de uma prova que a parte não aceite produzir voluntariamente perante o tribunal arbitral, serão competentes para esta cooperação os tribunais da sede do tribunal arbitral—, a competência para suprir condutas das partes sem cuja prática não pode ser exercida jurisdição pelo tribunal arbitral, como ocorre quando uma das partes não indica o seu árbitro ou os árbitros indicados não nomeiam um árbitro presidente.

<sup>28</sup> Tratando deste mesmo argumento a propósito do julgamento pelo júri, Lessa (2020).

do eventualmente cada uma a sua especialidade, como uma ponte de diversos quilómetros, uma auto-estrada, um hospital, um aeroporto, uma linha de alta velocidade, um complexo urbanístico, uma central de produção de energia, a prova a produzir é tipicamente muita e são, igualmente, muito variados os meios de prova a mobilizar, atendendo à dificuldade probatória dos factos probandos—, partes, mandatários e tribunal concentram a realização deste acto em dias de calendário seguidos.

A compatibilização de calendários dos diversos intervenientes processuais e a sua deslocação e permanência em lugar diverso daquele que é o seu domicílio profissional por vários dias torna-se possível porquanto a data da audiência (e a sua duração estimada, estabelecida em função das indicações que as partes dão ao tribunal) é fixada na primeira reunião das partes com o tribunal, ocorrendo esta já depois de requerida a arbitragem, mas ainda antes de apresentados os actos de postulação. Sendo o calendário elaborado por acordo entre todos os intervenientes, todos sabem, com uma antecedência adequada, que deverão adjudicar as suas agendas à realização de uma concreta audiência, num concreto processo numa dada altura (normalmente, nove meses após a primeira reunião das partes com o tribunal uma vez que, para além dos actos de postulação, toda a prova deverá ser produzida antes da audiência, sendo esta reservada ao exercício do contraditório sobre prova não perene). E, aqui, há já uma diferença significativa entre o modo de produzir prova em arbitragem internacional e o modo como esta normalmente é produzida perante os tribunais estaduais: os elevados custos de um processo arbitral que envolva uma plêiade de intervenientes impõe uma continuidade óptima da audiência.

9.

Uma outra medida que concorre para a disciplina da produção de prova em audiência prende-se com a circunstância de o tribunal discutir com as partes, normalmente já não na *POI*, a primeira ordem processual emitida pelo tribunal logo no início do procedimento, mas na *pre-hearing conference*, que comumente ocorre com uma antecedência de duas a três semanas sobre a audiência, o modo de alocação dos tempos de audiência a cada uma. Na alocação dos tempos, o tribunal começa por atribuir tempos globais a cada uma das partes; esta alocação não é aleatória pois, no momento da *pre-hearing conference*, já todos os intervenientes processuais estão em condições de conhecer aprofundadamente o processo, podendo antecipar, mesmo que num cálculo relativamente grosseiro, o tempo de estimam necessário para exercer o contraditório. Alocados os tempos globais, resta determinar se as partes querem proceder à sua distribuição antecipada por interveniente —*v. g.*, quanto à testemunha A, dez minutos para *direct*, seguidos de x, y ou z minutos de *cross*, com dez minutos de *redirect*; para o perito B, vinte minutos de apresentação do relatório, 120 minutos de *cross*, 15 minutos de *redirect*—, se farão uso do tempo global com distribuição em tempo real —1200 minutos para cada parte, que distribuirá este tempo como entender pelas diferentes intervenções que espera vir a ter em audiência—, se

pretendem um sistema híbrido. Os tempos indicados deverão ser tendencialmente cumpridos, sendo certo que o tribunal tem poderes para proceder a alterações durante a audiência quando isto se mostre absolutamente justificado.

A disciplina e cumprimento dos tempos alocados a cada uma das partes em audiência é crucial para que se cumpra, não só o calendário da audiência, mas, também, o calendário global do processo, não podendo perder-se de vista que o incumprimento do prazo para proferimento da decisão determina a caducidade da convenção, com a inerente responsabilidade civil dos árbitros. Voltaremos a este ponto adiante.

10.

Uma nova diferença que pode identificar-se no modo de produção da prova em processo arbitral quando se toma por referência o que tipicamente ocorre na praxe dos tribunais estaduais prende-se com a determinação do momento e da sequência de produção das diferentes provas. Não é incomum que o tribunal acorde com as partes que, *v. g.*, uma prova pericial técnica ou legal seja produzida logo após ter sido requerida a arbitragem —nestes requerimentos o requerente identifica logo os factos essenciais e as pretensões e o requerido indica eventual pedido reconvenicional e excepções, como ocorre comumente nos sistemas em que as partes têm de pedir *leave* a um tribunal para litigarem— e constituído o tribunal, mas antes da submissão das postulações (*statement of claim* e *statement of defence*). Porque ainda antes da submissão da postulação em termos exaurientes o tribunal já pôde discutir os contornos essenciais do litígio em audiência com as partes, poderá exortá-las a procederem à produção imediata —que não antecipada pois esta é produzida, não antes do tempo certo, mas no tempo que, sendo incomum enquanto tempo certo, no concreto caso, é o tempo certo (Silva, 2012)— de uma prova que normalmente só seria produzida num momento mais tardio. Assim ocorre quando a prova se presume determinante para orientar as partes, quer na dedução mais rigorosa das suas pretensões e defesas, quer, até, na celebração de acordo<sup>29</sup>.

Por outro lado, também não é incomum que o tribunal proponha às partes ouvir, em blocos, as testemunhas ou os peritos que deponham sobre os mesmos factos ou matérias. Deste modo, a prova sobre conjuntos de factos é produzida de modo con-

---

<sup>29</sup> Esta técnica de produção de prova, orientada à obtenção de acordo ou à celebração de outro negócio processual autocompositivo da acção, como a desistência do pedido ou a confissão do pedido, é menos perfeita do que aquela que se encontra acolhida no artigo 381.II do Código de Processo brasileiro, de 2015. Esta regra permite a produção antecipada de prova quando a prova a produzir seja susceptível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução do conflito. Ainda que seja possível a produção antecipada de prova perante tribunal arbitral, a necessidade de constituição de um tribunal para este efeito pode revelar-se irracional atendendo aos custos implicados. Por outro lado, ainda que a arbitragem seja institucionalizada e a concreta instituição preveja a figura do árbitro de emergência, a produção antecipada de prova não integra as competências deste decisor já que não são razões de urgência a justificar a sua produção.

centrado e não intervalado pela produção de prova que releve para outros conjuntos fácticos.

As técnicas de produção de prova que estamos a descrever não são desconhecidas dos sistemas processuais civis. Nestes sistemas, seja qual for o papel exactamente reservado ao juiz, compete-lhe disciplinar a produção da prova e a audiência, cabendo-lhe, ainda, adequar o procedimento às circunstâncias do caso. Nesta adequação se envolve a determinação dos momentos em que, em dado processo, a prova deve ser produzida. Não é, porém, e pelo que podemos captar da realidade —apesar da ausência de dados empíricos fiáveis sobre esta matéria—, frequente que os tribunais estaduais exerçam estes poderes, alterando quer o momento, quer a ordem que, nos diplomas processuais civis, surgem como os adequados ao desenvolvimento da actividade probatória. Ainda que estes diplomas lhe confirmem este poder, os juízes tenderão a não lançar mão dos mesmos. Nada disto se pode estranhar. A flexibilização do processo estadual não é tão pgressa que permita afirmar-se a existência de um corpo de magistrados formado já com a vigência de tal coordenada. A repercussão da alteração de paradigmas, como ocorre quando se abandona o princípio da legalidade das formas e se acolhe uma regra de adequação ou flexibilização (Silva, 2011), leva décadas a ser assimilada pelo decisor enquanto corpo institucional de decisão. Só o juiz que, desde o seu primeiro contacto com um sistema processual, o conheceu informado por certos vectores integrará na sua prática judicial as técnicas em que tais vectores se concretizam. Para além disso é fundamental que quem o forma, já não como jurista, mas como magistrado, tenha igualmente conhecido o sistema na sua nova morfologia e com os seus nupérrimos paradigmas. Regras com as potencialidades do artigo 139.VI do Código de Processo Civil brasileiro, de 2015, nos termos da qual ao juiz incumbe «... alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efectividade à tutela do direito» têm o seu período de carência.

11.

Uma outra diferença, ainda procedimental, mas, pensamos, com impacto na apreciação holística da prova que há pouco referíamos, situa-se já no lapso temporal que decorre entre o encerramento da audiência e o momento do proferimento da decisão arbitra. É comum os árbitros reunirem assim que se encerra a audiência, aproveitando a circunstância de se encontrarem todos fisicamente num mesmo lugar para começarem a trocar as suas percepções acerca da prova produzida. Sendo as gravações imediatamente disponibilizadas, estas percepções poderão ser, também imediatamente, confrontadas com o registo. Faltará, ainda, aguardar pelas alegações finais (*post-hearing briefs*) que, não sendo de apresentação necessária ou compulsória, são usualmente previstos como acto terminal de convencimento do tribunal pelas partes em arbitragem internacional. Estas têm duas funções típicas, uma delas conhecida da prática estadual, outra menos comum nesta justiça. Em primeiro lugar,

servem as alegações para que as partes, retomando as suas pretensões e defesas, aleguem ter provado os factos essenciais que as fundamentam. Mas estes PHB servem, ainda, uma outra função: exactamente porque é comum que o tribunal reúna uma vez encerrada a audiência, é também comum que, logo nesse momento, os árbitros identifiquem questões sobre as quais querem ainda ouvir as partes. Nesta medida, os PHB servem, igualmente, para que as partes respondam às questões que lhes são dirigidas pelo tribunal finda a produção de prova (a eficácia desta técnica pressupõe que o tribunal conheça aprofundadamente toda a prova produzida antes da audiência que, normalmente, é apenas destinada ao exercício de contraditório sobre prova não perene já que, também tipicamente, as testemunhas depõem por escrito sendo a sua comparência no julgamento, a par do que ocorre com a prova pericial técnica ou legal, destinada ao exercício de contraditório). Porém, e apesar de evidente relevância dos PHB, já que nestes o contraditório pode realmente centrar-se nas questões identificadas pelo decisor como as críticas para a decisão (será mais eficaz um contraditório centrado naquilo que um decisor que, nesta fase processual, conhece as alegações e a prova, indica como crucial do que aquele exercido pelas partes, sem qualquer pista do tribunal, uma vez que estas tendem, por uma jurisprudência de cautelas, a espriar-se por tudo quanto, *do seu ponto de vista*, é essencial ou pode ser que o seja), decorrerá um curto lapso temporal entre a audiência e a decisão (não pode perder-se de vista que o tribunal arbitral tem prazos peremptórios para proferir a sua decisão sob pena de caducidade da convenção de arbitragem; desta resulta, para além de uma evidente denegação de justiça, porque assim é, a emergência de responsabilidade civil para os árbitros pelos danos causados às partes com fundamento na violação dos deveres que aceitaram cumprir). A proximidade temporal entre a produção da prova e a sua valoração tende a diminuir o preenchimento de lacunas de conhecimento por erosão da memória do efectivamente ocorrido.

12.

A quarta diferença, e esta com um impacto extremo, prende-se com o tipo de decisor que assiste ao julgamento e que ulteriormente apreciará a prova produzida a fim de responder às questões de facto. Razões de compressão de custos<sup>30</sup>, aliadas à explosão da litigiosidade e à crescente especialização das diversas áreas científicas em que o Direito, arte da pragmática<sup>31</sup>, se desenvolve, e à impossibilidade de formar, em curtos espaços de tempo, magistrados que assegurem o exercício da função juris-

<sup>30</sup> Não pode perder-se de vista, quando se discutem os problemas inerentes aos sistemas estaduais de justiça e aos modelos e estruturas de decisão, que todo o debate se trava num cenário em que o princípio do utilizador pagador fica aquém das necessidades de financiamento destes sistemas Silva (2010).

<sup>31</sup> «*There is no source of friction among men and no possible controversy, however complicated or unforeseen, that is not only susceptible of a defined judicial solution, but in fact demands it. No statement demonstrates so adequately the eminently practical nature of law or its full and perfect relation to life...*» (Rabello, 2004, p. 11-12).

dicional nos tribunais estaduais, determinaram uma universal supressão do tribunal colectivo como o decisor competente para a audiência e a enunciação das respostas à matéria de facto assente em prova não perene. Ora não é este o normal modo de julgar nos tribunais arbitrais. Ainda que haja registo da audiência, quer por transcrição, quer em gravação, o tribunal arbitral exerce as suas competências tipicamente como colectivo. Isto vem a significar que a prova não é apreciada apenas por um decisor, mas por um colectivo de árbitros. Se for possível afirmar que três observadores se apercebem de mais detalhes do que se desenrola à sua frente do que um só, será possível afirmar que a prova evanescente produzida perante um tribunal arbitral, porque colectivo, tem maior probabilidade de ser integralmente apreendida do que se o fosse perante um decisor singular.

13.

Até ao presente momento deste texto, temos enunciado algumas das peculiaridades da produção de prova em processo arbitral. Se estas podem vir ser ponderadas pelos sistemas adjectivos de justiça estadual, supomos que sim. Ainda que, algumas delas, sejam dificilmente transponíveis —como ocorre com a colegialidade do decisor—, outras são de fácil aplicação. Tudo estará na demonstração da sua eventual maior eficácia por referência à eficácia das práticas seguidas nos tribunais estaduais.

Porém, o problema que verdadeiramente nos interessa afrontar é um outro e está directamente relacionado com o tema do painel. «*Prova na arbitragem. O que pode o processo civil aprender com a arbitragem? O que pode a arbitragem aprender com o processo civil?*»

No prefácio à obra colectiva *Provas e Arbitragem. Teoria, Cultura, Dogmática e Prática* (Neto e Guandalini, 2023), publicada em 2023, escreve Eduardo Talamini:

«[a]qui é arbitragem: as coisas são diferentes!» «A arbitragem não é um mundo paralelo!» Essas duas frases foram retiradas de discursos verdadeiros, e às vezes podem ser ouvidas em um mesmo diálogo. Retratam, com algum exagero, um dos grandes desafios do estudo da arbitragem, [...]. Como enquadrar a arbitragem na teoria geral do processo sem desnaturá-la? Por um lado, há o risco de se pretender transportar para a arbitragem todos os institutos, parâmetros e práticas do Poder Judiciário. [...]. Por outro lado, há o risco oposto de se ignorar a essência de processo da arbitragem [...]. A arbitragem desenvolve-se de modo processual —e assim se insere na teoria geral do processo. O processo arbitral só para em pé porque os seus partícipes, até inconscientemente, se valem dos elementos estruturais e funcionais mínimos e básicos do modelo processual, desenvolvido historicamente, sobretudo, na justiça estatal... (p. 13).

Árbitros e juízes fazem a mesma coisa: todos resolvem conflitos que lhes são postos pelas partes, todos exercem jurisdição porquanto esta se caracteriza pela resolução, com eficácia heterónoma e força de caso julgado, de um litígio<sup>32</sup>. Porque todos exercem jurisdição, todos têm a sua actuação guiada pelos princípios fundamentais

<sup>32</sup> Sobre a qualificação da arbitragem como jurisdição, Silva (2009).

de um processo que as matrizes constitucionais qualificam como equitativo ou devido processo legal: igualdade e contraditório<sup>33</sup>.

14.

A restrição dos princípios fundamentais a estas duas coordenadas, igualdade e contraditório, é absolutamente crítica para que a solidez de uma decisão arbitral não seja contaminada pelos padrões, ainda que constitucionalmente estabelecidos, para as decisões proferidas por tribunais estaduais. Um exemplo típico, o da motivação das decisões<sup>34</sup>. Ainda que a decisão proferida por tribunal estadual deva, por imperativo constitucional, ser motivada<sup>35</sup>, não é evidente e necessária a transposição desta bitola relativa ao conteúdo de uma decisão proferida por um juiz para aquela que é proferida por um árbitro. Trata-se de garantia acoplada à decisão proferida pelo decisor em concretos espaços jurídicos.

E nem todos os espaços jurídicos têm as mesmas bitolas. Basta lembrar que a decisão proferida sobre a matéria de facto pelo júri não tem de ser motivada como bitola idêntica àquela que rege a fundamentação da decisão, seja de facto, seja de direito, proferida por um juiz. Não obstante as diferentes modelações do dever de justificação da decisão proferida por um júri<sup>36</sup>, a conformação destas decisões com os princípios de um Estado de Direito, entre eles, o do *due process of law*, ainda que não ausente de zonas problemáticas, há-de aceitar-se como indiciariamente demonstrada. A relativamente recente decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, proferida no caso *Taxquet (Taxquet v. Belgium, n° 926/05, ECtHR, 16 November 2010)*

<sup>33</sup> Ainda que os sistemas processuais sejam informados por outros princípios estruturantes como, *v. g.*, o dispositivo, o inquisitório ou instrutório, etc., todos estes princípios são susceptíveis de modelação ou, até, de compressão pelo legislador infra-constitucional. Basta pensar no princípio dispositivo: se ele tipicamente caracteriza o processo civil, fica afastado do processo penal e é fortemente atenuado no processo de trabalho.

<sup>34</sup> Sobre a motivação como elemento que permite desqualificar a decisão enquanto acto negocial, *cf.* Silva (2022a).

<sup>35</sup> Sobre a evolução nos diversos espaços jurídicos e momentos históricos do dever de motivação das decisões, Cruz e Tucci (1987), remetendo-se, em especial, para o que o Autor escreve na página 91 e seguinte, lugar onde analisa a relevância da regra constante do texto constitucional italiano (o artigo 111, §1, onde se dispõe o dever de fundamentação de todos os *provvedimenti giurisdizionali*). Compreensivamente sobre a fundamentação, ainda é fundamental a obra de Taruffo (2014), da qual existe tradução portuguesa, de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vítor Paula Ramos, publicada por Marcial Pons, em 2014, e com uma relevantíssima introdução de Michele Taruffo; nela, o Autor, que afirma ter escrito a obra no verão da sua vida e a Introdução à edição brasileira já no seu outono, dá notas de actualização do estudo original.

<sup>36</sup> Desde uma simples resposta de *guilty* ou *not guilty*, proferida como juízo global no final da produção de prova e sem identificação analítica de factos, questões ou meios de prova, até uma justificação, não apenas da resposta dada pelo júri a cada questão que, em sistema de lista, lhe é dirigida pelo juiz, como dos concretos meios de prova que determinaram o seu convencimento. Sobre a fundamentação ou justificação das decisões proferidas pelo júri, Thaman (2011).

é outro forte indício daquela conformação. Nesta decisão, o Tribunal afirmou que a conformidade de uma decisão com o artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem não exige a sua fundamentação —«*the Convention does not require jurors to give reasons for their decision*» (p. 26)— bastando, para o preenchimento da garantia de um *fair trial*, que o réu e a comunidade, em geral, consigam compreender o veredicto<sup>37</sup>.

Vem isto a significar que da cláusula geral do *due process* não resulta, como concretização necessária, a garantia da motivação de uma decisão. Esta é pragmaticamente orientada quer à diminuição das pré-compreensões do decisor e ao convencimento das partes, como à facilitação da impugnação da decisão, já que a parte pode limitar o seu ataque ao sentido da decisão, atacando os fundamentos concretos da decisão e não todos e quaisquer fundamentos que a pudessem justificar. Mas a possibilidade da sua ausência sem inerente nulidade do acto de decisão é um indício forte de que a fundamentação de uma decisão se não reconduz ao núcleo duro das garantias processuais fundamentais; estas são apenas igualdade e contraditório. Esta linha de argumentação poderá, porém, ser derrotada se se entender que, ao fundamentar, logo, ao justificar a sua decisão, estabelece o decisor um contraditório com as partes. Não nos parece, porém, que este seja o caminho a percorrer.

15.

Mas o problema não morre por aqui. Saber qual o núcleo das garantias fundamentais, ainda que estas sejam restringidas a igualdade e contraditório, não é tarefa fácil. Duas perguntas permitem compreender a modelação que uma e outro podem ter.

Quando se impõe que o decisor trate as partes com igualdade, o que quer isto dizer? Que as deve tratar de modo formalmente igual? Ou que deve tratá-las com igualdade substancial? Responder positivamente no sentido da primeira interrogação significa que, na sua interacção com as partes, não possa o decisor atender a eventuais desigualdades substanciais, de modo a igualar as partes na sua intervenção processual; uma resposta positiva à segunda questão significa que o decisor deve atender a desigualdades substanciais para, através dos seus poderes assistenciais e de gestão processual, criar um estatuto de igualdade das partes no processo.

Vejamos como se pode modelar o contraditório. Quando se afirma que o contraditório é uma garantia processual indeclinável, o que se quer dizer? Que o decisor não pode decidir antes de ter assegurado o contraditório entre as partes e às questões

---

<sup>37</sup> É extremamente relevante a *concurring opinion* do juiz Jebens, uma vez que nela o decisor sublinha a perturbação causada pela instabilidade da jurisprudência do Tribunal, reflectida em alterações provocadas por essa jurisprudência nas legislações de Estados submetidos à sua jurisdição, logo depois tornadas obsoletas perante nova e conflituante jurisprudência do mesmo Tribunal.

que entre elas sejam debatidas? Ou que o decisor não pode decidir uma questão, ainda que de conhecimento oficioso, sem ter conferido contraditório prévio às partes? Lembre-se que a vedação das decisões surpresa consistiu numa evolução da compreensão do contraditório que, no seu núcleo duro originário, a não compreendia explicitamente.

Numa rápida, mas, como acabámos de verificar, ainda assim problemática conclusão: só há dois princípios indeclináveis, igualdade a contraditório. Só estes comprimem todo aquele que exerce a sua função jurisdicional, árbitro e juiz. Isto significa que um e outro deverão estar conscientes desta limitação da cláusula do devido processo legal ou do processo equitativo quando contactam com decisões proferidas ou proferidas de acordo com direito diferente do seu e que conhece princípios constitucionais conectados à realização da justiça estadual pelos tribunais do foro.

16.

Porém, e indo agora ao ponto que nos interessa sublinhar, *árbitros e juízes actuum em ambientes muito distintos*.

Uma vez que o tema do painel é a prova, façamos duas perguntas para que a radical diferença de ambientes surja como evidente. Quando as partes requerem a produção de uma prova, que regras relevam para que o decisor determine qual o regime aplicável à produção da concreta prova produzida? E, numa segunda interrogação, qual a regra que determinará se a prova requerida é material ou substancialmente lícita?

Quais as diferenças radicais nestes dois casos, diferenças estas que podem ser transpostas para tantas questões quanto aquelas que classicamente compõem os capítulos dos manuais de teoria geral do processo no título (ou, mais realisticamente, no ou nos volumes) dedicados à prova?

A resposta é uma: enquanto o juiz dispõe de regras primárias que lhe são pré-dadas, o árbitro não tem estas regras. Por muito abertas que aquelas se apresentem, por muito grande que seja a amplitude dos poderes discricionários do decisor, razões históricas levaram a que o juiz conte com um conjunto mais ou menos alargado de enunciados que lhe são pré-dispostos e que são as suas bitolas de decisão. O árbitro enfrenta um sistema extremamente lacunar, onde poucas bitolas lhe são antepostas. A ser verdadeira a observação de James Q. Whitman (2008, p. 10) de que «*[w]ell designed factual proof rules always also provide a measure of moral Comfort*», compreende-se a dificuldade da missão do árbitro. Esta pode ser diminuída com a remissão para sistemas de regras como as *IBA Guidelines on the Taking of Evidence* (IBA, 2020) ou para as Regras de Praga (*The Prague Rules*, 2018), em que se acentuam os pode-

res inquisitoriais do decisor<sup>38</sup>; porém, todas elas são *soft law*. Se aceites pelas partes, ao abrigo da sua autonomia privada e na medida em que fechem acordos quanto ao regime aplicável à prova, desde a sua admissão até à sua valoração e aos graus de prova exigidos para uma decisão, terão facilitado a tarefa do decisor. Mas nem este, nem as partes, sempre se lembram, quando adoptam a *POI*, de esclarecer estes pontos. E só quando as questões se tornam candentes é que o árbitro se apercebe da necessidade da sua resolução à luz de um sistema que intenta identificar.

17.

Acresce ser aceso o debate quanto à possibilidade de o árbitro, mais intensamente em arbitragem internacional, menos intensamente, ainda que de algum modo, em arbitragem interna, possa recorrer a um qualquer sistema jurídico de base<sup>39</sup>. O confronto de posições entre Pierre Mayer e Jan Paulsson, a que já fizemos referência no início deste texto, tornou-se clássico. Rejeitando, aquele, aceitando, este, a existência de um sistema de base, certo é que o árbitro fica imediatamente colocado perante este dilema quando tem de se perguntar acerca da regra que deverá aplicar para decidir uma questão, nomeadamente, em matéria probatória.

18.

Mas as dificuldades do árbitro ainda continuam.

Mesmo que se aceite que o árbitro possa recorrer a regras de um sistema de base<sup>40</sup>, que sistema deverá ser este? O da sede do tribunal? O da lei aplicável ao contrato? O do lugar da provável execução da decisão? E será que a resposta depende da natureza das regras pelas quais se pergunta? Exemplificando e sempre no domínio da prova, será que se se perguntar qual o modo de produção da prova testemunhal poderá o árbitro recorrer às regras —ou aos vectores delas decorrentes— do sistema processual da sua sede, devendo já quanto à matéria do ónus da prova ou da determinação da licitude material de uma prova recorrer ao sistema jurídico da lei aplicável ao contrato?

Veja-se que esta segunda instância de questões, que tem na sua raiz a distinção entre regras adjectivas e regras materiais (Born, 2021, p. 291 e seguintes), não é estranha ao exercício da jurisdição nos tribunais estaduais. Também estes podem ter de decidir conflitos plurilocalizados. Estes começam por deles demandarem resposta à pergunta «sou eu internacionalmente competente para decidir esta causa»? Sen-

<sup>38</sup> Sobre as *Regras de Praga*, Silva (2022b).

<sup>39</sup> Sobre este problema, e de acesso livre, LSE (2012), Mayer *et al.* (2019), Pinheiro (2017), Theofrastous (1999), Akinleye-Martins (2022), com múltiplas referências.

<sup>40</sup> Sobre a lei aplicável à admissibilidade e ónus da prova na arbitragem internacional, *cfr.*, Garnett (2022, p. 76 e seguintes); Born (2021, p. 2873 e seguintes), von Mehren (1995).

do o juiz internacionalmente competente para decidir a causa, aplicará a *lex fori* às questões processuais; no entanto, se ao contrato for aplicável direito estrangeiro, o parâmetro para a decisão de questões substantivas involucradas na matéria da prova deverá ser este ordenamento estrangeiro. Talvez não seja, porém, tão frequente a necessidade de aplicação, pelo juiz, de um direito diverso do seu quanto aquilo que ocorre em arbitragem internacional.

19.

Será que estas diferenças de ambiente implicam que os sistemas processuais de matriz estadual não possam repensar as suas soluções a partir daquelas que vêm sendo práticas arbitrais virtuosas, porque eficazes, em matéria probatória? E significará, por seu turno, esta diferença de ambientes que não possam os árbitros olhar para as soluções encontradas pelos sistemas processuais para enfrentarem algumas das lacunas com que permanentemente se confrontam?

A resposta é, neste nosso estágio de conhecimento, negativa. A premissa de que partimos é que árbitros e juízes fazem a mesma coisa: decidem conflitos, com submissão ao princípio do processo equitativo ou devido processo legal. Por mais que possam ser —e, realmente, são— diferentes os ambientes em que árbitros e juízes tipicamente exercem a sua função, nada disto invalida que não devam atentar nas respectivas práticas para poderem interrogar-se acerca do seu modo de fazer. Para isto, deverão conhecer o que uns e outros fazem. Por isso são tão importantes encontros que reúnam árbitros e juízes. Enquanto isto, terá a doutrina de trabalhar de modo igualmente transversal, perguntando-se será possível a construção de uma teoria geral da adjudicação. Apenas a integração de todos os operadores permitirá construir uma visão verdadeiramente holística do que é inerente ao exercício da jurisdição. Para que, sem se ignorarem as diferenças específicas, se não destruam as pontes. O desafio implicado na tentativa de construção de uma linguagem comum, no final das contas, de uma verdadeira teoria geral da adjudicação, é ingente; mas é um desafio, não uma impossibilidade.

## BIBLIOGRAFIA

- Alchourrón, C. E. e Bulygin, E. (1971). *Normative Systems*. Springer Verlag.
- Akinleye-Martins, O. (2022). *Delocalization of international commercial arbitrations and the effect on arbitral awards*. <https://www.linkedin.com/pulse/delocalization-international-commercial-arbitrations>
- Amaral, G. R. (2018). Burden of Proof and Adverse Inferences in International Arbitration: Proposal for an Inference Chart. *Journal of International Arbitration*, 35(1), 1-30.
- Aron, R. (1958). On Evidence and Inference in History. *Daedalus*, 87(4), 11-39. [https://www.jstor.org/stable/pdf/20026461.pdf?refreqid=excelsior%3A2cdd0bb07e991df067642c20a5fc0696&ab\\_segments=&origin=&initiator=&acceptTC=1](https://www.jstor.org/stable/pdf/20026461.pdf?refreqid=excelsior%3A2cdd0bb07e991df067642c20a5fc0696&ab_segments=&origin=&initiator=&acceptTC=1)
- Atría, F. (2019). Sobre las lagunas. Em E. Bulygin (Ed.), *El libro de los premisos* (pp. 107-122). Marcial Pons.

- Born, G. B. (2021). *International Arbitration: Law and Practice* (Third Edition). Kluwer Law International.
- Bulygin, E. (2019) En defensa de el Dorado: Respuesta a Fernando Atría. Em E. Bulygin (Ed.), *El libro de los premissos* (pp. 123-137). Marcial Pons.
- Chartered Institute of Arbitrators [CI Arb] (2007). *Protocol for the Use of Party-Appointed Expert Witnesses in International Arbitration*. <https://www.ciarb.org/media/6824/partyappointedexpertsinternationalarbitration.pdf>
- Cruz e Tucci, J. R. (1987). *A motivação da sentença no processo civil*. Editora Saraiva.
- Cywicki, K. e Grose, M. (2017). Pleadings or Memorials: Which Are More Appropriate for Construction Arbitrations? *BCDR International Arbitration Review*, 4(1), 43-52.
- Dias, A. e Gomides, G. C. (2023). Meio de prova na ausência de prova: inferência negativa. Em J. L. L. Neto e B. Guandalini (Eds.), *Provas e Arbitragem. Teoria, Cultura, Dogmática e Prática* (pp. 271-286). Thomson Reuters, Revista dos Tribunais.
- Ferrer Beltrán, J. (2011). *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*. Marcial Pons.
- Gaillard, E. e Savage, J. (Eds.) (1999). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International.
- Gadamer, H. G. (2009). Dos Mestres e Discípulos. Em H. G. Gadamer, *Herança e Futuro da Europa*. Edições 70.
- Gaillard, E. (2008). *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*. Martinus Nijhoff.
- Garnett, R. (2022). Demystifying the Burden of Proof in International Arbitration. Em F. Ferrari e F. J. Rosenfeld (Eds.), *Handbook of Evidence in International Commercial Arbitration: Key Concepts and Issues* (Chapter 4, pp. 67-86). Kluwer Law International.
- Goldman, B. (1963). Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé. Em *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* (volume 109). [http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096\\_pplrdc\\_A9789028614628\\_04](http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplrdc_A9789028614628_04)
- Gupta, S. e Kunstyr, J. (7 novembro 2022). English Court Rekindles the Debate on the Form of Interim Measures in English-Seated Arbitrations: Order or Award? *Oxford Business Law Blog*. <https://blogs.law.ox.ac.uk/oblb/blog-post/2022/11/english-court-rekindles-debate-form-interim-measures-english-seated>
- Hume, D. (2002). *A Treatise of Human Nature*. <https://www.gutenberg.org/files/4705/4705-h/4705-h.htm>
- Kleinheisterkamp, J. (2023). The Myth of Transnational Public Policy in International Arbitration. *The American Journal of Comparative Law*, 71(1), 98-141. <https://doi.org/10.1093/ajcl/avad021>
- Lalive, P. (1987). Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration. Em P. Sanders (Ed.), *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration, ICCA Congress Series* (Volume 3, pp. 258-318). Kluwer Law International. [https://www.lalive.law/data/publications/58\\_-\\_Transnational\\_\(or\\_Truly\\_International\)\\_Public\\_Policy\\_and\\_International\\_Arbitration\\_in\\_Comparative\\_Arbitration\\_Practice\\_and\\_Public\\_Policy\\_in\\_Arbitration\\_1986.pdf](https://www.lalive.law/data/publications/58_-_Transnational_(or_Truly_International)_Public_Policy_and_International_Arbitration_in_Comparative_Arbitration_Practice_and_Public_Policy_in_Arbitration_1986.pdf)
- Landbrecht, J. (2021). The Autonomy of Arbitration: Autonomy À Géométrie Variable. *Contemporary Asia Arbitration Journal*, 14(1), 39-82. <https://ssrn.com/abstract=3855986>
- Lessa, J. (2020). *Produção autônoma de provas e as tradições jurídicas: diálogo entre as experiências brasileira e anglo-americana* [Tese de Doutorado]. Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito.
- Mayer, P. (2001). L'arbitre international et la hiérarchie des norms. *Revue de l'Arbitrage*, 2011(2), 361-384.
- Mayer, P., Valença Filho, C. e Kharmandayan, L. (2019). Clássicos da Arbitragem: o mito da ordem jurídica de base (ou Grundlegung). *Revista Brasileira de Arbitragem*, 6(23), 253-269. [https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4927810/mod\\_resource/content/0/C1%C3%A1ssicos%20da%20Arbitragem%20-%20O%20Mito%20da%20Ordem%20Jur%C3%ADdica%20de%20Base.pdf](https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4927810/mod_resource/content/0/C1%C3%A1ssicos%20da%20Arbitragem%20-%20O%20Mito%20da%20Ordem%20Jur%C3%ADdica%20de%20Base.pdf)
- von Mehren, R. B. (1996). Burden of Proof in International Arbitration. Em A. J. van den Berg (Ed.), *ICCA Congress Series: Planning Efficient Arbitration Proceedings: The Law Applicable in International Arbitration* (Volume 7, pp. 13-130). Kluwer Law International.

- Michaels, R. (2008). The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 14(2); *Duke Law School Public Law & Legal Theory Paper*, 220. <https://ssrn.com/abstract=1259979>
- Mitidiero, D. (2020). O ónus da prova e seus inimigos. *Revista de Processo*, 45(306), 17-47.
- Nieva-Fenoll, J. e Pereira, F. S. (2022). Ónus da Prova e Standards de Prova: duas reminiscências do passado. *Lusiada. Direito*, 27/28, 75-107.
- Neto, J. L. L. e Guandalini, B. (Eds.) (2023). *Provas e Arbitragem. Teoria, Cultura, Dogmática e Prática*. Thomson Reuters, Revista dos Tribunais.
- Paulsson, J. (1983). Delocalization of International Commercial Arbitration: When and Why it Matters. *International and Comparative Law Quarterly*, 32(1), 53-61.
- Paulsson, J. (2008). Unlawful Laws and the Authority of International Tribunals: The Lalive Lecture, Genève, May, 27, 2009. *ICSID Review: foreign Investment Law Journal*, 23(2). <https://academic.oup.com/icsidreview/article-abstract/23/2/215/656200?redirectedFrom=PDF>
- Piché, M. R. e Jalles, S. de S. (4 abril 2020). The Armeto Schedule: a Step Further to a More Efficient Document Production. *Kluwer Arbitration Blog*. <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/04/04/the-armesto-schedule-a-step-further-to-a-more-efficient-document-production/>
- Pinheiro, L. L. (2017). *The Confluence of Transnational Rules and National Directives as the Legal Framework of Transnational Arbitration (updated version)*. [https://www.arbitragem.pt/xms/files/Estudos\\_da\\_APA/legal-framework-of-arbitration-luis-lima-pinheiro.pdf](https://www.arbitragem.pt/xms/files/Estudos_da_APA/legal-framework-of-arbitration-luis-lima-pinheiro.pdf)
- Rabello, A. M. (2004). Non liquet: from Modern Law to Roman Law. *Annual Survey of International & Comparative Law*, 10, 1-25.
- Sachs, K. (2010). *Experts: Neutrals or Advocates, with the assistance of Dr. Nils Schmidt-Abrendts*. [https://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/02\\_TEXTOS\\_ARBITRAGEM/01\\_Doutrina\\_Scolars-Texts/evidence/experts\\_icca\\_2010\\_sachs.pdf](https://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/02_TEXTOS_ARBITRAGEM/01_Doutrina_Scolars-Texts/evidence/experts_icca_2010_sachs.pdf)
- Silva, P. C. (no prelo). *Accord des parties sur la procédure ou décision des arbitres: la piège de Francfort et la petrification d'un processus souhaitablement ductile*, no prelo
- Silva, P. C. (1992). Anulação e recursos da decisão arbitral. *Revista da Ordem dos Advogados*, 52(3), 893-1008. <https://portal.oa.pt/upl/%7B1aa6c623-9631-4f92-a89c-9c1a16323787%7D.pdf>. Publicado in *Estudos de Arbitragem* (Volume I, pp. 469-574). Almedina.
- Silva, P. C. (2009). *A nova face da justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias. relatório sobre o conteúdo, programa e métodos de ensino*. Coimbra Editora.
- Silva, P. C. (2010). O custo da Justiça. *Cadernos de Direito Privado*, 1, Especial Dezembro de 2010, 57-75
- Silva, P. C. (2011). Legalidade das formas de processo e gestão processual ou as duas faces de Janus. *Revista de Informação Legislativa*, 48(190), 137-149.
- Silva, P. C. (2012). Cautela e certeza: breve apontamento acerca do proposto regime de inversão do contencioso na tutela cautelar. Em *Debate A Reforma do Processo Civil* (pp. 139-149). Sindicato dos Magistrados do Ministério Público.
- Silva, P. C. (2022a). A decisão arbitral entre o acto e o negócio. *Católica Law Review*, 6(2), 113-128. <https://revistas.ucp.pt/index.php/catolicallawreview/article/view/11414>
- Silva, P. C. (2022b). Arbitration, Jurisdiction and Culture: Apropos the Rules of Prague. Em P. Silva, *Estudos de Arbitragem* (vol. 1, pp. 459-464). Almedina.
- Silva, P. C. (2022c). Constitucionalidade e arbitragem: controlo de constitucionalidade por tribunais arbitrais e controlo de constitucionalidade de decisões arbitrais. Em P. Silva, *Estudos de Arbitragem* (vol. 1, pp. 87-105). Almedina.
- Silva, P. C. (2022d). Online Dispute Resolution and the Virtual Hearings: Six Characters in Search of an Author. Em P. Silva, *Estudos de Arbitragem* (vol. 1, pp. 107-118). Almedina.
- Silva, P. C. (2022e). *Responsabilidade por conduta processual. Litigância de má fé e tipos especiais*. Almedina.
- Silva, P. e Reis, N. (2019). *Efeitos lícitos da prova ilícita em processo estadual e arbitral*. AAFDL.
- Sharpe, J. K. (2006). Drawing Adverse Inferences from the Non-production of Evidence. *Arbitration International*, 22(4), 549-572. [https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/parties\\_publications/C3765/](https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/parties_publications/C3765/)

- Respondent%27s%20Rejoinder%20%28redacted%20per%20PO10%29/Pi%20C3%A8ces%20juridiques/RL-0110.pdf*
- Singarajah, F. (17 janeiro 2020). Cultural Differences in International Arbitration. *Practical Law Arbitration Blog*. <http://arbitrationblog.practicallaw.com/cultural-differences-in-international-arbitration/>
- Stone Sweet, A. (2006). The New Lex Mercatoria and Transnational Governance. *Journal of European Public Policy*, 13(5), 627-646. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1569352](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1569352)
- Taruffo, M. (2014). *A motivação da sentença civil* (trad., Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor Paula Ramos). Marcial Pons.
- Taruffo, M. (25 junho 2018). *Inferencias fácticas en las decisiones judiciales*. [Vídeo]. <https://www.youtube.com/watch?v=AMeaQyAkdcI>
- Thaman, S. C. (2011). Should Criminal Juries Give Reasons for Their Verdicts?: The Spanish Experience and the Implications of the European Court of Human Rights Decision in Taxquet v. Belgium. *Chicago-Kent Law Review*, 86(2), 613-668. [https://scholarship.kentlaw.iit.edu/ccklawreview/vol86/iss2/8/?utm\\_source=scholarship.kentlaw.iit.edu%2Fcklawreview%2Fvol86%2Fiss2%2F8&utm\\_medium=PDF&utm\\_campaign=PDFCoverPages](https://scholarship.kentlaw.iit.edu/ccklawreview/vol86/iss2/8/?utm_source=scholarship.kentlaw.iit.edu%2Fcklawreview%2Fvol86%2Fiss2%2F8&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages)
- Theofrastous, T. C. (1999). International Commercial Arbitration in Europe: Subsidiary and Supremacy in Light of the De-localization Debate. *Case Western Reserve Journal of International Law*, 31(2), 455-493. <https://core.ac.uk/download/pdf/214079184.pdf>
- Waincymer, J. (2012). *Procedure and Evidence in International Arbitration*. Wolters Kluwer.
- Whitman, J. Q. (2008). *The Origins of Reasonable Doubt: Theological Roots of the Criminal Trial*. Yale University Press.

## Soft Law & Outras fontes de informação

- Australian Center for International Commercial Arbitration. ACICA Practice & Procedures Board [ACICA] (2020). *Explanatory Note: Memorials or Pleadings?* [https://acica.org.au/wp-content/uploads/2020/08/ACICA-Explanatory-Note\\_-\\_Memorials-or-Pleadings.pdf](https://acica.org.au/wp-content/uploads/2020/08/ACICA-Explanatory-Note_-_Memorials-or-Pleadings.pdf)
- ELI-UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure: from transnational principles to European rules of civil procedure (2020). [https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user\\_upload/p\\_eli/Publications/200925-eli-unidroit-rules-e.pdf](https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/200925-eli-unidroit-rules-e.pdf)
- Glencore Finance (Bermuda) Limited v. Plurinational State of Bolivia, case no. 2016-39, Permanent Court of Arbitration [PCA]. <https://italaw.com/cases/documents/7787>
- International Bar Association [IBA] (2020). *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*. <https://www.ibanet.org/resources>
- International Centre for Settlement of Investment Disputes [ICSID] (2016). *Draft procedural order no. 1*. <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Draft%20Procedural%20Order%20No%201.pdf>
- International Chamber of Commerce [ICC] (2021). *2021 Arbitration Rules*. <https://iccwbo.org/dispute-resolution/dispute-resolution-services/arbitration/rules-procedure/2021-arbitration-rules/>
- International Council for Commercial Arbitration [ICCA] (2015). *ICCA Checklist First procedural order*. [https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media\\_document/07042015\\_icca\\_checklist\\_first\\_procedural\\_order\\_a5\\_qr\\_final.pdf](https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/07042015_icca_checklist_first_procedural_order_a5_qr_final.pdf)
- Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional (2011). [https://dgpj.justica.gov.pt/Portals/31/Edi%20C3%A7%20C3%B5es%20DGPJ/Lei-modelo\\_uncitral.pdf?ver=BNXecmWCrR-Qkw6nwQRHOYQ%3D%3D](https://dgpj.justica.gov.pt/Portals/31/Edi%20C3%A7%20C3%B5es%20DGPJ/Lei-modelo_uncitral.pdf?ver=BNXecmWCrR-Qkw6nwQRHOYQ%3D%3D)
- London School of Economics and Political Science [LSE] (23 maio 2012). *Unlawful Laws: how far can arbitrators go?: 3rd LSE Arbitration Debate*. <https://www.lse.ac.uk/lse-player?id=1486>
- PT Ventures SGPS S.A. v. Vidatel Ltd., Mercury - Serviços de Telecomunicações S.A. and Geni SA, Case No. 21404/ASM/JPA (C-21757/ASM), International Chamber of Commerce [ICC]. <https://jusmundi.com/en/document/decision/en-pt-ventures-sgps-s-a-v-vidatel-ltd-mercury-servicos-de-telecomunicacoes-sarl-and-geni-sarl-judgment-of-the-high-court-of-justice-of-the-british-virgin-islands-thursday-13th-august-2020>

*Rules on Conduct of the Taking of Evidence in International Arbitration (The Prague Rules)* (2018). <https://praguerules.com/upload/medialibrary/9dc/9dc31ba7799e26473d92961d926948c9.pdf>

*Sociétés BKMI et Siemens v Société Dutco*, Cour de Cassation (1ère Chambre Civile), 7 de Janeiro de 1992

*Taxquet v. Belgium*, n° 926/05, European Court of Human Rights, 16 November 2010 <https://www.legal-tools.org/doc/a77480/pdf>

United Nations Commission on International Trade Law [UNCITRAL] (2016). *Notes on Organizing Arbitral Proceedings*. <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/arb-notes-2016-e.pdf>



## APUNTES PARA UNA LÓGICA DE LA PRUEBA EN EL DERECHO\*

Pablo E. Navarro

Lisbon Legal Theory, Lisbon Public Law, University of Lisbon  
CONICET, Argentina.  
[pabnav@hotmail.com](mailto:pabnav@hotmail.com)

Jorge L. Rodríguez

University of Mar del Plata, Argentina.  
[jorgerodriguez64@yahoo.com](mailto:jorgerodriguez64@yahoo.com)

**RESUMEN:** Pese al auge actual de los desarrollos teóricos respecto de la prueba de los hechos en el derecho, constituye todavía una asignatura pendiente el reconstruir adecuadamente una lógica de la prueba. En el presente trabajo se presentarán algunas ideas preliminares para una reconstrucción semejante. Suponiendo ya cumplida la producción y valoración de ciertos elementos de prueba en un proceso, se explorarán cuáles resultarían candidatos adecuados para tomar como principios básicos de una lógica de la prueba, examinando las similitudes y diferencias del sistema resultante con otros sistemas de lógicas modales con los que guarda analogías, en particular la lógica alética, la lógica deontica, la lógica epistémica y la lógica de la verdad.

**PALABRAS CLAVE:** lógica de la prueba, lógica modal, razonamiento probatorio, epistemología jurídica, consecuencia lógica.

---

\* Diferentes versiones de este trabajo fueron presentadas en la Universidad de Girona (España) y en la Universidad Diego Portales (Chile). Los comentarios de los participantes de esas reuniones fueron de gran importancia para avanzar en esta investigación. Agradecemos también las observaciones y sugerencias de Loreto Navarro, Flavia Carbonell, Giovanni B. Ratti, José Juan Moreso, Jordi Ferrer, Diego Dei Vecchi, María Laura Manrique y Edgard Aguilera.

## NOTES FOR A LOGIC OF EVIDENCE IN LAW

**ABSTRACT:** Despite the current theoretical developments regarding the proof of facts in law, it is still an open problem to offer an adequate reconstruction of a logic of evidence. This paper presents some preliminary ideas for such a reconstruction. Starting from the assumption that the production and evaluation of certain evidence in a legal process has already been completed, it examines which candidates would be suitable as basic principles for a logic of evidence. The similarities and differences of the resulting system with other modal logic systems with which it appears to have analogies, in particular alethic logic, deontic logic, epistemic logic, and the logic of truth, are examined.

**KEYWORDS:** logic of evidence, modal logic, evidential legal reasoning, legal epistemology, logical consequence.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.— 2. LOS PRINCIPIOS BÁSICOS DE UNA LÓGICA DE LA PRUEBA.— 3. LÓGICA DE LA PRUEBA Y OTROS SISTEMAS MODALES.— 4. SEMÁNTICA DE MUNDOS POSIBLES Y ESTÁNDARES DE PRUEBA.— 5. LEYES DE DISTRIBUCIÓN, TAUTOLOGÍAS Y UNA PROPUESTA DE AXIOMATIZACIÓN.— 6. CONCLUSIONES.— BIBLIOGRAFÍA.

### 1. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo es elaborar las bases de una lógica de enunciados probatorios (en adelante *lógica de la prueba*, LP) y explorar sus analogías y diferencias con otras lógicas modales<sup>1</sup>. A diferencia de otros enfoques formales, que se ocupan de la prueba en términos de inducción o probabilidad con el propósito de determinar la justificación racional de un cierto enunciado fáctico<sup>2</sup>, pretendemos mostrar qué relaciones lógicas se verifican entre enunciados probatorios. En otras palabras, nuestro interés es analizar los compromisos racionales que se asumen al admitir que está probado un cierto enunciado en un determinado proceso judicial.

Esta perspectiva nos lleva a: *i*) analizar si existen leyes específicas de la lógica de la prueba que sean diferentes de otras lógicas; *ii*) considerar en qué sentido es plausible

<sup>1</sup> Este enfoque de las relaciones entre lógica y prueba no debe confundirse con las propuestas de Wigmore (1913a; 1913b) que, en los mismos años del nacimiento de la moderna lógica modal, acuñó la expresión «logic of evidence» en sus influyentes estudios. Esta expresión ha sido rescatada por la llamada New Evidence Scholarship, que utiliza la expresión «logic of evidence» para —en palabras de Twining (2006, p. 193)— ocuparse «... de la validez, solidez y adecuación de los argumentos como base racional para la persuasión hacia la toma o justificación de una decisión o conclusión sobre una cuestión de hecho». Para una breve presentación de la historia y del papel que desempeña la denominada «logic of evidence», véase Ho (2001).

<sup>2</sup> Entre muchos otros, véase, por ejemplo, Cohen (1977). Acerca de estos diversos campos de la lógica de la prueba, véase Anderson *et al.* (2005, pp. 98 y ss.).

admitir como jurídicamente probados enunciados tautológicos<sup>3</sup> y *iii*) examinar si las consecuencias lógicas de los enunciados probatorios también deben considerarse jurídicamente probadas.

En gran medida, la adecuación y utilidad de una lógica de la prueba depende de consideraciones sustantivas acerca de la naturaleza de la prueba y el razonamiento probatorio. A efectos de limitar nuestro universo de discurso asumiremos en este trabajo los postulados principales que caracterizan a la denominada *concepción racionalista de la prueba*. De acuerdo con esta, la justificación de la prueba de un enunciado debe regirse por los criterios de racionalidad epistémica general<sup>4</sup>.

Por «enunciado probatorio» entendemos un enunciado de la forma «Está probado que  $p$ » (en adelante,  $Pp$ ). La variable  $p$  representa una proposición<sup>5</sup>, que puede ser considerada el *contenido* del enunciado probatorio  $Pp$ <sup>6</sup>. La expresión «Está probado...» es un operador proposicional en el sentido de que, al añadirse el prefijo «Está probado» a una determinada proposición  $p$ , se genera *otra* proposición diferente (la proposición  $Pp$ ) y esta última también puede combinarse por medio de las conectivas lógicas usuales<sup>7</sup>.

Los enunciados probatorios que analizaremos son aquellos que cumplen con las siguientes tres características: *objetividad, independencia y definitividad*.

*1) Objetividad:* Un enunciado probatorio es *objetivo* en la medida en que sus valores de verdad no dependen de las creencias de los participantes en el proceso (por ejemplo, jueces, abogados, etc.). Más bien, su verdad o falsedad depende exclusivamente de los datos que las partes han introducido en el proceso, y que sirven de base o fundamento para el enunciado probatorio. En este sentido, los jueces pueden cometer errores al valorar las pruebas y al determinar los hechos relevantes del caso, aunque sus decisiones sean definitivas en el marco del proceso<sup>8</sup>. En otras

<sup>3</sup> El sentido usual de «probar una tautología» se corresponde con una demostración formal. No es ese, desde luego, el sentido que aquí estamos considerando sino, como se indica más adelante, el de justificar su admisibilidad en el marco de un proceso judicial.

<sup>4</sup> *Cf.* Accatino (2019).

<sup>5</sup> Con el fin de simplificar la presentación de nuestras ideas, no abordaremos aquí las diferencias entre enunciados y proposiciones; más bien usaremos ambas expresiones de manera intercambiable. Para un enfoque «deflacionario» de las proposiciones similar al que se adopta aquí, véase von Wright (1984, pp. 14-25).

<sup>6</sup> Una proposición genérica (por ejemplo, «el confinamiento produce depresión») o una proposición individual (por ejemplo, «Bruto mató a César»). De ahora en adelante, a menos que sea importante abordar explícitamente esta ambigüedad, se confiará en que la información contextual es suficiente para aclarar la indeterminación. Al respecto, véase von Wright (1963, pp. 22-25).

<sup>7</sup> Por supuesto, esta concepción de los enunciados probatorios podría ser cuestionada. Por ejemplo, sería posible argumentar que tales declaraciones son solo formas transpuestas o elípticas de referirse a otras cosas que están relacionadas con  $p$ . En este sentido, aunque  $Pp$  parece atribuir a  $p$  una cierta característica, de hecho, estaría subrayando que otras proposiciones están en una relación de fundamentado con respecto a  $p$ . (Carnap, 1937, p. 312).

<sup>8</sup> Este concepto de objetividad es, por así decirlo, de naturaleza *semántica* y básicamente refiere a que el enunciado  $E$  es acerca de un cierto hecho (fenómeno, estado de cosas, etc.) y no acerca de un

palabras, una *reconstrucción objetiva* de los enunciados probatorios no pretende tener en cuenta las creencias reales de los jueces u otros miembros del proceso (por ejemplo, los jurados en un proceso penal). El valor de verdad de la declaración probatoria *Pp* depende exclusivamente de si hay razones suficientes (es decir, razones incorporadas en el proceso) a favor de la proposición que es el contenido del enunciado probatorio<sup>9</sup>.

2) *Independencia*: El valor de verdad de un enunciado probatorio como *Pp* es independiente de la verdad o falsedad de *p*. Aun suponiendo que el propósito primordial de la actividad probatoria en un proceso judicial sea la determinación de la verdad, dicha actividad debe considerarse como *el medio* por el cual se busca determinar la verdad en el derecho, y debido a las limitaciones de tales medios, no se puede garantizar que se logre el fin<sup>10</sup>. Por lo tanto, debe rechazarse la existencia de una relación conceptual entre prueba y verdad, en el sentido de que esta última no es una condición necesaria ni suficiente de la primera. Podría suceder que una proposición verdadera no haya sido probada en el proceso y, a su vez, que una proposición falsa haya sido probada jurídicamente. Por consiguiente, una concepción racionalista del razonamiento probatorio rechaza que los enunciados probatorios aceptados por los jueces sean *constitutivos* de su verdad, o que ejemplifiquen una suerte de «verdad formal» que pueda oponerse a otra «verdad material»<sup>11</sup>.

3) *Definitividad*: En un procedimiento jurídico se introducen varios enunciados probatorios que tienen por objeto servir de base para una decisión final. Estos enunciados probatorios reflejan una *evaluación parcial* de ciertos elementos introducidos en el proceso. Sin embargo, las disputas sobre las pruebas fácticas terminan con un enunciado probatorio definitivo en el marco de ese proceso, que se obtiene de la evaluación de todo el cuerpo de pruebas relevantes en un determinado juicio<sup>12</sup>. Por lo tanto, se dirá que un enunciado probatorio como *Pp* es *definitivo* cuando se obtiene después del balance de razones a favor o en contra de *p*. Estos enunciados probatorios *presuponen i)* la verdad de otras proposiciones que conforman el contexto probatorio y *ii)* que el equilibrio de elementos de juicio a favor de *p* y en contra de *p* se inclina en el primer sentido. Más allá de la importancia de las declaraciones intermedias o provisionales, aquí solo nos interesa analizar los enunciados probatorios definitivos (concluyentes) formulados por los jueces<sup>13</sup>.

---

aspecto de quien afirma o niega ese enunciado *E*. Al respecto, véase Marmor (2001, p. 113-116).

<sup>9</sup> *Cfr.*, por ejemplo, Ferrer Beltrán (2005, p. 43-44).

<sup>10</sup> *Cfr.* Taruffo (2002, p. 84-87); Ferrer Beltrán (2005, p. 31).

<sup>11</sup> Por supuesto, esta tesis es negada por quienes sostienen que la decisión judicial «constituye» los hechos del caso y establece una suerte de «verdad judicial». Véase, por ejemplo, Kelsen (1979, p. 248).

<sup>12</sup> Entre otros, véase Taruffo (2002, pp. 24-28, 72 y ss.). Una distinción similar es introducida por Ferrer Beltrán (2005, p. 29), quien diferencia entre dos sentidos de «prueba», a saber, como un «resultado parcial» y como un «resultado conjunto».

<sup>13</sup> Es preciso aclarar que en materia probatoria debería distinguirse —en analogía con la distinción entre una genuina *lógica de normas* y una *lógica de proposiciones normativas* (Alchourrón, 1969)— entre una genuina *lógica de la prueba*, que trata de reconstruir la racionalidad de la actividad probatoria o, si

Estas tres características de los enunciados probatorios son un criterio de selección de elementos de un conjunto bastante heterogéneo que los juristas (especialmente los jueces) utilizan en el marco de un proceso específico para justificar una determinada solución. La consideración de esas características como definitorias de la clase de enunciados probatorios aptos para una lógica de la prueba deja abierto el camino a ulteriores (y necesarios) refinamientos, que no pueden ser emprendidos en este trabajo<sup>14</sup>. Estos refinamientos pueden provenir de diversas fuentes como, por ejemplo, *i*) los desarrollos contemporáneos en epistemología sobre las relaciones entre conocimiento, creencia, verdad y justificación y *ii*) la misma práctica jurídica<sup>15</sup>. En otras palabras, una lógica de la prueba en el derecho es, por así decirlo, un territorio intermedio entre los desarrollos filosóficos sobre epistemología y lógica y las restricciones institucionales propias a la búsqueda de la verdad que se encuentran en el ámbito de la prueba jurídica.

## 2. LOS PRINCIPIOS BÁSICOS DE UNA LÓGICA DE LA PRUEBA

En cualquier reconstrucción formal de una disciplina es importante comprender qué verdades lógicas específicas encontramos en cada uno de esos dominios. Al respecto, refiriéndose a la lógica deóntica, von Wright (1951a, p. 5) señala que «... la existencia de verdades lógicas que son peculiares a los conceptos deónticos es lo que hace interesante al estudio de la lógica deóntica». De manera similar, es posible analizar las particularidades de la lógica del razonamiento probatorio.

El razonamiento acerca de la prueba de la verdad de un enunciado en general, y de la prueba jurídica en particular, presenta aspectos peculiares que van más allá de la lógica clásica (*i.e.*, proposicional o de predicados). La más destacada de estas particularidades es la *distancia conceptual* entre prueba y verdad. Mientras que en las disciplinas formales una «prueba» de un teorema implica la demostración de su verdad, en el

---

se quiere, las relaciones entre las modalidades probatorias, y una *lógica de proposiciones probatorias* —entendiendo por proposición probatoria una proposición descriptiva de la pertenencia de un enunciado probatorio a un cierto sistema probatorio ( $Pp \in S$ )—, que intentaría desarrollar las consecuencias de ciertos enunciados probatorios efectivamente existentes, sean ellos racionales o no. Esos dos cálculos no resultan necesariamente equivalentes. Aquí solo nos ocuparemos de lo primero.

<sup>14</sup> Al respecto, véase en las conclusiones una sugerencia para desarrollar una lógica de los enunciados probatorios que debilita la exigencia de definitividad.

<sup>15</sup> La bibliografía relevante en cada uno de estos aspectos es considerable y mencionar tan siquiera la de los últimos años es una suerte de quimera. Una crítica a la objetividad de los enunciados probatorios surge de, por ejemplo, los enfoques contextualistas (Cohen, 1986, 1988, 1999, 2000; DeRose, 1992, 2002) y pragmáticos (o «*pragmatic encroachment*») (Fantl y McGrath, 2002, 2007, 2009; Hawthorne 2004; Hawthorne y Stanley, 2008; Stanley, 2005). Distinciones similares —también con bibliografía importante— pueden trazarse sobre la independencia y definitividad de los enunciados probatorios. Acerca de la independencia de los enunciados probatorios, véase, por ejemplo, Blome-Tillmann (2017); Duff (2007); Littlejohn (2020, 2021); Moss (2022); Pardo (2010).

ámbito jurídico es usual admitir que la prueba de un determinado estado de cosas no garantiza su verdad. Por esa razón, el eje central de la reconstrucción formal del razonamiento probatorio en el derecho tiene que reconocer la posibilidad de que carezcamos de una prueba para un enunciado  $p$  y su negación ( $\sim p$ )<sup>16</sup>. A su vez, esta posibilidad muestra la plausibilidad de distinguir entre una negación «interna» y una negación «externa» de los enunciados probatorios, es decir, entre afirmar que está probado que  $p$  es falso ( $P\sim p$ ) y afirmar que no está probado que  $p$  es verdadero ( $\sim Pp$ )<sup>17</sup>.

A continuación, intentaremos sistematizar algunos de los aspectos más relevantes de estas distinciones a partir de tres ideas intrínsecamente relacionadas.

En primer lugar<sup>18</sup>, considérese la ley de tercero excluido de la lógica clásica: para toda proposición  $p$  vale que  $p$ , o bien su negación ( $\sim p$ ), es verdadera, esto es,  $(p \vee \sim p)$  es una fórmula que expresa una verdad lógica. En una lógica acerca de la prueba, la adición a nuestro lenguaje del operador  $P$  permite analizar, por ejemplo, cuál de las siguientes traducciones del principio de tercero excluido al ámbito probatorio es admisible y cuáles serían las relaciones entre ellas.

- (1)  $Pp \vee \sim Pp$                       (3)  $Pp \vee P\sim p$   
 (2)  $P(p \vee \sim p)$                     (4)  $Pp \vee \sim P\sim p$

De estas cuatro expresiones, (1) expresa sin dudas una verdad lógica porque se trata de una aplicación directa de la lógica proposicional a la lógica de la prueba: cualquier enunciado, incluso un enunciado probatorio ( $Pp$ ) o bien es verdadero o bien no es verdadero<sup>19</sup>. Por otra parte, como se examinará en profundidad más adelante, también (2) debería admitirse como una ley de la lógica de la prueba. Por el contrario, (3) debería descartarse como verdad lógica de  $LP$ . La razón es que parecería necesario admitir en una lógica de la prueba que con respecto a cualquier proposición  $p$  podría ocurrir que no esté probado ni que  $p$  es verdadera ni que  $p$  es falsa. La fórmula (4) resulta igualmente inadmisibles porque ella es proposicionalmente equivalente a  $Pp \rightarrow P\sim p$ , lo que equivaldría a sostener que la prueba de la verdad de una proposición implica la prueba de su falsedad, algo que parece absurdo. Es más, si (4) se admitiera como una ley lógica en  $LP$ , dado que como luego veremos  $Pp$  implica  $\sim P\sim p$ , de ello se seguiría que (4) equivale a  $\sim P\sim p$ <sup>20</sup>. En consecuencia, admitir la validez de (4) conjuntamente con la validez de (3) llevaría a la absurda consecuencia de que toda proposición  $p$  debería considerarse trivialmente probada.

<sup>16</sup> El aparato formal que utilizaremos es simple y solo requiere familiaridad con los rudimentos de la lógica proposicional y la lógica modal. En adelante usaremos las conectivas lógicas usuales:  $\sim$  para la negación;  $\wedge$  para la conjunción;  $\vee$  para la disyunción;  $\rightarrow$  para el condicional material y  $\leftrightarrow$  para el bicondicional. Del mismo modo, utilizaremos las letras mayúsculas  $N$ ,  $M$ ,  $O$  y  $PE$  para representar los operadores modales aléticos y deónticos usuales (necesidad, posibilidad, obligación, permisión).

<sup>17</sup> Al respecto, véase Ferrer Beltrán (2005, p. 37).

<sup>18</sup> Seguimos aquí una introducción similar a la que efectúan para la lógica epistémica van Ditmarsch *et al.* (2015, pp. 2-3).

<sup>19</sup> En contra de atribuir valores de verdad a los enunciados de prueba, véase Dei Vecchi (2014).

<sup>20</sup> Es una tautología de la lógica proposicional que  $(p \rightarrow q) \rightarrow ((p \vee q) \leftrightarrow q)$ .

En segundo lugar, un análisis de los principios básicos de una lógica de la prueba debe reconocer que existe una *distancia* entre prueba y verdad, en el sentido de que debe considerarse consistente a un enunciado como<sup>21</sup>:

$$(5) p \wedge \sim Pp$$

Esto es, debe admitirse la posibilidad de que, pese a que una proposición sea verdadera, de acuerdo con la evidencia producida en un proceso no esté probada. Incluso debería considerarse que también es consistente:

$$(6) p \wedge P\sim p$$

Es decir, una proposición puede ser verdadera y, no obstante, de acuerdo con la evidencia producida en un proceso, estar justificado aceptar como probado que es falsa (o, equivalentemente, que una proposición puede ser falsa y, no obstante, estar justificado dentro de un proceso considerar probado que es verdadera)<sup>22</sup>.

Finalmente, como ya se dijo, una idea que parece muy plausible pensando en la reconstrucción de una lógica de la prueba es que, si se encuentra probada la verdad de cierta proposición, no puede también estar probada su falsedad, y si está probada su falsedad, no puede también estar probada su verdad:

$$(7) Pp \rightarrow \sim P\sim p$$

$$(8) P\sim p \rightarrow \sim Pp$$

Por simple lógica proposicional (7) es equivalente a:

$$(9) \sim(Pp \wedge P\sim p), \text{ y a}$$

$$(10) \sim Pp \vee \sim P\sim p$$

La fórmula (9) expresa que no es admisible tener por probada tanto la verdad como la falsedad de una misma proposición  $p$ , en tanto que (10) expresa que o bien no está probada la verdad o bien no está probada la falsedad de una proposición  $p$ . Por otra parte, también por simple lógica proposicional deberían admitirse:

$$(1) Pp \vee \sim Pp, \text{ y}$$

$$(11) \sim(Pp \wedge \sim Pp)$$

En otras palabras, (1) expresa que un enunciado probatorio o bien es verdadero o bien es falso, y (11) que un mismo enunciado probatorio no puede ser verdadero y falso a la vez. Lo mismo vale para la prueba de la falsedad de una proposición:

$$(12) P\sim p \vee \sim P\sim p$$

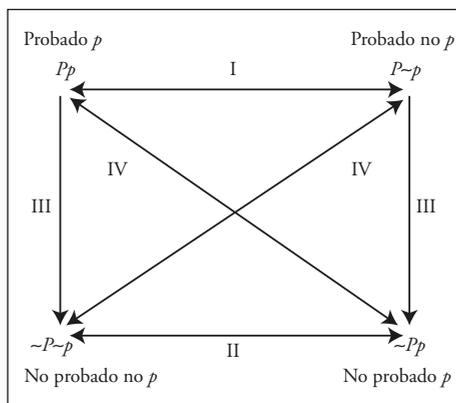
$$(13) \sim(P\sim p \wedge \sim P\sim p)$$

<sup>21</sup> La fórmula  $p \wedge \sim Pp$  es un híbrido que podría cuestionarse. Ahora solo ofreceremos un análisis informal de la intuición que esta fórmula expresa, dejando para más adelante las precisiones sobre las reglas de sintaxis de una lógica de la prueba (véase sección 5).

<sup>22</sup> Lo expuesto en el texto vale con relativa independencia de cuál sea la teoría de la verdad que se asuma.

Por lo tanto,  $Pp$  y  $\sim Pp$  (así como  $P\sim p$  y  $\sim P\sim p$ ) son contradictorios entre sí: resultan mutuamente excluyentes y conjuntamente exhaustivos.

Los principios esbozados pueden esquematizarse en el siguiente cuadro:



En este esquema, (I) expresa la relación de contrariedad ( $Pp$  y  $P\sim p$  no pueden ser ambos verdaderos, lo que está recogido en el principio [9]); (II) la relación de subcontrariedad (o bien  $\sim Pp$  o bien  $\sim P\sim p$ , lo que está recogido en el principio [10]); (III) las relaciones de subalternación ( $Pp$  implica  $\sim P\sim p$  y  $P\sim p$  implica  $\sim Pp$ , expresados en los principios [7] y [8]), y (IV) las relaciones de contradicción (expresadas en los principios [1], [11], [12] y [13]).

En resumen, las relaciones formales más intuitivas entre enunciados probatorios serían las siguientes:

1) El enunciado  $Pp$  es incompatible con el enunciado  $\sim Pp$ . Conforme a esta intuición, la conjunción de ambos enunciados ( $Pp \wedge \sim Pp$ ) no puede aceptarse en *LP*.

2) Un mismo enunciado probatorio no puede ser simultáneamente verdadero y no verdadero. De allí se sigue que los enunciados probatorios se comportan de manera similar a la lógica clásica en el sentido de que la proposición  $Pp$  y su negación  $\sim Pp$  son mutuamente excluyentes. Esto equivale a asumir  $Pp \vee \sim Pp$  como una tautología de los enunciados probatorios.

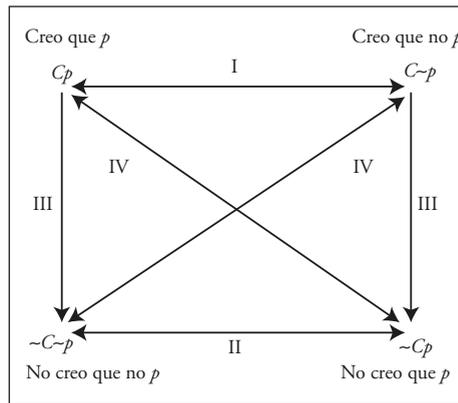
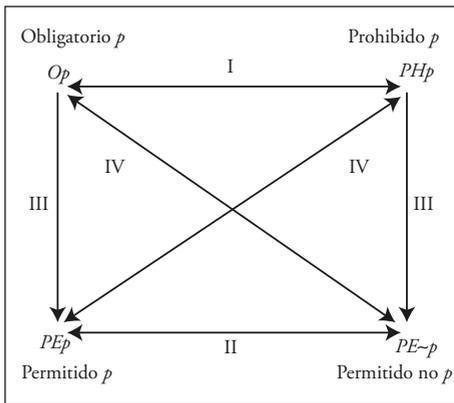
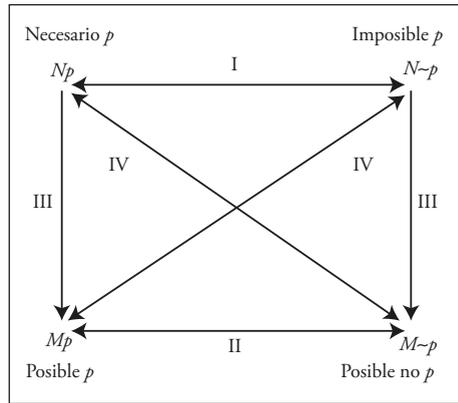
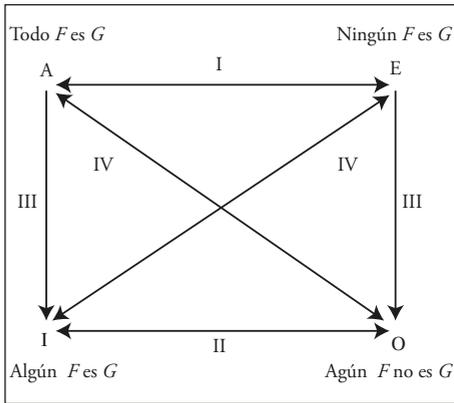
3)  $P\sim p$  es, en cierto sentido, la negación de  $Pp$  ya que ambos no pueden ser conjuntamente verdaderos. Dado que  $\sim(P\sim p \wedge Pp)$  es equivalente a  $P\sim p \rightarrow \sim Pp$ , se sigue que la negación interna de un enunciado probatorio  $p$  ( $P\sim p$ ) implica a su negación externa ( $\sim Pp$ ).

### 3. LÓGICA DE LA PRUEBA Y OTROS SISTEMAS MODALES

A partir de esta informal —y elemental— reconstrucción, es posible mostrar las profundas analogías que median entre la lógica de la prueba así concebida y otros

sistemas lógicos. Como es sabido, las mismas relaciones indicadas en el cuadro precedente se verifican entre los juicios categóricos (o enunciados cuantificados), las modalidades aléticas, las modalidades deónticas y las modalidades propias de la lógica epistémica, tanto sea respecto del operador  $C$  (meras creencias) o del operador  $K$  (conocimiento).

Estas analogías pueden ejemplificarse en los siguientes diagramas:



Las analogías que median entre los enunciados cuantificados, los conceptos modales aléticos, los deónticos y los epistémicos son tan estrechas que no parece que puedan ser el producto de una mera coincidencia, una suerte de «accidente filosófico»<sup>23</sup>. Por el contrario, es tentador asumir que existe alguna razón que las justifique. Una razonable hipótesis explicativa sería suponer que la similitud deriva de que todos estos grupos son reducibles en última instancia a un único grupo fundamental. De las distintas posibilidades, la que se ha demostrado más fructífera ha sido la reduc-

<sup>23</sup> Esas analogías fueron tempranamente advertidas por von Wright (1951b).

ción de los conceptos modales aléticos, los deónticos y los de creencias a enunciados cuantificados. Así, los enunciados modales aléticos pueden traducirse en enunciados cuantificados por medio de la idea propuesta inicialmente por Leibniz (1672/1930, p. 466) de que la verdad de un enunciado es necesaria si ese enunciado es verdadero en *todo mundo posible*, y que la verdad de un enunciado es posible si al menos *existe un mundo posible* en el cual es verdadero.

Con mayor precisión, siguiendo a Kripke (1959, 1963), puede definirse un *marco kripkeano* como una estructura compuesta por tres elementos:  $\langle M, R, V \rangle$ , donde  $M$  es un conjunto no vacío de mundos posibles,  $R$  es una relación diádica (que vincula dos elementos) de posibilidad relativa, a la que se califica usualmente como *relación de accesibilidad*, y  $V$  es una función de valuación que asigna valores de verdad al par conformado por una cierta fórmula de un lenguaje  $L$  y un elemento de  $M$ . De acuerdo con este modelo, puede decirse que  $p$  es *necesariamente* verdadero en un mundo  $m$  si y solo si para todo mundo posible  $m'$  que resulta accesible respecto de  $m$  de acuerdo con  $R$ ,  $p$  es verdadero en  $m'$ . Y  $p$  es *posiblemente* verdadero en  $m$  si y solo si existe al menos un mundo posible  $m'$  accesible respecto de  $m$  de acuerdo con  $R$ , y  $p$  es verdadero en  $m'$ <sup>24</sup>. Desde un punto de vista lógico es innecesario tomar partido sobre la naturaleza de los mundos posibles: puede concebírseles como proposiciones, estados de cosas, entidades con existencia independiente, o como modos de ser que el mundo podría haber asumido si las cosas hubiesen sido distintas de como son, entre otras posibles alternativas de interpretación<sup>25</sup>.

La idea básica para el desarrollo de un sistema de lógica deóntica sobre estas mismas bases consiste en las siguientes cláusulas de verdad para los enunciados deónticos: una norma como «Obligatorio  $p$ » ( $Op$ ) sería verdadera en un mundo  $m$  si y solo si  $p$  es verdadera en todos los mundos *deónticamente accesibles* respecto de  $m$  de acuerdo con  $R$ , y una norma como «Permitido  $p$ » ( $PEp$ ) sería verdadera en  $m$  si y solo si hay al menos un mundo deónticamente accesible respecto de  $m$  de acuerdo con  $R$  en el cual  $p$  es verdadera<sup>26</sup>. Intuitivamente, la relación de accesibilidad deóntica  $R$  puede leerse del siguiente modo: un mundo posible  $m'$  que satisface la relación  $R$  con el mundo  $m$  es tal que en él se cumple todo lo que es obligatorio en  $m$ , por lo que todos los mundos  $m'$  que satisfacen esta relación con  $m$  pueden verse como mundos *normativamente ideales* respecto de  $m$ .

<sup>24</sup> En símbolos, representando  $\forall$  el cuantificador universal,  $\exists$  el cuantificador existencial y 1 y 0 los valores de verdad verdadero y falso:

$$V(Np, m) = 1 \text{ si y solo si } \forall m'(Rmm' \rightarrow V(p, m') = 1)$$

$$V(Mp, m) = 1 \text{ si y solo si } \exists m'(Rmm' \wedge V(p, m') = 1).$$

<sup>25</sup> Cfr. Rønneidal (2010, p. 99).

<sup>26</sup> Formalmente:

$$V(Op, m) = 1 \text{ si y solo si } \forall m'(Rmm' \rightarrow V(p, m') = 1)$$

$$V(PEp, m) = 1 \text{ si y solo si } \exists m'(Rmm' \wedge V(p, m') = 1).$$

Para una aplicación de la semántica de mundos posibles a la lógica deóntica, pero sin asumir que las normas poseen valores de verdad, véase Rodríguez (2021, cap. i).

Hasta aquí todo es bien conocido. Ahora bien, ¿puede sostenerse algo similar respecto de las creencias? A partir de consideraciones de Hintikka en un clásico libro de 1962, puede proyectarse la misma idea a la lógica de creencias del siguiente modo: un agente  $a$  considera un posible número de diferentes situaciones que son consistentes con la información que posee. Siendo así, puede decirse que el agente  $a$  cree o conoce que  $p$  es verdadera si y solo si  $p$  es verdadera en todas las situaciones que considera posibles, y del mismo modo puede decirse que el agente  $a$  no cree o conoce que  $p$  es falsa si y solo si existe al menos una situación considerada posible en la que  $p$  es verdadera<sup>27</sup>.

En el caso de los enunciados de prueba, esta idea puede también recogerse de diversas maneras: una vez producida la prueba en un proceso contamos con un conjunto de evidencias producidas y podemos considerar a ciertas hipótesis como plausibles acerca de lo acontecido, en tanto que otras quedarán descartadas como implausibles. Siendo ello así, puede decirse que está probado que una proposición  $p$  es verdadera si y solo si  $p$  es verdadera en todas las situaciones concebibles que resultan consistentes con los elementos de prueba producidos, o bien en todas las hipótesis plausibles acerca de lo acontecido. Si en cambio existe una situación concebible o hipótesis plausible en la que  $p$  es falsa, no estará probado  $p$ . De igual modo, estará probado que una proposición  $p$  es falsa si y solo si es falsa en todas las situaciones concebibles que resultan consistentes con los elementos de prueba producidos, o bien en todas las hipótesis plausibles acerca de lo acontecido. Si en cambio existe una situación concebible o hipótesis plausible en la que  $p$  es verdadera, no estará probado que  $p$  es falsa.

Como es sabido, Kripke (1959, 1963) advirtió agudamente que, en la semántica de mundos posibles, exigir la satisfacción de diferentes propiedades formales respecto de la relación de accesibilidad entre mundos da lugar a diferentes sistemas lógicos. Si no se impone ninguna restricción sobre la relación de accesibilidad, el resultado que se obtiene es un sistema lógico (el sistema  $K$ ) muy débil que se caracteriza por el axioma  $\#(A \rightarrow B) \rightarrow (\#A \rightarrow \#B)$ , donde  $\#$  es cualquier operador modal. Este principio resulta válido en todos los sistemas lógicos aquí considerados<sup>28</sup>.

En el caso de la lógica modal alética, al igual que en la lógica epistémica para el operador  $K$  (conocimiento), parece natural asumir algo más fuerte: que la relación de accesibilidad es *reflexiva*:  $(\forall m (Rmm))$ , es decir, que todo mundo posible es acce-

<sup>27</sup> Cfr. Hintikka (1962) y van Ditmarsch *et al.* (2015, pp. 8-9).

<sup>28</sup> Una caracterización formalmente adecuada requiere la introducción de la definición de *marco*. Un marco es un par ordenado  $\langle M, R \rangle$ , donde  $M$  es un conjunto no vacío de mundos posibles y  $R$  es una relación de accesibilidad entre ellos. Siendo  $V$  una función de valuación definida en el marco  $\langle M, R \rangle$ , se dice que  $\langle M, R, V \rangle$  es un *modelo basado en el marco*  $\langle M, R \rangle$ . Un enunciado  $A$  es *válido en un marco*  $\langle M, R \rangle$  si y solo si es válido en todo modelo basado en ese marco, y  $A$  es *válido en una clase de marcos* si y solo es válido en todos los marcos de esa clase. Un enunciado  $A$  es *K-válido* si es válido en todo marco. La clase de los enunciados *K-válidos* coincide con la clase de los enunciados demostrables en el sistema  $K$  (cfr., por ejemplo, Zuleta [2008, pp. 78-79]).

sible a sí mismo<sup>29</sup>. Esto genera que en lógica modal alética valga el principio de que  $Np \rightarrow p$ , esto es, si una proposición es necesariamente verdadera, entonces es obviamente verdadera, y el principio de que  $p \rightarrow Mp$ , esto es, una proposición verdadera es posible. Del mismo modo, en la lógica del conocimiento valdrá el principio de que  $Kp \rightarrow p$ , es decir, si se conoce la verdad que  $p$ , entonces  $p$  es verdadera (lo cual se corresponde con la noción usual de conocimiento como creencia *verdadera* justificada), y el principio  $p \rightarrow \sim K\sim p$ , esto es, si una proposición es verdadera no podría conocerse su falsedad. La razón por la cual la reflexividad de la relación de accesibilidad entre mundos garantiza la validez de estas fórmulas es que, tomando el caso del operador de necesidad, si la verdad de  $p$  es necesaria en el mundo real, entonces  $p$  es verdadera en todo mundo posible que sea accesible al mundo real, y dado que el mundo real por reflexividad será uno de esos mundos accesibles, entonces  $p$  será igualmente verdadera en el mundo real.

En este punto, la lógica de la prueba que estamos delineando parece más próxima a la lógica deóntica y a la lógica de las creencias, dado que en ninguno de los tres casos parece razonable asumir el análogo de los principios comentados en el párrafo anterior<sup>30</sup>. Es decir, en lógica deóntica ni  $Op \rightarrow p$  (la obligatoriedad de  $p$  implica su verdad) ni  $p \rightarrow PEp$  (la verdad  $p$  implica su permisión) pueden admitirse como principios válidos; en lógica de creencias ni  $Cp \rightarrow p$  (la creencia en la verdad de  $p$  implica su verdad) ni  $p \rightarrow \sim C\sim p$  (la verdad de  $p$  implica que no creamos en su falsedad) pueden admitirse como principios válidos, y en la lógica de la prueba ni  $Pp \rightarrow p$  (si  $p$  está probada es verdadera) ni  $p \rightarrow \sim P\sim p$  (si  $p$  es verdadera no está probada su falsedad) pueden admitirse como válidos. Debido a ello, no es razonable asumir que la relación de accesibilidad en estos casos sea reflexiva. Ahora, para que en la lógica deóntica sea válido el principio de que obligatorio implica permitido ( $Op \rightarrow PEp$ ), en la lógica de las creencias valga el principio de que  $Cp \rightarrow \sim C\sim p$ , esto es, que la creencia en la verdad de  $p$  implica que no se puede creer al propio tiempo en su falsedad, y en la lógica de la prueba valga el principio de que  $Pp \rightarrow \sim P\sim p$ , es decir, que si está probada la verdad de una proposición no puede al propio tiempo estar probada su falsedad, la relación de accesibilidad entre mundos debe ser *serial*:  $(\forall m \exists m'(Rmm))$ . Esto significa que debe cumplirse que respecto de todo mundo existe al menos otro que es accesible al primero. Si no se impusiera esta condición, podría ocurrir que, por ejemplo,  $Op$  valiese en el mundo real y, no obstante, no valga  $PEp$ . Para que valga lo primero se requiere que en todo mundo posible accesible al mundo real sea verdad  $p$ . Si  $PEp$  no vale, ello significaría que no existe ningún mundo posible accesible al mundo real en el que  $p$  sea verdadera. Contrariamente a lo que podría parecer, estas dos afirmaciones son perfectamente compatibles, dado que el enunciado que afirma que para todo mundo posible accesible al mundo real  $p$  es verdadera es un enunciado

<sup>29</sup> Esto es, si se restringe la clase de marcos admisibles a aquellos en los que la relación  $R$  es reflexiva. Al respecto, véase Meyer (2001, p. 187).

<sup>30</sup> Por supuesto, como ya hemos señalado, esto no impide elaborar otras propuestas diferentes, más exigentes en su conexión entre prueba, justificación y verdad.

general y condicional, que puede resultar vacuamente verdadero si es que no hay mundos deónticamente ideales respecto del mundo real. Por eso, para que  $Op$  implique  $PEp$  se requiere asumir que respecto de todo mundo posible existe al menos un mundo posible accesible.

La serialidad de la relación de accesibilidad entre mundos posibles permite justificar la validez no solo de las relaciones de subalternación en la lógica deóntica, de las creencias y de la prueba ( $Op \rightarrow PEp$ ,  $Cp \rightarrow \sim C\sim p$  y  $Pp \rightarrow \sim P\sim p$ ), sino también las relaciones de contrariedad y subcontrariedad, pues todas ellas son proposicionalmente equivalentes entre sí, y ello se corresponde con el descubrimiento, a partir de los desarrollos de la lógica formal en la teoría de la cuantificación, de que tales relaciones valen entre los juicios categóricos bajo el presupuesto de que la clase denotada mediante el predicado  $F$  en expresiones como «Todo  $F$  es  $G$ » o «Algún  $F$  es  $G$ », no es vacía, esto es, que existe al menos un individuo que es  $F$ .

Podría considerarse la posibilidad de sistemas de lógica de la prueba más fuertes estableciendo mayores exigencias sobre la relación de accesibilidad entre mundos. Por ejemplo, si se admite como axioma el principio  $Pp \rightarrow PPPp$ , la relación de accesibilidad debería ser reflexiva y transitiva ( $\forall mmm' ((Rmm' \rightarrow Rm'm) \rightarrow Rmm)$ ). Por simplicidad evitaremos aquí considerar la posibilidad de iterar el operador  $P$ .

Finalmente, la distancia conceptual entre prueba y verdad impulsa a tratar de aclarar las analogías y diferencias con lógicas que incorporan a la noción de verdad al cálculo formal como si fuera un operador modal adicional. Esta es la propuesta desarrollada por von Wright en diversos trabajos publicados a lo largo de casi medio siglo. En su última presentación, denominada «lógicas de la verdad» (en adelante  $TL$ , por «Truth-Logic»), von Wright (1984) intenta sistematizar diversas intuiciones lógicas aparentemente en conflicto, y para ello trata de dar cuenta del problema del papel que juegan las proposiciones que carecen de valor de verdad (lógicas intuicionistas) y aquellas proposiciones que podrían ser simultáneamente verdaderas y falsas (lógicas paraconsistentes).

En su propuesta, von Wright introduce un operador  $T$  (que puede leerse como «Es verdad que ...»), que permite modalizar proposiciones ordinarias. De ese modo,  $Tp$  representa a la proposición «Es verdad que  $p$ ». Dado que la falsedad de  $p$  consiste en que su negación es verdadera,  $T\sim p$  significa «Es falso que  $p$ » y  $\sim Tp$  representa que «No es verdad que  $p$ ». Diferentes axiomas permiten caracterizar a diferentes lógicas de la verdad, pero hay un núcleo común que es el siguiente:

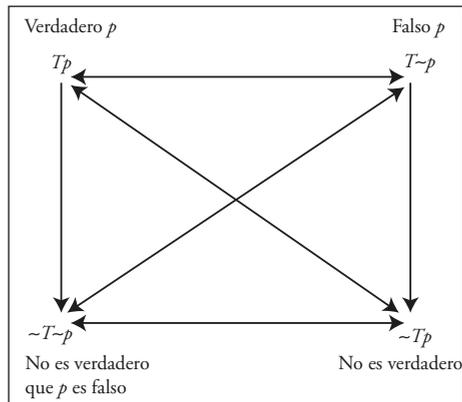
$TL_0$ ) Toda fórmula que se obtiene de las tautologías proposicionales, insertando el operador  $T$  delante de las variables proposicionales.

$$TL_1) Tp \leftrightarrow T\sim\sim p$$

$$TL_2) T(p \wedge q) \leftrightarrow Tp \wedge Tq$$

$$TL_3) T\sim(p \wedge q) \leftrightarrow T\sim p \vee T\sim q^{31}$$

También aquí es posible diseñar un cuadro de oposición, que ofrecerá distintas posibilidades según se añadan axiomas más fuertes o débiles a este núcleo común. Así, en caso de que se admita que una proposición  $p$  puede no ser verdadera ni falsa ( $\sim Tp \wedge \sim T\sim p$ ), se obtienen las relaciones de contradicción, contrariedad y subalternación características.



A su vez, si a este núcleo común se añade ( $T\sim p \leftrightarrow \sim Tp$ ), esto es, que una proposición  $p$  no es verdadera si y solo si es falsa, esa lógica de la verdad recoge todos los teoremas de la lógica clásica bivalente, y el cuadro de oposición se simplifica en la medida en que no hay razones para distinguir entre relaciones contrarias y contradictorias. Es interesante destacar que una lógica de la prueba puede recoger sin problemas la mayoría de los axiomas y teoremas de  $TL$  (que coincide sustancialmente con otros cálculos modales). Más adelante volveremos sobre ello, al analizar el papel de las tautologías y las leyes de distribución en la lógica de la prueba (véase sección 5).

#### 4. SEMÁNTICA DE MUNDOS POSIBLES Y ESTÁNDARES DE PRUEBA

Una vez que se ha dibujado una geografía de las diferentes lógicas modales y de la posible ubicación de una lógica de la prueba en este territorio formal, es importante aclarar un punto acerca de la aplicación de la semántica de mundos posibles para la lógica de la prueba. La idea de considerar que una proposición está probada si es verdadera en toda hipótesis plausible acerca de lo acontecido parece corresponderse con *uno* de los estándares de prueba que se consagran en el derecho, en particular

<sup>31</sup> Las reglas de inferencias son *i)* sustitución de variables por fórmulas; *ii)* *Modus Ponens* y *iii)* la *Regla de la Verdad*: si  $p$  es un teorema, entonces ( $Tp \wedge \sim T\sim p$ ) también es un teorema. Véase von Wright (1996, p. 74).

el más exigente y que suele imponerse en el dominio penal de que un hecho esté probado “más allá de toda duda razonable”. Pero además de este suelen reconocerse otros estándares más débiles. Ocurre que lo que se entiende por probado en un proceso depende entre otras cosas del conjunto de criterios o estándares normativamente regulados para reputar que se ha alcanzado un cierto umbral necesario a tal fin, algo que varía en diferentes tradiciones jurídicas y en distintas áreas del derecho. Estos criterios se corresponden con la exigencia de proteger determinados bienes que se ven afectados por las decisiones judiciales, en el sentido de que cuando el bien es más valioso, como ocurre en el derecho penal (donde puede estar en juego la libertad de las personas), el estándar es más exigente. En cambio, cuando el bien resulta menos relevante (como, por ejemplo, en ciertas cuestiones patrimoniales), el estándar es menos exigente. En el derecho penal estos estándares son el producto de una ponderación del riesgo de condenar a un inocente y el de absolver a un culpable, privilegiándose la opción por la segunda alternativa. En otros sectores del derecho no existe una particular preferencia acerca de si es mejor que gane una u otra parte<sup>32</sup>. Tres de los principales criterios utilizados en el derecho —discutidos ampliamente en la doctrina anglosajona o, más específicamente, norteamericana— son los siguientes:

a) el estándar «más allá de toda duda razonable», propio del dominio penal, al que suele asignarse un índice de probabilidad del 95 por cien;

b) el estándar de «las pruebas claras y convincentes», exigido en ciertos procedimientos civiles de particular relevancia, al que suele asignarse un índice de probabilidad de un 65 por cien, y

c) el estándar de «la preponderancia de la prueba», que es el criterio básico en derecho privado, al que suele asignarse un índice de probabilidad de más del 50 por cien.

Dados estos diferentes estándares de prueba, podría pensarse en evaluarlos como distintas variantes de la cuantificación antes propuesta sobre situaciones o hipótesis plausibles utilizando una lógica probabilística. Así, por ejemplo, se ha sostenido que, si  $p$  es consecuencia lógica de  $q$ , entonces  $p \wedge q$  sería verdadero en todo mundo lógicamente posible en que sea verdadero  $q$ , por lo cual si  $p$  no es consecuencia lógica de  $q$  pero tampoco es inconsistente con  $q$ , entonces  $p \wedge q$  sería verdadero solo en algunos mundos posibles en los que  $q$  es verdadero. Por eso se ha sugerido que, si existiera una métrica para mundos posibles, podría tomarse la relación entre el número de mundos lógicamente posibles en los que  $p \wedge q$  es verdadero y el número de mundos lógicamente posibles en los que  $q$  es verdadero para determinar el grado en que  $p$  apoya a  $q$ , y definir así la probabilidad de  $p$  dado  $q$ <sup>33</sup>.

Aunque desde un punto de vista estrictamente formal este enfoque parece irrefutable, resulta más que controvertible que puedan asignarse significativamente

<sup>32</sup> Cfr: LAUDAN (2006, p. 68); SCHAUER (2013, p. 219 y ss.).

<sup>33</sup> Cfr: COHEN (1989, pp. 76 y ss.).

valores numéricos al grado de apoyo que ciertos elementos de convicción aportan a una hipótesis sobre determinados hechos<sup>34</sup>. Tampoco es claro cómo podría idearse una métrica para mundos posibles, lo cual parece plantear una grave dificultad para dar cuenta de distintos estándares de prueba.

Por una parte, hemos visto que la idea de cuantificación lógica sobre mundos posibles permite explicar las notables similitudes existentes entre la lógica de la prueba y otros sistemas de lógicas modales. Adicionalmente, las diferentes propiedades que pueden satisfacer las relaciones de accesibilidad entre mundos hacen posible dar cuenta de la validez de distintos principios en esos diferentes sistemas. Pero si no contamos con otra herramienta más fina que la cuantificación lógica (que solo puede discriminar entre todos, algunos y ninguno), parecería que o bien debemos renunciar a la semántica de mundos posibles para analizar la lógica de la prueba dada la imposibilidad de la primera para distinguir diferentes estándares de prueba, o bien deberíamos concluir que existe un único estándar de suficiencia probatoria.

Una posible salida a este dilema, que solo podemos aquí sugerir muy preliminarmente, es que, incluso descartando la asignación de probabilidades matemáticas a los diferentes estándares de prueba, su discriminación podría llevarse a cabo *variando el dominio de la cuantificación lógica*. Así, Ferrer Beltrán (2021, pp. 39-40) afirma:

... que no se pueda determinar cuánto más probable es una hipótesis que otra no impide que podamos determinar si se alcanzó por alguna de ellas un determinado resultado. Así, por ejemplo, resulta distinto exigir, para dar por probada una hipótesis acusatoria, que se hayan refutado todas las hipótesis compatibles con la inocencia (sea civil o penal), o que se haya refutado la hipótesis de la inocencia sostenida por la defensa o que solo se exija que se haya refutado esa hipótesis si la defensa aportó alguna prueba favorable a la misma.

Está claro que estas tres exigencias no son equivalentes: la primera es más fuerte que la segunda y la segunda más fuerte que la tercera. Sin embargo, la diferencia no está dada aquí por el hecho de que en cada caso se exija un umbral más alto de probabilidad o confirmación de las hipótesis en juego, sino que varía el dominio de las alternativas con las que se las contrasta: a mayor amplitud de ese dominio, mayor es la exigencia de suficiencia probatoria. Del mismo modo, la diferencia entre los estándares de prueba en materia penal y civil podría explicarse considerando que, en el primer caso, la presunción de inocencia hace que no pueda dejar de confrontarse la hipótesis acusatoria con toda hipótesis plausible en la que el imputado pueda ser inocente, en tanto que en el segundo, el principio dispositivo que atribuye a las partes la delimitación de las cuestiones a discutir y su prueba, hace que resulte mucho más circunscrito el dominio de las alternativas que el juzgador puede tomar en consideración. Creemos que este camino merece ser explorado más detenidamente.

---

<sup>34</sup> Sobre la inviabilidad de apelar a pautas de probabilidad matemática para discriminar los distintos estándares de prueba, véase Ferrer Beltrán (2007, pp. 91-125; 2021, pp. 65-107). Para una crítica a la objetividad de los estándares de prueba, véase Dei Vecchi (2022).

## 5. LEYES DE DISTRIBUCIÓN, TAUTOLOGÍAS Y UNA PROPUESTA DE AXIOMATIZACIÓN

Antes hemos visto que, en el sistema de lógica modal más débil, el operador modal puede distribuirse por el condicional. En  $LP$  tendríamos:

$$(14) P(p \rightarrow q) \rightarrow (Pp \rightarrow Pq)$$

¿Sería aceptable ese axioma? Una respuesta afirmativa parece muy plausible ya que se adecua sin problemas a nuestras intuiciones: de la prueba de una afirmación condicional y la prueba de su antecedente debería poder concluirse que está probado su consecuente.

Sin embargo, Hart (1983, p. 109), al analizar las paradojas que surgen de ciertas reglas procesales específicas en el derecho anglosajón, como la regla que declara inaceptables los testimonios indirectos (regla del *hearsay*), señala:

Así, una consecuencia de la excepción bien conocida a la regla del testimonio indirecto de que la declaración es admisible como una evidencia del hecho relatado si se hace en contra de los intereses de la persona que declara, es que un tribunal puede encontrar que un hombre cometió adulterio con una cierta mujer, pero es incapaz de concluir que ella cometió adulterio con él. Un lógico podría resolver la paradoja diciendo que del hecho de que  $p$  implique  $q$  no se sigue que «está jurídicamente probado  $p$ » implica está «jurídicamente probado  $q$ ».

Ahora bien, no resulta clara la razón que llevaría a un lógico a sostener tal conclusión, más allá del intento de disolver la aparente paradoja que genera esa regla procesal. Por el contrario, una lógica de la prueba parece comprometida a aceptar la distribución del operador  $P$  por el condicional, y la paradoja surge, precisamente, cuando por aplicación de esa específica regla procesal se obtiene una conclusión contradictoria.

Admitir esta distribución conduce a aceptar también una forma fuerte de distribución del operador  $P$  por la conjunción. En otras palabras, la prueba de la conjunción de  $p$  y  $q$  equivale a la conjunción de la prueba de  $p$  y la prueba de  $q$ :

$$(15) P(p \wedge q) \leftrightarrow (Pp \wedge Pq)^{35}$$

<sup>35</sup> Si se toma como axioma  $P(p \rightarrow q) \rightarrow (Pp \rightarrow Pq)$ , de él y de la regla de inferencia según la cual si  $p \rightarrow q$  es un teorema,  $Pp \rightarrow Pq$  es un teorema, puede demostrarse  $P(p \wedge q) \leftrightarrow (Pp \wedge Pq)$ . Por lógica proposicional  $(p \wedge q) \rightarrow p$ , de modo que  $P(p \wedge q) \rightarrow Pp$ , y también  $P(p \wedge q) \rightarrow Pq$ , de lo que se sigue que  $P(p \wedge q) \rightarrow (Pp \wedge Pq)$ , con lo que se demuestra la implicación de izquierda a derecha. En cuanto a la implicación de derecha a izquierda, por lógica proposicional,  $p \rightarrow (q \rightarrow (p \wedge q))$ , de lo cual obtenemos que  $Pp \rightarrow P(q \rightarrow (p \wedge q))$ . Como  $P(p \rightarrow q) \rightarrow (Pp \rightarrow Pq)$ , podemos concluir del consecuente del condicional anterior que  $P(q \rightarrow (p \wedge q)) \rightarrow Pq \rightarrow P(p \wedge q)$ , de manera que  $(Pp \wedge Pq) \rightarrow P(p \wedge q)$ . Es interesante observar que la aceptación de esto último, es decir, la implicación de derecha a izquierda supone el rechazo del análisis de la prueba en términos de probabilidades matemáticas. En efecto, si se exigiera para considerar probado un hecho una probabilidad matemática de 0,5, y tanto  $p$  como  $q$  tuviesen una probabilidad de 0,6, ambos estarían probados. Pero la probabilidad de  $p \wedge q$  se obtiene de la

Estas leyes de distribución con respecto a la conjunción y el condicional, que son compartidas por diferentes lógicas modales, son ejemplos de tautologías o verdades lógicas en diversas reconstrucciones formales<sup>36</sup>.

La noción central de la lógica (de cualquier lógica) es la de consecuencia lógica. En la medida en que la lógica suministra un criterio de racionalidad, el rechazo de una proposición que se deduce de otras que se han aceptado previamente sería algo contrario a la *razón* (y no solo contrario a la *verdad*)<sup>37</sup>. Por ello, una concepción racionalista de la prueba parece comprometida con sostener que las consecuencias lógicas de un enunciado probatorio también están probadas.

La aceptación de que también están probadas todas las consecuencias lógicas que se siguen de un cierto enunciado probatorio es importante para analizar el papel de las tautologías, ya que una tautología es lógicamente implicada por cualquier proposición. Sin embargo, ¿es admisible tener por probadas las tautologías? Una respuesta negativa podría intentar justificarse de la siguiente manera: si la verdad de  $p$  es independiente de su prueba en un proceso judicial, entonces podría sostenerse que no es necesario comprometerse con la idea de que una tautología como, por ejemplo,  $(p \vee \neg p)$ , debe tenerse siempre por probada. Por el contrario, una respuesta afirmativa parece implícita en los sistemas de regulación normativa de la prueba en el derecho, que suelen consagrar la máxima de que los hechos notorios o evidentes no requieren prueba<sup>38</sup>. Si esto se admite, entonces con mayor razón debería admitirse que una proposición tautológica no requiere de prueba y, por ende, que todas las tautologías han de considerarse probadas. Sin embargo, es conveniente subrayar dos cosas. Por una parte, es usual señalar que las tautologías no enuncian hechos ya que no dicen nada acerca de la realidad<sup>39</sup>, de modo que la admisión de que las tautologías están jurídicamente probadas no señala que hay razones para creer que una proposición tautológica se corresponde con los hechos del mundo, sino que es una manera de poner de manifiesto que su verdad no puede ser cuestionada y que es innecesario justificar su evidencia. Por otra parte, parece claro que, aunque ciertas tautologías son verdades evidentes, no todas las consecuencias lógicas de un conjunto de premisas son fáciles de advertir (aun cuando la relación entre esas premisas y sus consecuencias

---

multiplicación de la probabilidad de  $p$  por la probabilidad de  $q$ , lo que daría para  $p \wedge q$  una probabilidad de 0,36 (véase Ferrer Beltrán [2007, pp. 115-116]).

<sup>36</sup> Agradecemos a un evaluador anónimo la observación de que la fórmula de la distribución de  $P$  en la conjunción (es decir,  $(Pp \wedge Pq) \rightarrow P(p \wedge q)$ ) podría generar consecuencias contraintuitivas cuando se toman en consideración enunciados probatorios que no versan sobre un momento temporal determinado sino sobre períodos temporales. Un desarrollo de esta idea exigiría reformular la exigencia de definitividad de los enunciados probatorios que no abordaremos aquí.

<sup>37</sup> Cfr. von Wright (2016, pp. 27-28).

<sup>38</sup> Véase, por ejemplo, el art. 281.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España, que dispone lo siguiente: «No será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general». También, por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo de España (RJ 1998/618) y (RJ 2016/1); o del Tribunal Constitucional de España TC 143/87.

<sup>39</sup> Véase, por ejemplo, la famosa proposición 4.461 del *Tractatus* de Wittgenstein (1922).

sea tautológica). Pese a ello, parece razonable mantener que las consecuencias lógicas de un enunciado probatorio también están probadas.

Por otra parte, es conveniente aceptar que las tautologías están probadas como modo de estrechar la analogía entre *LP* y las lógicas modales, en las que se aceptan como fórmulas válidas a *OT*, o *NT* (que señalan que las tautologías son obligatorias o necesariamente verdaderas). Sin embargo, la idea de que las tautologías proposicionales pueden ser transformadas en tautologías modales ha sido controvertida. En su artículo fundacional de la lógica deóntica von Wright (1951a) rechazaba en dicho dominio que los actos tautológicos sean obligatorios ( $O(p \vee \sim p)$ ) y que los actos contradictorios están prohibidos ( $PH(p \wedge \sim p)$ ), sosteniendo lo que denomina el principio de *contingencia deóntica* (un acto tautológico no es necesariamente obligatorio, y un acto contradictorio no está necesariamente prohibido). A su juicio, si bien en la lógica de las modalidades aléticas debería aceptarse como una evidente verdad lógica que una proposición tautológica es necesaria, en la lógica de las modalidades epistémicas no debería aceptarse su análogo pues una proposición podría ser tautológica sin que lo sepamos, y termina inclinándose por estimar que la lógica deóntica debería en este punto asimilarse a la de las modalidades epistémicas porque considera que ni el lenguaje ordinario ni nuestras intuiciones lógicas de sentido común suministrarían una respuesta clara sobre si debería o no aceptarse que los actos tautológicos son obligatorios.

Contra esto Soeteman (1989, pp. 101-102) ha observado que  $O(p \vee \sim p)$  equivale a  $PH(p \wedge \sim p)$ , y si se rechaza la validez de esto último entonces debería admitirse la validez de  $PE(p \wedge \sim p)$ . Pero por lógica proposicional  $q$  equivale a  $q \vee (p \wedge \sim p)$ , de modo que la fórmula  $PEq$  equivaldría a  $PE(q \vee (p \wedge \sim p))$ , de lo cual se sigue, debido a la distributividad del operador  $PE$  por la disyunción,  $PEq \vee PE(p \wedge \sim p)$ . Si esta fórmula fuese válida, también lo sería  $PEq$  por ser equivalente a ella, lo cual significaría que, si las proposiciones tautológicas no son obligatorias, cualquier acción estaría permitida. Este argumento resultaría concluyente para sostener el principio de que las tautologías son obligatorias si fuera correcto. Pero el argumento fracasa ya que es incorrecto derivar de la invalidez del principio  $O(p \vee \sim p)$  la validez de  $PE(p \wedge \sim p)$ . En verdad, lo único que se sigue de la invalidez de  $O(p \vee \sim p)$  es que su verdad es meramente contingente, esto es, que no es necesariamente verdadero, lo cual solo permite sostener que es posible que un acto contradictorio esté permitido, ( $PE(p \wedge \sim p)$ ) no que su verdad sea necesaria. De todos modos, Soeteman tiene razón al señalar que los principios deónticos según los cuales las tautologías son obligatorias y las contradicciones están prohibidas resultan enteramente inocuos dado que por razones lógicas no podemos sino obedecer tales obligaciones y prohibiciones.

En la mayoría de los sistemas modales se admite como regla de inferencia que de  $\vdash p$  se sigue  $\vdash \#p$ , siendo  $\#$  cualquier operador modal, lo que en nuestro sistema equivaldría a considerar como regla de inferencia que de  $\vdash p$  se sigue  $\vdash Pp$  (una de cuyas consecuencias es el denominado principio de hereditariadad, según el cual si  $p \rightarrow q$  es un teorema, entonces también lo es  $Pp \rightarrow Pq$ ).

Es interesante evaluar el problema de considerar probadas las tautologías con la posible distribución del operador  $P$  por la disyunción. Si se admitiera la distributividad en la forma  $P(p \vee q) \leftrightarrow (Pp \vee Pq)$ , y se sustituyese  $q$  por  $\sim p$ , obtendríamos  $P(p \vee \sim p) \leftrightarrow (Pp \vee P\sim p)$ . De ello, y de la aceptación de que toda tautología ha de considerarse probada  $P(p \vee \sim p)$ , se seguiría entonces  $(Pp \vee P\sim p)$ . Esta última expresión es la negación de  $(\sim Pp \wedge \sim P\sim p)$ . En otras palabras, si están probadas las tautologías proposicionales, conjuntamente con esta forma fuerte de distribución del operador  $P$  por la disyunción, se destruiría el espacio lógico para afirmar conjuntamente  $\sim Pp$  y  $\sim P\sim p$ , esto es, que pueda ocurrir que, respecto de una proposición cualquiera, no esté probado ni que es verdadera ni que es falsa.

Por lo tanto, es necesario abandonar  $P(p \vee q) \leftrightarrow (Pp \vee Pq)$  y buscar, como alternativa una fórmula más débil. Comencemos con la implicación de derecha a izquierda: puede demostrarse fácilmente a partir de la lógica proposicional y la regla de inferencia usualmente admitida de que si  $p \rightarrow q$  es un teorema, entonces  $Pp \rightarrow Pq$  es un teorema, que como  $p \rightarrow (p \vee q)$ , de  $Pp$  se sigue  $P(p \vee q)$  e igualmente de  $Pq$  se sigue  $P(p \vee q)$ . De modo que, si es verdadero  $Pp$  o es verdadero  $Pq$ , la regla de eliminación de la disyunción permite concluir  $P(p \vee q)$ .

Mucho más dudoso en cambio es admitir la implicación de izquierda a derecha de  $P(p \vee q) \leftrightarrow (Pp \vee Pq)$ : puede estar probado que Pablo o Juan mataron a Jorge y, no obstante, no estar probado ni que Pablo mató a Jorge ni tampoco que Juan mató a Jorge. Esta intuición, sumada a la necesidad de preservar la posibilidad conjunta de  $\sim Pp$  y  $\sim P\sim p$  y a la aceptación de la prueba de las tautologías, justifica aceptar en  $LP$  solo la siguiente forma débil de distribución de  $P$  por la disyunción:

$$(16) (Pp \vee Pq) \rightarrow P(p \vee q)$$

Si las consideraciones hechas hasta aquí son plausibles, todos los principios que hemos examinado pueden recogerse en forma axiomática en el siguiente sistema:

*Vocabulario de LP:*

- a) Variables proposicionales  $p, q, r, \dots$
- b) Operador  $P$  («Está probado que ...»)
- c) Conectivas lógicas usuales: negación ( $\sim$ ); conjunción ( $\wedge$ ); disyunción ( $\vee$ ); condicional ( $\rightarrow$ ) y bicondicional ( $\leftrightarrow$ ).

*Reglas de formación:*

- i) Una variable proposicional es una fórmula bien formada.
- ii) Una fórmula bien formada precedida por la negación es una fórmula bien formada.
- iii) Dos fórmulas bien formadas vinculadas por una conectiva diádica (conjunción, disyunción, condicional, bicondicional) constituyen una fórmula bien formada.

*iv)* Una fórmula bien formada precedida por el operador  $P$  es una fórmula bien formada<sup>40</sup>.

*Axiomas:*

$LP_0$ ) Toda tautología de la lógica proposicional.

$LP_1$ )  $P(A \rightarrow B) \rightarrow (PA \rightarrow PB)$

$LP_2$ )  $PA \rightarrow \sim P\sim A$

*Reglas de inferencia:*

R1) *Regla de sustitución:* Si  $\vdash A$ , el resultado de reemplazar uniformemente cualquier variable de  $A$  por una fórmula bien formada es un teorema.

R2) *Regla de prueba:* De  $\vdash A$  se sigue  $\vdash PA$ .

R3) *Modus Ponens:*  $A, A \rightarrow B \vdash B$ .

Lo notable es que, sustituyendo el operador  $P$  por el operador  $N$ , este sistema es equivalente al sistema  $KD$  de la lógica modal alética, y sustituyéndolo por el operador  $O$ , es equivalente al sistema estándar de lógica deóntica. Por otra parte, los teoremas derivables son similares a los de la lógica de la verdad  $TL$ , aunque en este último sistema —pero no en  $LP$ — se admite una forma fuerte de distribución del operador modal en la disyunción.

## 6. CONCLUSIONES

Hemos visto que, asumiendo los presupuestos de una concepción racionalista de la prueba, en particular el carácter objetivo, independiente y concluyente de los enunciados de prueba, los principios lógicos que parecen validar nuestras intuiciones acerca de los enunciados probatorios permiten apreciar fuertes analogías con otros sistemas modales. Incluso es posible desarrollar una semántica de mundos posibles para la lógica de la prueba que puede dar cuenta de diferentes estándares de prueba. Esta propuesta pretende capturar una base *mínima* de la lógica de la prueba. La extensión de esa base mínima puede emprenderse de diversas maneras. A modo de

---

<sup>40</sup> De acuerdo con estas reglas, las fórmulas mixtas como  $p \wedge \sim Pp$  se admiten como bien formadas. Esto, como se dijo, podría controvertirse. En la primera versión de  $TL$  (von Wright, 1984b) no se admiten fórmulas mixtas, lo que tiene su justificación en el hecho de que, una vez que se introduce en el lenguaje el operador  $T$  para representar la verdad de una proposición, una variable proposicional pura o combinación de variables proposicionales puras, esto es, no precedidas por el operador  $T$ , parecen fórmulas incompletas (esta restricción es eliminada en von Wright [1996, p. 73]). En lógica deóntica, por su parte, si se interpreta que las normas no son verdaderas ni falsas, resulta igualmente difícil admitir fórmulas que combinen expresiones modalizadas deónticamente con otras que no lo estén. En el caso de la lógica modal alética, la lógica epistémica y la lógica de la prueba, en cambio, no parecen existir justificaciones similares para excluir fórmulas mixtas, por lo cual nos hemos inclinado por la opción más inclusiva.

conclusión sugeriremos una manera de abordar esa expansión, debilitando uno de los presupuestos que hemos asociado a los enunciados probatorios: su carácter concluyente. Para ello puede adoptarse una perspectiva dinámica referida a las variaciones que pueden producirse respecto de lo que se estima probado en un proceso. Así, supongamos que se decide sobre la prueba en un cierto caso de homicidio. De acuerdo con los hechos probados, se sabe que:

- i) Está probado que Pablo o Juan mataron a Jorge  $P(p \vee q)$ , y  
 ii) Está probado que Juan no mató a Jorge  $P\sim p$

A la luz de esta información, parece natural aceptar la siguiente afirmación, que es consecuencia lógica de las dos anteriores:

- iii) Está probado que Pablo mató a Jorge  $Pq$

Ahora supóngase que con posterioridad (por ejemplo, en el marco de un recurso de revisión) se obtiene:

- iv) Está probado que Pablo no mató a Jorge  $P\sim q$

La revisión de nuestro conjunto de enunciados probatorios originales por este nuevo enunciado probatorio deja indeterminado el resultado, pues la incorporación consistente de  $P\sim q$  obliga a revisar nuestro conjunto de enunciados probatorios previos (conformado por las consecuencias de  $P(p \vee q)$  y  $P\sim p$ ) a fin de restablecer la consistencia, lo cual puede lograrse de diversos modos. La prueba de que Pablo no mató a Jorge es compatible con considerar probado que Pablo o Juan mataron a Jorge (si descartamos que esté probado que Juan no lo hizo); también es compatible con considerar probado que Juan no mató a Jorge (si descartamos que esté probado que uno u otro lo hicieron): solo resulta incompatible con las consecuencias que se siguen de considerar probadas ambas cosas. Por ello, la incorporación consistente de  $P\sim q$  a nuestro conjunto originario produce dos remanentes alternativos:

- R<sub>1</sub>)  $P\sim p$       R<sub>2</sub>)  $P(p \vee q)$   
 $P\sim q$                $P\sim q$

La consecuencia de optar por R<sub>1</sub>) es que en tal caso estaríamos descartando que se encuentre probado que Pablo o Juan mataron a Jorge; en cambio, la consecuencia de optar por R<sub>2</sub>) sería que deberíamos considerar probado que Juan fue el autor del hecho. Problemas como este sugieren que se podrían obtener interesantes proyecciones de la teoría de la revisión de creencias o de lógicas derrotables para el examen de los enunciados de prueba desde una perspectiva dinámica.

## BIBLIOGRAFÍA

- Accatino, D. (2019). Teoría de la prueba: ¿somos todos «racionalistas» ahora? *Revus*, 39, 85-102.  
 Alchourrón, C. E. (1969). Logic of Norms and Logic of Normative Propositions. *Logique et Analyse*, 12 (47), 242-268.

- Anderson, T., Schum, D. y Twining, W. (2005). *Analysis of Evidence* (2ª ed.). Cambridge University Press.
- Blome-tillmann, M. (2017). «More Likely Than Not»—Knowledge First and the Role of Bare Statistical Evidence in Courts of Law. En J. A. Carter, E. C. Gordon y B. Jarvis (Eds.), *Knowledge First: Approaches in Epistemology and Mind*. Oxford University Press.
- Cohen, L. J. (1977). *The Probable and the Provable*. Oxford University Press.
- Cohen, L. J. (1989). *Introduction to the Philosophy of Induction and Probability*. Oxford University Press.
- Cohen, S. (1986). Knowledge and Context. *The Journal of Philosophy*, 83(10), 574-583.
- Cohen, S. (1988). How to Be a Fallibilist. *Philosophical Perspectives*, 2, 91-123.
- Cohen, S. (1999). Contextualism, Skepticism, and the Structure of Reasons. *Philosophical Perspectives*, 13, 57-89.
- Cohen, S. (2000). Contextualism and Skepticism. *Philosophical Issues*, 10, 94-107.
- Dei Vecchi, D. (2014). Acerca de la fuerza de los enunciados probatorios: El salto constitutivo. *Doxa*, 37, 237-261.
- Dei Vecchi, D. (2022). «Prueba sin convicción en su justa medida. *Doxa*, 45, 337-373.
- Derose, K. (1992). Contextualism and Knowledge Attributions. *Philosophy and Phenomenological Research*, 52(4), 913-929.
- Derose, K. (2002). Assertion, Knowledge, and Context. *The Philosophical Review*, 111(2), 167-203.
- Fantl, J. y McGrath, M. (2002). Evidence, Pragmatics, and Justification. *The Philosophical Review*, 111(1), 67-94.
- Fantl, J. y McGrath, M. (2007). On Pragmatic Encroachment in Epistemology. *Philosophy and Phenomenological Research*, 75(3), 558-589.
- Fantl, J. y McGrath, M. (2009). *Knowledge in an Uncertain World*. Oxford University Press.
- Ferrer Beltrán, J. (2005). *Prueba y verdad en el derecho* (2ª edición). Marcial Pons.
- Ferrer Beltrán, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons.
- Ferrer Beltrán, J. (2021). *Prueba sin convicción*. Marcial Pons.
- Hart, H. L. A. (1983). Problems of the Philosophy of Law. En H. L. A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (pp. 88-120). Oxford University Press.
- Hawthorne, J. (2004). *Knowledge and Lotteries*. Oxford University Press.
- Hawthorne, J. y Stanley, J. (2008). Knowledge and Action. *The Journal of Philosophy*, 105(10), 571-590.
- Hintikka, J. (1962). *Knowledge and Belief: An Introduction to the Logic of the Two Notions*. Cornell University Press.
- Ho, H. L. (2001). The Legal Concept of Evidence. En E. N. Zalta (Ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, (Winter 2021 Edition). <https://plato.stanford.edu/archives/win2021/entries/evidence-legal/>
- Kelsen, H. (1979). *Teoría pura del derecho* (2ª edición). UNAM.
- Kripke, S. (1959). A Completeness Theorem in Modal Logic. *Journal of Symbolic Logic*, 24(1), 1-14.
- Kripke, S. (1963). Semantical Analysis of Modal Logic I: Normal Propositional Calculi. *Zeitschrift für Mathematische Logik und Grundlagen der Mathematik*, 9, 67-96.
- Laudan, L. (2006). *Truth, Error, and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*. Cambridge University Press.
- Leibniz, G. W. (1672/1930). *Elementa iuris naturalis*. Otto Reichl Verlag.
- Littlejohn, C. (2012). *Justification and the Truth-Connection*. Cambridge University Press.
- Littlejohn, C. (2021). Justified Belief and Just Conviction. En Z. Hoskins y J. Robson (Eds.), *The Social Epistemology of Legal Trials* (1ª ed., pp. 106-123). Routledge.
- Marmor, A. (2001). Three Concepts of Objectivity. En A. Marmor, *Positive Law and Objective Values* (pp. 112-134). Oxford University Press.
- Meyer, J. J. (2001). Epistemic Logic. En L. Globe (Ed.), *The Blackwell Guide to Philosophical Logic*. Blackwell.
- Moss, S. (2022). Knowledge and Legal Proof. En T. Szabó Gendle (Ed.), *Oxford Studies in Epistemology* (Vol. 7, pp. 176-213). Oxford University Press.
- Pardo, M. S. (2010). The Gettier Problem and Legal Proof. *Legal Theory*, 16(1), 37-57.

- Rescher, N. (2005). *Epistemic Logic. A Survey of the Logic of Knowledge*. University of Pittsburgh Press.
- Rodríguez, J. L. (2021). *Teoría analítica del derecho*. Marcial Pons.
- Rønnedal, D. (2010). *An Introduction to Deontic Logic*. CreateSpace.
- Schauer, F. (2009). *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*. Harvard University Press.
- Soeteman, A. (1989). *Logic in Law*. Kluwer Academic Publishers.
- Stanley, J. (2005). *Knowledge and Practical Interests*. Clarendon Press.
- Taruffo, M. (2002). *La prueba de los hechos*. Trotta.
- Twining, W. (2006). What is the Law of Evidence? En W. Twining, *Rethinking Evidence. Exploratory Essays* (pp. 192-236). Cambridge University Press.
- Van ditmarsch, H., Halpern, J. Y., Van Der Hoek, W. y Kooi, B. (2015). An Introduction to Logics of Knowledge and Belief. En H. van Ditmarsch, J. Y. Halpern, W. van der Hoek y B. Kooi (Eds.), *Handbook of Epistemic Logic* (pp. 1-51). College Publications.
- Von Wright, G. H. (1951a). Deontic Logic. *Mind*, 60, 1-15.
- Von Wright, G. H. (1951b). *An Essay in Modal Logic*. North Holland.
- Von Wright, G. H. (1963). *Norm and Action*. Routledge & Kegan, Paul.
- Von Wright, G. H. (1984). Truth and Logic. En G. H. Von Wright, *Truth, Knowledge and Modality* (pp. 26-41). Blackwell.
- Von Wright, G. H. (1996). Truth Logics. En G. H. Von Wright, *Six Essays in Philosophical Logic* (pp. 71-92). Acta Philosophica Fennica.
- Von Wright, G. H. (2016). ¿Lógica sin verdad? *Doxa*, 39, 21-34.
- Wigmore, J. H. (1913a). The Problem of Proof. *Illinois Law Review*, 8, 77-103.
- Wigmore, J. H. (1913b). Principles of Judicial Proof. En J. H. Wigmore (Comp.), *The Principles of Judicial Proof as Given by Logic, Psychology and General Experience and Illustrated in Judicial Trials* (pp. 3-30). Little Brown.
- Wittgenstein, L. (1922). *Tractatus Logico-Philosophicus*. Harcourt, Brace & Co.
- Zuleta, H. (2008). *Normas y justificación*. Marcial Pons.

## **A RAISON D'ÊTRE FOR THE JUDICIAL PROCESS. AN ANALYSIS FROM THE SPANISH PROCEDURAL SYSTEM**

Miquel Julià-Pijoan

PhD in Law

Universidad Nacional de Educación a Distancia

*mjuliapijoan@gmail.com*

Orcid: 0000-0001-6032-3694

**ABSTRACT:** Several Spanish authors have conceptualised the judicial process as a forced and inevitable temporal evolution that must precede the resolution of the controversy and that depends on slowness—as the antithesis of immediacy—. According to this doctrine, this process aims to avoid an immediate judicial response. In this paper, I will examine why the judicial process has been defined in this way; the reasons why speed is not desirable in the judicial function. To this end, I draw on the findings of cognitive psychology and, more specifically, on a set of theories that support the existence of two ways of processing information—two ways of knowing, believing, thinking, reasoning, and acting—: one fast and one slow; these are the dual processing theories. As a result of this confrontation, I propose a rationale, a purpose, and a definition for the judicial process, which are based on the idea that the presence of a time interval is necessary for the right to judicial impartiality and the right of defence to—materially—exist.

**KEYWORDS:** judicial process, right of defence, procedural guarantees, judicial impartiality, jurisdictional function.

**SUMMARY:** 1. INTRODUCTION. ENHANCING THE JUDICIAL PROCESS: IS SPEED A VIABLE SOLUTION?— 2. APPROACH TO THE DOGMATIC DEFINITION OF THE JUDICIAL PROCESS.— 3. PSYCHOLOGICAL PERSPECTIVES: UNVEILING THE DUALITY OF INFORMATION PROCESSING—FAST AND SLOW SYSTEMS: 3.1. Presenting the Two Systems. 3.2. Fast Processing Operates by Default: 3.2.1. *Fast Processing Jumps Straight to Conclusions: 3.2.1.1. Impact on Evidentiary Activity. 3.2.1.2. Impact on the Right of Defence. 3.2.2.*

*Contextualisation. 3.2.3. The Absence of Doubt. 3.3. How to Trigger Deliberation.— 4. A TELOS AND A DEFINITION FOR THE JUDICIAL PROCESS.— 5. CONCLUSIONS.— BIBLIOGRAPHY.*

## 1. INTRODUCTION. ENHANCING THE JUDICIAL PROCESS: IS SPEED A VIABLE SOLUTION?

Acceleration is one of the defining characteristics of our time: instantaneity is one of the values on the rise, and as such it is socially desired and pursued. Slowness, on the other hand, is shunned; it is an enemy to be fought. One of the consequences of this is that processes that require it are marginalised because they are an obstacle to acceleration; they slow down the flow of information and communication (Duch, 2018, p. 35; Torralba, 2018, pp. 25-29; Han, 2013, p. 60). This general trend has also permeated the judicial function (Mora-Sanguinetti, 2022, pp. 47 ff.). In this context, aggravated by the emergence of artificial intelligence, new debates have emerged on the automation of justice (Nieva Fenoll, 2022a, pp. 1551 ff.; Guzmán Fluja, 2021) and the search for procedural efficiency<sup>1</sup>. Both dimensions aim at speeding up the judicial process. Moreover, the semantics of the judicial process have already been transfigured in this new perspective. An example of this is the statement made by the Spanish legislator in 2020: «Criminal proceedings are in themselves a punishment that causes hardship and costs for the accused»<sup>2</sup>. All the above has led to the fact that one of the procedural discussions taking place today is that of the dilemma of *guarantees versus effectiveness* (Martín Diz, 2020, p. 817).

In the context we find ourselves in, I would like to emphasise that the current dynamic contrasts with how Spanish—and also Italian—procedural doctrine has conceptualised the judicial process. This judicial process is thus defined as a forced and inevitable temporal becoming (Montero Aroca, 2008, pp. 302 ff.; Satta and Punzi, 2000, p. 196; Serra Domínguez, 1950, p. 862; Fenech, 1960, p. 24) that must precede the resolution of the controversy and that depends on slowness (as the opposite of instantaneous) (Ramos Méndez, 1978, p. 44; Calamandrei, 1986, pp. 317-318; Prieto Castro, 1952, p. 10; Fenech, 1960, p.30; Montero Aroca, 2008, pp. 302 ff.; Satta, 1968, pp. 10-11). According to this doctrine, the judicial process aims to avoid an immediate judicial response. The warning of this thunderous discrepancy invites me to reflect on the reasons why the judicial process has been defined in this way: why speed is not desirable in the judicial function; a question that,

<sup>1</sup> Explanatory preamble of the Spanish preliminary draft bill on procedural efficiency measures for the public justice service (Exposición de Motivos del Anteproyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia). Available at: <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/APL%20Eficiencia%20Procesal.pdf>

<sup>2</sup> Explanatory preamble to Spanish Law 2/2020, of July 27, amending Article 324 of the Criminal Procedure Act (Exposición de Motivos de la Ley 2/2020, de 27 de julio, por la que se modifica el artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

on the other hand, has not been given much attention. In other words, in this paper I will meditate based on this important procedural institution, taking the Spanish procedural system as a frame of reference.

To this end, I will draw on the findings of cognitive psychology, which in recent years has deepened its understanding of how we know the reality that surrounds us, and how we evaluate that information and decide how to interact with that reality. More specifically, I will focus on a set of theories that argue that there are two ways of processing information—two ways of knowing, believing, thinking, reasoning, and acting (Evans, 2010, p. 2, 2020, p. 2; Kahneman, 2013, p. 35; Stanovich, 2011, p. 16)—one fast and one slow; these are the Dual-process theories (Evans, 2017, pp. 99-115). The similarity of this classification to the one used by Spanish procedural doctrine leads me to analyse whether an approach to the former can be useful in answering the question that is the subject of this paper. For this reason, I will examine whether these psychological theories can help to understand the basis of the judicial process.

Based on these conclusions, this paper aims to fill a gap in the foundations of the judicial process. It will also help us to gain clearer insights into how the judicial function should function. In particular, it aims to clarify whether the ideas that the law assumes about how the human mind works are empirically supported. Questions arise: Do we start with doubt or intuition? Is standard deliberation our starting point? If not, is deliberation possible, and by what mechanisms? Furthermore, this paper will contribute to enriching the debate mentioned at the beginning of this introduction about the dichotomy between guarantees and procedural efficiency. It will help us to understand the potential consequences of streamlining the core of the process and to guide discussions on how to resolve the existing judicial congestion in Spain.

To this end, I will first explain how the judicial process has been defined by doctrine (section 2). Secondly, I will analyse, in the light of the psychological theories mentioned above, the consequences that quick decision-making can have for the judicial function and how these can be avoided (section 3). Finally, I propose a *telos* and a definition of the judicial process as a result of this analysis (section 4).

## 2. APPROACH TO THE DOGMATIC DEFINITION OF THE JUDICIAL PROCESS

The judicial process is one of the core elements of procedural law. Hence, the adjectivisation of this branch of law and the fact that its subject is the legal organisation of the process (Guasp, 1968, p. 31; Ramos Méndez, 1978, p. 46).

The analysis of the doctrine of this concept reveals one of its outstanding characteristics, namely its instrumental vocation: it is the process which makes the irrevocable determination of the right to the concrete case feasible (Serra Domínguez, 1969,

p. 50), it makes it possible (Nieva Fenoll, 2022b, p. 76). For this reason, it is conceptualised as a method (Carnelutti, 1997, pp. 21-22), a means (Serra Domínguez, 1950, p. 862; Prieto Castro, 1952, p. 10) or an instrument (Ramos Méndez, 1978, pp. 37 ff.; Montero Aroca *et al.*, 2014, pp. 222 ff.; Prieto Castro, 1980, p. 23; Fenech, 1960, pp. 20-21; Nieva Fenoll, 2022b, p. 76) that allows the materialisation of jurisdiction (Satta and Punzi, 2000, pp. 196 ff.; Wach, 1977, pp. 22 and 24). Thus, the concept of the judicial procedure imparts to the judicial decision a forced and inevitable temporal development that must precede it; a succession of acts that must necessarily develop from the request for protection to the judicial decision (Montero Aroca, 2008, pp. 302 ff.; Satta and Punzi, 2000, p. 196; Serra Domínguez, 1950, p. 862; Fenech, 1960, p. 24; Ramos Méndez, 1978, pp. 46-47). Moreover, the slowness and length of the process—as a positive and necessary characteristic (Ramos Méndez, 1978, p. 44; Calamandrei, 1986, pp. 317-318; Prieto Castro, 1952, p. 10; Fenech, 1960, p.30; Montero Aroca, 2008, pp. 302 ff.; Satta, 1968, pp. 10-11)—is even questioned. In the light of the above, the extension of time acts as the backbone of the procedure. The aim is to postpone the judicial decision to a point in time later than when it was initiated. Consequently, the procedure is constituted as the antonym of speed, of brevity.

Although this characterisation of the judicial process I have just mentioned has been dealt with in doctrine, the reason why it is necessary to follow a necessarily long path that ends with the pronouncement of a judgement has not been very much addressed. One of the few scholars who has reflected on this point is Fenech (1960, p. 37). He argues that the reason for the existence of the judicial process lies in human fallibility; only God can judge instantly. Thus, the human judge, ontologically limited, needs to judge a series of acts that unfold in time (Carnelutti, 1994, pp. 17 and 28). This argument is also taken up by Serra Domínguez (1950, p. 873), Satta (1968, pp. 3-18), and Carnelutti (1994, p. 34). The latter author warns that the speed of the process leads to uncertain justice (p. 14). Similarly, Calamandrei notes that the birth of the jurisdictional order is neither spontaneous nor instantaneous but requires the deployment of numerous procedural acts that constitute the judicial process (Calamandrei, 1997, pp. 317-318).

Hence, the link between the notion of judicial process and its underlying rationale is thus delineated: the former arises from the inherent human limitation to make instantaneous and flawless decisions—an attribute reserved for the divine. Human beings require a methodology to deliberate and execute any judgement. This strategy, consisting of a chronologically extended sequence of various actions, enables us to process and reflect on precise information (Nieva Fenoll, 2022b, p. 76). This circumstance imposes the appearance of a temporal becoming—the supreme characteristic of the process (Fenech, 1960, p. 24)—which helps the human being in this decision-making task (the core of judgement) and compensates for this deficit.

Given this approach, I wonder whether it is plausible that human beings are incapable of making instant judgments and decisions. But the answer is no. Without prejudice to what I will say below, a few examples from everyday life will illustrate

this: when the reader returns home at the end of the working day—an activity in which many decisions are made—he does not need much time to decide which route to take. Think of tennis players or footballers, for example, who are constantly making judgements during a match, especially to choose the best reaction to the opponent's move, which they implement quickly.

It could be argued, however, that what has been proclaimed by one part of the doctrine applies specifically to judicial decisions and not to general decisions. In this sense, it is worth mentioning *prima facie* judgments. According to Nieva Fenoll (2007), this term refers to judicial decisions that are taken quickly (pp. 39-53)—this is their main characteristic—and even with urgency. They are hasty judgments (p. 38) based on first impressions (pp. 19 and 54). The importance of pointing this out lies in the fact that this type of procedure is a subtype of judicial decision (p. 57)<sup>3</sup>: the situation is resolved by the decision of a third party who hastily applies the law to the specific case. As a result, there are now fast-track judgments which avoid the slowness and protracted nature of the judicial process (they are based on first impressions and the pressure of speed prevents the development of the concatenation of acts which make up the process). For this reason, these acts are close to instantaneity, if not identified with it. The prototypical example of these pursuits is the adoption of precautionary measures, although this pursuit is not limited to them<sup>4</sup>. In short, what I am interested in highlighting is the existence of instantaneous human judgements; a particularity that contrasts and demonstrates a rupture with the teleology of the process outlined above.

Moreover, this way of working is instinctively and historically<sup>5</sup> the original approach: in Roman law, the Caesar or the judges could immediately resolve cases of minimal importance or even minor offences (Nieva Fenoll, 2007, pp. 20 ff.). In addition, as recent research has shown, there have been instant judicial decisions in the last centuries (Capdeferro and Serra, 2015, pp. 520-532). For this reason, safeguards such as the «*usatge*» of the county of Barcelona, known as *Alium namque*, required that judgements be made *per directum*, *i. e.*, in the form of a trial and not *ex abrupto* (Ferro, 1987, pp. 335-336). The explicit emphasis of the doctrine of the time, which expressly prohibited immediate judgements (*ex abrupto*), underlines its existence in these temporal and geographical coordinates. Furthermore, within the framework of Castilian law, in practical cases, there were *trials* that were carried out summarily and simply, directly, *without fanfare or the appearance of a trial* (Nieva Fenoll, 2006, pp. 159-160).

In the light of the above, it is not entirely tenable to base the need for a judicial process on the human inability to decide without a process; there are and have been

<sup>3</sup> This is not an accelerated procedure such as summary proceedings. See Nieva Fenoll (2007, pp. 34-35).

<sup>4</sup> For a more extensive analysis: Nieva Fenoll (2007, pp. 109 ff.).

<sup>5</sup> This is the most elementary and basic way of judging. See Nieva Fenoll (2007, p. 19).

instant judicial decisions. Consequently, it is necessary to outline other reasons to articulate the existence of this institution, which is the task I will try to develop below.

### 3. PSYCHOLOGICAL PERSPECTIVES: UNVEILING THE DUALITY OF INFORMATION PROCESSING —FAST AND SLOW SYSTEMS

In this section, I will draw on psychology to shed light on the judicial process. Mainly because it is a discipline that is concerned, among other things, with how decisions are made—one of the core elements of the judicial function—and thus with how we think and know the world around us. More specifically, I will focus on a set of theories that argue for the existence of two ways of processing information, two ways of knowing, believing, thinking, reasoning, and acting (Evans, 2010, p. 2, 2020, p. 2; Kahneman, 2013, p. 35; Stanovich, 2011, p. 16): *type 1* and *type 2*<sup>6</sup>. It should be noted, however, that this terminology varies from author to author<sup>7</sup>. Despite this diversity of terminology, the characterisation of these two systems is more similar between authors (Evans, 2017, p. 109; Stanovich, 2011, pp. 19 ff.). In short, they refer to the existence of two cognitive processing systems that influence human reasoning and judgement (Evans, 2020, p. 14).

The reason I mention this set of theories is that one of the distinguishing elements of these two systems is precisely time: in type 1, information processing is fast (requires little time), whereas in type 2 it is slow (requires more time) (Evans and Frankish, 2009; Evans, 2017, p.100, 2020, pp. 14-15; Stanovich, 2011, pp. 19 ff.)<sup>8</sup>. Therefore, if you use the first typology, you will be able to make a decision faster than if you use the second typology. In other words, the time available for the decision depends on the role played by each of the systems mentioned. In other words, the time available for the decision depends on the role played by each of the systems mentioned (Kahneman and Frederick, 2002, pp. 49-81). The alignment between the characterization of thinking and decision-making (whether fast or slow) and the foundation on which the process is conceptualised (slow versus instantaneous) prompts me to explore the implications of these thinking approaches on the judicial function. This will be the aim of this section, since it can shed light on the darkness that shrouds the foundations of the judicial process.

In what follows I will use the term *fast processing* to refer to what psychological theory categorises as type 1 processing systems, and *slow processing* to refer to type 2 processing systems. Admittedly, and as will be seen below, this use of adjectives (fast

<sup>6</sup> This is the denomination used by Stanovich (2011, p. 19).

<sup>7</sup> A compilation can be found in Stanovich (2011, pp. 18 ff.)

<sup>8</sup> In the legal literature, references can be found in Rumiati and Bona (2019) and Forza *et al.* (2017, pp. 26 ff).

or slow) to describe these systems does not encompass the full description; it is only one of several characteristics. However, for the purposes of this paper, I find it more appropriate to use the above terminology for the sake of clarity and comprehension.

### 3.1. Presenting the Two Systems

As mentioned above, it is common in cognitive psychology to speak of two systems of thought that are the prelude to decision-making. It is worth pointing out that the allusion to the existence of these two systems is merely a metaphor used to better illustrate the operation of the cognitive system (Kahneman, 2013, p. 46; Forza *et al.*, 2017, pp. 126-127).

In this sense, characterising such systems does not end with alluding to time. Fast processing is also automatic, without a sense of voluntary control, effortless and highly contextualised. It is sometimes referred to as intuitive thinking because rapid processing assigns intuitive responses to the situations and problems that the person faces (Evans and Frankish, 2009, p. 1; Kahneman, 2013, p. 35; Evans, 2020, pp. 14-15, 2017, pp. 100 ff., 2010; Stanovich, 2011, pp. 19 ff.). Some situations in which we use this type of processing will help me to illustrate how it works: when we recognise someone, when we understand the phrase «it's raining today», or when we make the journey from home to work. We do not plan how to get to work, nor do we think about how to understand the sentence or how to recognise the person. These actions just happen; they are automatic.

It is also this fast processing that underlies instantaneous decisions. Some sporting examples illustrate this very well: tennis, basketball or chess players have to make instant decisions based on what they perceive in their environment (*i. e.* the movements of their opponents). The success of their decision depends on the speed with which it is implemented. A slow (reflexive) processing of the reaction would hinder the development of the sport; it would be an obstacle. Similarly, this type of processing extends beyond sport; it also underpins the judgements of art experts. They can quickly tell whether a statue is authentic or fake<sup>9</sup>. It is also evident in the actions of fire chiefs, who make split-second decisions such as evacuating a burning building just before it collapses. In this case, such a decision was of immense importance; without it, all the firefighters involved in extinguishing the fire would have perished (Evans, 2017, pp. 17 ff.)<sup>10</sup>.

In all these scenarios, the individual using this information processing is honing skills through repetitive practice (as seen in athletes) or performing routine tasks (as

---

<sup>9</sup> An example of this is given by Gladwell (2018, pp. 11 ff.): the J. Paul Getty Museum in California was about to acquire a marble statue from the 6th century BC. However, based on a hunch of an art expert (he felt that something did not fit), it was eventually concluded that it was a forgery.

<sup>10</sup> Other examples can be found in Hogarth (2002, pp. 15 ff.).

seen in art experts or firefighters). In essence, they are engaging in activities in which they have considerable experience. It is in these situations that the automaticity of rapid processing emerges and we operate on autopilot because we know how to achieve what we want to achieve (Evans, 2017, pp. 17 and 99 ff.).

This approach is also applied in the field of justice. Obviously, judges are experts in this subject, in the sense that they are people who have acquired specialised knowledge (Evans, 2017, pp. 17 ff.). This expertise enables the judge to sometimes solve complicated problems without long deliberation (Rumiati and Bona, 2019, p. 21). They can determine, by the conclusion of testimony, whether the subject has been truthful or deceptive. It also enables them to discern whether a person has been truthful or deceptive at the end of their testimony, leaving aside for the moment the epistemological aspect of the evidence<sup>11</sup>. These are judgments that are made without knowing exactly where they come from. Hence, the reference to intuition<sup>12</sup>.

On the other hand, if we do not have this background, we cannot use this processing. For example, when we walk through an unfamiliar city, we use a map to orient ourselves; we plan the route we want to take and look for landmarks to guide us. We use slow processing, which is under the person's (conscious) control, decontextualized and requires effort from the person; it gives us a more reflective, thoughtful response (Evans and Frankish, 2009, p. 1; Kahneman, 2013, p. 35; Stanovich, 2011, pp. 19 ff.; Evans, 2020, pp. 2 and 14-15, 2017, pp. 100 ff., 2010). This mode of processing is triggered in situations involving novel or complicated circumstances, where experience is of minimal help. Examples include: comparing two washing machines to determine which is the better choice; filling out an income tax form (especially if not in a professional capacity); assessing the validity of a complex logical argument; considering strategies to combat global warming; or assessing the economic consequences for a particular country of entering into an international agreement. All these tasks require attention, concentration, and effort, without which they are difficult to accomplish. More time is needed to complete such tasks successfully (Kahneman, 2013, p. 35-39; Evans, 2017, p. 104-105).

In addition to using slow processing for the activities I have just described, one of its most important functions is to (self-)control the intuitions and impulses that result from the activation of fast processing. In this way, slow processing has the capacity to dominate it (Kahneman, 2013, p. 48), since it can interrupt and override it (Stanovich, 2011, pp. 20 and 32). Through this channel, the response proposed by the fast processing can be modified based on the activation of the slow processing (Evans, 2017, p. 107). Again, an example will help to understand this point. Let's start with the following problem, which is well known in technical literature: a racket and a ball cost €1.10. If the racket costs €1 more than the ball, you ask yourself how much the ball costs. You will probably have an immediate answer: 10 cents. This is

---

<sup>11</sup> Example given on police officers in Evans (2017, p. 103).

<sup>12</sup> For a more detailed analysis of intuition, see Hogarth (2002).

the answer given by fast processing. However, this answer is wrong, as you will have noticed—precisely because of the approach of this example<sup>13</sup>. Now, to find the correct answer, we need to get rid of the intuitive answer and, to achieve this, we need to activate the slow processing, which will bring us closer to the correct solution: 5 cents (Kahneman, 2013, pp. 64 ff.). However, to activate this slow processing—which can reconsider the intuitive judgement—requires a commitment for the person, it requires an effort, a disagreement with the first result that appears. If this is not done, the first result will prevail.

With this brief presentation of the dual-processing model of decision-making, the dogmatic explanation that claims to uphold the existence of the judicial process as an unavoidable tool for decision-making (see section 2) is strained: human beings have the capacity to decide immediately, an assertion that has empirical support.

However, from what has been said so far, it cannot be concluded that there is one typology of processing that is better than the other. Such an interpretation would be highly epidermal and, moreover, erroneous. As the examples show, the appropriate type of processing depends on the person's situation or the task to be performed (Stanovich, 2011, pp. 29 ff.; Evans, 2020). In what follows, I will therefore examine in more detail the consequences for the judicial function of the implementation of one or other of the prosecution systems. This analysis allows me to know which system is more suitable for the development of the judicial function.

Before concluding this presentation, I need to address two points to clarify the aim of this section of the work: *i*) I won't delve into the explanation of how individuals, including judges, make decisions. Instead, my focus will be on highlighting issues arising from the use of the information processing systems previously outlined (fast and slow). This emphasis aligns with the semantics of the judicial process, which is the subject of this work; *ii*) I will exclusively concentrate on matters directly impacting the judicial function.

### 3.2. Fast Processing Operates by Default

The first feature I would like to highlight is the automatic nature of fast processing, which by its very nature must be considered from the outset. It means that such processing cannot be switched off at will (Kahneman, 2013, pp. 41 and 44). Its occurrence is unconscious—it happens without our control—and its activation occurs without the subject's commitment to it—*i. e.* without effort—(Evans and Frankish, 2009, p. 1; Kahneman, 2013, p. 35; Evans, 2017, pp. 100 ff., 2020, pp. 14-15; Stanovich, 2011, pp. 20 ff.). Therefore, if we read «today it is raining», we cannot refrain from understanding the content (provided we understand the language, ob-

<sup>13</sup> If the ball costs 10 cents and the bat costs 1 euro more than the ball, both would cost 1.20 and not 1.10 as stated.

viously), even if we persist in trying to do so; we cannot eliminate it (Kahneman, 2013, p. 36).

This—involuntary and unconscious—automaticity in activating fast processing occurs for two main reasons. The first is evolutionary: fast attention and reaction to what the senses have perceived increases the chances of survival; to think or reflect calmly on the *raison d'être* or actual identity of the sensory stimulus perceived puts it at serious risk. If a person in the mountains hears a noise in the bushes and promptly runs away, their likelihood of survival significantly increases. Conversely, if they opt to remain still and contemplate the source of the noise or assess whether it poses a genuine threat from an animal, their chances of survival decrease. In short, doubt was—and is—a threat to survival (Kahneman, 2013, p. 53-54); this idea is essential for the purposes of this paper, and I will return to it later.

The second reason relates to the energy efficiency with which our organism operates. It tries to use as little energy as possible—it optimises it—and, in this respect, fast processing systems—by their very nature—have a much greater advantage than slow processing systems. The latter require attention, strategy, planning, evaluation of alternatives, which results in a much higher energy cost. This greater waste of energy is avoided, except when complex and new scenarios arise for the individual<sup>14</sup>. Consequently, the effort is perceived as a cost (Kahneman, 2013, pp. 33 ff.; Evans, 2017, p. 104). Humans are cognitively stingy (Stanovich, 2011, p. 36) and lazy: we would rather not expend more energy and effort than is absolutely necessary (Kahneman, 2013, pp. 48, 53-54; Stanovich, 2011, p. 98). This tendency has cognitive limitations, one of which is that the less energy we expend, the less accurately we act (Stanovich, 2011, pp. 29 ff.). For this reason, it is argued that fast processing can only provide a first approximation—an optical illusion (Forza *et al.*, 2017, p. 129)—to an optimal response (Stanovich, 2011, pp. 29 ff.).

The purpose of this explanation is to show that this way of working—using the default system of fast processing—is genuinely human; it is predictable in all people, especially when they have specific knowledge of a particular subject or task (see above). Therefore, even if we are not accustomed to recognising it, this automatic activation of rapid processing also operates in judicial situations and decisions; there is no immunisation against this mode of operation. The instances mentioned above, such as judges' capability to detect falsehoods during depositions and their adeptness in performing intricate tasks swiftly, due to their accumulated expertise, serve as evidence for this claim (refer to section 3.1).

This is highly relevant to this paper as it not only confirms the presence of two systems of thought but also highlights that the one activated automatically is the fast system. This fast system is associated with involuntary and unconscious processes—

---

<sup>14</sup> This is so, because when skill is acquired to perform a task or activity, the demand for energy decreases: Kahneman (2013, p. 53).

essentially, intuition—. This challenges a singular explanation of the judicial function as a rational process guided by conscious, voluntary decision-making following deliberation. I will revisit this point later on.

Since the fast processing is the default procedure, I will now reflect on the compatibility of its other features with the architecture of the judicial function. In this regard, I must point out that while I will analyse the various characteristics of fast processing separately, they are closely interrelated and not easily separable. The division into different subsections is solely aimed at facilitating the presentation of the analysis I will undertake.

### 3.2.1. *Fast Processing Jumps Straight to Conclusions*

The first feature I would like to highlight is the immediate *jumping* to conclusions that defines this processing. While this mode of operation allows for immediate interaction with the environment, it also entails a series of consequences that need to be considered.

Firstly, the individual does not have access to the intellectual path that precedes the response proposed by fast processing. This is due to the characteristics of this type of processing already mentioned—unconsciousness and involuntariness—(Forza *et al.*, 2017, p. 134). Allow me to explain. In the earlier examples with the tennis player or the chess player, if you inquire about the rationale behind their decisions—specifically, why they chose to execute a particular move—they will struggle to provide a reasoned response beyond stating: «Because I intuited it or because I felt it»<sup>15</sup>. The same applies to the famous example of a firefighter ordering his colleagues to abandon their firefighting duties before the building collapsed—also described above—. In the latter case, the firefighter stated that it was his «sixth sense» that told him something was wrong, without being able to say much more (Evans, 2017, p. 103).

These examples illustrate one of the consequences of working with a processing that dispenses with conscious knowledge: the possibility of knowing the reasons why one has acted in a certain way, or why one believes or knows a certain aspect of reality, is stolen. In this way, it is possible to experience—consciously—that the individual is lying, but the set of data, the origin, on which this feeling is based is ignored. We are operating on another level: we are operating based on the certainty or confidence that underlies the decision taken, but we are not able to explain where this certainty or confidence that underlies the decision comes from (Evans, 2010, p. 54; Kahneman, 2013, p. 90; Kahneman and Frederick, 2002, pp. 49-81)<sup>16</sup>. This approach is referred to by the terms presentiments, hunches, inclinations, sixth sense

<sup>15</sup> An attitude that, moreover, puzzled artificial intelligence programmers seeking to identify the rules used by these players, in order to feed the algorithms, they were designing. Evans (2010, p. 54).

<sup>16</sup> In a similar sense, Hogarth (2002, pp. 21 ff.) when he alludes to operating with a covert perception.

or intuition (gut feelings) (Evans, 2017, pp. 102 ff.). It is therefore closely related to the rule of intuition—in the broad sense—, which determines decisions in the absence of conscious reflection (p. 102).

If we try to go deeper into the origin of this feeling—instead of resorting to magical explanations—we notice the predominant presence of a kind of knowledge, namely implicit—or tacit—knowledge. This is characterised by the fact that it is knowledge acquired through experience, without the need to be consciously aware of learning, hence its name, rather than explicit knowledge. In medical school, doctors learn how to treat and diagnose diseases by studying books and materials—explicit knowledge—to which they refer in their early years and in unusual cases. However, as they progress in their careers, doctors acquire knowledge because of their daily practice. This allows them to identify a particular disease from a common set of symptoms without having to refer to a medical manual or compendium—implicit knowledge—(Evans, 2017, pp. 103-104, 2010, pp. 53 ff.). The same is true of judges who, from the moment they take up their posts, gain experience day by day of how forensic practice is carried out; information that allows them to develop more quickly in the judicial field.

The aspect I want to highlight is how consistent practice within a specific domain, coupled with feedback from such experiences, forms a series of information patterns. These patterns, ingrained without conscious learning, implant a foundation in individuals that significantly influences instantaneous decisions. They construct a set of expectations, shaping our perception of the world, which subsequently impacts decision-making based on whether these expectations are met or not (Evans, 2017, pp. 103-104, 2010, pp. 53 ff.; Kahneman, 2013, pp. 33 ff.). It is this learning—implicit knowledge—that creates the basis of intuition: a *feeling* without conscious reasoning to support it (Evans, 2017, p. 104). Regarding this matter, certain scholars have pointed out the sensory aspect as the very factor that hinders interpersonal communication regarding how or why an intuition was arrived at. This is because intuitions are not formed by words or concepts, but by feelings evoked when a particular reality is perceived (Sadler-Smith, 2016, pp. 32 ff.). It is not surprising, therefore, that some sectors have baptised rapid processing as intuitive thinking, where impressions and feelings are generated (Evans, 2017, p. 100; Kahneman, 2013, p. 35).

On the other hand, it is important to remember that in situations where decisions must be made quickly, not all the available information is considered. Only the most significant data—the pattern-forming information—is considered<sup>17</sup>. Conclusions are drawn from a selection of a limited amount of relevant information (Gladwell, 2018, pp. 30 ff.); the whole scenario isn't thoroughly analysed. Conclusions are *jumped* to without considering the quantity and quality of information (Kahneman, 2013, pp. 41 and 117-118).

---

<sup>17</sup> It was noted in Nieva Fenoll (2007).

This is where heuristics come in: shortcuts in thinking to find appropriate and quick answers to complex problems (Kahneman, 2013, pp. 41, 117-118, 132 ff.; Guthrie *et al.*, 2007). The heuristics I am interested in highlighting here are those specific to fast processing. The main ones, without claiming to be exhaustive<sup>18</sup>, are: *i*) that of *representativeness*, in which the person decides based on what happened in a similar case and implements what worked at another time (Kahneman and Tversky, 1982, pp. 32 ff.); *ii*) that of *accessibility*, in which the probability of an event materialising is assessed because of the ease with which similar events can be recalled (pp. 163 ff.); and *iii*) that of *anchoring and adjustment*, which means that, on coming into contact with a reality, a position is adopted about what is happening, and the new information is subsequently adjusted to fit that idea (Fariña *et al.*, 2002, pp. 39-46). While it is true that these heuristics make it possible to arrive at quick answers, they can sometimes lead to false conclusions. Moreover, it should be noted that their use paves the way for operating using prejudices and stereotypes (Thornburg, 2019, p. 1624).

Certainly, the significance of this characteristic—the direct jump to conclusions—is relevant to the judicial function. First and foremost, it clarifies the role of intuition in this sphere. Despite the widespread belief in judicial exceptionalism (Edmond and Kristy, 2019, p. 644)<sup>19</sup>—an attitude that claims immunity from intuition, bias, and prejudice—empirical studies contradict this notion: judges do use intuition within their duties (Guthrie *et al.*, 2007). Given its automatic nature, we cannot prevent it from occurring. This underlines the importance of recognising the automaticity of this system, as mentioned in the previous subsection. Therefore, in an act of intellectual integrity, we should acknowledge rather than deny the presence and influence of intuition in judicial activity—although acknowledgement does not in itself justify its use, as I will explain shortly. Let's now consider the implications of this for the judicial function.

### 3.2.1.1. Impact on Evidentiary Activity

What I have just pointed out is critical and has a particular impact on evidentiary activity if one starts from a rational conceptualisation of evidence (Ferrer Beltrán, 2007). On the one hand, the pre-eminence of intuition is the gateway for extra-legal factors to influence judgement. By acting quickly and without voluntary or conscious control, implicit stereotypes, and biases—those acquired without being fully aware of them—exert their effects even on people who are highly aware of their presence (Sunstein and Jolls, 2006, pp. 975 ff.). Thus, it is argued that extremes such as gender, ethnicity or physical appearance of the parties come to play a relevant role in decision-making; a role that is much more prominent in fast than in slow processing

<sup>18</sup> They have been studied extensively in Kahneman *et al.* (1982).

<sup>19</sup> This aspect has also been underlined by Posner (2011, p. 87).

(Guthrie *et al.*, 2007, p. 130; Thornburg, 2019, pp. 1624 ff.). Discrimination is at play.

To this end, on the one hand, differences have been noted in the judicial treatment of the parties due to gender in the determination of labour compensation (higher for men than for women) and in the sentences imposed (shorter for women than for men with the same charge and criminal record). And, on the other hand, racially motivated, in the determination of bail and in the severity of sentences, where black individuals are treated pejoratively<sup>20</sup>.

Moreover, as these stereotypes and prejudices are based on an individual's background and experience, they vary from person to person. This leads to the possibility of similar situations being resolved in different ways (Thornburg, 2019, pp. 1608 ff.), which implies a breach of legal certainty. In this context, Thornburg reports on some studies which conclude that the fact that judges belong to traditionally disadvantaged groups has an impact on the decisions they take. For example, it was found that court outcomes were statistically different depending on the ethnicity or gender of the decision-maker: in employment and sex discrimination cases, there was a greater likelihood of a decision in favour of the claimant if the decision was made by a female judge than by a male judge. Similarly, in employment discrimination cases, black judges were more likely to uphold claims than white judges (Thornburg, 2019, pp. 1629-1630) In a similar vein: Posner (2011, pp. 90 ff.).

It is important to bear in mind that intuition carries considerable emotional weight, which may trigger emotionally charged memories in judges, thereby influencing their sentencing. These memories may be associated with individuals or groups who have particular, often derogatory, connotations, as well as being linked to particular events (Sadler-Smith, 2016, p. 152). In this regard, some judges have openly admitted to a particular pattern of behaviour: when presiding over cases that recalled crimes that they themselves had been victims of (such as an assault during their student years), the distressing memory of these incidents significantly influenced their judicial decisions. As a result, when convictions were issued, their verdicts tended to be notably harsher, occasionally bordering on excessiveness (Forza *et al.*, 2017, p. 73). This aspect is also dealt with by Posner (2011, pp. 90 ff.).

On the other hand, the prevalence of intuition deprives evidence of its epistemological function. It diminishes its role as a source of knowledge about the actual occurrence of events. The judge's feelings replace the information provided by the evidence. This is due to an inversion of the evidentiary process<sup>21</sup>: the decision, instead of being the consequence of the assessment of the evidence admitted and presented, becomes its precursor. As the judge engages with the case, he or she automatically

<sup>20</sup> These studies are reported in Lopes (2021).

<sup>21</sup> Ferrer Beltrán (2007, pp. 41 ff.) highlights three relevant moments in jurisdictional decision-making: the formation of the set of elements of judgement, the assessment, and the adoption of the decision.

forms an idea of how the events unfolded, which will be reflected in the judgement. Posner (2011, pp. 125-126) is therefore right when he says that the more experience a judge has, the more his decision will be based on this intuition rather than on the results of the evidence presented.

From this perspective, evidence serves primarily to provide *ex post* support for intuition. This is supported by research in cognitive psychology: when slow processing is not activated, people try to rationalise intuition (Kahneman, 2013, p. 66; Evans, 2017, pp. 101 and 107; Evans and Frankish, 2009, p. 7), *i. e.* they look for reasons to support the validity of intuition. This is linked to the implementation of one of the most common biases: the confirmation bias, which operates as part of the fast-processing system. It results in finding and interpreting information in a way that supports intuitive (pre-existing) hypotheses, and discarding information that supports alternative hypotheses (Nickerson, 1998, pp. 175-220).

This approach offers an explanation for the reprehensible forensic practice according to which the judicial decision is not the result of the evaluation of the evidence, but of its antecedent (Spanish Supreme Court decision 647/2014, 9 October)<sup>22</sup>; a practice also denounced by the doctrine (Calamandrei, 1953, p. 162)<sup>23</sup>.

### 3.2.1.2. Impact on the Right of Defence

This effectively undermines at least one fundamental aspect of the judicial function<sup>24</sup>: the right of defence. There is no point in having the right *i)* to make allegations, *ii)* to present evidence and *iii)* to refute allegations if these rights cannot be effectively exercised. In this *modus operandi*, the rights of defence and the evaluation of evidence, which involves a critical assessment of the evidence (Nieva Fenoll, 2010, p. 32), do not exist. As a result, it is impossible to prove what actually happened because the decision has no empirical basis. This renders the decision unjust and turns the trial into a mere pantomime<sup>25</sup>.

On the other hand, this practice also has an impact on the statement of reasons, which, as I said, is also an aspect of the right of defence. The judges need to understand the reasoning behind its beliefs. In other words, the judge's decision cannot be a product of emotion, but must be based on reason (Nieva Fenoll, 2010, p. 110, citing Jakob). This must be the case because it is this knowledge that allows him to explain the reason for the judgement. However, I have already pointed out that, because of the application of fast processing, the person is unaware of the rational

<sup>22</sup> Similarly: Spanish Supreme Court decision 687/2015, 4 November; 104/2010, 3 February and 2505/2001, 26 December.

<sup>23</sup> Other authors have expressed the same view, pointing out that the conclusions are first assumed and then the scaffolding is articulated to clothe them in rationality. See Posner (2011, p.129).

<sup>24</sup> Taking as a reference Nieva Fenoll (2022b, pp. 89 ff.).

<sup>25</sup> Nieva Fenoll (2010, pp. 149 and 207-208) stresses that resorting to intuition entails the injustice of the decision reached.

path they have undertaken to reach the conclusion. The direct *jump* to conclusions prevents him from doing so, which creates obvious problems for the motivation of judgements.

This could be one of the explanations—or at least it is compatible with it—for the fact that in certain criminal judgments there is no joint assessment of the evidence, which should precede the resolution of the controversy<sup>26</sup>; this is a violation of the right of defence (Ferrer Beltrán, 2007, p. 57). By using evidence as an adjunct to intuition, it is logical that the court, even unconsciously, considers only that which is useful to it and disregards that which differs from its sensations—confirmation bias—. In other words, when this happens, it is very likely that the prosecution is using the fast-track system; it may be a symptom of it.

In the same way, this characteristic of speedy prosecution can play a relevant role in those decisions where there is no externalisation of the evidential reasoning that supports the establishment of the facts in the judgement; a situation that can be observed in both civil<sup>27</sup> and criminal jurisdiction<sup>28</sup>. This motivational orphanage may be another manifestation of the implementation of an intuitive decision. This situation deserves special attention in the evaluation of witness testimony. According to the above, forensic practice—experience—can lead to the creation of implicit credibility or plausibility patterns. These patterns create an illusion, for instance, of being able to identify liars based on the sensations felt during testimony, rather than relying on empirical support of it.

This phenomenon affects the motivation behind assessing this type of evidence. The assessment either gets skipped or tries to be completed by relying on general or vague claims. These claims focus on factors including but not limited to the order, precision, coherence, and absence of ambiguity within the statement<sup>29</sup>. However, no reasons are given for such considerations, which, of course, do not satisfy the most essential requirements of a statement of reasons. Thus, for example, in judgement no. 237/2022 of 15 June of the Criminal Court no. 10 of Barcelona, the evaluation of the testimony is summarised as follows: «[El testigo] me ha parecido sincero, coherente, constante, sin que se aprecie ánimo espurio alguno ([the witness] seemed to me to be sincere, coherent, constant, without any apparent false intention)». This practice could therefore occur because these evaluations are based solely on intuitions—expressed explicitly by emphatic statements such as «it seemed to me»—. Such intuitions are difficult

<sup>26</sup> *Ad exemplum*: Spanish Supreme Court decision 123/2004, 6 February; 441/2008, 10 July; 665/2015, 29 October and 1036/2013, 26 December.

<sup>27</sup> *Ad exemplum*: A Coruña Provincial Court decision 516/2011, 5 December and Spanish Supreme Court decision 165/2005, 14 March.

<sup>28</sup> *Ad exemplum*: Spanish Supreme Court decision 93/2018, 23 February; 390/2013, 31 October and Madrid Provincial Court decision 334/2010, 25 October.

<sup>29</sup> *Ad exemplum*: Spanish Supreme Court decision 915/2016, 2 December; Zaragoza Provincial Court decision 310/2021, 26 July (criminal jurisdiction) and Valencia Provincial Court decision 246/2003, 22 April (civil jurisdiction).

to put into words, which creates a challenge—perhaps even unconsciously—to justify this delicate assessment. This dilemma is another sign of quick decision-making.

### 3.2.2. *Contextualisation*

The feature I am going to discuss in the following lines is closely related to what I have just explained. In fact, it could have been dealt with in the previous subsection, but I thought it is appropriate to put it in a subsection to emphasise its importance. This is the strong dependence of fast processing on context: the various elements that make up the environment in which information processing takes place have an—again, implicit—but very relevant influence on that processing and, therefore, on the thoughts and actions that are developed (Kahneman, 2013, p. 294; Hogarth, 2002, p. 60).

Kahneman (2013) provides a comprehensive range of examples highlighting situational factors impacting information processing and decision-making. These factors encompass various elements, including but not limited to: *i*) how information is presented—its readability, the medium used, the simplicity of language, and the use of memorable data (pp. 88 ff.); *ii*) the level of detail presented in a story (p. 212); *iii*) the appeal of a person's voice or appearance (known as the «halo effect») (pp. 112 ff. and 261-262); *iv*) the individual's mood or emotional state (p. 96). An instance illustrating the latter point is that courts in a particular area tend to make more severe decisions after an American football team loses a game compared to when they win (Eren and Mocan, 2018, pp. 171-205; Chen and Loecher, 2019).

Other studies have also pointed to the importance of factors such as how rested the decision maker was before making the decision, and whether the decision maker had eaten (Danziger *et al.*, 2011, pp. 6889-6892). The particular relevance for the purposes of this paper lies in the fact that these situational elements play a much more prominent role in fast processing than in slow processing. This means that decisions taken under fast processing are much more volatile: as the context changes, the likelihood that the meaning of the decision taken will change increases, posing a threat to legal certainty.

A clear example of the impact of these environmental factors on judicial decision-making is the well-known study that correlated the granting of parole to prisoners with the judges' meal breaks: the parole grant rate was higher after meals than before. The conclusions drawn from this study underscored the influence of extra-legal factors on judicial decisions, such as fatigue and hunger, leading to different outcomes in similar circumstances.

However, an area that has received less attention is that of the specific situation under investigation. Yet, it is important not to overlook the importance of taking this information into account to accurately interpret the findings presented in this research. The research's factual premise was that eight judges had to review, daily,

between fourteen and thirty five cases involving parole requests. These cases were reviewed successively, with an average *deliberation* time of six minutes per case (Danziger *et al.*, 2011, pp. 6889-6892).

Given this context, several questions arise. Firstly, can the conclusions drawn from this study be applied to forensic practice, particularly in Spain? Secondly, is it feasible to conduct deliberations within a six-minute timeframe? The latter question will be addressed in the following subsection. However, the crucial point to underscore here is that these findings reveal that in swift decision-making scenarios, situational—unconscious—factors like fatigue or hunger amplify their influence on decisions. They assume a much more significant role compared to when decisions result from slower processing. Hence, this research doesn't primarily showcase the impact of extra-legal factors on judicial decision-making overall, but rather underscores their importance in fast decision-making. This pattern is observed in various fields, such as the assessments conducted by radiologists while interpreting X-rays. When faced with succinct, intricate, and expert judgments, variations arise when they're asked to perform the same analysis twice (Kahneman, 2013, pp. 294-295)<sup>30</sup>.

In sum, these conclusions are clearly relevant to the judicial function, since they show that the use of fast processing increases the dominance of contextual factors—necessarily extra-legal—in the adoption of decisions, in this case, judicial decisions.

### 3.2.3. *The Absence of Doubt*

In this concluding section, I aim to discuss another aspect stemming from the previously outlined features, its consequent counterpart: fast processing favours a unique choice. This statement implies that in this form of processing, there is no space for—conscious—doubt to emerge within the decision-making process. That is, during this information processing, no alternatives are generated concerning the interpretation of what is perceived (Rumiati and Bona, 2019, p. 21; Kahneman, 2013, p. 55), creating a situation where any uncertainty becomes implausible. In essence, options that have been excluded are not considered (Thornburg, 2019, p. 1610). Evolution has significantly shaped this mode of operation: permitting doubt has significantly reduced survival probabilities (refer to section 3.1.1). This is precisely why Kahneman (2013, pp. 110-112) asserts that uncertainty and doubt are the domain of System 2 (slow processing). Indeed, the absence of doubt stands as one of the reasons allowing us to swiftly draw conclusions.

The intensity of this characteristic has disastrous consequences for the architecture of the judicial function. Firstly, doubt—understood as the indecisiveness of judgment between two or more hypotheses (Nieva Fenoll, 2013, p. 19)—is an essential element for the latter: if the doubt disappears, the prosecution must be terminated

---

<sup>30</sup> On the variability of decisions, see Kahneman *et al.* (2021).

or not initiated. Nieva Fenoll (pp. 14-15) therefore suggests the possibility that this is the real object of the process, at least as far as criminal proceedings are concerned.

Indeed, when individuals with specialised knowledge swiftly draw conclusions upon encountering a situation, thus impeding the consideration of alternative hypotheses, it becomes apparent that such a system contradicts the practice of the judicial function. Sustaining doubt until the judgement is delivered becomes illusory.

While it is true that highlighting this aspect is sufficient to demonstrate the contrast between this information processing system and the judicial function, I will delve deeper into the judicial significance of doubt, extending beyond the scope of criminal law. It is important to note that the relevance of uncertainty also influences the process of arriving at a resolution, specifically how the adjudicating body must decide how the doubt should be resolved. Consequently, this uncertainty does not merely serve as a fundamental requirement for the judicial function; it assumes the role of an epistemic and legitimising assurance. It is notable that, despite treating these two assurances separately, they are intricately linked and not easily separable. However, for the sake of a more comprehensive analysis, I will examine them separately.

I will begin with an analysis of doubt as an epistemic guarantee. Its most notorious example is the presumption of innocence. This principle serves as a cognitive mechanism designed to counteract the societal inclination towards assuming guilt, particularly concerning a judge's perception when an individual becomes the target of an accusation. The apprehension triggered by the gravity of suspicion fosters a communal distrust towards the accused, serving as a survival mechanism for the community (Nieva Fenoll, 2013, pp. 89 ff., 2016). The presumption of innocence serves as a prime illustration of the concept elucidated thus far: the presumption of guilt results from swift processing, seeking to be counterbalanced by instigating doubt (a process inherent in the slow processing system) within the observer. A comparative analysis between how the presumption of innocence operates and the analogy of the price of the racket and ball (referenced in section 3.1) is highly instructive; I will revisit this comparison later. This presumption ensures the most impartial adjudication possible (Nieva Fenoll, 2013, p. 89), consequently enhancing the accuracy of the decision-making process. In essence, the decision, as an act of cognition (Taruffo, 2008, p. 20), aligns more closely with the actual occurrence of events.

However, doubt as an epistemic safeguard is not confined solely to the realm of the presumption of innocence; it extends across all realms of evidential proceedings, not limited to criminal contexts. Absent doubt, it becomes exceedingly challenging for evidence to serve its intended purpose, which fundamentally involves eliminating all aspects of intuition and personal knowledge possessed by the prosecuting authority regarding how events transpired (Nieva Fenoll, 2010, pp. 206-207). When doubt is absent, simply using evidence does not ensure that the interpretation derived from it truly originates from the evidentiary material. Merely employing these methods does not inherently eliminate the influence of intuition, as discussed earlier.

It also hinders the implementation of the right to contradict the evidence. In the absence of uncertainty, it becomes very difficult to ensure the conditions for a substantive confrontation of alternative hypotheses by the parties involved. This confrontation serves as an epistemic mechanism to validate or refute the hypotheses presented by the parties (Fernández López, 2022, p. 228). The process becomes a dialogue in which there is no listening, no attention, no interest, which is precisely what is to be avoided (Nieva Fenoll, 2022b, p. 137). Consequently, this right can only be substantial and effective if the prosecuting authority has not made an early decision in favour of one of the hypotheses put forward. Otherwise, the evidentiary activity becomes a mere staging, devoid of any cognitive function, which demonstrates the distortion of the right of defence to which I referred to above.

Finally, the lack of commitment to one of the hypotheses is a necessary condition for a rational assessment of the evidence, in its two main aspects. On the one hand, in the admission of evidence, as it reduces the likelihood of excluding relevant evidence: the prior assumption of a reconstruction of the facts can lead to certain means of evidence that are relevant not being admitted<sup>31</sup>. On the other hand, it is essential that the decision be the result of consideration of all the evidence admitted and received<sup>32</sup>, *i. e.* that there is deliberation. This is because, as Nieva Fenoll (2010) rightly points out, the evaluation of evidence is a perceptive activity, which means that it is interpreted (results are extracted) and evaluated in a single act. One interprets (gives meaning) and evaluates (makes a judgement) in an inseparable way, and this can lead to a preference—sometimes unconscious—for one account over the other, which makes a joint evaluation of the evidence difficult (p. 34) (see above). Therefore, *dubium* has a neutralising effect on these intuitive preferences that will automatically emerge. Otherwise, the task of assessing the evidence, which consists in the judge's having to consider as many alternatives as the evidential material allows, becomes illusory (p. 203).

In the end, regarding the guarantee of legitimacy, doubt plays a key role in ensuring judicial impartiality. The definition of impartiality does not present any difficulties in its common substrate. It means that judges should act as objectively as possible and they should be an outsider to neutralise their inclinations, which cannot form part of the body of evidence (Andrés Ibáñez, 2009, pp. 41 ff.)<sup>33</sup>. This creates public confidence in the system (legitimises it) (Jiménez Asensio, 2009, p. 27) and fulfils a cognitive function (Andrés Ibáñez, 2009, p. 50) to prevent extrajudicial aspects from penetrating the administration of justice. However, despite the clarity of the concept, its practical implementation is much more complex since it is difficult to eliminate

<sup>31</sup> As pointed out in Nieva Fenoll (2013, p. 30).

<sup>32</sup> Ferrer Beltrán (2007, p. 57) argues that if any evidence is omitted, the right to evidence is being violated. In a similar sense, Taruffo (2008, p. 29), stating that the facts up to the decision have an epistemic status typical of uncertainty.

<sup>33</sup> In a similar sense, *Thomann v. Switzerland* (ECtHR, 10 June 1996) and *Pescador Valero v. Spain* (ECtHR, 17 June 2003) and Spanish Constitutional Court decision 149/2013.

all subjectivity in the human being—it would even be counterproductive since the subject would lack the elements to judge—(Picó i Junoy, 1998, pp. 23 ff.). It is for this reason that doubt plays a significant role in the maintenance of impartiality, since it makes it possible (at least it is one of the ways) for the whole content of impartiality to be materialised: by welcoming and cultivating *dubium*, it becomes more plausible to act with indifference (Beccaria, 2015, p. 44) or to resist the seductions of a particular feeling (Calamandrei, 1966, p. 201). In any case, what is clear is that judicial impartiality becomes increasingly unattainable without the presence of doubt.

With this reflection, I wanted to highlight not just the significance of doubt in relation to the judicial process, but also the critical necessity of its continuation until the delivery of the judgment. Failing to maintain doubt carries the potential of causing disruptions in knowledge and, consequently, diminishing the legitimacy of the decision made. The swift trial system's incapacity to embrace doubt ultimately results in its incompatibility with the judicial process.

As a result of this analysis, there are several reasons why instantaneity should be avoided in the judicial function. These include: *i*) the direct drawing of conclusions by recourse to intuition, prejudice, and bias; *ii*) a greater role for contextual and unconscious, and therefore extra-legal, elements in decision-making; and *iii*) the impossibility of the emergence of doubt in all this processing. These reasons impede the existence of at least two of the three pillars on which this function rests<sup>34</sup>: the right to judicial independence—in its aspect of judicial impartiality—and the right to defence, which includes the right to evidence, contradiction, and motivation.

It is clear, then, that the necessity to avoid quick decisions is not solely a result of the belief that humans cannot reach such decisions, as asserted by certain doctrines. Instead, it arises from the significant implications this approach carries for maintaining the foundational principles and assurances that underpin the judicial function. The way a judicial decision is made is a pivotal concern: a decision reached by a biased judge, influenced by intuition, and lacking an effective right of defence, will not be acknowledged as socially legitimate. The evolution of the judicial process, coupled with expeditious prosecution, reduces the former to a mere theatrical display, a superficial act intended solely to project formal compliance with certain community-demanded requisites. Consequently, the avoidance of immediate judgment is a specific issue pertaining to the legitimacy of the decision, the societal acceptance of that decision as a dispute resolution within a community. In this context, it is crucial to acknowledge that the proper operation of the judicial function hinges on the trust and acknowledgment of the community.

<sup>34</sup> Taking as a reference Nieva Fenoll (2022b, pp. 89 ff.).

### 3.3. How to *Trigger* Deliberation

In this context, it is important to examine what actions judiciary members should take to counteract intuitive and unconscious thinking that emerges when encountering a familiar situation; to explore how to activate slow processing—considering the aforementioned points, it emerges as the most suitable system for enhancing the judicial function. The next subsection will focus on addressing this issue.

A first approach to these questions reveals a significant stumbling block: the possibility of teaching reflective thinking directly and generically is a controversial issue in psychology (Perkins and Ritchhart, 2010, p. 325). Dewey (1989, p. 21) noted that no one can tell another person how to think. While it is true that one can describe the different ways of articulating a thought and explain why some are better than others, it is very difficult to tell someone how to do it. For example, we can read and learn a lot about how to stop smoking or the importance of exercise in maintaining good health, but such readings do not guarantee that this knowledge will be put into practice. Putting one's knowledge into practice requires at least one critical ingredient, namely a personal willingness to use it; it is no use being a repository of knowledge if you are not *motivated* to use it (Kang *et al.*, 2011, pp. 1174 ff.; Evans, 2017, p. 107).

So, it is no use being aware that one is operating under intuitions, prejudices, and stereotypes if there is no inner will to be as impartial as possible (Kang *et al.*, 2011, pp. 1174 ff.; Kang, 2021, p. 81). Without it, intuition-based thinking cannot be neutralised (Monteith *et al.*, 2009, pp. 211-226). To this end, it has been found that people who try not to engage in bias and stereotyping tend to behave less biased than those who do not (Dasgupta and Asgari, 2004, pp. 642-658). The above example of the price of a bat and ball (discussed in Section 3.1) illustrates the importance of this aspect: the intuitive response will only be critically analysed—it will be doubted—if the subject voluntarily and consciously engages in such operation, *i. e.* is motivated to do so.

Therefore, having outlined the drawbacks of using fast thinking in applying the law to a specific case in earlier sections, I will now explore methods aimed at achieving the same goal. While direct teaching of reflective thinking may not be feasible, it does not deny the potential to establish an environment conducive to its cultivation.

Firstly, it is important to note that motivation, the commitment to engage in an activity, is closely linked to the cognitive-cultural sphere: it is based on the promotion and social recognition of values and attitudes that encourage, in this case, reflective thinking. It is therefore proposed that schools (including legal schools) should promote attitudes such as *i) open-mindedness*, which means the absence of prejudice, openness to new ideas and overcoming mental laziness towards new approaches of problem-solving; *ii) enthusiasm*, which serves as an intellectual force that really attracts one to study and reflect on a particular subject; or *iii) intellectual*

*curiosity*, which involves nurturing questions about the environment and being open to understanding everything that surrounds us (Dewey, 1989, pp. 42 ff.)<sup>35</sup>. All these attitudes can be cultivated through specific thinking routines, such as consistently questioning the reasoning behind students' thoughts and asking them to articulate the underlying rationale behind their ideas (Perkins and Ritchhart, 2010, p. 320).

It is also important to create a social environment in which the importance of calm and considered thinking is recognised, for such motivation to be born. At present, however, this environment is illusory. Many of the existing social beliefs about thinking are in the opposite direction: *i*) changing one's mind is associated with weakness, *ii*) a *good thinker* is defined by qualities such as determination and decisiveness, or *iii*) making quick decisions is considered a sign of wisdom (Baron, 2008, p. 213; Garnham and Oakhill, 1996, p. 297). All these beliefs are deeply rooted in society. They significantly influence the judicial function, particularly in how members of the judiciary place considerable trust in their decisions (Guthrie *et al.*, 2000, pp. 777-830). Reconsideration then becomes exceedingly challenging. Additionally, this perspective is bolstered by the notion that humans are objective decision-makers, relying on logical and rational analysis. This belief leads judges to assume they don't inject biases or stereotypes into their jurisdictional tasks<sup>36</sup>, and they often hesitate to acknowledge the influence of emotions in their decisions (Wistrich and Rachlinski (2017, p. 96)<sup>37</sup>.

It is therefore necessary to change the way we think about people when they make decisions, to adopt a more flexible and open view of alternatives. In particular, it has been shown that people who *perceive themselves* as rational and objective agents are more likely to act in a biased way: by *perceiving themselves* as such, they assume that their beliefs and thoughts are also rational and objective, and are therefore less willing to consider alternative approaches (Uhlmann and Cohen, 2007, pp. 207-223; especially p. 219), *i. e.* to doubt. The presumed objectivity leads to less attention being paid to the decision-making process. Hence, the paradox highlighted by Kang (2021): the more we recognise that our decisions may be the result of biases, intuitions, and stereotypes, the further we are from reproducing them. In conclusion, it is crucial to paint an accurate picture of human decision-making that is consistent with current scientific understanding. This means recognising that intuitive, biased

<sup>35</sup> Others have referred to these particulars as *cognitive emotions* (Scheffler), alluding to surprise, curiosity and love of truth: see Perkins and Ritchhart (2010, p. 293), Kahneman *et al.* (2021, pp. 251 ff.).

<sup>36</sup> In the United States of America, empirical studies have been conducted in which the majority of judges interviewed considered themselves to be highly capable of rendering decisions without incurring racial bias. See Bennett (2016, p. 397); Guthrie *et al.* (2009, pp. 1477-1530); Rachlinski (2009, pp. 1195 ff.).

<sup>37</sup> However, such results cannot be interpreted as a sign of hubris but are precisely the product of the commitment they have to the jurisdictional function. Acknowledging otherwise would generate institutional distrust and a social crisis. Nevertheless, it is worth noting that pretending to hide the defects of how we all human beings function will not eliminate them. See Donald *et al.* (2020, p. 78, p. 4, citing Frank).

and unconscious responses, which arise from our fast-processing system, are inherent human traits that we cannot escape. Attempting to eliminate these responses would not only be impossible, but also counterproductive<sup>38</sup>, as explained in section 3.2 above. Moreover, on many occasions this will be the spontaneous response.

Thus, these cognitive changes would facilitate the arousal of the motivation necessary to implement slow processing. With this approach, in turn, I have sought to highlight the importance of a relevant factor for the use of slow processing, namely that its *activation* is indispensable. This is a paradigm shift for the mental framework of the judicial function: deliberation is not an intellectual activity that operates by default. The automaticity of fast processing forces the decision-maker to be proactive and to *generate* doubt about the first (intuitive) response of the organism. The organic-evolutionary mechanisms that guarantee survival must be neutralised. It is therefore necessary to be willing to engage in such behaviour, as it requires a greater cognitive effort and therefore a greater expenditure of energy. In any case, it should be noted that the use of slow information processing must be moderate since it leads to decision paralysis when pushed to the limit (Baron, 2008, p. 201).

To this end, some strategies have been proposed to *artificially* create a scenario of hesitation, which is eliminated by fast processing, but which is necessary for the judicial function. These strategies aim to create tension in the proposals put forward by the above-mentioned prosecution and, consequently, to *provoke* doubt (the prelude to deliberation). In the following, I will outline the strategies most frequently mentioned in the literature.

The first strategy is *consider-the-opposite*: it is about the individual *self-generated* alternative answers that strain the explanation that is considered most plausible. For example, suppose a judge believes that a robbery was committed by a foreigner. To use this strategy effectively, the judge would have to consider whether the same verdict would have been reached if the defendant had been a woman or a citizen of the country in question. The same procedure can be applied to the evaluation of testimony; judgments about authorship and the veracity of testimony are two of the phenomena in which the intuitive—often disguised—plays a pre-eminent role. Generating alternative scenarios not only prompts deeper deliberation by compelling us to explore explanations that might otherwise have been overlooked, but it also sheds light on the foundational information driving the judicial decision-making process (Wistrich and Rachlinski, 2017, pp. 112-113; Donald *et al.*, 2020, p. 80). A derivation of this technique is to (force us to) consider information that goes against our own pre-existing beliefs (Kahneman *et al.*, 2021).

Another strategy is *perspective taking*. In this case, it is suggested that judges adopt other points of view to reduce egocentric tendencies. Specifically, it is recommended

---

<sup>38</sup> I must insist that intuitive thinking is not negative *per se*; on the contrary, it is part of human functioning. The risks arise when it is used in situations for which it is inappropriate. See Guthrie *et al.* (2007, p. 105).

that they put themselves in the shoes of (all) the parties. The aim of this strategy is to facilitate the recognition of situations that are alien to the judging body and therefore difficult to imagine (Wistrich and Rachlinski, 2017, pp. 113-114). An illuminating study supporting this strategy is research which found that non-injured individuals showed increased sensitivity to the realities faced by wheelchair users after participating in wheelchair simulations. This study provides a compelling example of the effectiveness of this approach (Clare and Jeffery, 1972, pp. 105 ff.). However, there is an important risk with this strategy, which is that if the judge has to put themselves in the role of the parties, they will use stereotypes to carry out such a simulation. Therefore, this strategy would not really eliminate these elements of judicial activity (Wistrich and Rachlinski, 2017, pp. 113-114).

Thirdly, advocating for the writing of judgments is suggested as a method to encourage the deliberate processing of information. Some argue that crafting a judicial decision shouldn't be seen merely as a formality to validate an instinctive judgement. Instead, it should be viewed as a task that facilitates a critical analysis of the conclusions drawn. This process helps identify conclusions stemming from intuition, which cannot be adequately justified when writing the judicial decision (Donald *et. al.*, 2020, p. 79; Perkins and Ritchhart, 2010, p. 320)<sup>39</sup>. In such cases, the conclusion should be rejected, instead of abdicating its motivation.

Finally, there are broader strategies suggested as well. One such strategy involves developing tools designed to systematically analyse a judge's decisions. The goal is to detect any discernible patterns that might indicate the presence of biases and stereotypes—akin to conducting an audit. Artificial intelligence could play a significant role in this endeavour. This information serves several purposes: *i*) it enlightens judges about the extent and areas of their biases, *ii*) facilitates the formulation of appropriate measures to mitigate these biases and stereotypes, and *iii*) encourages decision-makers to exercise caution in their judgments<sup>40</sup>. It is important to clarify that these tools are not intended to penalise judges for their inherent stereotypes or prejudices, as we all possess them. Instead, the aim is for judges to personally confront and comprehend their biases and stereotypes (Wistrich and Rachlinski, 2017, pp. 106 ff.).

On the other hand, there are proposals of a structural nature, such as the need to avoid a high workload and stress for judges. In these cases, it is noted that this high workload creates time pressure, which gives judges an incentive to process information quickly. As a result, such decisions are based on stereotypes and intuition, and therefore have greater variability (Burns, 2016, pp. 10-11, with citation to a study by Agnew-Brune; Kahneman *et al.*, 2021, pp. 104-105). The demand for quality time is one of the most frequently requested factors to ensure a decision that is not based

<sup>39</sup> A more tempered view is found in Oldfather (2008, pp. 1284-1320).

<sup>40</sup> This paper also proposes different ways of implementing this tool. See Wistrich and Rachlinski (2017, pp. 108 ff); Donald *et al.* (2020, p. 80).

on the rapid processing of information (Donald *et al.*, 2020, p. 79; Kang, 2021, pp. 84 ff.).

All the strategies and cognitive processes mentioned above, along with the explanations provided in sections 3.1 and 3.2, ought to form an integral component of fundamental training programmes. Moreover, there should be a concerted effort to amplify and strengthen their teaching and application within judicial schools. This training would ensure that judges are not only experts in the law, but also experts in these matters, which are so important for the development of their constitutionally mandated function.

In any case, beyond the specificities of each of the strategies mentioned and their imperfection in solving this question individually, what is relevant is their joint analysis. They are all based on the recognition that once a subject has arrived at an explanation of how certain events occurred, it is difficult to modify it (Baron, 2008, pp. 197 ff.). To prevent the harmful entrenchment of this process within the justice system, it is crucial to disrupt this inertia. This involves welcoming additional alternative explanations that contribute to the decision-making process. *Creating* doubt about established beliefs is essential. The strategies mentioned earlier aim to undertake this activity, each approaching it from its unique perspective. And this is where the temporal element—the backbone of this work—reappears: the interruption of intuitive thinking and its critical analysis require time, since it is necessary to adopt artificial, voluntary and conscious strategies, *i. e.* those that make it possible to satisfy the requirements imposed by the principles and procedural guarantees.

This not only shows how slow information processing can be activated, but also fulfils the basis of the judicial process: the time interval mentioned in the judicial process is also necessary to neutralise the intuitive thinking that results from fast processing.

#### 4. A TELOS AND A DEFINITION FOR THE JUDICIAL PROCESS

The contributions of psychology outlined in the previous section do not exclusively provide a rationale for the existence of the judicial process, but they do provide significant information for meditating on the purpose and conceptualisation of this institution.

Firstly, as far as the purpose of the trial is concerned, I believe that it must serve the above-mentioned cultural strategy of *activating* slow processing; it must have a cognitive-communicative component that urges judges to commit themselves to *creating* a scenario of uncertainty regarding those ideas, beliefs, convictions that surface when they relate to an alleged fact. It is the same personal disposition that demands the presumption of innocence. For this reason, I believe that the assimilation of the judicial process to the rite (Forza, 1997, p. 14) is not misguided in this sense. Rite—not theatricality—is a symbolic action that transmits and communicates; it is

narrative (Han, 2020). And consequently, from this perspective, the judicial process must be a reminder of how human beings operate, of our cognitive limitations, and of the personal involvement required for the successful performance of the judicial function (section 3).

Based on this approach, I conceptualise the judicial process as the *time span that constitutes the habitat of the judicial decision*. In this respect, it is in this interval that judges must engage in the confrontation of their intuitive ideas, stereotypes, and prejudices (fast processing) to create an alternative (slow processing) as an inescapable substrate for the delivery of the judgment. This singular approach is the key to ensuring that the fundamental tenets of the judicial function, especially the rights to judicial independence and defence, carry tangible weight rather than being limited to mere formalities.

This transfiguration of the judicial process in its essential elements (concept, basis, and purpose) has several practical implications, which I will now outline. The first of these has to do with the appropriateness of confirming judgments pronounced immediately at the end of the trial (*in voce*)<sup>41</sup>. This possibility—legally recognised—is similar (if not identical) to an immediate decision, and thus increases the likelihood that the prosecuting authority will use an expedited procedure to resolve the dispute. Consequently, it is very difficult for any doubt to *arise* while waiting for the trial to take place. In this way, the delivery of a judgment *in voce* makes it more subject to intuitive thinking. The same argument can be made in relation to criminal proceedings, regarding the resolution of preliminary questions (Article 786.2 of the Spanish Criminal Procedure Act) at the same time as they are presented. A hasty decision at the beginning of the oral hearing can make it hostage to the rapid processing of information.

On the other hand, this reconceptualisation of the judicial process should also favour a better understanding and practice of *ex officio* evidence, especially in criminal proceedings. If the judge is the one who must doubt his own intuitive thoughts, *ex officio* evidence is presented as an important tool to clarify the facts based on the formulation of different alternative hypotheses. The support of *ex officio* evidence would discourage recourse to intuition to resolve the incompleteness of the evidence<sup>42</sup>.

Alternatively, these considerations should lead to a broader acknowledgment of potential judicial errors. This recognition stems from the involvement of an information processing system, which, due to its immediate operation, inevitably involves the possibility of errors occurring. This recognition, in turn, should change the ju-

<sup>41</sup> Art. 245.2 Spanish Organic Law 6/1985 of 1 July, on the Judiciary (Ley Orgánica del Poder Judicial) in relation to arts. 794.2 Spanish Criminal Procedure Act (Ley de Enjuiciamiento Criminal) and 50 Spanish Law 36/2011, of 10 October, regulating social jurisdiction. (Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social).

<sup>42</sup> The use of intuition to resolve a deficient evidential activity is described in Nieva Fenoll (2010, p. 207).

dicial perception of the mechanisms for challenging judicial decisions, especially the non-devolutionary ones. The explanations given in this paper (essentially those relating to section 3.2) should make it possible—effectively—for judicial decisions to be modified by the decision-maker himself, without this being considered a result to be avoided, a sign of vulnerability. Insensitivity to new viewpoints or alternative narratives only reinforces intuitive thinking, as I suggested in section 3.3. The practice of strategies to activate deliberation should not be confined to the trial phase but should also extend to challenging judicial decisions.

These considerations also shed light on the debate about the possible automation of the judicial process. One of the most recurrent criticisms of the artificial intelligence tools developed so far has been to denounce the institutionalisation of stereotypes and prejudices that these tools imply (O’neil, 2018; Euback, 2019)<sup>43</sup>. Once we have clarified the basis and function of the process, we can see whether automation, the desire for speed, is—for the moment—an end that is compatible with the guarantees that the judicial process entails. Or if, on the contrary, this should be achieved by other means, such as increasing the material and human resources<sup>44</sup> of the judiciary to reduce the heavy workload of judges.

However, this conclusion does not exclude the use of specific automations in certain cases. For example, in proceedings where there is typically no opposition, such as mass claims against banks arising from floor clauses, eviction proceedings, or payment order proceedings, automation could be considered viable. These processes are practically identical, even if the parties or the amount of the claim change. Their automation would lead to a rapid response that would avoid spurious instrumentalisation of these types of proceedings (Nieva Fenoll, 2018, pp. 33 ff., 2022a).

## 5. CONCLUSIONS

In this paper, I have undertaken a critical analysis of fundamental aspects of the judicial process, integrating insights from psychology, in particular dual-process theories. During this research, I have highlighted that the introduction of a time delay for the sentencing phase—considered essential in some doctrinal perspectives—is imperative to counteract specific characteristics associated with rapid information processing. On the one hand, to avoid *i*) jumping to conclusions, resorting to intuition, prejudice, and bias, and *ii*) giving a greater role to contextual and unconscious, and therefore extra-legal, elements in decision-making. And, on the other hand, *iii*)

---

<sup>43</sup> In this regard, special attention has been given to the COMPAS programme that has been applied in judicial processes: see Larson *et al.* (2016); Dressel and Farid (2018).

<sup>44</sup> The Council of Europe Report on the evolution of judicial systems (European judicial systems—CEPEJ Evaluation report—2022 Evaluation cycle [2020 data]) states that Spain has a ratio of 11.24 judges per 100,000 inhabitants, which is much lower than the European average of 17.60 magistrates. Available at: <https://rm.coe.int/cepej-fiche-pays-2020-22-e-web/1680a86276> (Accessed 5 June 2023).

to ensure the emergence of doubt in all this processing. Failure to do so violates two of the three pillars on which the judicial function rests: the right to judicial independence—in its aspect of judicial impartiality—and the right to defence, which includes the right to evidence, contradiction, and motivation. In light of the above, the basis of the judicial process has been reached.

I have also pointed out that neutralising the operation of rapid information processing requires a personal commitment, an effort that depends solely on the individual. A commitment that represents a paradigm shift for the law. And it is precisely to the evocation of this commitment that I have entrusted the *telos* of the judicial process. Finally, I have put forward a new proposal for the definition of this institution, which underlines the importance of being aware of our cognitive limits. In sum, from this perspective, the judicial process is constituted as a *meta-guarantee* in the sense that it makes possible the existence of other procedural guarantees and principles. It is the presence of the latter that gives a patina of legitimacy to the decision reached (judicial judgement). All these questions are not only relevant to a more precise definition of the judicial process, but are also essential to the current debates, which revolve around the dilemma of *guarantees versus effectiveness*.

## BIBLIOGRAPHY

- Andrés Ibáñez, P. (2009). Imparcialidad judicial e independencia judicial. In VV.AA., *La imparcialidad judicial*. CGPJ.
- Baron, J. (2008). *Thinking and Deciding*. Cambridge University Press.
- Beccaria, C. (2015). *De los delitos y las penas*. Universidad Carlos III de Madrid.
- Bennett, M. (2016). The Implicit Racial Bias in Sentencing: The Next Frontier. *Yale Law Journal Forum*, 126.
- Calamandrei, P. (1953). La crisi della giustizia. In VV.AA., *La crisi del diritto*. CEDAM.
- Calamandrei, P. (1966). Governo e magistratura. In M. Cappelletti, *Opere giuridiche* (Vol. V). Morano.
- Calamandrei, P. (1986). *Instituciones de derecho procesal civil*. Europa-América.
- Capdeferro, J. and Serra, E. (2015). *Casos del Tribunal de Contrafaccions de Catalunya (1702-1713)*. Parlament de Catalunya.
- Carnelutti, F. (1994). *Cómo se hace un proceso*. Temis.
- Carnelutti, F. (1997) *Instituciones del proceso civil*. El-foro.
- Clore, G. and Jeffery, K. (1972). Emotional Role Playing, Attitude Change, and Attraction toward a Disabled Person. *Journal of personality and social psychology*, 23.
- Chen, D. and Loecher, M. (2019). Mood and the Malleability of Moral Reasoning. Available at SSRN 2740485.
- Dasgupta, N. and Asgari, S. (2004). Seeing is Believing: Exposure to Counterstereotypic Women Leaders and its Effect on the Malleability of Automatic Gender Stereotyping. *Journal of experimental social psychology*, 40(5), 642-658.
- Danziger, S., Levav, J. and Avnaim-Pesso, L. (2011). Extraneous Factors in Judicial Decisions. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 108, 6889-6892.
- Dewey, J. (1989). *Cómo pensamos*. Paidós.
- Donald, B., Rachlinski, J. and Wistrich, A. (2020). Getting Explicit About Implicit Bias. *Judicature*, 104.

- Dressel, J. and Farid, H. (2018). The Accuracy, Fairness, and Limits of Predicting Recidivism. *Science advances*, 4(1).
- Duch, Ll. (2018). *Vida cotidiana y velocidad*. Herder.
- Edmond, G. and Kristy, M. (2019). Just Cognition: Scientific Research on Bias and Some Implications for Legal Procedure and Decision-making. *The modern law review*, 82.
- Eren, O. and Mocan, N. (2018). Emotional Judges and Unlucky Juveniles. *American Economic Journal: Applied Economics*, 10(3), 171-205
- Euback, V. (2019). *Automating Inequality: How High-tech Tools Profile, Police, and Punish the Poor*. Picador.
- Evans, J. (2010). *Thinking Twice. Two Minds in One Brain*. Oxford University Press.
- Evans, J. (2017). *Thinking and Reasoning*. Oxford University Press.
- Evans, J. (2020). *Hypothetical Thinking: Dual Processes in Reasoning and Judgement*. Routledge.
- Evans, J. and Frankish, K. (2009). The Duality of Mind: An Historical Perspective. In J. Evans y K. Frankish (Eds.), *In Two Minds: Dual Processes and Beyond*. Oxford University Press.
- Fariña, F., Arce, R. and Novo, M. (2002). Heurístico de anclaje en las decisiones judiciales. *Psicothema*, 14, pp. 39-46.
- Fenech, M. (1960). *Derecho procesal penal* (V. I). Labor.
- Fernández López, M. (2022). La conformación del conjunto de elementos de juicio III. Principios generales de la práctica de la prueba. In J. Ferrer Beltrán (Coord.), *Manual de Razonamiento Probatorio*. Suprema Corte de la Nación.
- Ferrer Beltrán, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons.
- Ferro, V. (1987). *El Dret Públic Català. Les institucions a Catalunya fins al Decret de Nova Planta*. Eumo.
- Forza, A. (1997). *Il processo invisibile*. Marsilio.
- Forza, A., Menegon, G. and Rumiati, R. (2017). *Il giudice emotivo. La decisione tra ragione ed emozione*. Il Mulino.
- Garnham, A. and Oakhill, J. (1996). *Manual de psicología del pensamiento*. Paidós.
- Gladwell, M. (2018). *Inteligencia intuitiva*. Debolsillo.
- Guasp, J. (1968). *Derecho procesal civil*. Instituto de Estudios Políticos.
- Guthrie, C., Rachlinski, J. and Wistrich, A. (2000). Inside the Judicial Mind. *Cornell Law Review*, 86, 777-830.
- Guthrie, C., Rachlinski, J. and Wistrich, A. (2007). Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases. *Cornell Law Review*, 93, 101-140.
- Guthrie, C., Rachlinski, J. and Wistrich, A. (2009). The «Hidden Judiciary»: An Empirical Examination of Executive Branch Justice. *Duke Law Journal*, 1477-1530.
- Guzmán Fluja, V. C. (2021). Proceso penal y justicia automatizada. *Revista General de Derecho Procesal*, 53, 1-40.
- Han, B. C. (2013). *La Sociedad de la transparencia*. Herder.
- Han, B. C. (2020). *La desaparición de los rituales*. Herder.
- Hogarth, R. (2002). *Educar la intuición*. Paidós.
- Kahneman, D. (2013). *Pensar rápido, pensar despacio*. Debolsillo.
- Kahneman, D. and Frederick, S. (2002). Representativeness Revisited: Attribute Substitution in Intuitive Judgment. In T. Gilovich, D. Griffin and D. Kahneman (Eds.), *Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment*. Cambridge University Press.
- Kahneman, D., Sibony, O. and Sustain, C. (2021). *Ruido. Un fallo en el juicio humano*. Debate.
- Kahneman, D., Slovic, P. and Tversky, A. (Eds.). (1982). *Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases*. Cambridge University Press.
- Kahneman, D. and Tversky, A. (1982). Subjective probability: A Judgment of Representativeness. In D. Kahneman, P. Slovic and A. Tversky (Eds.), *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*. Cambridge University Press.
- Kang, J. (2021). What Judges Can Do about Implicit Bias. *Court Review*, 57.
- Kang, J. et al. (2011). Implicit Bias in the Courtroom. *UCLA Law Review*, 59.
- Larson, J. et al. (2016). How We Analyzed the COMPAS Recidivism Algorithm. *ProPublica*, 9(1).

- Lopes, G. (2021). Cognitive Bias in the Judiciary: The Role of Cognitive Enhancement. *34th International Conference on Legal Knowledge and Information Systems*. <https://lirias.kuleuven.be/retrieve/680782>
- Martín Diz, F. (2020). Inteligencia artificial y proceso: Garantías frente a eficiencia en el entorno de los derechos procesales fundamentales. In F. Jiménez Conde y R. Bellido Penades (Eds.), *Justicia: ¿Garantías Versus Eficiencia?* Tirant Lo Blanch.
- Monteith, M., Lybarger, J. and Woodcock, A. (2009). Schooling the Cognitive Monster: The Role of Motivation in the Regulation and Control of Prejudice. *Social and Personality Psychology Compass*, 3(3), 211-226.
- Montero Aroca, J. et al. (2008). *Derecho jurisdiccional* (I. Parte general). Tirant Lo Blanch.
- Montero Aroca, J. et al. (2014). *Derecho jurisdiccional* (I. Parte general). Tirant Lo Blanch.
- Mora-Sanguinetti, J. S. (2022). *La factura de la injusticia*. Tecnos.
- Nickerson, R. (1998). Confirmation Bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises. *Review of general psychology*, 175-220.
- Nieva Fenoll, J. (2006). *La cosa juzgada*. Barcelona. Atelier.
- Nieva Fenoll, J. (2007). *Enjuiciamiento prima facie*. Atelier.
- Nieva Fenoll, J. (2010). *La valoración de la prueba*. Marcial Pons.
- Nieva Fenoll, J. (2013). *La duda en el proceso penal*. Marcial Pons.
- Nieva Fenoll, J. (2016). La razón de ser de la presunción de inocencia. *InDret*, 1.
- Nieva Fenoll, J. (2018). *Inteligencia artificial y proceso judicial*. Marcial Pons.
- Nieva Fenoll, J. (2022a). El proceso penal actual: entre la fe y la tecnología. In V. Gómez Martín et al. (Dirts.), *Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*. Ediciones BOE.
- Nieva Fenoll, J. (2022b). *Derecho procesal I*. Tirant Lo Blanch.
- Oldfather, C. (2008). Writing, Cognition, and the Nature of the Judicial Function. *The Georgetown Law Journal*, 96, 1284-1320.
- O'neil, C. (2018). *Armas de destrucción matemática: cómo el big data aumenta la desigualdad y amenaza la democracia*. Capitán Swing.
- Perkins, D. and Ritchhart, R. (2010). ¿Cuándo se piensa bien? In M. Carretero y M. Asensio (Coords.), *Psicología del pensamiento*. Alianza.
- Picó i Junoy, J. (1998). *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*. Bosch.
- Posner, R. (2011). *Cómo deciden los jueces*. Marcial Pons.
- Prieto Castro, L. (1952). *Tratado de derecho procesal civil*. Sáez.
- Prieto Castro, L. (1980). *Derecho procesal civil, Vol. I*. Tecnos.
- Rachlinski, J. et al. (2009). Does Unconscious Racial Bias Affect Trial Judges? *Notre Dame Law Review*, 84, 1195-1246.
- Ramos Méndez, F. (1978). *Derecho y proceso*. Bosch.
- Rumiati, R. and Bona, C. (2019). *Dalla testimonianza alla sentenza. Il giudizio tra mente e cervello*. Il Mulino.
- Sadler-Smith, E. (2016). *Mente intuitiva*. UOC.
- Satta, S. (1968). Il mistero del processo. In S. Satta, *Soliloqui e colloqui di un giurista*. CEDAM.
- Satta, S. and Punzi, C. (2000). *Diritto procesuale civile*. CEDAM.
- Serra Domínguez, M. (1950). *Nueva enciclopedia jurídica* (Tomo XX). Seix.
- Serra Domínguez, M. (1969). *Estudios de derecho procesal*. Ariel.
- Stanovich, K. (2011). *Rationality and the Reflective Mind*. Oxford University Press.
- Sunstein, C. and Jolls, C. (2006). The Law of Implicit Bias. *California Law Review*, 94.
- Taruffo, M. (2008). *La prueba*. Marcial Pons.
- Thornburg, E. (2019). (Un)Conscious Judging. *Washington & Lee Law Review*, 76.
- Torralba, F. (2018). *El món volàtil*. Columna.
- Uhlmann, E. and Cohen, G. (2007). «I think it, therefore it's true»: Effects of Self-perceived Objectivity on Hiring Discrimination. *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 104.

Wistrich, A. and Rachilinki, J. (2017). Implicit Bias in Judicial Decision Making. How It Affects Judgment and What judges Can Do about It. In S. Redfield (Ed.), *Enhancing Justice: Reducing Bias*. ABA Book Publishing.

## Jurisprudence and law

A Coruña Provincial Court Sentence (Spain) 516/2011 (Civil jurisdiction), December 5th of 2011

Constitutional Court Sentence (Spain) 149/2013 (Sala Primera), 9 October of 2013

España. Ley 2/2020, de 27 de julio, por la que se modifica el artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. (BOE, núm. 204, 28/07/2020, pp. 58804-58805)

España. Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. (BOE, núm. 245, 11/10/2011)

España. Ley de Enjuiciamiento Criminal. [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/abrir\\_pdf.php?id=-PUB-DP-2023-145](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=-PUB-DP-2023-145)

España. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. (BOE, núm. 157, 02/07/1985)

Madrid Provincial Court Sentence (Spain) 334/2010, 25 October of 2010

Pescador Valero v. Spain, nº 62435/00, European Court of Human Rights, 17 June 2003

Supreme Court Sentence (Spain) 647/2014 (Criminal Chamber), 9 October of 2014 (appeal 446/2014)

Supreme Court Sentence (Spain) 687/2015 (Criminal Chamber), 4 November of 2015 (appeal 10438/2015)

Supreme Court Sentence (Spain) 104/2010 (Criminal Chamber), 3 February of 2010 (appeal 767/2009)

Supreme Court Sentence (Spain) 2505/2001 (Criminal Chamber), 26 December of 2001 (appeal 3026/1999)

Supreme Court Sentence (Spain) 123/2004 (Criminal Chamber), 6 February of 2004 (appeal 2775/2002)

Supreme Court Sentence (Spain) 441/2008 (Criminal Chamber), 10 July of 2008 (appeal 2509/2007)

Supreme Court Sentence (Spain) 665/2015 (Criminal Chamber), 29 October of 2015 (appeal 736/2015)

Supreme Court Sentence (Spain) 1036/2013 (Criminal Chamber), 26 December of 2013 (appeal 648/2013)

Supreme Court Sentence (Spain) 165/2005 (Civil Chamber), 14 March of 2005 (appeal 3938/1998)

Supreme Court Sentence (Spain) 93/2018 (Criminal Chamber), 23 February of 2018 (appeal 1304/2017)

Supreme Court Sentence (Spain) 915/2016 (Criminal Chamber), 2 December of 2016 (appeal 958/2016)

Thomann v. Switzerland, nº 17602/91, European Court of Human Rights, 10 June 1996

Valencia Provincial Court Sentence (Spain) 246/2003 (Civil Chamber), 22 April of 2003

Zaragoza Provincial Court Sentence (Spain) 310/2021 (Criminal Chamber), 26 July of 2021

## CONSIDERACIONES DOGMÁTICAS Y PROBATORIAS SOBRE EL DOLO EN EL PROCESO PENAL\*

Mauricio Rettig Espinoza\*\*

Prof. de Derecho Penal  
Universidad Alberto Hurtado  
mrettig@pjud.cl

**RESUMEN:** El análisis del dolo supone dilucidar tres discusiones íntimamente relacionadas. La primera es la cuestión conceptual referida a la definición dogmática del dolo y supone revisar sus teorías y críticas a fin de precisar el contenido del dolo y determinar si es un hecho que puede ser probado o si es una categoría normativa de imputación penal. Ello es relevante para la cuestión epistemológica sobre cuál es el objeto de prueba en la atribución o imputación del dolo y consiste en precisar si en el proceso penal el *thema probandum* son ciertos estados mentales eventualmente relevantes para la imputación dolosa o los *indicios* susceptibles de subsumirse en un catálogo abierto y referencial de indicadores normativos. La tercera discusión se refiere a la cuestión epistemológica sobre el método mediante el cual se acreditan dichos estados mentales o indicios y presupone precisar si el enlace que conecta las pruebas con la hipótesis a probar puede consistir únicamente en una generalización epistémica o si, además, las presunciones y los conceptos (como el dolo) y sus teorías son especies de inferencias probatorias.

**PALABRAS CLAVE:** dolo, conocimiento, voluntad, intención, atribución, imputación, objeto de prueba, método inferencial, estados mentales, indicios, indicadores.

---

\* Este artículo es una versión corregida del trabajo final presentado para el Máster en Razonamiento Probatorio impartido por la Universitat de Girona y la Università degli Studi di Génova y dirigido por el profesor Daniel González Lagier, quien formó parte junto a los profesores María Laura Manrique y Diego Dei Vecchi del tribunal que lo evaluó. A todos ellos agradezco sus comentarios y sugerencias.

\*\* Abogado, Universidad de Chile; máster en Razonamiento Probatorio, Universitat de Girona; doctor en Derecho, Universidad de Barcelona.

## DOGMATIC AND EVIDENTIAL CONSIDERATIONS OF *MENS REA* IN THE CRIMINAL PROCESS

**ABSTRACT:** The analysis of *mens rea* involves elucidating three closely related discussions. The first is the conceptual issue referred to the dogmatic definition of *mens rea* and involves reviewing its theories and criticisms in order to specify the content of *mens rea* and determine if it is a fact that can be proven or a normative category of criminal accusation. This is relevant to the epistemological question about what is to be proved in the attribution or imputation of *mens rea* and consists in specifying whether in the criminal trial the *thema probandum* are certain states of mind that may be relevant to the *mens rea* imputation or the indications that can be subsumed in an open and referential catalog of regulatory indicators. The third discussion refers to the epistemological question involving the method by which states of mind or indications are proved and presupposes specifying whether the link that connects the evidence with the hypothesis to be tested can only consist of an epistemic generalization or if, in addition, presumptions and concepts (such as *mens rea*) and their theories are types of evidentiary inferences.

**KEYWORDS:** *mens rea*, knowledge, will, intent, attribution, imputation, object of proof, inferential method, mental states, indications, indicators.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.— 2. LA CUESTIÓN CONCEPTUAL: 2.1. Teorías psicológicas de dolo: 2.1.1. *Críticas a las teorías psicológicas de dolo*. 2.2. Teorías cognoscitivas de dolo: 2.2.1. *Críticas a las teorías cognoscitivas de dolo*. 2.3. Las teorías descriptivistas de dolo: 2.3.1. *Críticas a las teorías descriptivistas de dolo*. 2.4. Las teorías normativas de dolo: 2.4.1. *Críticas a las teorías normativas de dolo*. 2.5. Balance sobre el concepto de dolo.— 3. LA CUESTIÓN SOBRE EL OBJETO DE PRUEBA: 3.1. El objeto de prueba en las teorías descriptivistas de dolo. 3.2. El objeto de prueba en las teorías normativistas de dolo. 3.3. Balance sobre el objeto de prueba.— 4. LA CUESTIÓN METODOLÓGICA: 4.1. La índole del enlace: 4.1.1. *Las generalizaciones empíricas en el delito doloso*. 4.1.2. *¿Son las definiciones o teorías de dolo una clase de inferencia probatoria?* 4.1.3. *¿Son las presunciones una clase de inferencia probatoria?*. 4.2. La prueba de los estados mentales en las teorías descriptivistas de dolo. 4.3. La prueba de los indicios en las teorías normativas de dolo. 4.4. Balance sobre la cuestión metodológica.— 5. CONCLUSIONES.— BIBLIOGRAFÍA.

### 1. INTRODUCCIÓN

El artículo pretende dilucidar tres discusiones íntimamente relacionadas a fin de orientar la discusión sobre el dolo en el proceso penal.

En el primer apartado analizaré la cuestión conceptual a fin de responder a la pregunta sobre qué es el dolo. Ello supone revisar las teorías psicológicas, cognoscitivas, descriptivistas y normativistas de dolo y sus críticas para precisar su contenido, su delimitación con la imprudencia consciente y determinar si se trata de un hecho que debe ser probado o de una categoría normativa de imputación penal.

En el segundo apartado revisaré la cuestión epistemológica consistente en determinar cuál es el objeto de prueba en la atribución o imputación del dolo. Lo anterior

implica precisar si el dolo puede ser objeto de prueba empírica o si el *thema probandum* consiste en ciertos *estados mentales* eventualmente relevantes para la imputación dolosa o en *indicios* subsumibles en *indicadores* de dolo.

En el tercer apartado analizaremos la cuestión metodológica a fin de examinar cómo opera la aplicación del método inferencial en la prueba de los estados mentales eventualmente relevantes para la imputación dolosa o de los indicios subsumibles en *indicadores* normativos de dolo. Ello presupone precisar si el enlace que permite conectar las pruebas con la hipótesis a probar consiste solo en una generalización epistémica o si, además, las presunciones y los conceptos (como el dolo) y sus teorías son clases de inferencias probatorias.

## 2. LA CUESTIÓN CONCEPTUAL

La discusión sobre el concepto de dolo se ha enfocado desde dos puntos de vista. En atención a cuáles son los elementos del dolo y a su delimitación con la imprudencia consciente, las teorías pueden ser *psicológicas* o *cognoscitivas*. En consideración a si el dolo es un hecho psicológico que puede ser probado *ex post* en el proceso o a si es un título normativo de imputación que se adscribe, las teorías pueden ser *descriptivistas* y *normativistas*.

Los criterios que fundamentan estas dos clasificaciones sobre el dolo pueden concurrir en cuatro combinaciones: *a)* teorías psicológicas que afirman que el dolo es conocimiento y voluntad, por lo que en el proceso ambos elementos deben ser acreditados (Cerezo Mir, 2005, p. 131); *b)* teorías psicológicas que sostienen que el dolo es solo conocimiento, por lo que es este el único elemento que debe ser probado en el proceso penal (Gimbernat, 1990, p. 428-429); *c)* teorías normativas que sostienen que el dolo es conocimiento y voluntad, de manera que en el proceso penal ambos elementos deben ser adscritos (Roxin, 1997, p. 424; Diaz Pita, 2010, pp. 291 y ss.), y *d)* teorías normativas que sostienen que el dolo es solo conocimiento, por lo que es este el elemento que debe ser imputado (Pawlik, 2016, p. 144).

### 2.1. Teorías psicológicas del dolo

Para la doctrina mayoritaria el dolo es el *conocimiento* y la *voluntad* de realizar el tipo objetivo. El agente debe ejecutar una conducta objetivamente típica contando con ambos elementos que constituyen el contenido y el objeto de prueba o de imputación en el proceso (Greco, 2017, p. 12).

#### 2.1.1. Críticas a las teorías psicológicas de dolo

Las críticas a las teorías psicológicas pueden sintetizarse en las siguientes:

a) Se sostiene que la voluntad es un elemento básico común a toda conducta entendida como un comportamiento humano externo y voluntario, por lo que no sirve como elemento diferenciador entre el tipo doloso y el imprudente (Struensee, 2009, p. 6).

b) Solo el *dolo directo* se corresponde psicológicamente con lo que el autor ha querido. En el dolo de las consecuencias necesarias y en el dolo eventual el autor no pretende alcanzar el resultado, sino que sabe que este está vinculado de forma necesaria o posible con la conducta ejecutada *voluntariamente* (Jeschek y Weigend, 2002, pp. 314-315).

c) El dolo definido como *intención* (Feuerbach, 2007, p. 71) es demasiado limitado. Lleva a sancionar como imprudencia supuestos con un merecimiento de pena de comportamientos dolosos, por lo que la doctrina y la jurisprudencia en el siglo XIX crearon los conceptos de *dolo directo de segundo grado* y de *dolo eventual* para ampliar el ámbito de los delitos dolosos y no tener que sancionar como imprudentes supuestos de cierta gravedad<sup>1</sup>.

d) Conduce a un abuso del lenguaje porque obliga a encontrar el elemento volitivo en sucesos que difícilmente coinciden con el vocabulario cotidiano, afirmando que «en sentido jurídico» se pueden aceptar consecuencias no deseadas, de manera que «el autor también puede aprobar un resultado que para él mismo es no deseado». En el lenguaje corriente no concurre un «aprobar» y lo que debe comprenderse como «aprobar en sentido jurídico» queda indeterminado (Struensee, 2009, p. 7)<sup>2</sup>.

e) La inferencia del elemento volitivo a partir de la «actuación pese al conocimiento» tiene un tinte cognoscitivo que hace dudar sobre la necesidad de incluir en el dolo un requisito volitivo, porque así definido, carece de un contenido propio que justifique su inclusión en el concepto de dolo (Ragués, 2004, p. 15).

f) En los *delitos de mera actividad* se afirma la existencia de dolo con el solo conocimiento de las circunstancias típicas. Ningún juez negaría el dolo del acusado de ejecutar un delito de abuso sexual porque afirma que realizó tocamientos a una víctima de diez años conociendo su edad, pero «no queriendo hacerlo» (Ragués, 2004, pp. 15-16).

---

<sup>1</sup> Esta crítica es aplicable a la tesis de Manrique (2012, pp. 274-275), quien conecta al dolo con la intención y en base a la teoría del doble efecto concluye que en las conductas abarcadas por el dolo eventual, el grado de reproche debe ser el mismo que para el delito imprudente en los casos en que el legislador no haya creado una norma especial para sancionar las consecuencias previstas.

<sup>2</sup> Como afirma Ragués (2011, pp. 193 y ss.), a propósito del análisis del *caso del cinturón*, la *teoría de la voluntad* tiene serios problemas para delimitar el dolo de la imprudencia cuando el sujeto activo, pese a no tener el propósito directo de ocasionar un determinado resultado, realiza la conducta siendo consciente de la existencia de un elevado riesgo de que tal consecuencia se produzca. En estos casos, mientras para la *teoría de la probabilidad* el elemento volitivo es superfluo exigir el elemento volitivo para concluir que se trata de un caso de dolo eventual, los partidarios de la *teoría de la voluntad* admiten el debilitamiento de este elemento en forma de aprobación o consentimiento.

g) Conduce a un *derecho penal de autor*, ya que para afirmar la concurrencia del elemento volitivo, sobre todo en el dolo eventual, la jurisprudencia presume el dolo en personas que por sus antecedentes, por su personalidad o por realizar una actividad no aceptada socialmente, se parte de la base que «querían» o «aceptaban» el resultado lesivo y niega el dolo respecto de personas que realizan una actividad generalmente aceptada por su utilidad social (médicos, abogados), presumiendo que «no querían», excluyendo la punición dolosa y optando por la imprudente (Corcoy Bidasolo, 2005, pp. 267-269).

## 2.2. Teorías cognoscitivas de dolo

Estas teorías sostienen que el dolo es el conocimiento de los elementos objetivos del tipo, por lo que el contenido del dolo y su objeto de prueba o de imputación, sería solo el *conocimiento*. Abandonan el elemento *volitivo* debido a las críticas formuladas a las teorías volitivas (Gimbernat, 1990, pp. 258-259; Greco, 2017, p. 16).

### 2.2.1. Críticas a las teorías cognoscitivas de dolo

a) A las teorías cognoscitivas se les critica que el dolo eventual terminaría abarcando a la imprudencia consciente, porque ambas categorías se fundamentan en el elemento cognoscitivo, con el consiguiente perjuicio para el acusado (Luzón Peña, 2001, p. 1123; Manrique, 2012, p. 272).

No concuerdo con esta crítica porque, si bien se atribuye el conocimiento del riesgo tanto en el dolo eventual como en la imprudencia consciente, su contenido es distinto. En la imputación dolosa, el riesgo jurídicamente desaprobado está ante los ojos del agente, quien tenía la posibilidad efectiva de conocerlo y no podía confiar racionalmente en su no realización en la lesión del bien jurídico. En la *imprudencia consciente*, en cambio, existe un deber de conocer el riesgo, la posibilidad de conocerlo, pero el agente desconoce la idoneidad concreta de su conducta para producir el resultado, concurriendo un *error de tipo vencible* (excluyente de dolo pero que deja subsistente la imprudencia) respecto de la efectiva intensidad del peligro generado por su conducta o de su capacidad de evitación (Corcoy Bidasolo, 2011, p. 11). Por lo tanto, asumir un concepto cognoscitivo de dolo no implica que la imprudencia consciente deba ser absorbida por el dolo eventual, ya que es posible delimitar ambas formas de imputación subjetiva conforme a la gravedad del injusto, según el grado de conocimiento.

b) También se objeta a las teorías cognoscitivas que, si el deslinde entre el dolo eventual y la imprudencia consciente se configura prescindiendo del elemento volitivo, se favorece injustificadamente a los descuidados, imputándoles imprudencia, frente a los escrupulosos, que deberán responder a título doloso, de manera que la

diferencia entre dolo e imprudencia se establecería en base a un aspecto puramente cuantitativo (Mir Puig, 2009, p. 264; Ossandón, 2010, p. 448).

Tampoco concuerdo con esta crítica, porque en la imputación dolosa el grado de conocimiento atribuido al autor sobre la potencialidad lesiva de su conducta es tal que debería motivarlo a desistir de su actuación riesgosa o a interrumpir el suceso riesgoso, por lo que se trata de un conocimiento sobre la capacidad concreta de la conducta para realizar el tipo penal (Ragués, 1999, p. 519). En la imprudencia, en cambio, el nivel de conocimiento sobre la probabilidad de lesión es insuficiente para motivar al sujeto a interrumpir la conducta realizada, pero impone el deber de incorporar mecanismos de aseguramiento. Si alguien dispara desde lejos a su víctima, sabiendo que existen pocas posibilidades de alcanzarlo pero buscando causarle la muerte, la imputación *dolosa* se funda en la atribución del conocimiento de la capacidad concreta de la conducta para causar la muerte, por lo que el agente debería desistir de su actuación. Si el agente, en cambio, actúa imaginando la posibilidad de ocasionar un resultado lesivo, pero lo descarta basado en la confianza razonable pero equivocada de que no se producirá el hecho lesivo, solo es posible imputar imprudencia (Ossandón, 2010, p. 448).

### 2.3. Las teorías descriptivistas de dolo

Se suele afirmar que para las teorías descriptivistas el dolo es un proceso efectivamente acontecido en la mente del sujeto al ejecutar el hecho, cuya existencia podría reconstruirse y averiguarse *ex post* por el juez en el proceso. Como el dolo sería un hecho efectivamente acaecido que se extrae de la realidad, la acreditación *del* o de *sus* elementos formaría parte del relato de los hechos probados en la sentencia, actividad cognoscitiva orientada a establecer juicios verdaderos o falsos. Se trataría de descripciones de hechos pasados de naturaleza psíquica e interna que no pueden ser percibidos por los sentidos como los hechos externos (Ragués, 1999, pp. 205-207).

En mi opinión, más allá de si se asume una postura descriptivista o normativista, es importante aclarar que el dolo no puede ser objeto de prueba empírica porque es una categoría normativa de imputación penal y no un enunciado descriptivo sobre los hechos. Por lo tanto, el *thema probandum* para estas teorías, serían ciertos *estados mentales* que pueden ser sometidos a prueba empírica porque constituyen *hechos psíquicos* que eventualmente pueden ser relevantes para una imputación dolosa. (Pérez Barberá, 2023, pp. 143-144).

Estas teorías concilian a la manera del *emergentismo* la existencia de los estados mentales con una concepción materialista del mundo en la que el sustrato físico es condición de existencia de los estados generados por el sujeto (Searle, 1992, pp. 13 y 266 y ss.; González Lagier, 2022a, p. 58). Por lo tanto, afirman que es posible distinguir entre hechos físicos y hechos psíquicos.

Estados mentales como el «conocimiento», la «voluntad», la «intención», la «confianza», la «indiferencia», una «creencia», etc., pertenecerían al *plano empírico* porque son hechos psíquicos no observables que podrían y deberían ser probados en el proceso, porque determinar qué estado mental tenía el agente al ejecutar el hecho sería relevante para la imputación dolosa (Pérez Barberá, 2023, pp. 141-142).

### 2.3.1. Críticas a las teorías descriptivistas de dolo

a) *Se niega la existencia de los estados mentales.* Se afirma que ni el dolo ni sus elementos son hechos externos porque no hay hechos de dolo ya que voluntad, libertad, acción, culpabilidad, etc., pertenecen a un «juego de lenguaje» que es diferente a los hechos naturales, por lo que el dolo no se prueba: se *imputa*. Cuando decimos que alguien ha actuado dolosamente realizamos un juicio *adscriptivo* (Hruschka, 2005, pp. 154-155).

A esta objeción se contesta que los estados mentales son hechos psíquicos que emergen de los hechos físicos. Además, se sostiene que las intenciones y las creencias son una manera de hablar, choca con el sentido común, porque todos sentimos o experimentamos pensamientos, dolores, creencias, deseos, emociones. Por último, se afirma que hay estrategias exitosas para atribuir estados mentales mediante la interpretación de las conductas de otros y la coordinación de las nuestras en base a aquellas (González Lagier, 2013, pp. 144-145; 2023, pp. 66 y 67).

b) *Se niega la posibilidad de conocer los estados mentales de los demás, dadas las limitaciones de la prueba judicial.* Se sostiene que la intención se inferiría de manera indirecta a partir de «indicios» de los hechos, con menor certidumbre sobre si estos ocurrieron. La prueba de indicios no sería una válida, porque con ella no se comprueba ninguna realidad (Miranda Estampres, 1997, pp. 217 y ss.). También se afirma que las atribuciones en base a generalización empíricas de sentido común no son demostraciones de los hechos psicológicos y los indicios que suelen usar los tribunales posibilitan que el dolo atribuido no se haya verificado o viceversa (Paredes Castellón, 2001, pp. 72 y ss.).

Se refuta que tanto en la prueba directa como en la indirecta el razonamiento probatorio es inferencial y probabilístico por lo que el valor de la prueba directa es *tendencialmente* mayor que el de la indirecta, porque esta exige inferencias suplementarias (Gascón Abellán, 2010, pp. 82-84). Además, se replica que la prueba no requiere una demostración absoluta que excluya el resto de las alternativas, porque de lo contrario tampoco podría acreditarse la existencia de un acto humano porque es la prueba de la voluntad la que permite determinar que se trata de una acción y no de un acto reflejo y la que permite identificar la clase de acción que realizó el sujeto (González Lagier, 2022a, p. 67).

La última afirmación de González Lagier, relativa a la prueba de la acción, merece algunas aclaraciones sustantivas y probatorias. A nivel de conducta (acción), el

contenido de la voluntad es mucho más modesto del que pretende<sup>3</sup>, toda vez que se limita a exigir que el comportamiento sea ejecutado con un mínimo psíquico de voluntariedad (Zugaldía Espinar, 2010, p. 226). La norma de primaria o de conducta, requiere la voluntad del destinatario a fin de cumplir con su función de motivación, porque no tiene sentido prohibir la realización de actos carentes de toda voluntad, ya que en ellos el autor no puede decidir *voluntariamente* no realizarlos por el influjo de la norma que lo prohíbe (Mir Puig, 2009, p. 186). En el proceso penal, se parte del supuesto que concurre en dicha base sustancial mínima que es común al delito de acción o de omisión, doloso o imprudente, de manera que solo es objeto de prueba en los casos de exclusión de la conducta (actos reflejos, movimientos en estado de inconsciencia y fuerza física irresistible), muy poco frecuentes en la *praxis*.

c) *Es imposible comprobar la intención*. Sostiene que el conocimiento de los hechos psicológicos no es comprobable una vez que se ha realizado la atribución. El juez conoce pruebas de los enunciados sobre un hecho que encaja en un determinado esquema típico, y sobre la base de ese conocimiento, considera subyacente el supuesto de hecho que se trata de determinar en base a *indicios* que son el verdadero objeto de prueba. El estado psíquico interno no existe como objeto de prueba y su definición normativa es solo una formulación elíptica cuyo significado se reduce a las circunstancias específicas del caso concreto (Taruffo, 2011, p. 165).

Se contesta que la mayor parte de los hechos que se enjuician en un proceso judicial tampoco pueden ser comprobados al margen de los criterios de prueba, ya que ocurrieron en el pasado y sobre ellos no cabe experimentación (González Lagier, 2013, p. 146).

d) *Existe una falta de regularidad entre la conducta externa y los elementos subjetivos*. Se afirma que para inferir los elementos subjetivos de la acción a partir de la conducta externa del individuo debe concurrir una regularidad bien establecida que correlacione la conducta externa con el estado mental. Ello es necesario para que las *máximas de experiencia* y los *indicios-tipo* que enlazan la conducta externa con la intención sean fiables. Sin embargo, estas regularidades no existen porque un mismo

---

<sup>3</sup> En rigor, incluso la categoría de la «acción», como elemento independiente de la teoría del delito, ha perdido relevancia en la dogmática penal contemporánea de corte normativista, siendo absorbida por la tipicidad bajo el argumento de que lo trascendente para la teoría del delito es determinar si se ha realizado la conducta contenida en el tipo penal (Morillas Cuevas, 2008, p. 1391), de manera que la *conducta* que importa al derecho penal no consiste en cualquier clase de comportamiento, ya que tomar un vaso para beber agua, caminar por la playa o ver un partido de fútbol son comportamientos que no tienen por sí mismos ninguna relevancia jurídico-penal. El derecho penal, realiza, para sus efectos y desde su prisma, la selección de los hechos relevantes, por lo que entre los distintos sentidos, importa el concepto jurídico-penal de acción que debe contener el mínimo de elementos que determinan que la realización de una conducta humana sea penalmente relevante y, por lo tanto, útil para los fines de la teoría del delito, en términos de posibilitar el descarte de los hechos irrelevantes (Zugaldía Espinar, 2010, p. 226). Así, la conducta es, en mi opinión, un *comportamiento humano externo y voluntario* (Rettig, 2019, p. 84; Mir Puig, 2009, pp. 184 y ss).

estado mental puede corresponderse con distintas o con ningún tipo de acción (Ragués, 1999, p. 258).

Se replica que además de las generalizaciones acerca de la correlación entre conducta externa y estados mentales para inferir la intención, la prueba de la intención descansa en la *presunción de racionalidad del agente*, de manera que el tipo de conducta que realizó es típico de cierta intención y racionalmente adecuado a la situación a la que se enfrentó (González Lagier, 2013, p. 145).

e) *Cuando atribuimos intenciones proyectamos los propios estados mentales al agente*. Se sostiene que atribuimos intenciones a partir de lo que hubiésemos querido o sabido en tales circunstancias, extrapolarlo a nuestros potenciales estados mentales, lo que conlleva un riesgo de error debido a peculiaridades desconocidas del agente (Ragués, 1999, p. 252).

Si bien esta crítica se considera válida, se afirma que no descarta la posibilidad de averiguar las intenciones de otros, sino que obliga a averiguar lo que sea posible sobre el agente y a razonar en función de la evaluación que creemos que él hubiera hecho, en base a criterios objetivos intersubjetivamente controlables adaptados al caso particular (Fletcher, 1997, p. 182).

f) Si el dolo es un estado mental, también lo sería la imprudencia; sin embargo, en la *imprudencia inconsciente* no concurre estado mental alguno. El sujeto responde porque estaba ante un riesgo cognoscible, que debía conocer y que, sin embargo, no conoció<sup>4</sup>.

#### 2.4. Las teorías normativas de dolo

Afirman que el dolo es un título de *imputación subjetiva* que consiste en la adscripción en el proceso penal del conocimiento del riesgo jurídicamente desaprobado en base a *indicios* fácticos y a *indicadores* normativos de dolo. El juicio de imputación se refiere al conocer que el agente *debía haber poseído de forma racional y exigible*, por lo que se desacopla del estado psíquico real en que se encontraba el autor al ejecutar el hecho (Pawlik, 2016, pp. 142 y ss.). La atribución del dolo no depende de la valoración del riesgo efectuada por el autor, ya que una representación de posibilidades suficientemente substanciada no puede operar en su descargo porque al ejecutar el hecho no haya reflexionado sobre la magnitud del riesgo o hubiese considerado irreflexivamente su realización como improbable. Lo decisivo es si su conducta, interpretada como la de un ser racional, expresa la máxima de que la lesión del otro debe ser o incluso puede ser. No se trata de atribuir al autor un conocimiento del riesgo

<sup>4</sup> La misma crítica se realizaba respecto de la teoría causalista psicológica de la culpabilidad, que sostenía que dolo y culpa eran un vínculo subjetivo de carácter psicológico entre la acción, el resultado y el sujeto que la realiza (von Liszt, 2007, p. 388). Sin embargo, dicha relación es inexistente en la imprudencia inconsciente (Donna, 2002, pp. 13-14).

relevante para la acción que él no tenía, sino de negarle la competencia para decidir de forma jurídicamente vinculante sobre la relevancia para la conducta del conocimiento del riesgo que él tenía (Puppe, citada por Pawlik, 2016, p. 144).

#### 2.4.1. Críticas a las teorías normativas de dolo

Se critica que las teorías normativas corren el *riesgo de establecer una responsabilidad objetiva*<sup>5</sup>. Sin embargo, estas teorías admiten que la pena del delito doloso debe ser mayor que la del delito imprudente y si no concurre imprudencia, porque el sujeto actuó con el cuidado que le era exigible, no cabe imponer pena alguna, por lo que en este sentido la crítica no acierta (Jakobs, 1997, pp. 309 y ss.).

Si la crítica se funda en que estas teorías realizan la imputación del dolo mediante criterios distintos a la realidad psicológica del sujeto en la comisión del hecho, cabe señalar que también las teorías descriptivistas reconocen que la observación de la acción permite inferir una intención, en base a una interpretación intencional a la luz de las circunstancias y de nuestro conocimiento del mundo, *aunque no haya habido realmente una intención previa* (González Lagier, 2013, pp. 128-129). Por lo tanto, en ambas teorías la atribución de dolo puede no coincidir con el estado mental del agente al momento de cometer el hecho. Además, en un contexto altamente institucionalizado como lo es el proceso penal, con reglas que establecen plazos, exclusiones de prueba, etc., averiguar todo lo que sea posible respecto del agente no pasa de ser un anhelo imposible de lograr en la mayoría de los casos.

Por otro lado, como reconocen autores descriptivistas, los *indicios tipo* utilizados por la jurisprudencia son razonables porque se basan en máximas de experiencia con justificación empírica (González Lagier, 2022a, pp. 69-70), por lo que las teorías descriptivistas y normativas del dolo no deberían variar significativamente en las consecuencias.

#### 2.5. Balance sobre el concepto de dolo

La doctrina tradicional sostiene que el dolo es el *conocimiento y la voluntad* de realizar el tipo objetivo. Agrega que el agente debería ejecutar una conducta objetivamente típica contando con ambos elementos que constituyen el contenido y el objeto de prueba en el proceso y afirma que la forma básica de dolo es el *dolo directo*. Por último, asume la clasificación tripartita que distingue entre dolo directo, de las consecuencias necesarias y dolo eventual y delimita esta última clase de dolo de la imprudencia consciente en base al elemento volitivo de su contenido (Roxin, 1997, p. 424).

---

<sup>5</sup> En la responsabilidad objetiva basta con causar una lesión para imputar responsabilidad penal, aunque el autor no la hubiese querido ni esta se deba a imprudencia (Mir Puig, 2009, pp. 125-126).

En mi opinión, el concepto de dolo debe ser coherente con la función que se atribuye al derecho penal y a la pena y debe configurarse en base a la noción más simple que contiene el *elemento común* a sus clases y que determina que estas sean lo que son o un universal (Sanz-Diez, 2007, p. 253).

La función del derecho penal es la protección de bienes jurídicos<sup>6</sup> mediante *normas primarias o de conducta*<sup>7</sup> que prohíben o prescriben comportamientos bajo amenaza de pena. Por su parte, la función de la pena es la *prevención general positiva limitada de delitos* (Mir Puig, 2009, pp. 93 y ss.). Por lo tanto, la función del derecho penal no puede consistir en modelar las intenciones de las personas (Sancinetti, 2016, p. 70), ya que la mera voluntad criminal, el carácter o la forma de ser de un sujeto no pueden fundamentar la responsabilidad penal sin caer en un derecho penal de autor y abandonar con ello, el principio de responsabilidad por el hecho<sup>8</sup>.

Como el núcleo del injusto y del tipo penal consiste en la creación, por parte del autor de la conducta típica, de un riesgo jurídicamente desaprobado, lo relevante para la configuración del dolo es la imputación al agente del conocimiento de las circunstancias de hecho que configuran el riesgo jurídicamente desaprobado para un bien penalmente tutelado (Sancinetti, 2016, p. 70).

Respecto de la configuración del concepto base de *dolo*, si este fuese el *dolo directo* habría que encontrar en todas sus formas la *intención* que lo define<sup>9</sup>. Sin embargo en el *dolo de las consecuencias necesarias* lo esencial es la atribución del conocimiento de las consecuencias que, aunque no buscadas por el agente, van asociadas con seguridad al comportamiento típico<sup>10</sup> y en el *dolo eventual*, lo relevante es la atribución al autor del conocimiento de las circunstancias de hecho que configuran el riesgo jurídicamente desaprobado para un bien penalmente tutelado (Sancinetti, 2016, p. 70). Si la forma básica del dolo no es la que requiere más calificaciones, es imposible que esos requisitos se cumplan en una modalidad más simple que, por definición, tiene una estructura menos exigente.

De hecho es posible ejemplificar la concurrencia de dolo sin intención con una variante del *caso del tirador de Lacman*. A y B juegan al tiro al blanco y apuestan que quien le dé primero al sombrero de la niña que está a veinte metros, sin hierla, ga-

<sup>6</sup> La protección de la vigencia de la norma cumple en mi opinión un rol instrumental a la protección de bienes jurídicos pero no de legitimación (Ossandón, 2009, pp. 23-24).

<sup>7</sup> Las *normas primarias o de conducta*, son aquellas *normas jurídico penales*, que se dirigen al ciudadano a fin de *motivarlo* para que se abstenga de realizar conductas que *ex ante* sean lesivas o peligrosas para determinados bienes penalmente tutelados. Por lo tanto, se trata de normas que prohíben la realización de hechos delictivos. Las *normas secundarias o de sanción*, en cambio, se dirigen al juez y le obligan a imponer la pena ante el incumplimiento de la norma primaria (Mir Puig, 2009, pp. 61 y ss.).

<sup>8</sup> Así, un principio derivado del de culpabilidad afirma que los pensamientos no son punibles *cogitationis poenam nemo partitur* (Mir Puig, 2009, pp. 123 y ss.).

<sup>9</sup> El llamado *dolo directo* es el único que contiene el elemento volitivo acentuado y por ello se denomina *intención* (Mir Puig, 2009, p. 261)

<sup>10</sup> Sobre el caso Thomas, véase Rettig, 2019, p. 526, n. 1807.

nará el patrimonio del perdedor. A dispara y alcanza a la chica, que muere. Es obvio que la intención del tirador era darle al sombrero y no matar a la niña, de hecho, con ello perdería su patrimonio, pero la doctrina afirma correctamente el dolo pese a que no concurre la intención (Greco, 2017, p. 14).

En mi opinión, la *forma básica y general de dolo* que contiene el elemento esencial que fundamenta el concepto y lo diferencia del delito imprudente, es el llamado *dolo eventual* (Silva Sánchez, 1992, pp. 401-402)<sup>11</sup>, cuyo núcleo consiste en la atribución al autor del conocimiento *ex ante* de las circunstancias de hecho que configuran el riesgo jurídicamente desaprobado para un bien penalmente tutelado.

Prefiero, sin embargo, la denominación de *dolo básico* porque la terminología *dolo eventual*<sup>12</sup> se asocia en su origen a los delitos de resultados en los que se suele afirmar su concurrencia cuando el autor *considera seriamente* que su comportamiento conducirá a la realización *posible o eventual* del resultado y se conforma con ello (Wessels *et al.*, 2018, p. 138; Frister, 2011, p. 225; Mir Puig, 2009, p. 262), de manera que lo eventual no es el dolo, sino el resultado (Righi, 2017, p. 273). El *dolo básico*, en cambio, debe ser lo suficientemente amplio para abarcar todas las clases de tipos dolosos, sean estos de acción o de omisión, de mera actividad o de resultado, de lesión o de peligro, de peligro abstracto o de peligro concreto, consumados o tentados, etc.

Esta forma de imputación subjetiva podría, en ciertas ocasiones, ser más grave que el llamado *dolo directo*, ya que el sujeto podría actuar con la *intención* de ocasionar el resultado pero advertir que tiene escasas posibilidades de éxito. Así las cosas, lo relevante no es cuánto desea el autor el resultado, sino qué grado de riesgo jurídicamente desaprobado es posible atribuirle<sup>13</sup>.

El *dolo de las consecuencias necesarias* y el *dolo directo* son formas especiales de dolo aplicables a casos en que su concurrencia suele ser evidente, pero *ni la intención de causar un resultado* ni el *actuar a sabiendas* fundamentan el dolo si no es posible imputar al autor el conocimiento *ex ante* del riesgo jurídicamente desaprobado inherente a su conducta típica (Puppe, 2010, pp. 136-137; Kindhäuser, 2005, pp. 38-39; Silva Sánchez, 1992, pp. 400-402; Corcoy Bidasolo, 2011, p. 10; Bacigalupo, 2006, p. 329).

Así las cosas, siendo el dolo un elemento del tipo subjetivo y, por lo tanto, del injusto penal, debe ser entendido como el conocimiento *ex ante* del riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico, creado por la conducta típica.

<sup>11</sup> Pérez Barberá (2011, p. 818), concuerda en que el arquetipo de dolo es el llamado *dolo eventual*. Afirma que dolo es el reproche objetivo a la acción que se aparta de una regla jurídico-penal, mediando *ex ante* una posibilidad objetivamente privilegiada de que su autor prevea ese apartamiento, agrega que dicho concepto corresponde al «dolo básico» equivalente al «dolo eventual». Si la ley requiere estados mentales adicionales para la conformación del dolo, como una determinada intención, entonces se tratará de casos de dolo calificado.

<sup>12</sup> En el mismo sentido, Sancinetti (2016, p. 70) afirma que el concepto *dolo básico* es más acertado que el de *dolo eventual*.

<sup>13</sup> En sentido similar se decanta Sancinetti (2016, p. 70).

Respecto del problema de la delimitación del *dolo base* con la *imprudencia consciente*, opino que esta debe realizarse en base al elemento *cognoscitivo*. La diferencia radica en la clase de conocimiento que se le *imputa* al autor del hecho. Concorre dolo cuando es posible atribuir el conocimiento *ex ante* del riesgo jurídicamente desaprobado inherente a la conducta típica, de manera que es posible atribuir al sujeto el conocimiento del significado típico de la conducta que realiza porque cuenta con información suficiente sobre su alcance (Bacigalupo, 2006, pp. 328-329; Silva Sánchez, 1992, p. 401).

En la *imprudencia consciente*, en cambio, concurre un deber de conocimiento del riesgo; la posibilidad efectiva de conocerlo (*cognoscibilidad*) y un *error de tipo evitable* (excluyente de dolo, pero que deja subsistente la imprudencia) en la efectiva peligrosidad de su conducta (el riesgo era mayor que el dimensionado) o sobre la capacidad de evitación del sujeto (sobrevaleó su capacidad para controlar o evitar dicho riesgo) (Corcoy Bidasolo, 2011, p. 11; López Barja de Quiroga, 2018, p. 521)<sup>14</sup>, de manera que el sujeto desconoce, en toda su dimensión, el significado típico de la conducta que realiza. En este contexto, solo es posible atribuir, un *conocimiento defectuoso*, porque en virtud de su infracción al deber de cuidado, no es posible imputar al sujeto un conocimiento completo o adecuado del riesgo típico de su conducta para producir el resultado (Silva Sánchez, 1992, p. 401).

Si la función del derecho penal es la protección de bienes jurídicos mediante las *normas de conducta* y la función de la pena es la *prevención general positiva limitada de delitos*, entonces el fundamento de la sanción del delito doloso, se encuentra en la mayor necesidad de *motivación* respecto del agente que ejecuta la conducta típica, *con conocimiento*, al momento de ejecutarla, de que esta genera un *peligro concreto* jurídicamente desaprobado para el bien penalmente tutelado, porque ante tales circunstancias su poder para evitar la lesión del bien jurídico es elevada, ya que el sujeto se encuentra ante un *riesgo que está ante sus ojos* y que, dada su cualidad, debe ser tomado en serio y de no hacerlo, el grado de contradicción hacia las *normas de conducta* es mayor (Corcoy Bidasolo, 2011, p. 11). El delito doloso es más grave que el delito imprudente porque en él el autor actúa *conociendo lo que hace*, esto es, sabe que con su conducta crea un riesgo jurídicamente desaprobado, conoce los elementos que describen la conducta típica que realiza y el peligro concreto que tal comportamiento genera para un bien jurídico<sup>15</sup>.

En la *imprudencia consciente*, en cambio, la menor necesidad de *motivación* se funda en la imputación al sujeto, en virtud de su infracción al deber de cuidado, de un *conocimiento defectuoso* del riesgo típico de su conducta para producir el resultado, por lo que tanto el injusto como el merecimiento de pena son menores (Silva Sán-

<sup>14</sup> Manrique (2012, p. 85), en cambio, sostiene que el dolo eventual y la imprudencia consciente tienen la misma estructura.

<sup>15</sup> En un sentido similar se pronuncia López Barja de Quiroga (2018, p. 498).

chez, 1992, p. 401). Por ello, el delito imprudente se sanciona conforme a un sistema *numerus clausus* y con menor pena que el delito doloso.

Si se considera que tanto el *delito imprudente* como el *delito de omisión* son estructuras normativas que dependen en el primer caso de la *infracción del deber de cuidado*, y en el segundo de la *infracción de una norma preceptiva* que ordena realizar una actividad de salvaguarda en favor de un bien jurídico, habría que revisar si los conceptos esbozados por las teorías descriptivistas, cargadas de un tinte ontológico, permiten fundamentar una teoría general y sistemática de la imputación subjetiva en una dogmática cada vez más normativizada de la teoría del delito (Mir Puig, 2005, pp. 370 y ss.). Ello supone el estudio de la función del derecho penal, de la pena y de la norma primaria, que sean coherentes con la delimitación conceptual del dolo, con el fundamento de la mayor sanción del delito doloso en comparación al imprudente, entre otros temas nucleares del derecho Penal sustantivo (Paredes Castañón, 2019, pp. 7 y ss.). Además, se debe explicar cuál es el estado mental que permitiría imputar la imprudencia inconsciente.

Por otro lado, los ejemplos utilizados para explicar las teorías descriptivistas (González Lagier, 2022a, pp. 72-73) normalmente se mueven en el plano del dolo directo, en los que la atribución del dolo es evidente por concurrir una especie cualificada de imputación subjetiva, sin embargo, no problematizan a fondo en la zona gris que consiste en delimitar el dolo de la imprudencia consciente<sup>16</sup>.

### 3. LA CUESTIÓN SOBRE EL OBJETO DE PRUEBA

El dolo es una *categoría normativa de imputación penal* que constituye un enunciado *analítico* que versa sobre el significado del término, es decir, sobre palabras que modelan su concepto, por lo que su validez depende de su estructura lógica (Guastini, 2016, pp. 20-21). Por lo tanto, es un error hablar de «la prueba del dolo» (Hassmer, 1990, pp. 909 y ss.; Hruschka, 2005, pp. 145 y ss.), porque no es un enunciado *empírico* fundado en la experiencia ni versa sobre los hechos, objetos o cosas. El dolo no es un dato fáctico ni un estado mental, por lo que no puede ser objeto de prueba empírica en el proceso, ya que no dice relación con la verdad o falsedad de los hechos (Pérez Barberá, 2023, p. 143).

<sup>16</sup> Una solución que, basada en la *doctrina del doble efecto*, limite la aplicación del delito doloso solo a casos en los que es posible atribuir una *intención* llevaría a como imprudencia supuestos que conforme a su gravedad merecen la pena de un comportamiento doloso, en virtud de haber sido ejecutada la conducta con conocimiento del riesgo jurídicamente desaprobado, cuestión que la doctrina y la jurisprudencia no están dispuestas a aceptar (a favor de la doctrina del doble efecto, véase Manrique (2012, p. 275). Críticamente, Mañalich afirma que Manrique en su libro no problematiza la premisa de que la atribución de responsabilidad jurídico-penal tendría que asumir la forma de una «racionalización positiva» del comportamiento de cuya eventual imputación se trata (Mañalich, 2020, p. 18, n. 19).

Como el dolo no es un hecho que pueda ser acreditado empíricamente, sino una *categoría normativa de imputación penal*, y lo que se prueba en el proceso es la verdad o falsedad de los enunciados que las partes realizan sobre los hechos del pasado (Taruffo, 2008, p. 19), la pregunta a responder es: ¿en qué se diferencian las teorías descriptivistas y normativistas en cuanto al *thema probandum*?

### 3.1. El objeto de prueba en las teorías descriptivistas de dolo

Para estas teorías el objeto de prueba son los *estados mentales*, que serían un tipo de realidad psicológica con propiedades propias (consciencia, *qualia*, contenido mental, subjetividad y causalidad mental) que los diferencian de los hechos físicos (González Lagier, 2022a, pp. 52-55).

Estados mentales como *saber, creer, confiar, conocer, querer, aprobar, tomar en serio, consentir, tener la intención, ser indiferente*, etc., serían hechos psíquicos no observables que podrían probarse empíricamente en el proceso, porque se manifiestan en síntomas o reacciones observables provocadas voluntariamente por el agente ante un determinado estímulo. Las afirmaciones «A sabe», «A conoce», «A tiene la intención», etc., serían enunciados sobre los hechos verdaderos o falsos si esa afirmación se corresponde con la realidad. Se reconoce, sin embargo, que aun cuando la prueba de dichos estados mentales pueda ser relevante para imputar el dolo, ni el *conocimiento* ni la *voluntad* son el dolo (Pérez Barberá, 2023, pp. 143-144).

Se sostiene que mediante la *consciencia* percibimos de manera directa y privilegiada nuestros estados mentales y sabemos que tenemos intenciones y conocimiento. A través de la *observación*, en cambio, podríamos conocer indirectamente que otros tienen intenciones y saben, por lo que sería posible conocer sus estados mentales realizando una inferencia a partir de sus comportamientos (Moya, 1996, pp. 157 y ss.; Davison, 2003, pp. 25 y ss.; González Lagier, 2022a, p. 58).

Se afirma que cotidianamente comprendemos y predecimos el comportamiento humano aplicando la *actitud intencional* que consiste en atribuir a otro un sistema los deseos y creencias. Asumiendo una *perspectiva de tercera persona*<sup>17</sup>, se presume que las personas, como seres racionales, se comportarán de acuerdo con esas creencias y deseos. La *estrategia intencional* nos permitiría orientarnos en el mundo, pero podría aplicarse conjuntamente con otras actitudes como el saber científico y la psicología popular (al alcance de todos) para atribuir creencias y deseos a otros y para predecir en función de ello su comportamiento y adecuar el nuestro (Dennet, 1998, pp. 25 y ss.; Pérez Barberá, 2023, p. 130).

<sup>17</sup> Pérez Barberá (2023, p. 130, n. 19), con cita a Goldman, afirma que ello equivale a la perspectiva del observador racional respecto del agente al que se le adscriben estados mentales que debería tener si fuese racional (principio de caridad). La perspectiva de primera persona, en cambio, opera mediante la empatía, es decir, asumiendo que los otros tienen las mismas experiencias mentales que yo.

No obstante lo anterior, se señala que podría ser necesario complementar la actitud intencional con una *actitud física* cuando para predecir el comportamiento de las personas se necesite conocer los detalles físicos exactos (Dennet, 1998, pp. 27 y ss.; Pérez Barberá, 2023, pp. 132-133). Como en el *proceso penal* se decide sobre la imposición de una pena, en el contexto de la justificación de la sentencia, en la valoración de la prueba se requeriría, además, la *actitud física* debido a que la condena de una persona *más allá de toda duda razonable* exigiría mayor explicación técnica (Pérez Barberá, 2023, pp. 133-136).

La *base empírica* incluiría tanto los datos conocidos mediante la observación directa, como los conocidos a partir de una inferencia en la que se comprueba a partir de los datos observables y mediante una regla de correspondencia, la existencia de datos no observables como los estados mentales (Pérez Barberá, 2023, pp. 140-141).

### 3.2. El objeto de prueba en las teorías normativistas de dolo

Para las teorías normativistas de dolo el objeto de la prueba en el proceso son los *indicios* que son hechos conocidos a partir de los elementos de juicio practicados en el juicio que constituyen la premisa de la inferencia probatoria y que pueden consistir en cualquier cosa, circunstancia o comportamiento significativos en la medida en que a partir de ellos es posible derivar conclusiones relativas al hecho a probar (Taruffo, 2011, p. 480).

Los indicios son hechos cuya relación con aquello de lo que es indiciario es de naturaleza empírica (ej.: la presencia de humo es indiciaria de que hay o de que hubo fuego) subsumibles en un catálogo de *indicadores* de carácter normativo que constituyen «síndromes de riesgo» referidos a la realización del correspondiente tipo de delito (Mañalich, 2020, pp. 32 y ss.; Sánchez Vera, 2012, pp. 194-195).

Los indicios deben ser acreditados en el proceso como condiciones de atribución subjetiva en cada tipo penal doloso de la parte especial porque facilitan el conocimiento de un indicador. Por ejemplo, para distinguir entre el *delito de homicidio tentado* y *lesiones consumadas* se consideran *indicios*: la ejecución de lesiones de cierta gravedad (STS, de 06 de octubre de 1998), la peligrosidad o idoneidad del medio utilizado (STS, de 12 de noviembre de 1994), la zona corporal en la que se producen las heridas (STS, de 22 de febrero de 2005), la distancia entre el ofensor y el ofendido, la intensidad del golpe, el número de golpes y de lesiones producidas, las manifestaciones del agente que acompañan a la lesión y su actividad anterior y posterior al hecho (reconocimiento de los hechos, huida del domicilio, denuncias falsas, atención del agredido o su abandono y huida) (STS, de 20 de diciembre de 1996), las condiciones de lugar, tiempo y de circunstancias concomitantes con la acción (seriedad, gravedad y reiteración de incidencias que desembocaron en la agresión, actos provocativos, amenazas, etc.) (STS, de 21 de diciembre de 1990) y la causa o motivación de la misma (STS, de 31 de mayo de 2023).

En los delitos sexuales se consideran indicios las expresiones verbales inequívocas referidas por el agente durante la realización de la acción, la exteriorización de la conducta mediante la ejecución de actos de connotación sexual y del contexto en el que se realiza, aspectos que pueden ser captados por la víctima, sin perjuicio de la valoración que el tribunal realice de su credibilidad, en la que puede incidir la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento o interés de cualquier tipo que reste fuerza probatoria a la declaración o la existencia de corroboraciones periféricas que avalan la declaración de la víctima o su persistencia prolongada, sin contradicciones ni ambigüedades en la incriminación. Por ejemplo, si el acusado es el entrenador del equipo de muchachos sub-12, es posible atribuirle el conocimiento del rango de edad de los jugadores (Sánchez Vera, 2012, pp. 137-138 y 199).

En el delito de estafa se considera indicio del dolo de defraudar la simulación por parte del autor de un propósito serio de contratar cuando en realidad solo quería aprovecharse del cumplimiento de la parte contraria y del propio incumplimiento. En tales casos, el contrato es utilizado como un instrumento simulador, de ocultación, fingimiento y fraude. El contrato se suscribe con el propósito de no hacer efectiva la contraprestación o con el conocimiento de la imposibilidad de medios para cumplir la obligación contractual o de la conducta observada por el acusado en la fase de ejecución en la que aparece un incumplimiento. Ello ocurre, por ejemplo, cuando el contenido prestacional del contrato no responde a ninguna realidad, porque la empresa no ha intervenido nunca en un proyecto de financiación para la extracción de crudo; la acusada no ostentaba la representación mercantil ni societaria de la empresa; los efectos cambiarios entregados por la acusada en garantía de la devolución de la inversión son falsos, etc. (STS, de 15 de diciembre de 2021).

En el delito de insolvencia punible, se consideran indicios no dejar constancia expresa de que no se había satisfecho la garantía por los cuantiosos préstamos que debía a la sociedad; el precio irrisorio por el que se determinó la posible opción de compra de un inmueble de la sociedad; la provocación de la insolvencia antes de la compra de las acciones y el precio irrisorio pactado por ellas; la participación como administrador en una ingente cantidad de empresas, y los actos efectuados posteriormente a la compra (alquiler del pabellón, dación del inmueble, venta de material a chatarrería al día siguiente de la venta, concesión de permiso retribuido a los trabajadores luego de adquirir la empresa) (STC, de 29 de enero de 2019).

### 3.3. Balance sobre el objeto de prueba

Tanto en las teorías descriptivistas del dolo como en las normativas, el objeto de prueba son los enunciados que las partes realizan sobre los hechos del pasado. Sin embargo, mientras las primeras sostienen que dicho objeto consiste en ciertos *estados mentales*, eventualmente relevantes para la imputación dolosa, las segundas afirman que el objeto de prueba son los indicios subsumibles en un catálogo de indicadores normativos que permiten imputar el dolo.

En coherencia con el concepto propuesto de dolo, sostengo que el *objeto de prueba* son los *indicios* que conforman un *catálogo abierto ad exemplum* de datos y circunstancias objetivas y materiales que se valoran en la construcción de la inferencia probatoria. Dicha metodología permite contar con criterios intersubjetivamente controlables que orientan al fiscal sobre lo que debe probar, al defensor sobre el objeto de defensa y al juez respecto de aquello cuya comprobación debe verificar en el juicio, lo que otorga seguridad jurídica.

#### 4. LA CUESTIÓN METODOLÓGICA

El método para acreditar empíricamente a partir de ciertos datos una determinada hipótesis sobre los hechos (Pérez Barberá, 2023, pp. 145-146; Hempel, 2011, pp. 131 y ss.), es el *inferencial* que consiste en establecer mediante un conjunto de pruebas una hipótesis sobre cómo ocurrieron los hechos. La correlación entre los hechos probatorios y los hechos a probar se realiza mediante un *enlace* que expresa una cierta regularidad entre las premisas y la conclusión (González Lagier, 2022b, pp. 355-357). Dicho enlace es una generalización empírica que otorga mayor o menor fuerza a la inferencia en función de su grado de corroboración por lo que puede ser objeto de discusión y prueba en el proceso (Toulmin, 2019, pp. 126 y ss.; Taruffo, 2011, pp. 234 y ss.).

##### 4.1. La índole de del enlace

Mientras la mayoría de los autores sostiene que la índole del *enlace* que conecta las pruebas con la hipótesis a probar es una generalización empírica (Ferrer, 2007, p. 133; Taruffo, 2011, pp. 424-425; Gascón, 2010, p. 156)<sup>18</sup>, otro sector sostiene que las inferencias pueden ser epistémicas, normativas y conceptuales (González Lagier, 2013, pp. 43-45).

##### 4.1.1. Las generalizaciones empíricas en el delito doloso

Las *máximas de la experiencia* son juicios hipotéticos de contenido general que, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, son construidos a

---

<sup>18</sup> Tal diferencia conceptual entre González Lagier y Ferrer se refleja en el *Manual de razonamiento probatorio*. Mientras el primero distingue en el capítulo viii las inferencias epistémicas, normativas y conceptuales (González Lagier, 2022b, pp. 371 y ss.), el segundo sostiene en el capítulo ix que las presunciones *iuris tantum*, junto a las reglas de carga de la prueba y de estándares de prueba, impactan la distribución del riesgo de error y, por lo tanto, corresponden al momento de la decisión judicial. Sin perjuicio de lo anterior, Ferrer (2022, p 404, n. 11) matiza tal discrepancia señalando que el razonamiento probatorio es una argumentación en cadena de manera que la presunción puede también obligar a realizar una inferencia intermedia, cuya conclusión (el hecho presumido) será premisa de un siguiente paso inferencial, lo que explicaría que las presunciones sean tratadas tanto en el capítulo sobre valoración de la prueba e inferencias probatorias como en el relativo a las reglas de decisión probatoria (p. 404 y ss.).

partir de la constatación mediante la observación de la regularidad experiencial con la que se correlacionan hechos del tipo del que queremos probar con hechos que constituyen las pruebas o indicios; y que, mediante una inducción ampliativa, sirven para predecir o explicar acontecimientos futuros (Stein, 2017, p. 23; Ubertis, 2017, p. 75). En sentido lato, dichas máximas incluyen conocimientos técnicos, leyes científicas o simples generalizaciones de sentido común (Sánchez Vera, 2012, p. 176; Taruffo, 2011, pp. 219-227; Ferrer, 2007, p. 133; Gascón, 2010, pp. 155 y ss) y su fuerza depende de la amplitud de la base empírica y de la regularidad observable en los casos que conforman dicha base. Cuanto mayor sean el número de casos examinados y la regularidad observada, mayor es la probabilidad de la máxima (Gascón, 2010, pp. 102-103 y 163).

Por ejemplo, los testigos declaran que Pedro ingresó a una gasolinera de autoservicio y tras llenar el estanque de su vehículo miró en todas las direcciones repetidamente, se introdujo rápidamente en su vehículo y, al ver que un empleado se acercaba corriendo y gritando, puso el vehículo en marcha y se retiró a toda velocidad sin pagar el precio del combustible. En base a estas pruebas, el tribunal imputa a Pedro el delito de estafa, porque al interpretar su conducta le atribuye el incumplimiento doloso de su obligación de pagar el precio de la gasolina (Ragués, 1999, pp. 417-418). La máxima de experiencia indicaría que, por lo general, quien hace algo indebido no quiere ser descubierto y quien no quiere ser descubierto vigila, se oculta o huye rápidamente del sitio del suceso (Pérez Barberá, 2023, pp. 154-155).

Dicho razonamiento es *inductivo* porque la corroboración entre los elementos de juicio y la hipótesis no es una relación necesaria y universal. Las generalizaciones pueden establecer que *h* (hipótesis) es condición suficiente —pero no necesaria— de *p* (prueba). Si las pruebas constatan la predicción formulada a partir de la hipótesis y no la refutan, aumenta su grado de corroboración. El incumplimiento de una predicción en cambio justifica su rechazo (Taruffo, 2011, p. 226; Gascón, 2010, pp. 94 y ss.; Hempel, 2011, pp. 103 y ss). Ello es así porque la máxima es *intersubjetivamente controlable*<sup>19</sup>, de manera que la validez de la inferencia se evalúa conforme a criterios epistemológicos objetivos de racionalidad y solidez que deben ser explicitados en la sentencia<sup>20</sup> (Ferrer, 2007, p. 122). Su fiabilidad es variable, admite excepciones y puede ser falseada y refutada con pruebas contrarias que demuestren que la conclusión no puede inferirse a partir de las pruebas disponibles o no puede inferirse con el suficiente grado de apoyo empírico. Por ejemplo, la defensa podría acreditar que a Pedro lo perseguían unos criminales que habían intentado robar su vehículo y que lo intimidaban con armas de fuego, que en la huida se quedó sin combustible y que por eso cargó

<sup>19</sup> En el sentido de que distintos observadores puedan realizar la misma operación con razonable acuerdo en sus resultados.

<sup>20</sup> En el sentido de que observadores diferentes deben poder realizar la misma operación con razonable acuerdo en sus resultados (Pérez Barberá, 2023, p. 147)

bencina mirando para todos lados y huyó rápidamente del lugar sin detenerse a pagar (Pérez Barberá, 2023, pp. 154-155).

La corroboración de la hipótesis es *probabilística* porque las proposiciones se refieren a hechos pasados no susceptibles de apreciación directa. La prueba demuestra que la hipótesis es una explicación probable del acervo probatorio, pero no la única, porque, por ejemplo, el testigo clave pudo haber mentido o incurrido en un error de percepción. La probabilidad lógica puede aumentar o disminuir según: *a)* el fundamento epistémico de la generalización; *b)* la calidad epistémica de las pruebas que la confirman; *c)* el número de pasos inferenciales que componen la cadena de confirmación, y *d)* la cantidad y variedad de pruebas o confirmaciones (Gascón, 2010, pp. 160, 164-165; Ferrajoli, 2005, p. 151; Hempel, 2011, pp. 93 y ss.).

La hipótesis debe ser confirmada por una pluralidad de pruebas (Ferrajoli, 2005, p. 150; Taruffo, 2011, p. 226; Gascón, 2010, pp. 94 y ss.). Por ejemplo, en el delito doloso de receptación el conocimiento de la procedencia ilícita puede ser acreditado por testigos, peritos, documentos, etc. que den cuenta del pago de un precio vil (no correspondiente al valor real de lo que se adquiere) (STS, de 29 de abril de 2009); la clandestinidad o irregularidad de las circunstancias de la compra o modo de adquisición (ej.: compra de joyas a un menor sin documentos de respaldo) (STS, de 4 de noviembre de 2009); la inverosimilitud de las explicaciones aportadas para justificar la tenencia de los bienes sustraídos, la no existencia de facturas o boletas que acrediten la venta, no haber adquirido la especie de un comerciante legalmente establecido o la no constatación en los registros de contabilidad (ATS, de 25 de noviembre de 2021).

La hipótesis no debe ser refutada conforme al *principio contradictorio* por las pruebas disponibles y en la oportunidad procesal correspondiente. Por ejemplo, si se imputa a Juan el homicidio doloso de Diego porque al primero de le vio salir de la casa del segundo con sangre en la ropas, la defensa podría acreditar que Pedro concurrió a la casa de Juan tras una conversación de reconciliación por WhatsApp y la sangre en la ropas de Juan se debe a que, al llegar a la casa de Diego, este había sido agredido por un tercero con quien tenía rencillas y Juan trató de auxiliarlo y como la ambulancia no llegaba salió a pedir ayuda, etc.

El resultado probatorio es *contextual* porque se establece en virtud de un determinado elenco de pruebas. Cuando se afirma que la proposición *p* está probada (ej.: Juan mató dolosamente a Diego con un disparo en la cabeza), se hace en relación a un conjunto determinado de pruebas, pero el resultado probatorio puede variar si se altera el acervo probatorio (Ferrer, 2007, p. 40; Gascón, 2010, pp. 155-158; Taruffo, 2011, pp. 225 y ss.). Por ejemplo, si aparece una prueba nueva que demuestra que la muerte de Diego devino en el contexto de una conversación en la que Juan limpiaba su arma y la disparó accidentalmente, podría imputarse una infracción al deber de cuidado constitutiva de imprudencia, fundada en el deber de verificar que el arma no está cargada antes de limpiarla.

Como se aprecia en el método inferencial el razonamiento es *inductivo, contextual, probabilístico, demostrable, intersubjetivamente controlable y refutable*, por lo que el enlace puede solo consistir en una generalización empírica (Ferrer, 2007, pp. 120 y ss.; Taruffo, 2011, pp. 424-425; Ferrajoli, 2005, p. 623).

#### 4.1.2. ¿Son las definiciones o teorías de dolo una clase de inferencia probatoria?

Se afirma que las definiciones y teorías son *inferencias probatorias conceptuales* sobre los hechos, previas a su calificación jurídica, porque la afirmación sobre la prueba de los enunciados fácticos depende de la red conceptual, de modo que con las mismas pruebas el resultado puede diferir si varía la definición. La prueba depende de cómo es la realidad y de cómo esta se interpreta. El enunciado «está probado que *p*», significa «está probado que *p*, en un determinado esquema conceptual *Ec*», pero la conclusión puede variar si se adhiere a un concepto distinto. Elegido un esquema conceptual, la subsunción del *factum probans* deja de ser una cuestión convencional, porque los enunciados a subsumir deben obedecer a dicho esquema. Para posibilitar su aplicación, conceptos como el dolo deben mediar entre los datos empíricos de la realidad y las calificaciones jurídicas ofrecidas por las normas (González Lagier, 2018, pp. 22-23; 2014, pp. 104-107).

No comparto esta opinión porque el dolo es un enunciado *prescriptivo* que pertenece al ámbito normativo porque se dirige a influir en el comportamiento de las personas (ej.: prohibido matar dolosamente a otro). Las controversias dogmáticas sobre el dolo conciernen al derecho penal sustantivo y se solucionan mediante la argumentación (Guastini, 2016, pp. 23-24).

Cuando atribuimos sentido al término *dolo* realizamos una interpretación *en abstracto* a fin de identificar el contenido de sentido expresado por un texto normativo sin referencia a un caso concreto (ej.: para determinar si el delito *x* es un tipo doloso, de manera que no es aplicable la imprudencia). En otras ocasiones realizamos *interpretaciones en concreto* para decidir si un caso concreto es o no subsumible en el campo de aplicación de una norma previamente identificada en abstracto (ej.: para resolver problemas de subsunción sobre si el tipo doloso *x* es o no aplicable al caso concreto). La interpretación *en abstracto* reduce la indeterminación del ordenamiento jurídico, identificando las normas en vigor; mientras que la interpretación en concreto reduce la indeterminación de las normas, identificando los casos concretos que cada norma regula (Guastini, 2014, pp. 31-36).

En la *justificación interna*<sup>21</sup>, el concepto de dolo pertenece al ámbito de la *quaestio iuris* y a las condiciones de aplicación que afectan a la premisa mayor del silogismo que contiene la descripción del caso genérico (Taruffo, 2011, p. 151). En la *justifi-*

<sup>21</sup> Una decisión está internamente justificada cuando se sigue deductivamente de las premisas, y externamente justificada cuando dichas premisas están fundamentadas. En la *justificación interna* me-

*cación externa*, presupone una actividad interpretativa, fundada en criterios de selección e interpretación de enunciados legales, destinada a elegir el material jurídico aplicable al caso, para dotarlo de significado y determinar si las normas jurídicas que, expresadas en enunciados prescriptivos cuyo valor es de validez, sirven para realizar la calificación jurídica del supuesto de hecho y resolver la controversia. Se trata, por lo tanto, de dar razones que justifiquen la elección del enunciado normativo y su interpretación (Guastini, 2014, pp. 254-257; Gascón, 2010, pp. 190-193; Taruffo, 2011, pp. 66 y ss.).

Muchas veces es difícil distinguir el juicio jurídico al que pertenece el concepto de dolo y sus teorías, del juicio de hecho, pero hay que diferenciar conceptualmente entre ambos ámbitos para analizar y entender fenómenos empíricamente complejos de mejor manera que en las concepciones globalizadoras. Además, muchos ordenamientos fundan sobre esta distinción aspectos relevantes como el recurso de casación. La distinción entre ambas categorías debe reflejarse en la estructura de la sentencia manteniendo separadas la justificación de los *hechos* de la fundamentación *jurídica* (Gascón, 2010, pp. 190-193; Taruffo, 2011, pp. 66 y ss.).

Aun cuando las distintas interpretaciones de un enunciado jurídico pueden conducir a diferentes decisiones, pese a que los hechos constitutivos de la premisa fáctica sean los mismos, ello no torna en una cuestión fáctica la adopción de un significado de un término jurídico de derecho penal sustantivo o de una teoría dogmática penal. Si se asume que los conceptos y las teorías jurídicas son especies de inferencias probatorias ¿qué queda para la *quaestio iuris*? o ¿es que acaso todo es un problema de *quaestio facti*?

En la aplicación del concepto de dolo al caso concreto el razonamiento es *deductivo* porque el esquema es el de una subsunción bajo un concepto, por lo que, si las premisas se aceptan como verdaderas, no se puede negar la conclusión. En cambio, el razonamiento probatorio es *inductivo* porque la verdad de las premisas no garantiza la verdad de la conclusión.

Como se aprecia, son múltiples las razones para limitar la índole del enlace a las *generalizaciones empíricas*. La consideración del concepto y de las teorías del dolo como una clase de inferencia probatoria mueve a equívocos y confusiones en relación con el tipo de razonamiento que debe realizarse en la sentencia en la justificación de los *hechos* (inductivo) y en la fundamentación *jurídica* (deductivo).

#### 4.1.3. ¿Son las presunciones una clase de inferencia probatoria?

Se afirma que las presunciones son *inferencias probatorias normativas* fundadas o bien en la observación de una asociación regular entre hechos, similar a las *máximas*

---

diante un razonamiento deductivo, el juez aplica una *regla* (Guastini, 2014, pp. 253-254; Wróblewski, 2013, p. 52).

*de experiencia*, por lo que su finalidad sería la averiguación de la verdad, pero con autoridad normativa, o bien en la protección de un valor o principio relevante. Su fuerza radicaría en el carácter normativo del derecho que, en este caso, restringe el principio de libre valoración de la prueba en base a argumentos prácticos que parten del enunciado que establece la presunción y que obliga a dar por probado un hecho con independencia de que realmente haya ocurrido (González Lagier, 2018, p. 21; 2014, pp. 97-98).

El término *presunción* es un concepto ambiguo que se utiliza de diversas maneras y con significados distintos en ciertos contextos (Mendonca, 1998, p. 84)<sup>22</sup>.

Las *presunciones iuris tantum sensu stricto* son aquellas en las que concurre una regla que relaciona un hecho base con un hecho presunto y obliga al juez a aceptar el hecho presunto como si fuera verdadero si se prueba el hecho base, a no ser que se acredite que el hecho presunto no ha sucedido (Ullmann-Margalit, 2019, pp. 15 y ss.). En estas presunciones el legislador cambia el *thema probandum* por uno más fácil de probar para quien tiene la carga de acreditar el hecho base, y asigna la carga de la prueba de que no se ha producido el hecho presumido a la otra parte. Para impedir la aplicación de la presunción es posible utilizar una *estrategia de bloqueo* que consiste en demostrar que el hecho base no está probado o está probado que no ha ocurrido, o bien una *estrategia de destrucción o refutación*, que consiste en probar la no ocurrencia del hecho presumido (Ferrer, 2022, pp. 417-418).

En mi opinión, estas presunciones son *reglas de juicio* que junto a las de estándar y de carga de la prueba en sentido objetivo, regulan la *decisión probatoria* ya que tienen un impacto en la distribución del riesgo del error entre las partes, de manera que no constituyen inferencias probatorias. Además, para aplicar una presunción —*iuris tantum*— habrá que mostrar que no se ha producido prueba suficiente en contrario, de manera que esta operación argumentativa presupone la aplicación de un *estándar de prueba* (Ferrer, 2022, p. 404).

Por otro lado, si la regla predetermina el resultado probatorio, limitando la capacidad del juez de considerar las circunstancias particulares del caso concreto en la valoración de la prueba, pese a que el legislador no puede preverlas *ex ante*, no se realiza,

---

<sup>22</sup> Las presunciones *hominis* se identifican con una inferencia probatoria respaldada por el razonamiento inductivo que realiza el juzgador para pasar de un hecho conocido (probado) a uno desconocido en virtud de un enlace consistente en una máxima de experiencia, por lo que es preferible abandonar el término presunción (Mendonca, 1998, p. 92; Ferrer, 2022, pp. 423-425; Dei Vecchi, 2019, p. 38). Las presunciones *iure et de iure* son aquellas que no admitirían prueba en contrario del hecho presumido. Como todas las situaciones normativas incluidas en este rótulo pueden reconducirse coherentemente a otras figuras teóricas, también puede prescindirse del término presunción como una regla sustantiva (Ferrer, 2022, pp. 419 y ss.). En contra Dei Vecchi (2019, pp. 6 y ss.). Las presunciones *sin hecho base*, como la presunción de inocencia, son reglas que imponen la aceptación de un enunciado que afirma la concurrencia de un hecho como si fuera verdadero, salvo que se pruebe su falsedad, por lo que son verdades interinas cuyas reglas se limitan a asignar la carga de la prueba, en el caso propuesto, a quien afirma la culpabilidad del imputado (Ferrer, 2022, pp. 418-419).

en rigor, ninguna «inferencia probatoria», por más que al establecer la presunción, el legislador se apoye en una máxima de experiencia. Aun cuando se permita mediante prueba en contrario acercarse a la verdad de los hechos, las presunciones dan al juez una indicación concreta sobre el contenido de su sentencia por lo que no describen la realidad del caso concreto (Gascón, 2010, pp. 126-127).

Por último, a diferencia del razonamiento probatorio que es *inductivo*, en la aplicación de las presunciones *iuris tantum* el razonamiento es *deductivo* porque el esquema es el de una subsunción bajo una norma, por lo que, si las premisas se aceptan como verdaderas, no se puede negar la conclusión<sup>23</sup>.

Por ejemplo, respecto del delito (doloso) de robo con intimidación, conforme al art. 439 CP chileno, probado el *hecho base* consistente en que Juan rompió los cristales del vehículo, conociendo que había personas en su interior, el tribunal debe tener por acreditado el *hecho presunto*, esto es, que Juan obró con intimidación puesta al servicio de la apropiación. A menos que se incorpore en el juicio prueba en contrario, el paso del hecho presunto al hecho probado se encuentra predeterminado por el legislador, de manera que la presunción se enmarca en el momento de la decisión judicial, más allá de que el legislador haya establecido la regla presuntiva en consideración a una máxima de experiencia.

#### 4.2. La prueba de los estados mentales en las teorías descriptivistas de dolo

Las teorías descriptivistas aplican el método inferencial, pero lo que atribuyen y asumen como verdad es un hecho psicológico constitutivo de un estado mental, de manera que su razonamiento y conclusiones serían tan descriptivos y fácticos como los de los hechos observables (Pérez Barberá, 2023, pp. 136-138)<sup>24</sup>.

Se afirma que a partir de la conducta externa del agente y del contexto en el que actúa (datos fácticos observables susceptibles de prueba empírica) (Kalinovsky e Hidalgo, 1998, pp. 40 y ss.; Pérez Barberá, 2023, pp. 139-140), mediante una regla de experiencia, sería posible inferir, a través de prueba indirecta, el estado mental *intención* (conclusión fáctica no observable<sup>25</sup>). Así, la prueba de los hechos psíquicos

<sup>23</sup> González Lagier (2022b, p. 379) reconoce la diferencia en cuanto a la clase de razonamiento a realizar —inductivo o deductivo—, asociándolo a las tres clases de inferencias probatorias que identifica, y reconoce la prevalencia lógica de las inferencias epistémicas.

<sup>24</sup> Pérez Barberá (2023, pp. 136-138) afirma, con cita a Popper, que las teorías científicas más desarrolladas de la física contienen términos teóricos que designan entidades no observables o no directamente observables.

<sup>25</sup> González Lagier (2022a, p. 70) tras enfatizar el carácter fáctico del razonamiento probatorio que concluye en la prueba de los estados mentales, matiza luego su afirmación señalando que no es que no haya nada normativo en la prueba de los estados mentales. Para Pérez Barberá en cambio, la calificación como intencional, a diferencia de su calificación como dolosa, es normativamente neutra, aunque sea relevante para imputar consecuencias normativas. En un sistema normativo pueden concurrir enunciados no normativos que tienen relevancia normativa en conexión con otras normas (Alchourrón y

sería una operación cognoscitiva verdadera o falsa, por lo que sus criterios probatorios deberían orientarse a su descubrimiento (González Lagier, 2013, pp. 139-140).

Las *acciones intencionales* se dirigirían a un objetivo en base a *deseos y creencias* sobre cómo satisfacerlos. Actuar con intención sería actuar persiguiendo un fin y procurar ese fin sería la razón de la acción. Toda acción racional sería intencional y la racionalidad sería instrumental porque se refiere a la elección de los medios adecuados para alcanzar el fin. Conforme al *principio de racionalidad mínima* postula que: «Si un agente actúa intencionalmente, tiende a realizar la acción que en ese momento cree más adecuada para lograr el fin que persigue». La *observación* de la acción permitiría inferir una intención, aunque no haya habido realmente una intención previa, ya que, se realiza una *interpretación intencional* de esa acción a la luz de las circunstancias y de nuestro conocimiento del mundo (González Lagier, 2022a, pp. 71-72; 2013, pp. 128-129).

La formulación de la inferencia sería: «Quien quiere lograr *p* por lo general hace *q*. Si alguien hace *q*, probablemente quiere *p*». Si se prueba que A hizo *q* (datos observables disponibles), probablemente quiso *p* (estado mental o hecho no observable). A partir de la conducta del agente, del contexto en el que actúa y de nuestros conocimientos del mundo, se infiere la intención con la que actuó. Dicha inferencia se valida por la correspondiente regla de experiencia (Pérez Barberá, 2023, p. 152; González Lagier, 2013, p. 132).

La inferencia interpretativa se apoyaría en: *a*) el conocimiento de las relaciones causales entre los medios adecuados para alcanzar ciertos fines naturales; *b*) el conocimiento de las reglas constitutivas o medios convencionales adecuados para alcanzar ciertos fines institucionales; *c*) el conocimiento de los hábitos sociales de conducta y reglas de carácter regulativo que acepta el agente, y *d*) el conocimiento del carácter y de la personalidad del agente (González Lagier, 2013, p. 132).

Un ejemplo del razonamiento de este tipo sería: quien quiere matar a alguien (estado mental a probar) por lo general realiza una conducta adecuada para causar su muerte (regla de experiencia); disparar con un arma de fuego contra la cabeza de una persona es una conducta adecuada para matarla (dato causal generalmente conocido); A disparó un arma de fuego contra la cabeza de B (dato fáctico singular observable); por lo tanto, muy probablemente A quiso matar a B (prueba empírica del estado mental «querer»). A partir de la constatación del hecho observable «A disparó con un arma de fuego a la cabeza de B», mediante una máxima de experiencia que expresa una regularidad empírica, se infiere que con un alto grado de probabilidad A quiso matar a B (Pérez Barberá, 2023, p. 152).

---

Bulygin, 2021, pp. 82 y ss.; Nino, 2018, p. 102) Así, la constatación mediante teorías empíricas de datos fácticos como la causalidad en el proceso penal tiene importantes consecuencias normativas en el ámbito jurídico penal (Pérez Barberá, 2023, p. 151, n. 81 y 142, n. 55).

#### 4.3. La prueba de los indicios en las teorías normativas de dolo

Las teorías normativistas utilizan el método inferencial para acreditar racionalmente mediante pruebas relevantes y fiables y a través de una máxima de experiencia, la existencia de hechos constitutivos de *indicios* que conforman un *catálogo abierto ad exemplum* de datos y circunstancias objetivas y materiales que se valoran en la construcción de la inferencia probatoria (Sánchez Vera, 2012, pp. 194-195; Puppe, 2013, p. 15).

Sin embargo, las bases fácticas del indicio pueden ser desvirtuadas en el caso concreto. Por ejemplo, la incautación de una cierta cantidad de droga puede ser un *indicio* de dolo de traficar en virtud del *indicador* consistente en el nivel de riesgo para la salud pública, pero es posible probar que un consumidor no traficante puede adquirir cantidades superiores para su consumo porque, a mayor cantidad de droga se consigue más barata, lo que dependerá de la capacidad económica del consumidor. Además, antes de un viaje un consumidor puede preferir proveerse de mayor cantidad de droga para su consumo durante la estadía en el lugar de destino para evitar buscar otros proveedores. Por último, al adquirir mayor cantidad, el consumidor evita tener que buscar constantemente vendedores, con las molestias, pérdida de tiempo y riesgos que ello implica. (Serrano y Serrano, 2006, p. 698).

Los indicadores, en cambio, son elementos de significado o enunciados que definen el contenido del concepto y el fundamento o condiciones de atribución del dolo en cada tipo de delito, por lo que deben ser incluidos en el concepto de dolo (Puppe, 2013, p. 15)<sup>26</sup>. Entre los indicadores construidos por la doctrina y la jurisprudencia es posible mencionar:

a) *La inminencia e intensidad o magnitud del riesgo para un bien jurídico*. Afirma que cuanto es más evidente *ex ante* que la conducta del autor es apta para lesionar el bien jurídico, menos admisible es el refugio en la ignorancia porque hay una mayor expectativa de que el sujeto activo aprehenda el riesgo y una menor de que pueda confiar racionalmente en su no realización (Hassemmer, 1990, pp. 927-929; Feijóo, 2014, pp. 133-142). El riesgo es el conjunto de circunstancias que, conforme con las leyes probabilísticas, fundamenta el pronóstico de que tendrá lugar una modificación perjudicial (Mañalich, 2014, p. 106).

b) *La evitabilidad individual o capacidad de evitar en el hecho a enjuiciar*. Afirma que la evitabilidad para el sujeto de la conducta mediante la motivación normativa es una premisa para atribuir un deber y la posibilidad efectiva de conocer el riesgo inherente a su conducta. La imposibilidad de desvalorar lo que no se puede evitar es

---

<sup>26</sup> Mientras los indicios se limitan a fundamentar una afirmación fáctica, los indicadores son elementos de significado del concepto imputativo de dolo y fundamentos para esa imputación (Puppe, 2013, p. 15).

un estándar mínimo de actuación<sup>27</sup>, ya que a nadie se le puede exigir más de lo que puede rendir (Córdova, 2015, p. 3). Este indicador se relaciona con el criterio de los «conocimientos mínimos» que toda persona mayor de edad, imputable y debidamente socializada debe y puede tener o no puede negar tener, propuesto por Ragués (1999, pp. 521-522).

c) *Actos específicos de evitación o de control del riesgo.* Considera si el agente creó el riesgo sin ninguna medida para evitarlo dejando abandonado el bien jurídico a su suerte o en manos de terceros o si adoptó medidas para prevenir, disminuir, mantener bajo control o evitar el riesgo penalmente relevante. Además, toma en cuenta la capacidad objetiva de dichas medidas para conseguir su finalidad, cuidando de valorar actos simulados (Hortal, 2004, p. 545; López Barja de Quiroga, 2018, p. 528; Sánchez Málaga, 2018, pp. 428-429).

d) *Posibilidades de autoprotección de la víctima.* Considera si el autor permitió que la víctima adoptara medidas de autoprotección (Hortal, 2004, p. 545; López Barja de Quiroga, 2018, p. 528).

e) *El contexto específico en el que el sujeto realiza el hecho.* Considera las circunstancias espaciales y temporales que concurren en el autor al momento de ejecutar el hecho y sus posibilidades de advertir el riesgo creado (ej.: una avenida puede ser muy transitada, pero si el hecho fue a las 03:00 de la mañana esa generalización no es aplicable al caso en concreto) (López Barja de Quiroga, 2018, p. 528).

f) *Pena natural.* Considera si en el caso concreto fueron puestos en peligro por parte del autor bienes jurídicos propios o de personas estrechamente vinculadas. En estos casos es más probable atribuir imprudencia (Feijóo, 2004, pp. 133-142).

g) *Ámbito en el que se produce la lesión o acostumbramiento social del riesgo.* El error sobre la situación típica es más admisible en ámbitos como el tráfico vial, en donde las personas se acostumbran a ciertos riesgos desaprobados por el ordenamiento debido a su habitualidad según la lógica «normalmente no pasa nada», lo que da lugar a la «pérdida del miedo» y a un sentimiento de «falsa seguridad» porque «al final todo sale bien» y, por lo tanto, el autor considera el riesgo como lejano o estadístico (Feijóo, 2004, pp. 133-142).

h) *La experiencia previa del autor.* Consiste en valorar la experiencia personal del imputado, acreditada a partir de hechos objetivos y que sirve para evaluar la posibilidad de confiar racionalmente en la no realización del riesgo, en tanto experiencia de situaciones de riesgo similares o la adquisición de conocimientos técnicos o convencionales específicos acerca del riesgo objeto de análisis que obedecen a la historia personal del imputado, que se exterioricen de algún modo y puedan ser objeto de prueba (Sánchez Málaga, 2018, pp. 422-425).

---

<sup>27</sup> El comportamiento no evitable por la motivación normativa no será tampoco evitable por medio de la amenaza penal, y no podrá desplegarse respecto a él la función de prevención que justifica la norma penal en el Estado social (Mir Puig, 1994, p. 49).

i) *El rol o función efectivamente desplegada por una determinada persona.* Permite atribuir derechos y obligaciones en virtud de la experiencia previa del autor conforme al contenido material del rol que desempeña (Sánchez Málaga, 2018, pp. 425-428).

j) *Motivos racionales del autor.* Considera la racionalidad de la confianza del autor en la no realización del riesgo expresada objetivamente en su conducta o en los hechos del caso (Sánchez Málaga, 2018, pp. 429-431).

k) *Mayor dominio del hecho* en relación con el que tiene la víctima (Schünemann, 2002, p. 431; Bacigalupo, 2006, p. 332).

l) *Conductas especialmente aptas* para producir el resultado lesivo, en comparación a riesgos neutros que solo deberían dar lugar a imprudencia (Ragués, 1999, pp. 455 y ss.).

Los indicios deben subsumirse en un catálogo abierto y referencial de indicadores de dolo que tienen un carácter normativo y permiten determinar qué riesgos exhiben la magnitud requerida para ser riesgos cuya representación fundamente una adscripción de dolo. Los indicadores funcionan como descriptores de «síndromes de riesgo» específicamente referidos a la realización del correspondiente tipo de delito (Mañalich, 2020, pp. 32 y ss.)<sup>28</sup>. Dichos criterios orientan la decisión del juez en la imputación del dolo y pueden concurrir en mayor o menor medida y evaluarse conjunta o separadamente según el caso concreto (Sánchez Málaga, 2018, pp. 415-416).

La imputación del dolo es realizada por el juez en base a la interpretación de la conducta del agente considerado como un ser racional, y, por lo tanto, capaz de reconocer el riesgo jurídicamente desaprobado inherente a la conducta típica. No se trata de atribuir al autor un conocimiento que el sujeto no tenía, sino de negarle la competencia para definir si su comportamiento es o no doloso (Pawlik, 2016, p. 144).

La sentencia debe señalar los indicios que mediante el método inferencial, se encuentran debidamente acreditados con la prueba incorporada en el juicio a partir de una generalización empírica. Los indicios deben dar cuenta de una multiplicidad de *indicadores* que deben entrelazarse, aun cuando pueden dar cuenta de un indicador de singular importancia que permita atribuir el conocimiento del riesgo para imputar el dolo. Los indicios deben provenir de diversas fuentes de información y guardar relación con algún indicador de conocimiento del riesgo. La sentencia debe recoger de forma objetiva, expresa y particularizada el proceso lógico a través del que, partiendo de determinados indicios, se concluyó la concurrencia de determinados indicadores que permiten imputar el dolo (Sánchez Vera, 2012, pp. 200-201).

---

<sup>28</sup> Por ejemplo, se acredita que A golpeó el cristal de la ventana de B, estando al tanto de que usaba un martillo y de que lo golpeado era el cristal de una ventana (ajena) y este se quebró (indicio). Golpear el cristal de una ventana con un martillo sirve como indicador de dolo de daño de cosa ajena porque es un método apropiado para romperlo. Por lo tanto, A actuó dolosamente (Puppe, 2010, p. 96; Mañalich, 2020, p. 33).

#### 4.4. Balance sobre la cuestión metodológica

La índole del *enlace* que conecta los elementos de juicio con la hipótesis a probar es una generalización empírica. Ni los conceptos (como el dolo) ni las presunciones son inferencias probatorias. Mientras que las presunciones pertenecen al momento de la decisión judicial, el concepto de dolo concierne a la *quaestio iuris*.

La consideración del concepto y de las teorías de dolo como una clase de inferencia probatoria mueve a equívocos y confusiones en relación con el tipo de razonamiento que debe realizarse en la sentencia en la justificación de los *hechos* (inductivo) y en la fundamentación *jurídica* (deductivo).

Hay aspectos en común entre las teorías descriptivistas y normativistas. Ambas utilizan el *método inferencial*, pero mientras en las primeras se acreditan ciertos estados mentales eventualmente relevantes para la atribución del dolo, en las segundas se prueban indicios subsumibles en indicadores normativos según el tipo de delito.

Ambas clases de teorías suponen que el juez interprete la conducta del agente a partir del contexto, circunstancias y en virtud de ciertas generalizaciones empíricas, considerándolo como un ser racional<sup>29</sup>, pero difieren en cuanto al resultado de la inferencia. Mientras en las teorías descriptivistas lo inferido son ciertos estados mentales eventualmente relevantes para la atribución del dolo, en las segundas son indicios subsumibles en indicadores normativos según el tipo de delito. Es importante señalar que incluso autores descriptivistas reconocen que los llamados *indicios tipo* lejos de ser arbitrarios son reconducibles a *máximas de experiencia*. Dicha metodología, me parece preferible porque permite contar con criterios intersubjetivamente controlables que orientan al fiscal sobre lo que debe probar, al defensor sobre el objeto de defensa y al juez respecto de aquello cuya comprobación debe verificar en el juicio, lo que otorga seguridad jurídica.

## 5. CONCLUSIONES

En este artículo he sostenido que el análisis del dolo supone dilucidar tres discusiones íntimamente relacionadas. Respecto de la *cuestión conceptual* afirmé que si la función del derecho penal es la protección de bienes jurídicos mediante normas de conducta y la función de la pena es la prevención general positiva limitada de delitos, lo relevante para la configuración del dolo es la atribución al agente del conocimiento *ex ante* de las circunstancias de hecho que configuran el riesgo jurídicamente desa-

---

<sup>29</sup> La imputación de responsabilidad penal en base a la interpretación del agente como un ser racional, no es una novedad en la dogmática penal. Así, la conducta típica se valora conforme al baremo del *hombre medio* puesto en el lugar del agente con los conocimientos generales y especiales (Mir Puig, 2009, p. 166).

probado para un bien penalmente tutelado. Dicho núcleo da cuenta del elemento esencial que fundamenta al concepto y lo diferencia del delito imprudente. La denominación *dolo básico* es preferible a la de *dolo eventual* que se asocia en su origen a los delitos de resultado. El *dolo básico*, en cambio, es lo suficientemente amplio para abarcar todas las clases de tipos dolosos.

La delimitación del *dolo base* con la *imprudencia consciente*, debe realizarse en base al elemento *cognoscitivo*. Concorre dolo cuando es posible atribuir el conocimiento *ex ante* del riesgo jurídicamente desaprobado inherente a la conducta típica. En la *imprudencia consciente*, en cambio, concurre un deber de conocer el riesgo, la posibilidad efectiva de conocerlo (*cognoscibilidad*) y un *error de tipo evitable* en la efectiva peligrosidad de su conducta (el riesgo era mayor que el dimensionado) o sobre la capacidad de evitación del sujeto (sobrevaloró su capacidad para controlar dicho riesgo).

El fundamento de la sanción del delito doloso se encuentra en la mayor necesidad de *motivación* respecto del agente que ejecuta la conducta típica con el *conocimiento, ex ante*, de que esta genera un *peligro concreto* jurídicamente desaprobado para el bien penalmente tutelado. En la *imprudencia consciente*, en cambio, la menor necesidad de *motivación* se funda en la imputación al sujeto, en virtud de su infracción al deber de cuidado, de un *conocimiento defectuoso* del riesgo típico de su conducta para producir el resultado, por lo que tanto el injusto como el merecimiento de pena son menores.

El *dolo de las consecuencias necesarias* y el *dolo directo* son formas especiales de dolo aplicables a casos en que su concurrencia suele ser evidente, pero *ni la intención de causar un resultado* ni el *actuar a sabiendas* fundamentan el dolo si no es posible imputar al autor el conocimiento *ex ante* del riesgo jurídicamente desaprobado inherente a su conducta típica.

En una dogmática penal cada vez más normativizada, las teorías descriptivistas, cargadas de un tinte ontológico, deben fundamentar una teoría general y sistemática de la imputación subjetiva que sea coherente con la función del derecho penal y de la pena, con la delimitación conceptual del dolo, con el fundamento de la mayor sanción del delito doloso en comparación al imprudente, entre otros temas nucleares del derecho penal sustantivo. Además, deben explicar cuál sería el estado mental que permitirá atribuir la *imprudencia inconsciente*.

En cuanto a la cuestión sobre cuál es el objeto de prueba hemos sostenido que el dolo es una *categoría normativa de imputación penal*, por lo que es un error hablar de «la prueba del dolo», porque no es un hecho ni un estado mental que pueda ser sometido a prueba empírica y del que pueda predicarse la verdad o falsedad. El objeto de prueba en el proceso penal son los enunciados que las partes realizan sobre los hechos del pasado, pero mientras las teorías descriptivistas afirman que el *thema probandum* consiste en *estados mentales*, eventualmente relevantes para la imputación dolosa, las teorías normativistas afirman que el objeto de prueba son los *indicios* subsumibles en

un catálogo abierto y referencial de indicadores normativos que permiten imputar el dolo.

En coherencia con el concepto propuesto de dolo, sostengo que el *objeto de prueba* son los *indicios* que conforman un *catálogo abierto ad exemplum* de datos y circunstancias objetivas y materiales que se valoran en la construcción de la inferencia probatoria. Dicha metodología, permite contar con criterios intersubjetivamente controlables que orientan al fiscal sobre lo que debe probar, al defensor sobre el objeto de defensa y al juez respecto de aquello cuya comprobación debe verificar en el juicio, lo que otorga seguridad jurídica.

Respecto de la cuestión metodológica hemos afirmado que la índole del *enlace* que conecta los elementos de juicio con la hipótesis a probar es una generalización empírica. Ni los conceptos (como el dolo) ni las presunciones son inferencias probatorias, ya que, mientras las presunciones pertenecen al momento de la decisión judicial, el concepto de dolo concierne a la *quaestio iuris*. La consideración del concepto y de las teorías del dolo como una clase de inferencia probatoria mueve a equívocos en relación con el tipo de razonamiento que debe realizarse en la sentencia en la justificación de los *hechos* (inductivo) y en la fundamentación *jurídica* (deductivo).

Estas precisiones son relevantes porque permiten distinguir con claridad el juicio jurídico (al que pertenece el concepto de dolo) del juicio de hecho, lo que permite analizar y entender de mejor manera fenómenos empíricamente complejos. Además, muchos ordenamientos fundan en esta distinción aspectos relevantes como el recurso de casación, por lo que la separación entre la justificación de los *hechos* y la fundamentación *jurídica* debe reflejarse en la estructura de la sentencia.

Hemos verificado que tanto las teorías descriptivistas como las normativistas utilizan el *método inferencial*, pero mientras en las primeras se acreditan ciertos estados mentales eventualmente relevantes para la atribución del dolo, en las segundas se prueban los indicios subsumibles en indicadores normativos según el tipo de delito. Además, ambas teorías suponen que el juez interprete la conducta del agente a partir del contexto, de las circunstancias y en virtud de ciertas generalizaciones empíricas, considerándolo como un ser racional. Pero mientras en las teorías descriptivistas lo inferido son ciertos estados mentales eventualmente relevantes para la atribución del dolo, en las normativistas son indicios subsumibles en indicadores normativos según el tipo de delito.

Dichos indicios deben ser probados en el proceso penal mediante el *método inferencial* que consiste en acreditar racionalmente a través de pruebas relevantes y fiables y en virtud de una máxima de experiencia, la existencia de hechos que los constituyen. Los *indicadores*, en cambio, son elementos de significado o enunciados que definen el contenido del concepto y el fundamento o condiciones de atribución del dolo en cada tipo de delito, por lo que deben ser incluidos en el concepto de dolo.

La sentencia en su fundamentación debe distinguir claramente entre los *indicios* debidamente acreditados en el juicio y el procedimiento lógico utilizado para estable-

cerlos y cómo esos *indicios* se subsumen en los *indicadores* en términos tales que sea posible imputar el conocimiento *ex ante* del riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico y, consecuentemente, el dolo, entendido como una categoría normativa de imputación subjetiva de responsabilidad penal. Por lo tanto, no se trata de atribuir al autor un conocimiento que el sujeto no tenía, sino de negarle la competencia para definir si su comportamiento es o no doloso, competencia que en el proceso le corresponde al juzgador.

Aun cuando en la praxis las consecuencias de aplicar estas teorías pueden ser las mismas, el concepto, el objeto y el método propuestos permiten sustentar una teoría dogmática y probatoria general del dolo coherente con la función del derecho penal y de la pena, con la teoría de las normas y su función de motivación. Además, permite distinguir con claridad qué aspectos pertenecen al juicio sobre los hechos y cuáles a la fundamentación jurídica, cuestión fundamental que facilita el análisis de los casos y que debe verse reflejada en la sentencia.

## BIBLIOGRAFÍA

- Alchourrón, C. y Bulygin, E. (2021). *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*. Astrea.
- Bacigalupo, E. (2006). Problemas actuales de la noción de dolo. En E. Bacigalupo, *Hacia el nuevo Derecho penal*. Hammurabi.
- Bacigalupo, E. (2009). *Derecho penal, parte general*. Hammurabi.
- Cerezo Mir, J. (2005). *Curso de Derecho penal español* (Vol. II). Tecnos.
- Corcoy Bidasolo, M. (2005). *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*. B de F.
- Corcoy Bidasolo, M. (2011). Concepto dogmático y procesal de dolo. Ignorancia deliberada, confianza irracional y manifiesto desprecio. *Revista Doctrina y Jurisprudencia Penal, Universidad de los Andes*, 4.
- Córdova, F. (2015). Evitabilidad individual y lesividad en la teoría del ilícito. *InDret*, 3.
- Davidson, D. (2003). *Subjetivo, intersubjetivo, objetivo*. Cátedra.
- Dei Vecchi, D. (2019). El carácter presuntivo de las presunciones absolutas. *Revus*, 38, 75-108.
- Dennet, D. (1998). *La actitud intencional*. Gedisa.
- Díaz Pita, M. (2010). *El dolo eventual*. Rubinzal-Culzoni Editores.
- Donna, E. (2002). Breve síntesis del problema de la culpabilidad normativa. En J. Goldschmidt, *La concepción normativa de la culpabilidad*. BdF.
- Esquiaga, F. (2017). *La argumentación e interpretación. La motivación de las decisiones judiciales*. Grijley.
- Feijóo, B. (2004). *El dolo eventual*. Universidad del Externado de Colombia.
- Ferrajoli, L. (2005). *Derecho y razón*. Editorial Trotta.
- Ferrer, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons.
- Ferrer, J. (2022). La decisión probatoria. En J. Ferrer, *Manual de razonamiento probatorio*. Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Feuerbach, A. (2007). *Tratado de Derecho penal*. Hammurabi.
- Fletcher, G. P. (1997). *Conceptos básicos de derecho penal*. Tirant lo Blanch.
- Frister, H. (2011). *Derecho penal, parte general*. Hammurabi.
- Gascón, M. (2010). *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Marcial Pons.
- Gimbernat, E. (1990). Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato). *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 43(2), 421-442.

- González Lagier, D. (2013). *Questio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. Fontamara.
- González Lagier, D. (2014). Presunción de inocencia, verdad y objetividad. En J. A. García Amado (Coord.), *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho. Debates sobre abducción*. Comares.
- González Lagier, D. (2018). Tres modos de razonar sobre hechos. En C. Vázquez Rojas, *Hechos y razonamiento probatorio*. CEJL.
- González Lagier, D. (2022a). Filosofía de la mente y prueba de los estados mentales. Una defensa de los criterios de «sentido común». *Quaestio Facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, 3, 49-79.
- González Lagier, D. (2022b). Inferencia probatoria y valoración conjunta de la prueba. En J. Ferrer (Coord.), *Manual de razonamiento probatorio*. Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Greco, L. (2017). Dolo sin voluntad. *Revista Nuevo Foro Penal*, 13(88), 10-38.
- Guastini, R. (2014). *Interpretar y argumentar*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Guastini, R. (2016). *La sintaxis del Derecho*. Marcial Pons.
- Hassemer, W. (1990). Los elementos característicos del dolo. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 43(3), 909-932.
- Hempel, C. (2011). *Filosofía de la ciencia natural*. Alianza.
- Hortal, J. (2004). El concepto de dolo: su incidencia en la determinación del tipo subjetivo en los delitos de peligro en general y en el delito contra la seguridad en particular. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 57(1), 509-558.
- Hruschka, J. (2005). Sobre la difícil prueba del dolo. En J. Hruschka, *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*. Aranzadi.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho penal. Parte general*. Marcial Pons.
- Jescheck, H. y Weigend, T. (2002). *Tratado de Derecho penal. Parte general*. Comares.
- Kalinovsky, G. e Hidalgo, C. (1998). *Las desventuras del conocimiento científico. Una introducción a la epistemología*. AZ.
- Kindhäuser, U. (2005). ¿Indiferencia como dolo? En U. Kindhäuser, *Cuestiones actuales de derecho penal general y patrimonial*. Ara.
- López Barja de Quiroga, J. (2018). *Tratado de Derecho penal. Parte general*. Civitas-Thomson Reuters.
- Luzón Peña, D. (2001). Dolo y dolo eventual: reflexiones. En A. Nieto Martín (Coord.), *LH al Dr. Marino Barbero Santos* (T. I.). Universidad Castilla-La Mancha y Universidad de Salamanca.
- Manrique, M. (2012). *Acción, dolo eventual y doble efecto. Un análisis filosófico sobre la atribución de consecuencias probables*. Marcial Pons.
- Mañalich, J. (2014). *Norma, causalidad y acción*. Marcial Pons.
- Mañalich, J. (2020). El dolo como creencia predictiva. *Revista de Ciencias Penales*, 13(47), 13-42.
- Mendonça, D. (1998). Presunciones. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 21(1).
- Mir Puig, S. (1994). *El Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho*. Ariel.
- Mir Puig, S. (2005). Límites al normativismo en Derecho penal. En E. Bacigalupo Zapater, M. Bajo Fernández y F. Arboleda Ripoll (Eds.), *Dogmática y criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo: LH a Alfonso Reyes Echandía*. Legis.
- Mir Puig, S. (2009). *Derecho penal. Parte general*. BdeF.
- Miranda Estampres, M. (1997). *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. Bosch.
- Morillas, L. (2008). Construcción y demolición de la teoría de la acción. En C. García, M. Mariscal de Gante, A. Cuerda Riezu, M. Martínez Escamilla, R. Alcácer Guirao (Coords), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat* (T. II, pp. 1365-1392). Edisofer.
- Moya, C. (1996). El sujeto enunciado. En M. Cruz, *Tiempo de subjetividad* (pp. 155-184). Paidós.
- Nino, C. (2018). *Introducción al análisis del Derecho*. Ariel.
- Ossandón, M. (2009). *La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa*. Editorial Jurídica de Chile.
- Ossandón, M. (2010). La faz subjetiva del tipo de parricidio. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 34.
- Paredes Castañón, J. (2001). Problemas metodológicos en la prueba del dolo. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 18.

- Paredes Castañón, J. (2019). Recensión a Armando Sánchez Málaga. Una teoría para la determinación del dolo, BdeF, Montevideo/Buenos Aires, 2018, por José Manuel Paredes. *Indret*, 1.
- Pawlik, M. (2016). *Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*. Atelier.
- Pérez Barberá, G. (2011). *El dolo eventual. Hacia el abandono del dolo como estado mental*. Hammurabi.
- Pérez Barberá, G. (2023). La prueba de estados mentales eventualmente relevantes para la imputación por dolo. En P. Rovatti y A. Limardo (Dir.), *Pensar la prueba* (Vol. 3). Editores del Sur.
- Puppe, I. (2010). *La distinción entre dolo e imprudencia. Comentario al §15 del Código Penal alemán*. Hammurabi.
- Puppe, I. (2013). Comprobar, imputar, valorar: Reflexiones semánticas sobre la fundamentación de sentencias penales y la posibilidad de su revisión jurídica. *Indret*, 3.
- Ragués, R. (1999). *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Bosch.
- Ragués, R. (2004). Consideraciones sobre la prueba del dolo. *Revista de Estudios de la Justicia*, 4, 13-26.
- Ragués, R. (2011). Caso del cinturón. En P. Sánchez-Ostiz (Coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*. La Ley.
- Rettig, M. (2019). *Derecho penal. Parte general. El delito doloso e imprudente*. Der.
- Righi, E. (2017). *Derecho penal: parte general*. Abeledo Perrot.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal. Parte general* (T. I). Civitas.
- Sánchez Málaga, A. (2018). *Una teoría para la determinación del dolo. Premisas teóricas e indicadores prácticos*. B de F.
- Sánchez Vera, J. (2012). *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*. Marcial Pons.
- Sancinetti, M. (2016). *Subjetivismo e imputación objetiva en Derecho penal*. Ad-Hoc.
- Sanz-Diez, M. (2007). *Dolo e imprudencia en el Código penal español. Análisis legal y jurisprudencial*. Tirant lo Blanch.
- Schünemann, B. (2002). De un concepto filológico a un concepto tipológico del dolo. En B. Schünemann, *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*. Tecnos.
- Searle, J. (1992). *Intencionalidad*. Tecnos.
- Serrano, G. y Serrano, M. (2006). *Derecho penal. Parte especial*. Dykinson.
- Silva Sánchez, J. (1992). *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Bosch.
- Stein, F. (2018). *El conocimiento privado del juez*. Olejnik.
- Struensee, E. (2009). Consideraciones sobre el dolo eventual. *Indret*, 4.
- Taruffo, M. (2008). *La prueba*. Marcial Pons.
- Taruffo, M. (2011). *La prueba de los hechos*. Trotta.
- Toulmin, S. (2019). *Los usos de la argumentación*. Marcial Pons.
- Ubertis, G. (2017). *Elementos de epistemología del proceso judicial*. Trotta.
- Ullmann-Margalit, E. (2019). Sobre la presunción. En D. Mendonca, E. Ullmann-Margalit y J. Aguiló, *Presunciones*. Fontamara.
- von Liszt, F. (2007). *Tratado de Derecho penal*. Valletta.
- Wessels, J., Beulke, W. y Satzger, H. (2018). *Derecho penal. Parte general*. Instituto Pacífico.
- Wróblewski, J. (2013). *Sentido y hecho en el Derecho*. Grijley.
- Zugaldía Espinar, J. M. (Dir.) (2010). *Fundamentos de Derecho penal. Parte general*. Tirant lo Blanch.

## LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

- Auto del Tribunal Supremo (España) 1252/2021 (Sala de lo Penal), de 25 de noviembre de 2021 (recurso 2929/2021) [ECLI:ES:TS:2021:16740A]
- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 4175/1990 (Sala de lo Penal), de 21 de diciembre de 1990 [ECLI:ES:TS:1990:9657]
- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 7323/1994 (Sala de lo Penal), de 12 de noviembre de 1994 (recurso 1135/1994) [ECLI:ES:TS:1994:7323]

- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 1110/1996 (Sala de lo Penal), de 20 de diciembre de 1996 (recurso 1093/1995) [ECLI:ES:TS:1996:7412]
- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 1139/1998 (Sala de lo Penal), de 6 de octubre de 1998 (recurso 2218/1997) [ECLI:ES:TS:1998:5644]
- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 196/2005 (Sala de lo Penal), de 22 de febrero de 2005 (recurso 681/2004) [ECLI:ES:TS:2005:1075]
- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 448/2009 (Sala de lo Penal), de 29 de abril de 2009 (recurso 1886/2008) [ECLI:ES:TS:2009:3013]
- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 1045/2009 (Sala de lo Penal), de 4 de noviembre de 2009 (recurso 397/2009) [ECLI:ES:TS:2009:6877]
- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 2949/2017 (Sala de lo Penal), de 29 de enero de 2019 (recurso 725/2018) [ECLI:ES:TS:2019:236]
- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 986/2021 (Sala de lo Penal), de 15 de diciembre de 2021 (recurso 24/2020) [ECLI:ES:TS:2021:4609]
- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 416/2023 (Sala de lo Penal), de 31 de mayo de 2023 (recurso 10717/2022) [ECLI:ES:TS:2023:2489]



## EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO PROBATORIO (CON ESPECIAL REFERENCIA AL ÁMBITO ADMINISTRATIVO)

Gabriel Doménech Pascual  
Catedrático de Derecho Administrativo  
Universitat de València

**RESUMEN:** El presente artículo pone de manifiesto e ilustra con varios ejemplos la utilidad que el análisis económico puede tener para clarificar, comprender mejor y evaluar las normas que integran el derecho probatorio y, en particular, las relativas a la carga y los estándares de prueba utilizados en distintas parcelas del ordenamiento jurídico. El artículo dedica una atención especial al análisis de los estándares probatorios aplicables en el derecho administrativo y a su relación con el problema del grado de deferencia que los tribunales muestran al revisar las decisiones administrativas o, dicho con otras palabras, el problema del margen de apreciación o discrecionalidad que las administraciones públicas tienen para decidir.

**PALABRAS CLAVE:** análisis económico del derecho, carga de la prueba, estándares de prueba, procedimiento administrativo, control judicial de la discrecionalidad administrativa, derecho administrativo.

### LAW AND ECONOMICS OF BURDENS AND STANDARDS OF PROOF

**ABSTRACT:** This paper shows and illustrates with several examples how law and economics can contribute to clarify, better understand, and assess some important rules of evidence law and in parti-

---

\* Este artículo se ha elaborado al amparo de los proyectos de investigación PROMETEU/2021/009 y PID2019-108745GB-I00, financiados respectivamente por la Generalitat Valenciana y el Gobierno de España.

cular those relating to the burden and standards of proof used in different areas of the legal system. The article devotes special attention to the analysis of evidentiary standards in administrative law and their relation to the problem of deference that courts show when reviewing administrative decisions or, in other words, the margin of appreciation or discretion that administrative authorities have when making these decisions.

**KEYWORDS:** law and economics, burdens of proof, standards of proof, administrative procedure, judicial review, administrative discretion.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.— 2. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO: 2.1. Concepto y presupuestos. 2.2. Tipos y utilidad.— 3. CONSECUENCIAS DE LAS NORMAS JURÍDICAS RELATIVAS A LA PRUEBA.— 4. MODELOS ECONÓMICOS DEL DERECHO PROBATORIO: 4.1. Qué son y para qué sirven los modelos económicos. 4.2. Modelos basados en la teoría de la decisión. 4.3. Modelos estratégicos (basados en la teoría de juegos): 4.3.1. *Modelos en los que la información es una variable exógena.* 4.3.2. *Modelos en los que la evidencia probatoria es una variable endógena.*— 5. ANÁLISIS ECONÓMICO DE LAS REGLAS PROBATORIAS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO: 5.1. Reglas de prueba en el procedimiento administrativo y en el proceso contencioso-administrativo. 5.2. Estándares de prueba, discrecionalidad administrativa y deferencia judicial. 5.3. Un modelo básico de los estándares de prueba en la revisión judicial de las decisiones administrativas. 5.4. Algunas implicaciones de los modelos expuestos. 5.5. Otros modelos.— BIBLIOGRAFÍA.

## 1. INTRODUCCIÓN

El derecho probatorio constituye un reto y una oportunidad para el análisis económico (en sentido similar, Talley [2013, p. 307]). Se trata de un reto en la medida en que esta es una materia cuyas reglas y categorías jurídicas nucleares están lejos de haber sido definidas y aplicadas, tanto en la teoría como en la práctica, con la precisión, la consistencia y la claridad deseables. Sirvan a título ilustrativo las controversias recientemente suscitadas en torno al significado, la configuración, la relevancia y la utilidad de la carga y los estándares de prueba (*v. gr.*, Nieva Fenoll [2020; 2023]; Ferrer Beltrán [2021]; Dei Vecchi [2022]). Esto dificulta considerablemente la tarea de teorizar dichas categorías y reglas, máxime cuando el análisis se hace «desde fuera», desde la ciencia económica y por académicos cuyo contacto con la práctica jurídica no suele ser muy estrecho.

Pero también ofrece una gran oportunidad, en tanto en cuanto el análisis económico puede contribuir significativamente a explicar y aclarar aspectos relevantes del derecho probatorio. La economía proporciona ideas, conocimientos y herramientas metodológicas útiles para teorizar y comprender mejor esta rama del ordenamiento jurídico y, a la postre, para facilitar su manejo y contribuir a su desarrollo, perfeccionamiento y correcta aplicación. Según veremos más adelante, el análisis económico puede servir especialmente para determinar los efectos prácticos probables —y, en

particular, los costes y los beneficios— de las distintas reglas probatorias, evaluarlas a la luz de los referidos efectos y clarificarlas conceptualmente.

El presente trabajo se estructura de la siguiente manera. En el próximo capítulo se define qué es el análisis económico del derecho (en adelante, AED), se explican sus presupuestos metodológicos, algunos de sus tipos y su utilidad para la teoría y la aplicación del derecho en general. A continuación, se estudian las consecuencias prácticas más relevantes que pueden tener las normas jurídicas relativas a la prueba. En el capítulo siguiente se ilustra con varios ejemplos cómo los modelos económicos permiten comprender mejor y justificar reglas probatorias especialmente importantes. Finalmente, se analizan desde una perspectiva económica varias reglas probatorias aplicables en el derecho administrativo.

## 2. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

### 2.1. Concepto y presupuestos

La economía es la ciencia que estudia la gestión de la escasez, la adopción de decisiones en situaciones en las que los recursos disponibles para atender distintos fines tienen diferentes usos alternativos y son escasos (Robbins, 1935, p. 16). El AED trata de estudiar los fenómenos jurídicos sirviéndose para ello de los conocimientos y métodos proporcionados por dicha ciencia (para más detalles, Barragüé Calvo y Doménech Pascual [2021]).

El AED plantea los problemas jurídicos como si fueran problemas económicos. Y podemos considerar que lo son si aceptamos las siguientes tres premisas. La primera es que el derecho influye sobre la conducta humana. Al prever una consecuencia jurídica, que puede ser beneficiosa (*v. gr.*, el otorgamiento de un premio) o costosa (*v. gr.*, la imposición de una multa), para quienes actúen de una determinada manera, las normas jurídicas constituyen incentivos o desincentivos a los efectos de que sus destinatarios lleven a cabo o no la correspondiente actuación. Las normas jurídicas influyen así sobre la conducta humana de una manera muy parecida a como lo hacen los precios. Si, por ejemplo, se endurece la sanción con la que la ley conmina determinada infracción, es previsible *ceteris paribus* que disminuya el número de veces que esta se comete.

La segunda premisa es que dicha influencia es en alguna medida explicable y predecible con arreglo a un determinado modelo teórico. El más frecuentemente utilizado por los economistas ha sido y sigue siendo el de la elección racional. Se presupone que los individuos toman decisiones perfectamente racionales, libres de errores lógicos y coherentes con sus preferencias, que son estables y consistentes. A la vista de los costes y beneficios que para ellos se derivarían de cada uno de sus cursos de actuación, escogen aquel que maximiza su utilidad esperada.

La tercera premisa es que todas las decisiones jurídicamente relevantes se adoptan en condiciones de escasez. Los intereses que el derecho trata de proteger constituyen inexorablemente bienes escasos. No es posible que tales decisiones maximicen de manera simultánea la satisfacción de todos y cada uno de ellos.

## 2.2. Tipos y utilidad

Los estudios de AED pueden ser teóricos o empíricos. Los primeros tienen por objeto la formulación de teorías. Una teoría (jurídica) es un conjunto ordenado de afirmaciones generales relativas a una determinada parcela de la realidad (jurídica) configurado de tal manera que permite deducir de él hipótesis comprobables sobre esta. Los estudios empíricos tratan de obtener mediante la experiencia información que permita corroborar o refutar hipótesis teóricas.

El AED también puede ser positivo o normativo. El primero estudia cómo interacciona el derecho con la realidad, en dos sentidos posibles. En ocasiones, se analiza qué impacto tiene aquel sobre esta, es decir: cuáles son o pueden ser las consecuencias reales de ciertas decisiones jurídicas (legislativas, reglamentarias, jurisprudenciales, contractuales, etc.); cómo reacciona o cómo reaccionará probablemente la gente frente a dichas decisiones; qué consecuencias ha tenido o puede tener esa reacción respecto del bienestar social, etc. Otras veces, se analiza qué impacto tiene la realidad sobre el derecho, es decir, cómo influyen determinadas circunstancias reales sobre el contenido y la forma de ciertas decisiones jurídicas.

El AED normativo trata de formular juicios acerca de lo que debería hacerse, sobre las decisiones jurídicas que deberían tomarse para maximizar la realización de ciertos fines, a la vista de las consecuencias fácticas que tales decisiones pueden tener. Este tipo de AED puede cumplir así una función crítica *de lege ferenda*, en la medida en que permite evaluar los costes y beneficios que las alternativas normativas consideradas tienen para los intereses implicados y precisar cuál es la que maximiza la satisfacción de estos.

En contra de lo que a veces se piensa, el AED también puede cumplir una función interpretativa *de lege lata*, para aplicar e interpretar el ordenamiento jurídico vigente y precisar cuál es la solución que el mismo prescribe para un caso concreto. Y ello por dos razones. La primera es que hay normas jurídicas que establecen explícitamente que ciertas decisiones deben ser adoptadas con base en un análisis de las consecuencias que estas pueden tener, es decir, en un análisis económico de sus costes y beneficios esperados. La segunda es que en la aplicación de cualquier norma jurídica hay que tener en cuenta y, en su caso, ponderar los principios generales del derecho. Y esta ponderación implica un análisis de las consecuencias negativas o positivas que para la realización de tales principios conlleva cada una de las interpretaciones consideradas, es decir, un análisis económico de sus costes y beneficios.

### 3. CONSECUENCIAS DE LAS NORMAS JURÍDICAS RELATIVAS A LA PRUEBA

Estas normas pueden influir, cuando menos, en la conducta extraprocesal de los potenciales litigantes, la conducta procesal de los litigantes y la conducta de los jueces. Y, a través de esa influencia, pueden producir diversos tipos de beneficios y costes sociales.

El derecho probatorio, en primer lugar, puede *alterar los incentivos que los individuos tienen para cumplir las normas sustantivas* y, a la postre, puede determinar el grado de su cumplimiento. Por ejemplo, como más adelante veremos, imponer la carga de probar la infracción de una de esas normas a la parte contraria de la que estaba obligada a cumplirla puede incrementar los beneficios esperados que para esta se derivan de su cumplimiento y, por lo tanto, incentivarlo.

En segundo lugar, las normas probatorias *determinan en buena medida el número y el tipo de errores cometidos por los jueces* al apreciar los hechos. Un error tipo I (o falso positivo) consiste en considerar probado un hecho que en realidad no existió. Un error tipo II (o falso negativo) consiste en dar como no probado un hecho que realmente existió. Si, por ejemplo, el legislador eleva el estándar de prueba con arreglo al cual hay que enjuiciar cierto hecho (es decir, incrementa el grado de certeza requerido para considerarlo probado), cabe suponer que, a partir de este cambio legislativo, los jueces cometerán menos falsos positivos y más falsos negativos relativos a este hecho.

Ambos tipos de *errores disminuyen los incentivos que los potenciales litigantes tienen para cumplir las normas sustantivas consideradas*. Imaginemos, por ejemplo, que el objeto de la prueba es si una persona cometió o no cierto delito. Los falsos negativos (que dan lugar a absoluciones erróneas) reducen obviamente el coste esperado de infringir la norma que tipificó ese delito y, por lo tanto, minan su eficacia disuasoria. Pero debe notarse que los falsos positivos (que provocan condenas erróneas) tienen también un efecto equivalente, pues disminuyen el atractivo de cumplir dicha norma y, en consecuencia, reducen asimismo su eficacia disuasoria (Png, 1986).

Algunos errores también pueden generar *costes derivados de hacer efectivas las consecuencias jurídicas asociadas al cumplimiento o incumplimiento* de la norma considerada. Aquí suele haber una asimetría entre los falsos positivos y los falsos negativos. Si la norma sustantiva contempla una sanción (*v. gr.*, una pena privativa de libertad) para los infractores, los falsos positivos conllevan los costes derivados de ejecutar las sanciones erróneamente impuestas, mientras que los falsos negativos no dan lugar a tales costes (Rizzolli y Saraceno, 2013). Si la norma sustantiva prevé el otorgamiento de una recompensa (*v. gr.*, una subvención) para los cumplidores, los falsos positivos conllevan los costes resultantes de entregar las recompensas erróneamente otorgadas, a diferencia de los falsos negativos.

En tercer lugar, las normas relativas a la prueba también pueden *condicionar la conducta extraprocesal de los potenciales litigantes dirigida a producir información* con el objeto de acreditar los hechos en un eventual pleito. Imaginemos, por ejemplo, que en los casos de responsabilidad civil derivada de daños resultantes de la prestación de servicios sanitarios se impone a los prestadores la carga de probar que los usuarios dieron su consentimiento informado antes de ser sometidos a ciertos tratamientos. Es probable que esta medida induzca a dichos prestadores a elaborar documentos en los que los usuarios manifiestan que dieron su consentimiento después de recibir la debida información.

Finalmente, dichas normas pueden influir también sobre la *conducta procesal de los litigantes*. Las reglas probatorias pueden determinar cuántos recursos (dinero, tiempo, esfuerzo, etc.) invierte cada parte en probar los hechos que les benefician y desacreditar los que les perjudican.

#### 4. MODELOS ECONÓMICOS DEL DERECHO PROBATORIO

##### 4.1. Qué son y para qué sirven los modelos económicos

Los modelos económicos son construcciones teóricas que describen simplificada-mente la realidad con el objeto de explicar y predecir qué decisiones adoptan determinadas personas en situaciones de escasez y qué consecuencias tienen esas decisiones para la satisfacción de ciertos fines.

Estos modelos suelen estar formalizados matemáticamente. Las matemáticas permiten representar con una gran claridad, precisión, concisión y generalidad los problemas analizados, lo que ayuda a comprenderlos mejor. Además, la formalización matemática facilita la extracción, mediante inferencias lógicas, de conclusiones que se derivan necesariamente de las premisas del modelo y que muchas veces sería difícil descubrir sin la ayuda de las matemáticas.

Los modelos económicos representan la realidad de manera simplificada (idealizada, estilizada) y fragmentaria. Con cada uno de ellos no se trata de comprender y explicar toda la realidad, sino solo alguno o algunos de sus aspectos especialmente relevantes, que tienen una importancia crítica en la resolución de un problema. Los modelos económicos representan problemas mediante un número reducido de variables. Esta simplificación es útil y necesaria para identificar relaciones de causalidad entre dichas variables, pues elimina la influencia que sobre estas pueden ejercer otros factores (Rodrik, 2015, p. 180). Conviene tener presente que no hay una única manera correcta de representar la realidad a estos efectos. La corrección del modelo en cuestión dependerá del aspecto de la realidad que con él se pretenda identificar, comprender, explicar, predecir, etc. Cabe afirmar, no obstante, que los modelos deberían ser en principio lo más simples y abstractos posible. Solo está justificado introducir variables, presuposiciones y complicaciones adicionales en la medida en que estas re-

sulten estrictamente necesarias para identificar aspectos clave del objeto del análisis. El lema sería: «Haz tu modelo suficientemente simple para aislar causas específicas y mostrar cómo funcionan, pero no tan simple que deje fuera interacciones clave entre las causas» (Rodrik, 2015, p. 213).

En el campo del derecho probatorio se han elaborado modelos que pretenden poner de manifiesto, por ejemplo, qué consecuencias pueden tener distintos estándares de prueba, cómo influyen determinados factores en esas consecuencias y cuáles son los estándares que, en atención a sus consecuencias, optimizan la satisfacción de ciertos objetivos (típicamente, que maximizan el bienestar social). Pero conviene subrayar que nadie nunca ha pretendido elaborar un modelo omnicompreensivo que integre todos los factores relevantes para la configuración de dichos estándares, dé cuenta de todas las consecuencias que pueden derivarse de la variación de esos factores y determine cuál es el estándar óptimo en atención a todos y cada uno de ellos. La razón es que semejante modelo holístico sería matemáticamente intratable y demasiado complejo para poder extraer de él conclusiones lógicas útiles. A fin de aislar e identificar el efecto que una variable importante puede tener sobre otra u otras variables también importantes, resulta necesario centrarse en ellas y hacer abstracción de otras muchas.

Por ejemplo, Rizzoli y Saraceno (2013) presentan un modelo que pone de manifiesto una importante razón por la cual el estándar de prueba establecido para dictar una sentencia penal condenatoria es muy estricto (la culpabilidad del acusado debe probarse «más allá de toda duda razonable»): las condenas erróneas son, *ceteris paribus*, más costosas que las absoluciones erróneas como consecuencia de los costes que para el condenado y el resto de la sociedad implica el cumplimiento de la sanción impuesta. Bajo ciertas premisas, ambos tipos de errores reducen en la misma medida el efecto disuasorio de la norma penal. Las primeras minoran el atractivo de cumplir la ley, mientras que las segundas incrementan el atractivo de incumplirla. Pero solo las condenas erróneas generan, además, los costes que implica ejecutar la correspondiente sanción. En este modelo se asume, entre otras cosas, que los potenciales infractores son racionales y neutrales frente al riesgo.

En el modelo elaborado por Rizzoli y Stanca (2012), se añaden otras razones que justificarían dicho estándar de prueba. Si la gente fuera neutral frente al riesgo y las pérdidas, ambos tipos de errores reducirían en la misma medida la eficacia disuasoria de las normas penales (Png, 1986). Si, por el contrario, partimos de la hipótesis, más realista que la anterior, de que los individuos son aversos al riesgo y las pérdidas, entonces podemos predecir que las condenas erróneas reducen esa eficacia disuasoria en mayor medida que las absoluciones erróneas (predicción teórica que los propios Rizzoli y Stanca [2012] confirman experimentalmente). Dicha aversión hace que la reducción de utilidad que a una persona le ocasiona una condena injusta supere el incremento de utilidad que esa misma persona experimentaría en caso de que la absolvieran erróneamente y se librara de una condena igual. Nótese que, en este modelo teórico, a diferen-

cia de lo que ocurre en el anterior, se hace abstracción de los costes sociales que implica el cumplimiento de las penas, pero las personas ya no son neutrales frente al riesgo.

El modelo propuesto por Mungan (2011) pone el foco en una variable que los anteriores ignoran y que también contribuiría a explicar por qué las condenas erróneas son más costosas que las absoluciones erróneas y, por lo tanto, deberían ser evitadas en mayor medida a través del referido estándar de prueba: los potenciales acusados toman precauciones costosas con el objeto de evitar las primeras, pero no las segundas.

Partiendo de premisas distintas de las anteriores, el modelo formulado por Garoupa (2017) ofrece una razón adicional para justificar el mismo estándar de prueba: este puede ser necesario para prevenir excesos en el ejercicio de la potestad sancionadora cuando los agentes públicos (policías y fiscales) que pueden influir en ese ejercicio tienen preferencias punitivas extraordinariamente intensas, lo cual es relativamente verosímil.

Doménech-Pascual y Puchades-Navarro (2019) presentan un modelo que identifica una razón por la cual el estándar de prueba establecido para tomar ciertas decisiones preliminares en el ámbito jurídico-penal (por ejemplo, encausar a un sospechoso o abrir juicio oral) debería ser y de hecho suele ser más bajo que el utilizado aquí para condenar («más allá de toda duda razonable»), e incluso que el aplicado generalmente en los procesos civiles («probabilidad preponderante»).

La explicación es que los falsos negativos cometidos al tomar estas decisiones preliminares minan la eficacia disuasoria de las eventuales sanciones en mayor medida que los falsos positivos. Abrir juicio oral contra un inocente incrementa el coste esperado de ser inocente y, por lo tanto, desincentiva el cumplimiento de la ley. No abrir juicio oral contra un culpable reduce el coste esperado de ser culpable y, por lo tanto, también desincentiva dicho cumplimiento. Pero la magnitud del desincentivo es mayor en este segundo caso.

Abrir juicio oral arroja sobre los acusados el riesgo de una eventual condena. Sin embargo, este riesgo es mayor para los verdaderamente culpables que para los verdaderamente inocentes, pues la probabilidad de ser finalmente condenados es más elevada para los primeros que para los segundos. Esto genera una asimetría entre el coste social de los falsos positivos y el de los falsos negativos. Tomar una de estas medidas preliminares contra un inocente mina la disuasión, pero relativamente poco, porque la probabilidad de que este acabe siendo condenado a la finalización del proceso es baja. En cambio, no tomarla contra un culpable y, por lo tanto, dejarle sin sanción mina la disuasión en mayor medida, porque la probabilidad de que un culpable termine finalmente condenado tras el correspondiente juicio es mucho mayor.

#### 4.2. Modelos basados en la teoría de la decisión

Hay dos grandes tipos de modelos económicos en materia de derecho probatorio: los basados en la teoría de la decisión y los basados en la teoría de juegos (Talley,

2013). Los primeros se centran en la decisión que el sujeto competente (típicamente, un juez) ha de tomar a la hora de apreciar los hechos relevantes en función de la evidencia disponible y de los costes y beneficios que se derivan de considerar esos hechos como probados o como no probados. En estos modelos, tales costes y beneficios no dependen de las decisiones adoptadas por otros sujetos (por ejemplo, los potenciales litigantes). Por consiguiente, aquí el individuo encargado de apreciar los hechos y decidir no tomará en cuenta cómo reaccionarán dichos sujetos ante su decisión.

Además, la información disponible en virtud de la cual hay que decidir es una variable exógena, es decir, está dada, no depende de la decisión que el modelo trata de representar, ni mucho menos de las actuaciones de los litigantes. Metafóricamente hablando, esta información «cae del cielo», cual «maná» (Talley, 2013, p. 316). Estos modelos no explican ni pretenden explicar, pues, cómo llega esa información al proceso, ni cómo ni quién la aporta, ni de qué modo pueden afectar las reglas probatorias u otras circunstancias a su producción.

Un ejemplo de estos modelos es el formulado por Kaplow (2014) para representar decisiones que no afectan a los incentivos que las personas implicadas tienen *ex ante* para actuar de una determinada manera. Un ejemplo sería la decisión de autorizar o prohibir una intervención médica. Por su simplicidad y potencia explicativa, merece ser expuesto aquí con detalle (y alguna ligera modificación dirigida a facilitar su comprensión).

Imaginemos que un agente público ha de decidir si prohíbe o no una actuación que puede tener un resultado negativo  $H$  o uno positivo  $B$ . El sujeto decisor cuenta con una cantidad  $e$  de información que indica la probabilidad de que dicha actuación cause esos resultados. Las expresiones  $P(H|e)$  y  $P(B|e)$  denotan las probabilidades condicionales de que la actuación considerada conduzca, respectivamente, a los resultados  $H$  o  $B$  a la vista de la evidencia disponible  $e$ . Cuanto mayor es  $e$ , mayor es la proporción entre las dos probabilidades  $\frac{P(H|e)}{P(B|e)}$ . Intuitivamente, cuanto más elevada es  $e$ , más netamente peligrosa parece la actuación considerada y más aconsejable resulta prohibirla.

Para decidir, el agente debería tener en cuenta no solo estas probabilidades, sino también los costes y beneficios asociados a cada resultado. Denominemos  $G$  al beneficio que se deriva de prohibir la actividad si esta conduce efectivamente al resultado negativo  $H$ . Y llamemos  $L$  al coste derivado de prohibirla si conduce al resultado positivo  $B$ . El agente debería prohibir la actuación considerada cuando los beneficios esperados de la prohibición superen a sus costes esperados, es decir, cuando:

$$P(H|e)G > P(B|e)L$$

O, dicho de otra manera, cuando:

$$\frac{P(H|e)}{P(B|e)} > \frac{L}{G}$$

Habida cuenta de que, como ya he señalado,  $\frac{P(H|e)}{P(B|e)}$  siempre crece cuando  $e$  aumenta, el estándar de prueba utilizado para decidir (es decir, la cantidad de evidencia  $e$  a partir de la cual habría que dar por probado  $H$  y prohibir la correspondiente actividad) debería situarse en el punto en el que se cumple la igualdad  $\frac{P(H|e)}{P(B|e)} = \frac{L}{G}$ . Este es el estándar de prueba óptimo, que maximiza los beneficios sociales netos esperados de la decisión.

Imaginemos, por ejemplo, que el consumo de un medicamento puede causar a un paciente una reacción adversa ( $H$ ) que le provoque un daño ( $G$ ) de 500.000 € o curarle de una enfermedad ( $B$ ) y reportarle con ello un beneficio ( $L$ ) de 100.000 €. El estándar de prueba óptimo es aquel en el que  $\frac{P(H|e)}{P(B|e)} = \frac{1}{5}$ . Dicho con otras palabras: habría que impedir el consumo del medicamento si, a la vista de la evidencia disponible, la proporción entre la probabilidad de que dicho consumo cause la reacción adversa y la probabilidad de que cure la enfermedad es mayor que  $\frac{1}{5}$ .

#### 4.3. Modelos estratégicos (basados en la teoría de juegos)

La teoría de juegos trata de analizar las interacciones entre agentes —en principio, racionales— que buscan maximizar sus preferencias. Un juego, en el sentido de esta teoría, es una situación en la que intervienen varios actores, cada uno de los cuales tiene la posibilidad de optar entre varias alternativas, que producirán resultados diferentes, que satisfarán en mayor o menor medida sus intereses y preferencias dependiendo de qué decisiones tomen los otros agentes. Todos ellos actuarán estratégicamente, teniendo en cuenta cómo han actuado y pueden actuar los restantes actores.

En algunos de estos modelos, la información a la vista de la cual hay que decidir es una variable exógena, mientras que en otros modelos es una variable endógena.

##### 4.3.1. Modelos en los que la información es una variable exógena

En estos modelos, la cantidad de información o evidencia disponible está dada, no depende de las restantes variables del modelo. Sirva como ejemplo una extensión del modelo de Kaplow (2011, 2012 y 2014) arriba expuesto. Supongamos que unas personas realizan actos dañosos del tipo  $H$ ; y otras, actos socialmente beneficiosos de tipo  $B$ . La autoridad encargada de juzgar estos actos cuenta con una cantidad  $e$  de información que indica la probabilidad de que el acto enjuiciado en cada caso sea  $H$  o  $B$ . La autoridad impondrá una sanción al acusado por haber cometido  $H$  cuando dicha información supere cierto umbral o estándar de prueba, que se denota como  $\bar{e}$ .

Si se reduce este estándar, se incrementará el número de casos en los que los acusados que han cometido  $H$  son sancionados, lo que aumentará la eficacia disuasoria de estas sanciones y, en consecuencia, reducirá el número de actos  $H$  que en el futuro

se cometan, lo que generará un beneficio social de  $G$  por cada acto  $H$  que se hubiera cometido de haberse mantenido el antiguo estándar y que no se cometerá ahora. Esta reducción del estándar de prueba, sin embargo, también provocará un incremento del número de casos en los que los acusados reciben una sanción a pesar de haber realizado un acto beneficioso  $B$ , lo que aumentará el efecto desalentador (*chilling effect*) que estas sanciones tienen sobre la realización de  $B$  y, en consecuencia, reducirá el número de actos  $B$  realizados, lo que a su vez generará una pérdida social de  $L$  por cada acto de tipo  $B$  que se hubiera realizado de haberse mantenido el antiguo estándar y que ahora se realizará.

Si, por el contrario, se incrementa el estándar  $\bar{e}$ , se reducirá el número de ocasiones en las que se sanciona a los acusados autores de  $H$ , lo que reducirá la eficacia disuasoria de estas sanciones y, en consecuencia, aumentará el número de actos de tipo  $H$  cometidos, lo que generará un coste social de  $G$  por cada acto de tipo  $H$  que ahora se comete y que no se hubiera cometido de haberse mantenido el anterior estándar. Este incremento del estándar de prueba, sin embargo, también minorará el número de casos en los que los acusados son sancionados a pesar de haber realizado un acto beneficioso  $B$ , lo que reducirá el efecto desalentador que estas sanciones tienen sobre la realización de tales actos y, en consecuencia, elevará el número de actos  $B$  realizados, lo que generará un beneficio social de  $L$  por cada acto de tipo  $B$  que no se hubiera llevado a cabo bajo la vigencia del anterior estándar y que ahora, en cambio, se llevará a cabo.

La cantidad de actos  $H$  disuadidos o incentivados y de actos  $B$  desalentados o alentados como consecuencia de una variación del estándar de prueba depende de varios factores. En primer lugar, del número de casos en los que hay evidencia cercana a dicho estándar indicativa de que los acusados son culpables o inocentes. O, dicho en otros términos: de las probabilidades de observar una cantidad de evidencia cercana a dicho estándar cuando la persona enjuiciada ha realizado  $H$  o  $B$ , respectivamente. Estas probabilidades se designan, respectivamente, con las expresiones  $P(e|H)$  y  $P(e|B)$ <sup>1</sup>.

Cuanto mayor sea  $P(e|H)$ , mayor será el efecto disuasorio o incentivador de una reforma del estándar de prueba. Imaginemos que  $P(e|H)$  es muy escasa. Esto significa que, si los acusados cometieron realmente  $H$ , la evidencia disponible casi nunca es cercana al estándar de prueba; es muy improbable observar una evidencia tal para estas personas; por así decirlo, hay muy pocos culpables cuya culpabilidad se encuentre «en el límite de la duda razonable». En este escenario, reducir (o incrementar) ligeramente el estándar de prueba tendrá un escaso efecto disuasorio (o incentivador) sobre la comisión de  $H$ , pues esta alteración afecta a muy pocos casos. Si, por el contrario,  $P(e|H)$  es muy elevada, el incremento (o reducción) del estándar de prueba tendrá un potente efecto disuasorio (o incentivador) respecto de la comisión de  $H$ .

<sup>1</sup> En términos matemáticos,  $P(e|H)$  y  $P(e|B)$  son funciones de densidad de probabilidad

Análogamente, cuanto mayor sea  $P(e|B)$ , mayor será el efecto desalentador o alentador derivado de reformar el estándar de prueba. Pongamos que  $P(e|B)$  es muy pequeña. Esto significa que es muy improbable observar una evidencia inculpatoria cercana al estándar de prueba cuando los acusados son inocentes; hay muy pocos inocentes que afrontan una evidencia inculpatoria que bordea el límite de la duda razonable. En esta situación, cambiar ligeramente el estándar de prueba tendrá un escaso efecto desalentador o alentador respecto de la realización de  $B$ , pues dicho cambio rara vez es relevante. Si, en cambio,  $P(e|B)$  es muy elevada, la reforma del estándar de prueba tendrá un potente efecto desalentador o alentador sobre la realización de  $B$ , pues la reforma afecta a muchos casos.

En segundo lugar, la cantidad de actos  $H$  disuadidos o incentivados y de actos  $B$  desalentados o alentados como consecuencia de un cambio del estándar de prueba depende también de otros factores, tales como la magnitud de las sanciones impuestas por haber cometido supuestamente  $H$ . Obviamente, cuanto más elevadas sean estas sanciones, más intensos serán los efectos del cambio. En el modelo de Kaplow, estos otros factores se mantienen constantes y se denotan conjuntamente como  $D$  (para el efecto disuasorio) y  $C$  (para el efecto desalentador).

Así las cosas, el beneficio social derivado de *reducir el estándar de prueba* puede representarse como  $P(e|H)DG$ . Y el coste social de reducirlo, como  $P(e|B)CL$ . La expresión  $P(e|H)D$  equivale a la cantidad de actos  $H$  que antes se cometían y ahora dejarán de cometerse si se reduce ligeramente el estándar de prueba. La expresión  $P(e|B)C$  equivale a la cantidad de actos  $B$  que antes se realizaban y ahora dejarán de realizarse si se minorra ligeramente dicho estándar. Recordemos que  $G$  denota el coste social derivado de cada acto  $H$  cometido; y  $L$ , el beneficio social resultante de cada acto  $B$  realizado.

Correlativamente, el beneficio social derivado de *incrementar el estándar de prueba* puede representarse como  $P(e|B)CL$ . Y el coste social de incrementarlo, como  $P(e|H)DG$ . La expresión  $P(e|B)C$  equivale a la cantidad de actos  $B$  que antes no se realizaban y ahora se realizarán si se eleva ligeramente el estándar de prueba. La expresión  $P(e|H)D$  equivale a la cantidad de actos  $H$  que antes no se cometían y ahora pasarán a cometerse si se incrementa ligeramente dicho estándar.

A fin de maximizar el bienestar social, el estándar de prueba debería reducirse (o incrementarse) hasta el punto en el que los beneficios sociales derivados de la reducción (o el incremento) sean iguales a sus costes sociales, es decir, hasta el punto en el que:

$$P(e|H)DG = P(e|B)CL$$

Es decir, hasta el punto en el que el beneficio marginal neto derivado de reducir (o incrementar) el estándar de prueba es igual a cero:

$$P(e|H)DG - P(e|B)CL = 0$$

O, expresado de otra manera,

$$\frac{P(H|e)}{P(B|e)} = \frac{LC}{GD}$$

A fin de ilustrar el funcionamiento de este modelo, imaginemos que sus variables toman los siguientes parámetros en cuatro niveles de evidencia correspondientes a cuatro estándares de prueba distintos.

$\bar{e}$	$P(\bar{e} H)$	$P(\bar{e} B)$	$C$	$L$	$D$	$G$	Beneficio marginal neto derivado de reducir el estándar de prueba $P(\bar{e} H)DG - P(\bar{e} B)CL$
10	0,01	0,8	0,2	20	0,5	1	- 3,20
50	0,5	0,5	0,2	20	0,5	1	- 1,75
90	0,8	0,1	0,2	20	0,5	1	0,00
110	0,9	0,01	0,2	20	0,5	1	0,44

Así las cosas, el estándar de prueba óptimo, que maximiza el bienestar social, consiste en requerir para sancionar que exista una cantidad de evidencia inculpatoria igual o superior a 90, pues en este punto el beneficio marginal neto de reducir (o incrementar) el estándar de prueba es igual a cero. Por encima de este punto, el estándar de prueba es demasiado elevado. Y, por debajo, se queda corto. Obsérvese que, si  $\bar{e} = 110$ , el beneficio marginal neto de reducir dicho estándar es positivo (0,44). Y, si  $\bar{e} = 50$ , reducir el estándar genera un beneficio marginal neto negativo (-1,75), mientras que aumentarlo produce un beneficio marginal neto positivo (1,75).

De este modelo cabe extraer numerosas ideas y predicciones interesantes, relevantes e intuitivamente plausibles.

En primer lugar, cuanto mayor sea la proporción entre el poder desalentador de las condenas y su poder disuasorio ( $\frac{C}{D}$ ), más elevado será, *ceteris paribus*, el estándar de prueba óptimo.

En segundo lugar, si el coste social de una condena errónea es equivalente al de una absolución errónea (es decir,  $LC = GD$ ), entonces, en el umbral de evidencia inculpatoria que se corresponde con el estándar de prueba óptimo, la probabilidad de observar esa evidencia si el demandado es culpable es igual a la probabilidad de observar la misma evidencia si este es inocente [ $P(e|H) = P(e|B)$ ]. Y hay que condenarlo cuando la evidencia incriminatoria disponible exceda de ese umbral o, lo que viene a ser lo mismo, cuando la primera probabilidad sea superior a la segunda [ $P(e|H) > P(e|B)$ ]<sup>2</sup>. Ello explicaría por qué en los procesos civiles, donde normalmente las condenas erróneas tienen un coste social aproximadamente igual al de las absoluciones erróneas, suele aplicarse el estándar de la «probabilidad preponderante».

<sup>2</sup> En el modelo de Kaplow (2014) se asume que la proporción  $\frac{P(e|H)}{P(e|B)}$  crece siempre cuanto mayor es  $e$ . Por lo tanto, si la evidencia disponible en un caso es superior a la correspondiente al estándar de prueba en el que  $P(e|H) = P(e|B)$ , entonces, a la vista de aquella evidencia,  $P(e|H) > P(e|B)$ .

Interesa resaltar que este estándar de prueba no produce necesariamente un número total de falsos positivos (condenas erróneas) igual al de falsos negativos (absoluciones erróneas). Solo «en el margen», en el umbral de evidencia en el que se sitúa dicho estándar, la cantidad de ambos tipos de errores es la misma. Imaginemos, por ejemplo, que, en la gran mayoría de los casos en los que se aplica este estándar, los demandados son realmente culpables, pero muchas veces no hay una gran cantidad de evidencia que los inculpe. En estas circunstancias, la aplicación del estándar de prueba de la probabilidad preponderante producirá seguramente un número de absoluciones erróneas superior al de condenas erróneas. Imaginemos que en una población de 1.000 individuos: 200 inocentes son demandados, de los cuales 40 afrontan una evidencia inculpatoria superior a la correspondiente a dicho estándar de prueba [de modo que  $P(e|H) > P(e|B)$ ]; y 500 culpables son demandados, de los cuales 420 afrontan una evidencia inculpatoria superior al mismo punto. Puede verse que aquí el número de absoluciones erróneas (80) duplica al de condenas erróneas (40).

En tercer lugar, cuanto mayor sea la proporción entre el coste social de una condena errónea y el coste social de una absolución errónea,  $\frac{LC}{GD}$ , más elevada será, *ceteris paribus*, la proporción entre  $\frac{P(e|H)}{P(e|B)}$  en el umbral de evidencia correspondiente y, por consiguiente, mayor será el estándar de prueba óptimo. Ello explica por qué el estándar de prueba para imponer penas («más allá de toda duda razonable») es muy estricto. Como numerosos autores han señalado a lo largo de la historia, aquí el coste de castigar a un inocente es mucho mayor que el de absolver a un culpable (Blackstone, 1769; Volokh, 1997). Es decir,  $LC \gg GD$ . Nótese que, en el ejemplo parametrizado antes propuesto, el coste de un falso positivo (4) es ocho veces mayor al de un falso negativo (0,5). Correlativamente, en el umbral de evidencia correspondiente al estándar de prueba óptimo, la probabilidad de observar esa evidencia si el acusado es culpable (0,8) es también ocho veces mayor que la probabilidad de observar la misma evidencia si el acusado es inocente (0,1).

Esto no quiere decir que, en estos casos, si se aplica el referido estándar de prueba óptimo, la proporción entre el número total de falsos negativos y el de falsos positivos va a ser de  $\frac{LC}{GD}$  (en el ejemplo propuesto, 8), ni tampoco que se absuelve a más personas de las que se condena. Solo «en el margen», en el umbral de evidencia en el que se sitúa dicho estándar, la proporción entre los falsos negativos y los falsos positivos generados al incrementar o disminuir ligeramente el estándar de prueba es igual a la proporción entre el coste de un falso positivo y el de un falso negativo,  $\frac{P(e|H)}{P(e|B)} = \frac{LC}{GD}$ . Imaginemos que en una población de 1.000 individuos: 200 inocentes son acusados, de los cuales 20 afrontan una evidencia inculpatoria superior a la correspondiente al estándar de prueba; y 500 culpables son acusados, de los cuales 400 afrontan una evidencia inculpatoria superior al mismo punto. Nótese que, en términos globales: el número de acusados condenados (420) es muy superior al de absueltos (280), y la proporción entre absoluciones erróneas y condenas erróneas no es de 8, sino de 5.

#### 4.3.2. Modelos en los que la evidencia probatoria es una variable endógena

Aquí, la evidencia producida y aportada —normalmente por los litigantes— al proceso depende de otras variables del modelo, como, por ejemplo, de los costes de presentarla o de la magnitud de los intereses en juego.

Sirva como primer ejemplo el modelo formulado por Hay y Spier (1997). Su principal objetivo es mostrar cómo la carga de la prueba puede ser utilizada para minimizar los costes de obtener y procesar información en un pleito y, a la postre, los costes de resolverlo. Al imponer a una de las partes litigantes la carga de producir evidencia, se libera hasta cierto punto de esta tarea a la parte contraria, lo que reduce los costes en los que esta habría de incurrir para adquirir y presentar dicha evidencia.

En aras de la claridad y la simplicidad, en el modelo se hacen las siguientes suposiciones: 1) ambas partes conocen y tienen acceso a la misma evidencia, que indica si el demandado infringió o no un deber, lo que determina que este pierda o gane el pleito correspondiente; 2) tal evidencia tiene carácter unitario, por lo que el tribunal competente puede conocerla íntegramente o no conocerla en modo alguno, y 3) el coste de presentar evidencia es positivo y lo suficientemente bajo como para que cada parte la presente si presentarla es necesario para obtener una sentencia favorable.

La imposición de la carga de probar la existencia (o inexistencia) de un hecho  $X$  a una de las partes litigantes determina que ese hecho ha de considerarse no probado (o probado) y la parte contraria vence en el pleito correspondiente si ninguno de los litigantes presenta evidencia probatoria acerca de si  $X$  ocurrió o no.

Así las cosas, si el actor corre con la carga de probar  $X$  (por ejemplo, la negligencia del demandado en un caso de responsabilidad civil extracontractual): *i*) el actor presentará la evidencia correspondiente si y solo si esta indica que  $X$  ocurrió; y *ii*) el demandado nunca presentará evidencia. Las razones saltan a la vista. Para el demandado, la estrategia dominante —haga lo que haga el actor— consiste en no presentar evidencia. En el caso de que esta indique que  $X$  ocurrió, nada gana el demandado presentándola, pues ello le haría perder el pleito y, además, incurrir en los costes derivados de presentarla. Pero tampoco gana nada el demandado presentándola en el caso de que la evidencia indique que  $X$  no ocurrió, pues entonces vencerá en el pleito de todas maneras, con independencia de si el actor presenta evidencia o no lo hace. En el primer caso, porque esta evidencia probará que  $X$  no ocurrió. En el segundo, porque la regla sobre la carga de la prueba obligará al juez a considerar que  $X$  no ocurrió.

Por razones análogas, que no hace falta detallar aquí, si se impone al demandado la carga de probar que  $X$  no ocurrió: *i*) el actor nunca presentará evidencia acerca de  $X$  y *ii*) el demandado solo presentará evidencia si esta indica que  $X$  no ocurrió.

Supongamos que, antes de que las partes presenten evidencia probatoria, el tribunal que conoce del caso puede observar que ha sucedido  $Y$ , lo que indica en mayor

o menor medida que el hecho cuestionado  $X$  ocurrió o no ocurrió. Por ejemplo, el tribunal sabe que una semana después de una operación quirúrgica se encontró un cuerpo extraño en la zona afectada del cuerpo de la víctima, lo que le causó una grave infección.

Pues bien, los tribunales (o, en su caso, el legislador) deberían asignar la carga de la prueba a la parte cuyos costes esperados de producir y presentar evidencia sean menores. Como hemos visto, el actor solo incurrirá en los costes de producir y presentar evidencia probatoria (denotados como  $C_A$ ) si la evidencia indica que  $X$  ocurrió y, además, corre con la carga de la prueba. Análogamente, el demandado solo incurrirá en tales costes ( $C_D$ ) si la evidencia muestra que  $X$  no ocurrió y, además, tiene dicha carga. Por lo tanto, los costes esperados de imponerle la carga de la prueba al actor serán el resultado de multiplicar  $C_A$  por la probabilidad de que  $X$  ocurriera habida cuenta de que  $Y$  sucedió [probabilidad que se denota como  $P(X|Y)$ ]. Y los costes esperados de asignarle la misma carga al demandado resultarán de multiplicar  $C_D$  por la probabilidad de que  $X$  no ocurriera a la vista de que  $Y$  sucedió [es decir,  $P(\sim X|Y)$ ]. Así las cosas, la carga de la prueba debería recaer sobre el actor cuando:

$$P(X|Y) \cdot C_A < P(\sim X|Y) \cdot C_D$$

O, expresado de otra manera, cuando:

$$\frac{P(X|Y)}{P(\sim X|Y)} < \frac{C_D}{C_A}$$

Por el contrario, la referida carga debería asignarse al demandado cuando:

$$P(X|Y) \cdot C_A > P(\sim X|Y) \cdot C_D$$

Es decir, cuando

$$\frac{P(X|Y)}{P(\sim X|Y)} > \frac{C_D}{C_A}$$

De acuerdo con el teorema de Bayes<sup>3</sup>, la probabilidad de que en el caso enjuiciado  $X$  ocurriera a la vista de que  $Y$  sucedió puede expresarse como sigue:

$$P(X|Y) = \frac{P(Y|X) \cdot P(X)}{P(Y)}$$

Donde:  $P(Y|X)$  denota la probabilidad de que un tribunal observe  $Y$  si  $X$  ocurrió;  $P(X)$  representa la probabilidad de que  $X$  ocurra, y  $P(Y)$  representa la probabilidad de que se observe el suceso  $Y$ .

Correlativamente, la probabilidad de que en el caso enjuiciado  $X$  no ocurriera a la vista de que  $Y$  sucedió puede expresarse como sigue:

<sup>3</sup> Sobre la conveniencia de tener en cuenta este teorema a la hora de hacer juicios de probabilidad en derecho, *vid.*, a modo de ejemplo, Satorra y Salvador Coderch (2016). Sobre algunas críticas que se le han dirigido en el ámbito jurídico, *vid.*, a título ilustrativo, Aliste Santos (2021).

$$P(\sim X|Y) = \frac{P(Y|\sim X) \cdot P(\sim X)}{P(Y)}$$

Donde:  $P(Y|\sim X)$  denota la probabilidad de que un tribunal observe  $Y$  si  $X$  no ocurrió;  $P(\sim X)$  representa la probabilidad de que  $X$  no ocurra, y  $P(Y)$  representa la probabilidad de que se observe el suceso  $Y$ .

En consecuencia, la carga de la prueba debería atribuirse al actor cuando:

$$\frac{P(Y|X) \cdot P(X)}{P(Y|\sim X) \cdot P(\sim X)} < \frac{C_D}{C_A}$$

Y al demandado si:

$$\frac{P(Y|X) \cdot P(X)}{P(Y|\sim X) \cdot P(\sim X)} > \frac{C_D}{C_A}$$

Ilustremos la aplicación del modelo con el ejemplo de la operación quirúrgica antes mencionada. Imaginemos que:

De cada 100 casos en los que se comete una negligencia médica en una operación quirúrgica, en 15 de ellos se encuentra al poco tiempo un cuerpo extraño en el cuerpo de la víctima. Aquí, por consiguiente,  $P(Y|X) = 0,15$ .

En 4 de cada 100 operaciones quirúrgicas se produce una negligencia médica. Es decir,  $P(X) = 0,04$ .

En 1 de cada 1.000 casos de operaciones quirúrgicas realizadas con la diligencia debida se encuentra al poco tiempo un cuerpo extraño en la zona afectada del cuerpo de la víctima. Aquí, por consiguiente,  $P(Y|\sim X) = 0,001$ .

96 de cada 100 operaciones quirúrgicas se llevan a cabo con la diligencia debida. O sea,  $P(\sim X) = 0,96$ .

Ya sabemos que la carga de la prueba debería asignarse al actor cuando la proporción entre  $C_D$  y  $C_A$  sea superior a la proporción entre  $P(Y|X) \cdot P(X)$  y  $P(Y|\sim X) \cdot P(\sim X)$ . Es decir, en este ejemplo, cuando:

$$\frac{C_D}{C_A} > \frac{0,006}{0,00096} = 6,25$$

Por el contrario, debería asignarse al demandado siempre que:

$$\frac{C_D}{C_A} < 6,25$$

En consecuencia, si en este caso puesto a modo de ejemplo los costes de producir y presentar evidencia fueran iguales para las dos partes (lo que implica que  $\frac{C_D}{C_A} = 1$ ) o mayores para el actor que para el demandado (lo que implica que  $\frac{C_D}{C_A} < 1$ ), la carga de la prueba debería corresponder a este último.

Este modelo justificaría, en opinión de sus artífices, la *regla general usualmente aplicada en los procesos civiles según la cual el actor soporta la carga de la prueba*. La razón esgrimida es que, en la práctica, normalmente concurren las tres condiciones siguientes: *i)* los costes de producción y presentación de evidencia de los actores no son sustancialmente más elevados que los costes análogos de los demandados; es decir,  $C_D \approx C_A$ ; *ii)* los potenciales demandados cumplen con la ley, con independencia de a quién se asigne la carga de la prueba; es decir,  $P(X)$  es relativamente baja, y *iii)* la información disponible antes de que las partes presenten evidencia probatoria es razonablemente compatible con el hecho de que el demandado cumpliera la ley; es decir,  $P(Y|\sim X)$  no es muy baja.

El modelo también justificaría varias *excepciones* a esta regla general. La primera es que, en ocasiones, los tribunales atribuyen al demandado la carga de probar cierto hecho (por ejemplo, el haber actuado diligentemente), por la razón de que los costes en los que este ha de incurrir para evidenciar la existencia de ese hecho son muy inferiores a los costes que al actor le supondría evidenciar su inexistencia. Es decir, en estos casos,  $C_D \ll C_A$ , lo que propicia que se cumpla la condición  $\frac{P(Y|X) \cdot P(X)}{P(Y|\sim X) P(\sim X)} > \frac{C_D}{C_A}$ , por lo tanto, que resulte aconsejable asignar la carga de la prueba al demandado.

Nótese que el artículo 217.3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, establece, en la misma línea, que «para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo [relativo a la carga de la prueba] el tribunal deberá tener presente la *disponibilidad y facilidad probatoria* que corresponde a cada una de las partes del litigio». Cabe entender que este último inciso se refiere a los costes que para cada una de las partes litigantes conlleva adquirir y proporcionar la pertinente evidencia probatoria.

En segundo lugar, en virtud de la regla *res ipsa loquitur*, «si el accidente ha tenido lugar en circunstancias tales que, normalmente y a ojos de un observador razonable, accidentes de índole similar ocurren precisamente por negligencia del demandado, entonces la existencia de esta última se presume salvo prueba en contrario» (Salvador Coderch y Ramos González, 2023, p. 142). En estos casos, la probabilidad de observar un accidente de semejante índole si el demandado actuó negligentemente [ $P(Y|X)$ ] es mucho más elevada que la probabilidad de observar un accidente semejante si aquel actuó con el cuidado exigible [ $P(Y|\sim X)$ ], por lo que es fácil que se cumpla la condición  $\frac{P(Y|X) \cdot P(X)}{P(Y|\sim X) P(\sim X)} > \frac{C_D}{C_A}$ , que aconseja imponer al demandado la carga de la prueba.

En tercer lugar, *los tribunales también suelen presumir, salvo prueba en contrario, hechos que casi siempre ocurren*, aunque favorezcan y sean alegados por el actor. Sirva como ejemplo el hecho de que una carta o mensaje electrónico enviado por una persona llegó efectivamente a su destinatario. El modelo examinado pone de manifiesto que, si  $P(X)$  es mucho más elevada que  $P(\sim X)$ , es fácil que se cumpla la referida condición  $\frac{P(Y|X) \cdot P(X)}{P(Y|\sim X) P(\sim X)} > \frac{C_D}{C_A}$ , que justifica asignar al demandado la carga de la prueba.

Otro ejemplo de modelo en el que la evidencia existente es endógena es el formulado por Sanchirico (2008). En él se pone de manifiesto una potente razón para determinar quién ha de soportar la carga de la prueba. Otros autores han ofrecido argumentos en virtud de los cuales esta carga debería corresponder, en principio, a la parte litigante que puede obtener y presentar la información relevante con un menor coste (según hemos visto, es el caso de Hay y Spier [1997]); a la parte cuya probabilidad de vencer en juicio sea menor, a la vista de lo ocurrido hasta la fecha en casos similares (también Hay y Spier [1997]), o a la parte cuyo eventual comportamiento ilícito se trata de disuadir (Mueller *et al.*, 2018).

En la práctica, sin embargo, la carga de la prueba suele recaer sobre la parte contraria de aquella cuya actuación se enjuicia. Así, por ejemplo: la carga de probar que el demandado causante de un daño actuó negligentemente corresponde por regla general a la víctima demandante; la carga de probar la negligencia de la víctima recae sobre el demandado que la alega para que se atenúe su propia responsabilidad o se le exima de ella; la carga de probar que el demandado incumplió un contrato se asigna al demandante; la carga de probar que el demandante incurrió en un incumplimiento contractual es del demandado, etc. Como establecía con carácter general el artículo 1214 del Código Civil español en su redacción original, «incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su incumplimiento».

El modelo de Sanchirico (2008) ofrece una justificación convincente para esta importante regla general: al imponerse la carga de la prueba a la parte contraria de aquella cuyo comportamiento es objeto de juicio y prueba, se maximiza el incentivo económico que esta parte tiene para actuar conforme a derecho y, bajo ciertas condiciones, relativamente probables, se minimizan los costes sociales de los correspondientes pleitos.

Imaginemos dos agentes racionales y neutrales frente al riesgo. El (futuro) demandado tiene la posibilidad de actuar conforme a derecho (diligentemente) o en contra de él (negligentemente). Al actuar con diligencia, incurre en los costes derivados de la adopción de las debidas medidas de precaución ( $b$ ), pero también reduce los costes de producir evidencia exculpatoria en un futuro pleito; de ser altos ( $\bar{c}$ ) pasan a ser bajos ( $\underline{c}$ ). Correlativamente, los costes de producción de evidencia inculpatoria en que ha incurrir la (futura) víctima demandante se incrementan; de ser bajos ( $\underline{c}$ ) pasan a ser altos ( $\bar{c}$ ). El demandado actuará con diligencia si los costes que esta le supone son inferiores a la diferencia entre la sanción esperada (a la vista del subsiguiente pleito) si actúa negligentemente y la sanción esperada si actúa diligentemente. Los dos litigantes conocen si el demandado actuó con o sin diligencia y, por lo tanto, si los costes de litigación de ambos son altos o bajos.

Supongamos, en aras de la simplicidad, que la cuantía del correspondiente pleito (la cantidad de dinero que el demandado habría de pagar al actor en el caso de ser condenado, que se denota con la letra  $S$ ) es superior a los costes de producción de evidencia, si estos son bajos; e inferior a ellos, si son altos. Es decir,  $\underline{c} < S < \bar{c}$ . Lo cual implica que una parte que tiene costes de producción altos nunca presenta evidencia,

pues lo máximo que puede ganar en caso de vencer en juicio es siempre inferior a lo que le cuesta generarla.

Si la carga de la prueba se impone a una parte, la parte contraria gana el pleito si: solo ella presenta evidencia; ninguna de las dos partes presenta evidencia, o las dos la presentan. En las siguientes tablas se reflejan los resultados posibles del pleito en función de qué litigantes tienen la carga de la prueba y de si presentan o no evidencia.

Tabla 1. Carga de la prueba impuesta al demandado

		Demandado	
		Presenta	No presenta
Actor	Presenta	Gana actor	Gana actor
	No presenta	Gana demandado	Gana actor

Tabla 2. Carga de la prueba impuesta al actor

		Demandado	
		Presenta	No presenta
Actor	Presenta	Gana demandado	Gana actor
	No presenta	Gana demandado	Gana demandado

De lo expuesto se deduce que solo la parte gravada con la carga de la prueba presenta evidencia y solo cuando los costes de producirla son bajos. La contraparte nunca tiene incentivos suficientes para generarla: si sus costes de producción son altos, porque la eventual ganancia será inferior a estos, como ya hemos visto; si son bajos, porque entonces los costes de la parte gravada serán altos, lo que determinará que esta no produzca evidencia y, en consecuencia, que la referida contraparte pueda ganar el pleito sin presentar evidencia.

Si la carga de la prueba recae sobre el actor, este presentará evidencia solo cuando sus costes de producirla sean bajos, lo que únicamente ocurrirá cuando el demandado haya actuado negligentemente, en cuyo caso el actor ganará el pleito y el demandado tendrá que pagarle  $S$ . Si el demandado tomó las debidas medidas de precaución, ganará el pleito sin necesidad de presentar evidencia y no le pagará nada al actor. Para el demandado, por consiguiente, la diferencia entre la sanción resultante de actuar negligentemente ( $S$ ) y la derivada de hacerlo diligentemente ( $0$ ) es de  $S$ . Es decir, este sujeto tiene un incentivo de magnitud  $S$  para actuar con el cuidado debido.

Si la carga de la prueba corresponde al demandado, este producirá y presentará evidencia solo cuando haya actuado con diligencia, en cuyo caso ganará el pleito, después de haber incurrido en el coste  $C$ . Si no tomó las debidas medidas de precaución, el demandado no presentará evidencia, perderá el pleito y tendrá que pagar  $s$  al actor. La diferencia que para el demandado se deriva de actuar con negligencia o con diligencia es, por lo tanto, de  $S - C$ .

Puede apreciarse, pues, que el incentivo económico que el demandado tiene para cumplir su deber de cuidado es mayor cuando la carga de la prueba se impone al actor ( $S$ ) que cuando se le impone al demandado ( $s - c$ ). La razón es que *esta regla probatoria incrementa el número de casos en los que un demandado diligente puede ganar el pleito sin necesidad de presentar evidencia y, por lo tanto, sin necesidad de incurrir en los costes de producirla.*

Además, la diligencia del demandado eleva el coste que para el demandante implica pleitear y, a la postre, le disuade de hacerlo, lo que también contribuye a reducir los costes sociales de la litigación. De hecho, dicha regla probatoria minimiza estos costes cuando los intereses en juego [el beneficio que el demandado puede obtener al omitir el debido cuidado ( $b$ ) y la «sanción» que por ello se le puede imponer ( $S$ )] son tales que la probabilidad de que el demandado cumpla su deber de cuidado supera la probabilidad de que lo incumpla. Es más, cabe ajustar esta sanción (elevándola hasta cierto punto) para que la mayoría de los demandados actúen diligentemente y, en consecuencia, dicha regla minimice siempre los referidos costes sociales. En el estudio de Sanchirico (2008) puede encontrarse la demostración matemática de ambos resultados.

## 5. ANÁLISIS ECONÓMICO DE LAS REGLAS PROBATORIAS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

### 5.1. Reglas de prueba en el procedimiento administrativo y en el proceso contencioso-administrativo

En el derecho administrativo hay que distinguir dos tipos de reglas probatorias: las que la Administración debe observar antes de tomar una decisión y las aplicables por los tribunales al revisar la licitud de una previa decisión administrativa. En los escasos estudios dedicados específicamente a los estándares de prueba en esta rama del derecho, no siempre se distinguen con nitidez ambos tipos de reglas. Pero conviene hacerlo, porque estas pueden ser similares (así lo estima, por ejemplo, Letelier Wartenberg [2018, p. 217], respecto de la imposición y revisión judicial de sanciones administrativas), pero no tienen por qué ser inexorablemente coincidentes. Es más, cabe pensar que lo normal es que no lo sean.

Es posible y razonable que la Administración deba utilizar un estándar relativamente estricto para dar como probado cierto hecho a los efectos de tomar una determinada decisión y, en cambio, los tribunales deban emplear posteriormente, al enjuiciar esta decisión, un estándar relativamente laxo para considerar como probado el mismo hecho. Ello puede obedecer, por ejemplo, a que los jueces están mucho peor situados que las autoridades administrativas para apreciar correctamente ese hecho y, por consiguiente, deben mostrar una considerable deferencia hacia la apre-

ciación efectuada previamente por aquellas, a fin de minimizar el coste social de los eventuales errores (Doménech Pascual, 2018; 2021).

## 5.2. Estándares de prueba, discrecionalidad administrativa y deferencia judicial

En la literatura jurídica escrita en español hay pocos estudios específicamente dedicados a los estándares probatorios aplicables en el proceso contencioso-administrativo. Este es, sin embargo, uno de esos casos en los que las apariencias engañan. La cuestión de los estándares de prueba utilizados por los tribunales para revisar la legalidad de las actuaciones administrativas se confunde con —y a la postre ha quedado oculta por— una cuestión que sí ha sido objeto de incontables estudios doctrinales: la del grado de deferencia que los jueces muestran o han de mostrar hacia las decisiones administrativas cuando enjuician si estas se ajustan o no a derecho; o, dicho con otras palabras, la cuestión del margen de apreciación o discrecionalidad que las Administraciones públicas tienen para decidir (sobre esta cuestión, véase, por ejemplo, Bacigalupo Saggese, 2023).

Las dos cuestiones son sustancialmente coincidentes, si bien la jerga y los marcos conceptuales de los estudios que se han ocupado de cada una de ellas difieren notablemente entre sí. En un caso, se trata de precisar el umbral de evidencia o certeza a partir del cual hay que dar por probado un hecho al cual se asocia una determinada consecuencia jurídica. En el otro, de precisar el punto en el que termina el margen de apreciación o discrecionalidad de que la Administración dispone para actuar. Pero en el fondo se trata sustancialmente de lo mismo. El segundo caso es una especie del primero y puede ser planteado en términos equivalentes. La cuestión es precisar el punto de evidencia o certeza a partir del cual un tribunal ha de considerar probado un hecho determinante de la legalidad de la actuación administrativa enjuiciada.

## 5.3. Un modelo básico de los estándares de prueba en la revisión judicial de las decisiones administrativas

Puede comprobarse que el arriba expuesto modelo de Kaplow (2011; 2012; 2014) permite representar de manera razonablemente satisfactoria el problema al que suelen enfrentarse los jueces cuando enjuician decisiones administrativas, especialmente, cuando son discrecionales. Veámoslo.

Las autoridades administrativas pueden dictar actos ilegales (**H**) y actos legales (**B**). El problema es que, muchas veces, los jueces encargados de revisar la legalidad de estos actos no cuentan con la información suficiente para concluir con absoluta certeza que son del tipo **H** o **B**.

Con frecuencia, el legislador delega en las Administraciones públicas la adopción de ciertos actos precisamente porque estas poseen mejores recursos materiales y personales (más tiempo, más información, mejores conocimientos, etc.) para tomar decisiones acertadas en el ejercicio de las correspondientes potestades, es decir, para identificar eficientemente los actos **B** y **H**, escoger los **B** y desechar los **H**. La pega es que, en no pocas ocasiones, las autoridades administrativas competentes prefieren adoptar actos **H** antes que actos **B**, pues aquellos les reportan más beneficios privados que estos. Tales autoridades suelen tener mejor información y mayor capacidad, pero peores incentivos, que los tribunales para tomar decisiones beneficiosas para el conjunto de la sociedad.

Supongamos que, en el momento de dictar sentencia, el juez que conoce del recurso interpuesto contra un acto administrativo dispone de una cantidad  $e$  de evidencia probatoria que indica la probabilidad de que este sea lícito (**B**) o ilícito (**H**). Cuanto mayor es esta evidencia, mayor es la probabilidad de que sea ilícito.

La cuestión fundamental que aquí se plantea es determinar el umbral de evidencia  $\bar{e}$  a partir del cual los tribunales deben estimar probado y declarar que el acto administrativo recurrido es ilícito, lo cual lleva asociada una consecuencia jurídica costosa (una «sanción») para el agente público artífice del acto. Este estándar de prueba marca también el margen de discrecionalidad que la Administración tiene para decidir o, dicho con otras palabras, el grado de deferencia que los jueces deben mostrar hacia las decisiones administrativas objeto de revisión. Estos deben darlas por válidas a menos que la evidencia disponible en cada caso ( $e$ ) exceda de  $\bar{e}$ .

Si  $\bar{e}$  se fija en el punto 0, los tribunales deben declarar siempre que los actos administrativos impugnados son ilegales, pues entonces  $e$  nunca puede ser inferior a  $\bar{e}$ . Todas las sentencias son anulatorias. En este punto, los jueces no cometen ni un solo falso negativo (no califican como lícitos actos que en verdad son ilícitos), pero a costa de maximizar el número de falsos positivos en los que incurren (al calificar como ilícitos actos que en realidad son lícitos).

Estos falsos positivos tendrán seguramente un efecto desalentador sobre la conducta de la Administración. Al asociar una «sanción» a la adopción de actos legales, las sentencias que estiman erróneamente los correspondientes recursos reducen los beneficios netos esperados que para las autoridades competentes implica adoptar tales actos. Lo cual determinará que estas dicten menos actos conformes a derecho de los que dictarían si los tribunales no cometieran este tipo de errores.

A fin de reducir los falsos positivos y las perniciosas consecuencias que estos conllevan, cabe elevar ligeramente el estándar  $\bar{e}$  (o, lo que viene a ser lo mismo, ampliar el margen de discrecionalidad otorgado a la Administración). Esta elevación incrementará el número de actos administrativos lícitos dictados. La magnitud del incremento dependerá de dos variables. Por un lado, de la cantidad de actos administrativos lícitos que se encuentran entre el antiguo margen de discrecionalidad y el nuevo; o, dicho de otra manera, dependerá de la probabilidad de observar una evidencia cer-

cana a dicho estándar  $\bar{e}$  cuando la Administración ha dictado un acto lícito [ $P(e|B)$ ]. Por otro lado, también dependerá del efecto desalentador que produce cada sentencia que declara la ilegalidad de un acto en verdad legal. Este efecto desalentador, denotado con la letra  $C$ , está en función, a su vez, de otros factores (tales como los costes que para el artífice del acto administrativo legal supone su anulación) de los que aquí podemos hacer abstracción. Si cada acto administrativo lícito produce un beneficio social de  $L$ , el beneficio social agregado resultante de elevar el estándar  $\bar{e}$  será  $P(e|B)CL$ .

La elevación del estándar de prueba  $\bar{e}$  tendrá, sin embargo, también un efecto perjudicial, pues incrementará el número de falsos negativos, es decir, de los casos en los que los tribunales estiman erróneamente que el acto impugnado es legal, cuando en realidad es ilegal. Estos errores reducen la eficacia disuasoria de las «sanciones» que los tribunales imponen a la Administración por dictar actos ilegales. Cuanto más numerosos son esos errores, menor es el coste esperado que para la Administración se deriva de actuar *contra legem* y, por lo tanto, más rentable le resulta actuar de esta manera.

La elevación del estándar  $\bar{e}$  incrementará, pues, el número de actos administrativos ilegales. La magnitud del incremento dependerá de dos variables. Por un lado, de la cantidad de actos administrativos ilícitos que se encuentran entre el antiguo margen de discrecionalidad y el nuevo; o, dicho con otras palabras, dependerá de la probabilidad de observar una evidencia cercana a dicho estándar  $\bar{e}$  cuando la Administración ha dictado un acto ilícito [ $P(e|H)$ ]. Por otro lado, dependerá también del efecto incentivador que produce cada sentencia que declara la legalidad de un acto en verdad ilegal. Este efecto incentivador, denotado con la letra  $D$ , está en función, a su vez, de otros factores (tales como los costes que para el artífice del acto administrativo ilegal hubiera supuesto su anulación) de los que aquí se hace abstracción. Si cada acto administrativo ilícito produce una pérdida de bienestar social de  $G$ , el coste social agregado derivado de elevar el estándar  $\bar{e}$  será  $P(e|H)DG$ .

Así las cosas, el estándar  $\bar{e}$  debería elevarse si los beneficios de la elevación superan a sus costes, es decir, si:

$$P(e|B)CL > P(e|H)DG$$

O, expresado de otra manera, si:

$$\frac{P(e|H)}{P(e|B)} > \frac{CL}{DG}$$

Supongamos además que  $D$ ,  $G$ ,  $C$  y  $L$  son constantes (no dependen de la evidencia disponible en cada caso) y la ratio  $\frac{P(e|H)}{P(e|B)}$  es creciente cuando  $e$  se incrementa. Ambas suposiciones son razonables e implican que, al elevarse  $\bar{e}$ , la proporción entre el número de falsos positivos que la elevación evita y el número de falsos negativos que esta genera disminuye. Llegará un punto, pues, en el que los beneficios de incrementar  $\bar{e}$  serán iguales a sus costes,  $\frac{P(e|H)}{P(e|B)} = \frac{CL}{DG}$ . Ahí se encuentra el *estándar óptimo*

*de prueba, el grado de deferencia que los tribunales deberían mostrar hacia las decisiones administrativas objeto de revisión.*

#### 5.4. Algunas implicaciones de los modelos expuestos

De estos modelos pueden extraerse algunas ideas importantes, que explican reglas aplicables en el derecho administrativo.

Debe resaltarse, en primer lugar, la *relevancia de la proporción existente entre el coste de un falso positivo y el de un falso negativo* ( $\frac{CL}{DG}$ ). En derecho penal, según hemos visto, esa proporción es muy alta (pongamos, a título ilustrativo,  $\frac{20}{1}$ ). El coste de condenar a un inocente es mucho mayor que el de absolver a un culpable. Ello explica que el estándar de prueba establecido para dictar sentencias penales condenatorias («más allá de toda duda razonable») sea muy elevado. El estándar  $\bar{e}$  tiene que aumentar mucho para que  $\frac{P(e|H)}{P(e|B)}$  crezca lo suficiente con el objeto de igualarse a  $\frac{CL}{DG}$ , cuyo valor es muy alto.

En el derecho civil, el coste de los falsos positivos suele ser aproximadamente el mismo que el de los falsos negativos, lo que explica que el estándar de prueba normalmente utilizado para estimar una demanda («probabilidad preponderante») sea mucho más bajo que el empleado en el derecho penal para condenar. No hace falta elevar mucho el estándar  $\bar{e}$  para que la proporción  $\frac{P(e|H)}{P(e|B)}$  crezca lo suficiente con el objeto de igualarse a  $\frac{CL}{DG}$ , pues esta proporción tiene un valor mucho más bajo que en el ámbito penal (pongamos, por ejemplo,  $\frac{1}{1}$ ).

En el derecho administrativo, hay seguramente una gran diversidad en este punto (Medina Alcoz, 2016). En algunos casos, cabe razonablemente pensar que la proporción entre el coste de los falsos positivos y el de los falsos negativos se acerca a la existente en el derecho penal. Esto es seguramente lo que sucede en el derecho administrativo sancionador, especialmente cuando se trata de sanciones cuya ejecución genera costes sociales elevados. Más adelante volveré sobre este punto.

En otros casos, la proporción  $\frac{CL}{DG}$  se acerca a la típica del derecho civil y, por lo tanto, el estándar de prueba óptimo debería ser también próximo al de la «probabilidad preponderante». Cabe razonablemente pensar que este es el caso de los procedimientos de recaudación tributaria.

Finalmente, en ocasiones, el coste de un falso negativo es muy superior al de un falso positivo, en cuyo caso el estándar de evidencia óptimo  $\bar{e}$  ha situarse —y, de hecho, se sitúa— en un punto muy bajo. Es decir, se requiere muy poca evidencia «inculpatória» para imponer una consecuencia desfavorable a una persona que ha cometido o podido cometer un acto ilegal o dañoso.

Sería el caso, por ejemplo, de muchas medidas de policía que los agentes de la Administración pueden adoptar en vías, lugares o establecimientos públicos con el

objeto de prevenir infracciones o descubrir y detener a quienes hubiesen participado en su comisión: paradas e identificación de personas; registro de vehículos; control superficial de efectos personales; cacheos, etc. (Mungan, 2018; Bachmaier Winter, 2023). La mera existencia de sospechas o «indicios» pueden bastar para adoptarlas<sup>4</sup>. Es más, en ocasiones, ni siquiera hacen falta sospechas o indicios especiales. Nótese, por ejemplo, que todos los pasajeros que pretenden subir a un avión comercial han de someterse a un control policial de sus efectos personales, a pesar de que la probabilidad de que vayan a cometer un acto dañoso sea bajísima a la vista de la evidencia disponible. La razón es que el coste de un falso positivo es aquí muy inferior al de un falso negativo.

### 5.5. Otros modelos

Hay modelos similares a los expuestos que permiten explicar reglas o hacer predicciones que no se derivan de estos. Nótese que, en el modelo de Kaplow (2014), el coste de los falsos positivos (*CL*) y el de los falsos negativos (*DG*) constituyen variables exógenas, están dadas. El modelo no explica ni pretende explicar de qué depende su magnitud.

En cambio, el objetivo y la utilidad de otros modelos es, precisamente, explicar por qué y en qué medida el coste de los falsos positivos es *ceteris paribus* superior al de los falsos negativos. Como ya hemos visto, en Rizzolli y Saraceno (2013) se pone de manifiesto que ambos tipos de errores reducen igualmente el efecto disuasorio de la norma penal. Es decir, *CL = DG*. Las condenas erróneas minoran el atractivo de cumplir la ley, mientras que las absoluciones erróneas incrementan en la misma medida el atractivo de incumplirla. Pero solo las primeras generan, además, los costes que implica ejecutar la correspondiente sanción. Estos hacen que los costes de los falsos positivos sean superiores a los de los falsos negativos, lo que «empuja hacia arriba» el estándar óptimo de prueba con el fin de reducir el número de falsos positivos, a pesar de que así se incrementa en mayor medida el número de falsos negativos.

Este modelo también permite afirmar que, cuanto mayores sean los costes sociales que implica el cumplimiento de una sanción, mayor será la proporción entre el coste de un falso positivo y el de un falso negativo y, por lo tanto, más elevado será el estándar óptimo de prueba. Esto justificaría, por ejemplo, que el estándar de prueba establecido para imponer penas de prisión fuera más estricto que el previsto para imponer multas. El cumplimiento de una pena de prisión conlleva enormes costes, tanto para el penado como para el resto de la sociedad, que ha de sufragar el sistema penitenciario. La multa, en cambio, es una sanción que en principio no supone una destrucción de bienestar o riqueza, sino simplemente una transferencia de dinero

---

<sup>4</sup> Vid. los arts. 16, 17, 18 y 20 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana.

entre el patrimonio de la persona multada y el del Estado. Ciertamente, esa transferencia implica costes de procedimiento y puede generar algunos perjuicios (por ejemplo, para la reputación del multado) adicionales a la pérdida de efectos disuasorios que conllevarían tanto un falso positivo como un falso negativo. Pero estos costes y perjuicios son seguramente muy inferiores a los que para el conjunto de la sociedad se derivarían del cumplimiento de una pena privativa de libertad igualmente disuasoria.

Esto justificaría que el estándar de prueba aplicable en el derecho penal sea, por regla general, superior al aplicable en el derecho administrativo sancionador (como ha defendido Letelier Wartenberg, 2018), en la medida en que *i*) las sanciones penales son típicamente privativas de libertad y conllevan costes reputacionales muy elevados, mientras que *ii*) las sanciones administrativas son típicamente multas y sus costes reputacionales son mucho más bajos. Sin embargo, no conviene generalizar demasiado. Lo relevante no es tanto la naturaleza penal o administrativa de la sanción, sino la magnitud de los costes sociales que la ejecución de cada concreta sanción entraña.

En el modelo de Kaplow (2014), tanto el poder disuasorio de las sanciones (*D*) como su poder desalentador (*C*) son asimismo variables exógenas. El modelo no explica ni pretende explicar de qué dependen.

El modelo elaborado por Rizzoli y Stanca (2012), en cambio, ofrece una buena explicación de por qué *C* es normalmente superior a *D*, es decir, por qué el efecto desalentador de los falsos positivos es más intenso que el efecto incentivador de ilegalidades provocado por los falsos negativos. Recordemos. Si la gente fuera neutral frente al riesgo y las pérdidas, ambos tipos de errores reducirían en la misma medida la eficacia preventiva del sistema penal. Si, por el contrario, suponemos que los potenciales delincuentes son aversos al riesgo y a las pérdidas, entonces podemos concluir que las condenas erróneas reducen esa eficacia preventiva en mayor medida que las absoluciones erróneas. Esa aversión hace que la pérdida de bienestar que a una persona le ocasiona una condena injusta supere, *ceteris paribus*, el aumento de bienestar que esa misma persona experimenta en caso de que la absuelvan erróneamente. El hecho de que el efecto desalentador de un falso positivo sea más potente que el efecto incentivador de un falso negativo determina que el coste social de un error del primer tipo sea, *ceteris paribus*, superior al coste social de un error del segundo tipo. Esta circunstancia también «empuja hacia arriba» el estándar óptimo de prueba con el fin de reducir el número de condenas erróneas, a pesar de que así se incrementa en mayor medida el número de absoluciones erróneas.

Lo cual justifica que el estándar de prueba establecido para imponer sanciones, tanto penales como administrativas, no sea el de la «probabilidad preponderante» (estándar que defiende Letelier Wartenberg, 2018, como regla general, para las administrativas), sino uno más elevado, aun cuando los costes sociales directamente derivados de la ejecución de las sanciones sean inexistentes.

## BIBLIOGRAFÍA

- Aliste Santos, T. J. (2021). Probabilidad y certeza: Análisis crítico sobre la aplicación del teorema de Bayes en los Estados Unidos para la motivación de la prueba de los hechos susceptibles de enjuiciamiento criminal. *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, 1, 89-112.
- Bachmaier Winter, L. (2023). *Probable cause* y la Cuarta Enmienda de la Constitución estadounidense: una garantía tan imprecisa como necesaria. *Quaestio Facti. Revista Internacional Sobre Razonamiento Probatorio*, 4, 191-220.
- Bacigalupo Saggese, M. (2023). La vinculación de la Administración pública a la ley y el Derecho. En F. Velasco Caballero y M. Darnaculleta Gardella, *Manual de Derecho administrativo* (pp. 133-152). Marcial Pons.
- Barragué Calvo, B. y Doménech Pascual, G. (2021). El análisis interdisciplinar del Derecho público. En J. M. Rodríguez de Santiago, G. Doménech Pascual y L. Arroyo Jiménez (Eds.), *Tratado de Derecho Administrativo* (Vol I, pp. 495-560). Marcial Pons.
- Blackstone, W. (1769). *Commentaries on the Laws of England in Four Books, Book the Fourth*. Clarendon Press.
- Dei Vecchi, D. (2022). Prueba sin convicción en su justa medida. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 45, 337-373.
- Doménech-Pascual, G. (2018). Una teoría económica del control judicial de la discrecionalidad administrativa. *Revista Andaluza de Administración Pública*, 100, 131-164.
- Doménech-Pascual, G. (2021). El juego del Legislador, la Administración y el Juez. En J. M. Rodríguez de Santiago, G. Doménech Pascual y L. Arroyo Jiménez (Eds.), *Tratado de Derecho Administrativo* (Vol I, pp. 861-934). Marcial Pons.
- Doménech-Pascual, G. y Puchades-Navarro, M. (2019). Better that ten innocent persons suffer than that one guilty escape. Evidentiary standards for investigating and charging defendants. Documento de trabajo. Universitat de València.
- Ferrer Beltrán, J. (2021). *Prueba sin convicción: Estándares de prueba y debido proceso*. Marcial Pons.
- Garoupa, N. (2017). Explaining the Standard of Proof in Criminal Law: A New Insight. *Supreme Court Economic Review*, 25(1), 111-122.
- Hay, B. L. y Spier, K. (1997). Burdens of Proof in Civil Litigation: An Economic Perspective. *Journal of Legal Studies*, 26, 413-431.
- Kaplow, L. (2011). On the Optimal Burden of Proof. *Journal of Political Economy*, 119(6), 1104-1140.
- Kaplow, L. (2012). Burden of Proof. *Yale Law Journal*, 121(4), 738-859.
- Kaplow, L. (2014). Likelihood Ratio Tests and Legal Decision Rules. *American Law and Economics Review*, 16(1), 1-39.
- Letelier Wartenberg, R. (2018). El precio del *statu quo*. Sobre el estándar probatorio en las sanciones administrativas. *Revista de Derecho*, 31(1), 209-229.
- Medina Alcoz, L. (2016). Los hechos en el Derecho administrativo. Una aproximación. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 177, 103-158.
- Mueller, C. B., Kirkpatrick, L. y Richter, L. L. (2018). *Evidence*. Aspen.
- Mungan, M. C. (2011). A Utilitarian Justification for Heightened Standards of Proof in Criminal Trials. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 167, 352-370.
- Mungan, M. C. (2018). Optimal Preventive Law Enforcement and Stopping Standards. *American Law and Economics Review*, 20(2), 289-317.
- Nieva Fenoll, J. (2020). Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del pasado. *InDret*, 3/2020, 406-437.
- Nieva Fenoll, J. (2023). Réquiem por la carga de la prueba. *Quaestio Facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, 4, 39-60.
- Png, Ivan P. L. (1986). Optimal Subsidies and Damages in the Presence of Judicial Error. *International Review of Law and Economics*, 6(1), 101-105.

- Rizzolli, M. y Saraceno, M. (2013). Better that Ten Guilty Persons Escape: Punishment Costs Explain the Standard of Evidence. *Public Choice*, 155, 395-411.
- Rizzolli, M. y Stanca, L. (2012). Judicial Errors and Crime Deterrence: Theory and Experimental Evidence. *Journal of Law and Economics*, 55(2), 311-338.
- Robbins, L. (1935). *An Essay on the Nature & Significance of the Economic Science*. McMillan.
- Rodrik, D. (2015). *Economic Rules. The Rights and the Wrongs of the Dismal Science*. W. W. Norton.
- Salvador Coderch, P. y Ramos González, S. (2023). Negligencia (III). Negligencia *per se* y *res ipsa loquitur*. En P. Salvador, S. Ramos, C. Gómez, A. Rubí, A. Luna, R. Milá, *Derecho de Daños (DdD). Análisis, aplicación e instrumentos comparados* (12ª ed., pp. 122-149). InDret.
- Sanchirico, C. W. (2008). A Primary-Activity Approach to Proof Burdens. *Journal of Legal Studies*, 37(1), 273-313.
- Satorra, A. y Salvador Coderch, P. (2016). Probabilidad, estadística, grandes bases de datos y abogacía. *InDret*, 2/2016.
- Talley, E. L. (2013). Law, Economics, and the Burden(s) of Proof. En J. Arlen (Ed.), *Research Handbook on the Economics of Torts*. Edward Elgar.
- Volokh, A. (1997). N Guilty Men. *University of Pennsylvania Law Review*, 146, 173-216.

## LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

- España. Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (BOE, núm 77, 31/03/2015). <https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/03/30/4/con>



CONJETURAS  
Y REFUTACIONES



## EVIDENTIAL REASONING, TESTIMONIAL INJUSTICE AND THE FAIRNESS OF THE CRIMINAL TRIAL\*

Federico Picinali

**ABSTRACT:** The article argues that the assessment of the relevance and of the probative value of an item of evidence is susceptible to an evaluation on moral grounds (such as fairness), rather than just to an evaluation on epistemic grounds (such as accuracy). In particular, the article shows that an assessment of relevance and of probative value is unfair, and renders the trial unfair, when this assessment instantiates epistemic injustice of the testimonial kind; and that it instantiates such an injustice when, due to identity prejudice against a social group to which one of the parties in the proceedings belongs, the evidence is assessed without considering the experience and stock of knowledge of this party. The article offers several examples of this phenomenon. The upshot is that higher courts, whose role includes checking that proceedings have been fair, should dirty their hands more readily than they are currently doing with the evidential reasoning of the first-instance adjudicator. However, the focus should be on preventing unfairness, rather than treating it.

**KEYWORDS:** evidential reasoning, testimonial injustice, fairness, criminal trial, relevance, probative value.

---

\* I am very grateful to Abenaa Owusu-Bempah for her insightful feedback on an earlier draft. I have presented some of the ideas in this article at the 1<sup>st</sup> *Michele Taruffo Girona Evidence Week*, Universitat de Girona, 23-27 May 2022 and at the online conference *La Valutazione della Prova Scientifica*, organised by the Università degli Studi di Roma, 19 November 2021. I have also presented an earlier draft at the *LSE Law Staff and PhD Lunchtime Seminar* on 13 October 2022 and at the seminar series *Thinking Like a Fact Finder*, University of Bologna, 24 May 2023. I am grateful to the participants in these events for their useful questions and criticisms. Finally, I thank my law of evidence students for the constructive discussion we had in class on an earlier draft.

**SUMMARY:** 1. INTRODUCTION.—2. FUNDAMENTALS OF EVIDENTIAL REASONING.—3. TESTIMONIAL INJUSTICE IN EVIDENTIAL REASONING: 3.1. Testimonial Injustice as Prejudiced Dismissal of a Party’s Stock of Knowledge.—4. TESTIMONIAL INJUSTICE AS UNFAIRNESS.—5. CONCLUSION.—6. APPENDIX.—7. BIBLIOGRAPHY.

«Justice, being aligned with truth as final and singular, hears multiple voices struggle for its attention in the name of fairness, and then settles on one version of the “statement of facts” as the voice of the real»

Scheppelle (1994, p. 1021-1022).

## 1. INTRODUCTION

Traditional evidence scholarship assumes that any given assessment of the relevance and of the probative value of an item of evidence may be inaccurate, but it may not be unfair<sup>1</sup>. Fairness, or the lack thereof, are not predicated of assessments of relevance and of probative value, which are unreflectively taken to be epistemic endeavours devoid of a moral dimension. Such a dimension is, instead, recognised in the overall question of the admissibility of the evidence, of which the assessments of relevance and—to an extent—of probative value are components. Therefore, fairness, or the lack thereof, are predicated of the choice to admit or to exclude a given item of evidence; or of the trial as a whole, depending on which of these options was chosen by the trial court.

This understanding of the nature of the assessments of relevance and of probative value is also apparent in the case law, and indeed it contributes to explaining why the English and Welsh Court of Appeal and, especially, the European Court of Human Rights (ECtHR) tend to defer to the evidential assessments made by lower courts<sup>2</sup>. Because the assessments of the relevance and of the probative value of an item of evidence are seen as purely «factual» matters, they are also seen as falling outside the remit of institutions whose primary task is to elucidate and enforce legal norms, including the right to a fair trial provided by art. 6 of the European Con-

---

<sup>1</sup> Here I am referring to the familiar notion of «logical relevance»—which I will clarify in the next section—not to the Wigmorean notion of «legal relevance», which explicitly encompasses practical, if not also moral, considerations. See Roberts (2022, p. 113-117).

<sup>2</sup> On the self-restraint of the Court of Appeal with respect to «factual» findings of trial judges, see Pattenden (2009). On the self-restraint of the ECtHR with respect to the overall question of the admissibility of the evidence, see Jackson and Summers (2012, p. 81-83) and Goss (2016, p. 58-62).

vention on Human Rights (ECHR)<sup>3</sup>. To be sure, the ECtHR has, on rare occasions, scrutinised and censured the factual conclusions of national courts, claiming that they had compromised the fairness of the trial<sup>4</sup>. These isolated decisions, though, betray problematic views about evidential reasoning that appear to be widespread in the legal community. First, the view that, while evidential reasoning—which has, at its heart, assessments of relevance and of probative value—may render the trial unfair, it cannot itself be unfair. Second, the view that evidential reasoning may render the trial unfair only if the reasoning is inaccurate, that is, if its conclusion is not warranted by the epistemic material that is available to the reasoner. In other words, the view is that when evidential reasoning renders the trial unfair, unfairness is always mediated by the inaccuracy of the reasoning; unfairness may not, instead, be caused by, or reside in, other properties of the reasoning. Since, allegedly, it is only on rare occasions that the evidential reasoning of a national court is so inaccurate as to compromise trial fairness, it is only on rare occasions that the ECtHR delves into the national courts' assessments of relevance and of probative value.

In this article, I question the received understanding of assessments of relevance and of probative value. While I accept the ECtHR's view that these assessments may render the trial unfair, I also contend that the assessments themselves can be unfair, and that their impact on the fairness of the trial may be due to their intrinsic unfairness, rather than merely to their inaccuracy. In other words, my argument is that assessments of relevance and of probative value are susceptible to an evaluation on purely epistemic grounds (such as accuracy), but also to an evaluation on moral and moral/legal grounds (such as fairness)<sup>5</sup>; and that, irrespective of their accuracy, they undermine the fairness of the trial when they are themselves unfair. While I am open to the possibility that there is more than one way in which an assessment of relevance and of probative value is unfair, my focus here is on unfairness due to the «testimonial injustice» that may occur in the assessment. As will be discussed shortly, relying on the seminal work of Miranda Fricker, testimonial injustice is a form of «epistemic injustice» that occurs «when prejudice causes a hearer to give a deflated level of credibility to a speaker's word» (Fricker, 2007, p. 1). Jasmine Gonzales Rose (2021, p. 387-389) and Abenaa Owusu-Bempah (2022a, p. 148) have already drawn

---

<sup>3</sup> As far as national courts are concerned, one should remember that both section 3 and section 6 of the Human Rights Act 1998 require them to comply with, and implement, the Convention rights; and that, according to section 2 of the Act, in performing these functions national courts «must take into account» the interpretation that the ECtHR has given to such rights.

<sup>4</sup> See, among others, *Khamidov v Russia*, No. 72118/01, ECtHR, 15 November 2007 and *Behrani v Albania*, No. 847/05, ECtHR, 27 May 2010.

<sup>5</sup> The literature on naked statistical evidence and that on behavioural generalisations have already investigated the possibility of immorality in evidential reasoning. See, in particular, Wasserman (1991), Picinali (2016a) and Picinali (2016b). Notably, evidential reasoning is related to, but separate from, the question concerning what to do once the evidence has been assessed (*i. e.*, whether to convict or acquit). This question being about which course of action to take, it is straightforwardly susceptible to moral evaluation.

the connection between epistemic—in particular, testimonial—injustice and racist evidential practices<sup>6</sup>. Developing their insight, my goal here is to provide a general—that is, applicable beyond the case of racism—theoretical framework for diagnosing testimonial injustice in assessments of relevance and probative value, and for understanding its legal significance. This unifying diagnostic lens serves as a bridge between two strands of literature: on the one hand, the fairly large philosophical scholarship on epistemic injustice; on the other, the growing legal scholarship on discriminatory and oppressive evidential practices in the criminal process.

Here is the plan of the work. In section 2, I clarify the notions of «relevance» and of «probative value» and I present the standard view about how assessments of these evidential attributes are to be carried out. In section 3, I clarify the notions of «epistemic injustice» and of «testimonial injustice», and I argue that assessments of relevance and of probative value instantiate testimonial injustice when, due to prejudice against a social group to which a party in the proceedings belongs, these assessments are carried out without giving appropriate consideration to generalisations reflecting the experience of this party qua member of that group. I offer some examples of such testimonial injustice drawn, in part, from the existing literature on discriminatory and oppressive evidential practices in the criminal process. My focus will be on the testimonial injustice suffered by defendants and by complainants, leaving aside other participants in the proceedings. In section 4, I argue that testimonial injustice is problematic from the very institutional perspective of the criminal trial. More precisely, I argue that a testimonially unjust assessment of relevance and of probative value is unfair—and renders the trial unfair—insofar as one understands fairness as depending on whether a party is given the opportunity to participate in the proceedings and, in particular, in the enterprise of fact finding. Notably, this understanding of fairness is in line with the ECtHR case law and the mainstream literature. Section 5 offers some concluding remarks, including a brief discussion of concrete measures to prevent testimonial injustice in evidential reasoning.

A terminological note. In the article I will often use the term «adjudicator» without distinguishing between magistrate, judge and jury. This is because the problem discussed here concerns both professional and lay fact finders; moreover, it concerns both the institution of the judge and that of the jury in a jury trial. Consider that, in a jury trial, both judge and jury assess the relevance and probative value of an item of evidence. While the judge is in charge of the question of admissibility and, therefore, makes a preliminary decision on the relevance of the evidence, the jury is free to find irrelevant an item of evidence that the judge has admitted. Also, while it is for the jury to make a final assessment of the probative value of the evidence, the judge

---

<sup>6</sup> But see also the freshly published Lackey (2023), discussing cases of «agential testimonial injustice» in the US criminal justice system. Unlike the standard notion of testimonial injustice, agential testimonial injustice involves a credibility excess. See below footnote 25. In this article I will work with the standard notion only, but my considerations concerning participation and trial fairness may well apply to cases of agential testimonial injustice suffered by the defendant or the complainant.

may well have to make a fairly precise assessment of probative value when deciding whether there is a case to answer, but also when deciding on the admissibility of a particular item of evidence. The latter case occurs, for example, when the judge has to determine whether the item's probative value «outweighs» its potential prejudicial effect (such that the evidence can be admitted); or, in case of incriminating hearsay evidence, when the judge has to determine whether there exist counterbalancing factors that, having considered the probative value of the evidence, would preserve a sufficient quantum of confrontation, should the evidence be admitted. Importantly, while for the most part I will follow this terminological choice, when discussing possible solutions to the problem of testimonial injustice I will clearly distinguish between measures that are targeted at the judge, deciding on admissibility, and measures that are targeted at the jury, deciding on evidential sufficiency.

I have written the article with the English and Welsh criminal justice system in mind, and the article contains references to English and Welsh institutions and legislation. This notwithstanding, I expect the theoretical component of the article to be applicable also elsewhere.

## 2. FUNDAMENTALS OF EVIDENTIAL REASONING

The starting point of my analysis is a critique of an aspect of what William Twining has called the «rationalist tradition of evidence scholarship». The rationalist tradition is a way of thinking about evidence and legal adjudication that has its roots in the empiricism of thinkers such as Francis Bacon, John Locke and John Stuart Mill and that has informed the modern and contemporary evidence law scholarship, as well as the common law model of adjudication. The tradition can be described in terms of the endorsement of a set of assumptions, including assumptions about the possibility of knowledge in the context of adjudication, about the nature of inferential reasoning, and about the goals of adjudication<sup>7</sup>. Rather than providing a comprehensive account of the set, I shall draw attention to a particular assumption concerning the material that adjudicators should rely upon when assessing items of evidence and reaching factual conclusions.

Assessing an item of evidence involves determining its relevance and its probative value with respect to a given hypothesis. The *locus classicus* on the notion of relevance is found in the House of Lords' decision in *DPP v Kilbourne* (1973, at 756), according to which «[e]vidence is relevant if it is logically probative or disprobative of some matter which requires proof [...] [R]elevant (*i. e.* logically probative or disprobative) evidence is evidence which makes the matter which requires proof more or less probable». Probative value, instead, is the *extent* to which relevant evidence alters the probability of the «matter which requires proof». It follows that evidence cannot be

---

<sup>7</sup> See Twining (2006, p. 75-86) and Anderson *et al.* (2005, p. 78-87).

relevant if it has no probative value and, hence, that an assessment of relevance is always also an assessment of probative value, even if it may stop at the recognition that the evidence has probative value, without specifying how much. These basic and, by and large, uncontested notions will suffice for the purposes of this article. Indeed, the focus here is not on elucidating the notions themselves, but on the process for assessing relevance and probative value.

In assessing the relevance and the probative value of an item of evidence, the adjudicator is likely to resort to one or more generalisations. A generalisation can be defined as a statement that, explicitly or implicitly, takes the conditional form «if A then B», where A and B represent distinct types of facts. Importantly, the connective «then» need not stand for a necessary implication. It stands for a numerical probability, or a probabilistic hedge, expressing the extent to which the occurrence of a fact of type A is indicative of the occurrence of a fact of type B<sup>8</sup>. Consider, for example, the generalisation according to which an individual who flees from the scene of the crime as the police approaches is likely to have committed the crime. Flight from the scene of the crime as the police approaches corresponds to A in the conditional formula. Guilt corresponds to B. Finally, the connective «then» is spelled out in terms of the likelihood of guilt, given flight. This generalisation may come into play when the adjudicator assesses the relevance and the probative value of the defendant's flight from the scene of the crime as the police was approaching. For this fact to be relevant evidence, it has to make guilt more or less probable than it would be if this fact had not been observed. So, relying on the above generalisation, the adjudicator estimates the probability of guilt given the defendant's flight—or the posterior probability of guilt—and assesses whether it differs from the probability of guilt prior to considering the defendant's flight—or the prior probability of guilt. If, and only if, the two probabilities differ, the evidence is relevant. The greater the difference between the two probabilities, the greater the probative value of the evidence. Obviously, if the posterior probability of guilt is greater than the prior probability of guilt, the evidence is incriminating; if it is smaller, the evidence is exculpatory<sup>9</sup>.

But where do generalisations such as that just employed come from? The answer that the rationalist tradition gives to this question is found in one of the assumptions characterising this school of thought. «Judgments about probabilities»—including, therefore, assessments of the relevance and of the probative value of an item of evidence—«have, generally speaking, to be based on the available stock of knowledge about the common course of events...» (Twining, 2006, p. 76). This is to say that it is in «the available stock of knowledge»—*i. e.*, the available set of known propositions—that the adjudicator should find the generalisations with which to assess an

---

<sup>8</sup> For further treatment of the notion of «generalisation», see Picinali (2012, p. 199-202), Schum (2001, p. 81-83) and Anderson *et al.* (2005, p. 262-280).

<sup>9</sup> For a more detailed discussion of the assessments of relevance and of probative value in probabilistic terms, see Lempert (1977), Nance (2001, p. 1595-1599) and Kaye (1986).

item of evidence. The use of the definite article before «stock of knowledge» may be read as betraying the second-order assumption that, in a given society, there is only one stock of knowledge or, at least, that there is a stock of knowledge that is to be privileged for the purposes of adjudication, due to some unspecified reason. It would not be an exaggeration to suggest that something akin to this second-order assumption indeed informs prominent works within the rationalist tradition<sup>10</sup>. Needless to say, it is a problematic assumption to make<sup>11</sup>.

Perhaps this will strike the reader as an uncharitable interpretation of the works in the tradition. After all, the very empirical philosophy from which the rationalist tradition allegedly derives, insists that knowledge is based on experience rather than on purely theoretical musings; and the fact that experience is not constant across a society and can vary dramatically from one individual to another, as well as from one social group to another, is certainly not lost on (it could not possibly be lost on) scholars in the tradition such as Twining and his co-authors<sup>12</sup>. And yet, the rationalist tradition does not seem to have paid sufficient attention to this fact. In particular, it has failed to investigate the ethical implications that the variability of the stock of knowledge across a society can have for the enterprise of fact finding; hence, it has failed to appreciate that evidential reasoning can be unfair precisely because of such variability. This article is an attempt to address these failures.

---

<sup>10</sup> A proper discussion of this claim would require more space than I can give to it here, but consider the works cited in the following note. Below are a few telling examples drawn from the rationalist tradition, all positing as privileged stock of knowledge that resulting from experience allegedly shared by everyone in a society. If indeed there is such a stock of knowledge, it surely is too narrow in scope to serve as an adequate basis for fact finding. The worry is that references to a «common stock of knowledge» and to «general experience» are unwittingly used to impose a particular cognitive viewpoint. See Thayer (1898, p. 265), famously stating that «[t]he law furnishes no test of relevancy. For this, it tacitly refers to logic and *general experience*» (italics added); Cohen (1977, p. 274-275), arguing that «[t]he main commonplace generalizations themselves are for the most part too essential a part of our culture for there to be any serious disagreement about them» and that, therefore, «on any rational reconstruction» of disagreements between members of the jury, they are not due to a disagreement on the soundness of such generalisations; Cohen (1983, p. 4), endorsing «the common belief in a universal cognitive competence whereby, given a proper presentation of all the relevant evidence about any particular factual issue, either every normal and unbiased person would come to the same conclusion about it or at worst everyone would agree that it was an issue about which the norms of proof are indeterminate and reasonable people might venture different conclusions»; and Dennis (2020, p. 65). Commenting on J. F. Stephen's classic definition of relevance (and, by and large, endorsing that definition) Dennis writes: «Stephen's definition requires relevance to be assessed according to the common course of events. In deciding whether something may be inferred about the existence of fact A from proof of fact B, reliance is to be placed on the *common stock of knowledge* about the world; in other words, on logic, common sense and *general experience* [...] The only "laws" which identify the existence of a relationship between facts are the laws of nature and human behaviour» (italics added).

<sup>11</sup> For criticisms of the assumption, see MacCrimmon (1991, p. 37-39; 2001, p. 1445-1448), Kinports (1991, p. 430-434), Scheppele (1994, p. 1010-1012), Hunter (1996, p. 131), Nicolson (2000, p. 21-25), Simon-Kerr (2021, p. 367-370), and Gonzales Rose (2017, p. 2280-2284, 2298-2302).

<sup>12</sup> See Anderson *et al.* (2005, p. 265-266).

While in the next section I offer further examples of the phenomenon, here is an initial illustration of the variability of the stock of knowledge across a society, and of the effect that it may have on evidential assessments<sup>13</sup>. It is unlikely that in England and Wales a random White middle-class person experienced unwarranted abuse or violence at the hands of the police. Sadly, such an experience is fairly common among Black working-class youth<sup>14</sup>. After all, that of England and Wales is by and large a racist criminal justice system, where the police force is disproportionately White and is itself institutionally racist<sup>15</sup>. Now, a random White middle-class person asked to assess the relevance and probative value of a Black working-class youth's flight from the crime scene as the police approaches is likely to rely on a generalisation akin to that considered earlier, such that they may well find this evidence relevant and fairly incriminating; or, at the very least, they may conclude that the suspect had something to hide from the police (perhaps, the involvement in some other illegal behaviour). After all, the assessor's experience qua member of the group of White middle-class people suggests that there is little reason to fear injustice from the police: if someone flees from the police this is probably due to their having done something illegal. A Black working-class youth (perhaps any Black individual) asked to make the same assessment is unlikely to resort exclusively to that generalisation, since the generalisation does not give an exhaustive account of their experience qua member of the social group of Black people and, in particular, of Black working-class youngsters. They may also take into consideration the competing generalisation according to which, irrespective of their involvement in crime, a Black working-class youth is likely to run away from the police for fear of suffering an injustice. The assessor may, therefore, reach a different conclusion about the relevance and the probative value of flight<sup>16</sup>.

The rationalist tradition's apparent obliviousness to, or insufficient interest for, the variability of the stock of knowledge across a society may well have contributed to the correspondence between the stock of knowledge normally resorted to in court and the stock of knowledge dominating in the societies where the tradition has developed and thrived; societies such as the American and the English and Welsh, both shaped by conflictual phenomena such as racism, sexism, classism, and ableism. I am referring here to the stock of knowledge of White, able-bodied, middle- or upper-class, men. The claim that this has been the dominant stock of knowledge in criminal fact finding is not new, and has indeed been at the hearth of both feminist

<sup>13</sup> A strand of contemporary epistemological thought has developed precisely from the realisation that experience is not constant across a society. This is standpoint epistemology, which claims that «what one is in a position to know depends on facts about that person's social identity» (Toole, 2021, p. 340).

<sup>14</sup> An instructive read on this point is Akala (2018, ch. 7).

<sup>15</sup> In particular, racism pervades virtually all stages of English and Welsh criminal proceedings, including the first steps of police investigation. For a recent and concise picture, see Ormerod (2020) and Johnson (2022). For a more comprehensive treatment, see Lammy (2017) and Casey (2023)..

<sup>16</sup> For further discussion of the example of flight from the crime scene, see Gonzales Rose (2017, p. 2269-2288; 2021, p. 386-387) and Roberts (2022, p. 158-160).

and critical race theory critiques of the law of evidence for the last thirty years or so<sup>17</sup>. What interests me now is not to provide a further defence of this claim. Rather, I advance a distinct argument, which is also premised on the variability of the stock of knowledge across a society. Put succinctly, the argument is that depending on which stock of knowledge is considered in the assessment of relevance and probative value, a party in the proceedings may suffer testimonial injustice and, consequently, unfair treatment. My focus here is on the defendant and the complainant. I leave aside the illustration, and the assessment of the legal consequences, of the testimonial injustice that may be suffered by other participants, such as defence counsel, the prosecutor, and non-complainant witnesses. The following passage by Kim Scheppele (1994, p. 1011) encapsulates the background to the problem I address:

Each of us every day makes innumerable assessments of the real. Such assessments are generally unproblematic, either because our estimates do not disappoint us or because we are not confronted with the costs of our errors. Most of the time, each of us lives in the «real world» without having to explain or question exactly what it is that is real about it [...] But after something has gone wrong, wrong enough for a lawsuit, the «real world» we constructed without systematic effort must be reconstructed systematically for a court. And then people encounter the problem of making the obvious features of their own social situation visible to others who may have quite different life experiences and quite different ways of imagining the real. For people with experiences that are likely to be comprehensible to judges and juries, such demonstrations are much easier than for people who are not similar to those who sit in judgment.

My concern here is with cases in which a party in the proceedings does not meet the challenge of «making visible» to the adjudicator their socially dependent experience and stock of knowledge and, hence, their interpretation of the world—in particular, of the evidence. The problematic scenarios that I deal with, though, are ones in which the responsibility for the challenge not being met does not lie with the party; rather, the challenge is not met due to the prejudice that the adjudicator holds against the party in virtue of the party's membership in a given social group. This «identity prejudice» (Fricker, 2007, p. 27) is at the hearth of the notion of testimonial injustice, to which I now turn.

### 3. TESTIMONIAL INJUSTICE IN EVIDENTIAL REASONING

With this section, I introduce the notion of epistemic and, in particular, of testimonial injustice, I explain how this form of injustice may occur during the assessments of the relevance and of the probative value of an item of evidence, and I offer some examples of this phenomenon. In section 4, instead, I clarify the wrong involved in testimonial injustice, showing that, when the injustice occurs in said assessments, this wrong acquires institutional significance, since it also involves a violation of the right to a fair trial.

<sup>17</sup> See, among others, the works referenced in footnote n 11 above.

Epistemic injustice occurs when someone is «wronged in their capacity as an epistemic subject» (Fricker, 2017, p. 53)<sup>18</sup>, that is, as a subject capable of epistemic tasks and attitudes that are central to human nature and essential to human existence. These include drawing inferences about past and future events, knowing, providing knowledge to others, and participating in interpersonal epistemic practices. There is a variety of forms of epistemic injustice<sup>19</sup>. Epistemic injustice is «distributive» when it consists in an unfair distribution of epistemic goods and services—such as education, information, and access to expert advice—so that some individuals are unjustly hindered in their development and agency qua epistemic subjects<sup>20</sup>. Epistemic injustice is «hermeneutical» when it consists in a member of a marginalised social group being unable to make visible and explain to others their social experience, since the collective hermeneutical resource is unfit for this communication, having been impoverished as a result of the identity prejudice held by the dominant social groups against the marginalised group<sup>21</sup>. The phrase «identity prejudice» signifies a spurious judgment relating to the identity of a social group, that has some resistance to counter-evidence and has the character of systematicity, in that it tracks members of the relevant social group through different dimensions of their social lives<sup>22</sup>. Identity prejudice may be positive or negative, but it is the negative kind that is at play in epistemic injustice: this is essentially a spurious association between members of a social group and one or more negative attributes (*e. g.* women are irrational and fickle)<sup>23</sup>. Finally—but this is not meant as an exhaustive taxonomy<sup>24</sup>—epistemic injustice is «testimonial» when a speaker suffers a credibility deficit due to the hearer holding an identity prejudice against a social group to which the speaker belongs<sup>25</sup>. A credibility deficit, or defla-

<sup>18</sup> Italics in the original.

<sup>19</sup> In this essential taxonomy I am relying on Fricker's work. *Cf.* Pohlhaus (2017, p. 19-21).

<sup>20</sup> See Fricker (2017, p. 53). *Cf.* Coady (2017).

<sup>21</sup> See Fricker (2007, p. 152-161). This represents the central, or «systematic», case of hermeneutical injustice. Fricker also discusses the «incidental» case, which does not involve identity prejudice and, hence, lacks the character of systematicity.

<sup>22</sup> See Fricker (2007, p. 27, 35).

<sup>23</sup> Fricker (2007, p. 35) also talks in terms of a «negative identity-prejudicial stereotype». By using the concept of a stereotype, she stresses the fact that the disparaging association is widely held. Kathy Puddifoot has recently argued that something akin to testimonial injustice may be also produced by reliance on accurate associations. See Puddifoot (2021, p. 86-89).

<sup>24</sup> Consider, for instance, Dotson's notion of «contributory injustice», which occurs when there are different hermeneutical resources that the agent could utilise in a given interpersonal epistemic practice (including resources that would allow a member of a marginalised social group to make visible and explain to others their social experience), but the agent continues to use biased epistemic resources due to willful ignorance. Being thwarted by this behaviour, members of the marginalised group cannot contribute to shared knowledge in the epistemic practice. See Dotson (2012, p. 31-32).

<sup>25</sup> See Fricker (2007, p. 27-28). This represents the central, or «systematic», case of testimonial injustice. Fricker also discusses the «incidental» case, which does not involve identity prejudice and, hence, lacks the character of systematicity. *Cf.* Medina (2013, p. 59-67)—arguing that excessive attributions of credibility are a type of, and contribute to, testimonial injustice; and Lackey (2020, p. 59-63)—arguing that credibility excesses afforded in case of a false confession are a form of testimonial injustice. For further treatment, see Lackey (2023). I will not deal with credibility excesses in this article.

tion, consists in the speaker being afforded less credibility than is warranted by the available evidence that they are telling the truth. A familiar example of testimonial injustice is that of students who, due to sexist prejudice, give a credibility deficit to a female teacher (perhaps considering her less credible than her male counterparts).

Notice that the negative attribute involved in the identity prejudice at play in testimonial injustice need not be an epistemic attribute—*e. g.* the lack of trustworthiness. As we will see (consider the hypothetical *Rap lyrics* below), it may well be non-epistemic—*e. g.* the propensity to act violently. What matters for testimonial injustice is that there is a causal connection between the prejudice—whether or not it involves an epistemic attribute—and the deflated credibility judgment<sup>26</sup>. Notice also that the lack of intentionality is an essential character of testimonial injustice<sup>27</sup>. Indeed, in testimonial injustice the hearer *misjudges* the credibility of the testimony due to identity prejudice<sup>28</sup>. If, instead, the hearer made a correct assessment of the testimony's credibility, but intentionally treated (*e. g.* presented to others) the testimony as non-credible, the hearer would not have incurred a misjudgement. They would have deliberately harmed the speaker's epistemic status. The intentional case too is a case of epistemic injustice, by any reasonable account of this notion. It is not, however, a case of testimonial injustice.

Here, I am concerned with testimonial injustice. As it will soon become evident, though, I adopt an extensive notion of this form of epistemic injustice. Whereas testimonial injustice normally involves testimony, understood as an utterance or a written statement that is meant to contribute to an interpersonal epistemic endeavour, I encompass within this notion also cases in which the «speaker» is not actually communicating anything. They do have a story to tell, but their telling of the story is pre-empted; the story is *a priori* dismissed by the «hearer» without it being heard<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> On this point, see Jalloh (2022, p. 638). One may object that, according to the definition of testimonial injustice just offered, there wouldn't be testimonial injustice if, absent the identity prejudice, the hearer would have assigned to the testimony a deflated credibility level anyway, even if higher than that actually assigned. Given this counterfactual, identity prejudice can be said to have caused a reduction of the assigned credibility level, but not the credibility deficit or the deflation themselves: in the counterfactual scenario too, the credibility level assigned by the hearer would have been lower than that warranted by the evidence. And yet, it seems that an injustice did occur, given that identity prejudice was responsible for the lowering of the credibility level actually assigned, compared to that assigned in the counterfactual scenario. To address this problem, one may redefine testimonial injustice such that identity prejudice need not cause a deficit but needs to cause a reduction in the credibility level, and that the resulting credibility level needs to be deflated—that is, it needs to be below that warranted by the evidence.

<sup>27</sup> See Fricker (2017, p. 54).

<sup>28</sup> Identity prejudice may well operate through an implicit bias, that is, an association between a social group and a stereotypical characteristic, which affects one's cognition and reasoning and is, by and large, outside of one's awareness and control. As Jennifer Saul (2017, p. 236-237) has perceptively shown, though, testimonial injustice and implicit bias are distinct phenomena.

<sup>29</sup> In fact, this extensive notion is also endorsed in Fricker (2007, p. 130), writing that a significant form of injustice «occurs when prejudice [...] leads to a tendency for some groups simply not to be

### 3.1. Testimonial Injustice as Prejudiced Dismissal of a Party's Stock of Knowledge

Having clarified the notion of testimonial injustice, we are now in the position to understand how it may affect evidential reasoning. In the assessments of relevance and of probative value, testimonial injustice occurs when *the stock of knowledge that a party in the proceedings has qua member of a social group is ignored or discounted due to the adjudicator's identity prejudice against that group (or against another group to which the party belongs)*<sup>30</sup> and, as a result, *the party's argument about the relevance and the probative value of an item of evidence—argument that relies on such stock of knowledge—receives a credibility deficit*. To clarify, the plausibility of the party's argument in question derives from the stock of knowledge and, hence, from the experience, of the party qua member of a social group, such that ignoring or discounting this stock and experience amounts to assigning a deflated credibility level to the argument. The credibility level is deflated because the stock of knowledge is a genuine reflection of the experience of a social group to which the party belongs and, reflecting the experience of a social group rather than the idiosyncratic experience of the party, it is cognisable and verifiable by the adjudicator with reasonable effort. Therefore, this socially determined stock of knowledge warrants assigning a higher credibility level to the party's argument than the level assigned as a result of ignoring or discounting it<sup>31</sup>.

In fact, it is irrelevant whether the party has actually advanced an argument about relevance and probative value, built on generalisations that are borne out of their experience. What matters is that these generalisations, and the argument they support, are a genuine reflection of the experience of the party qua member of a social group and that, due to identity prejudice against that group, they are not considered—or they are discounted—by the adjudicator when making the assessments of

---

asked for information in the first place. Now this most straightforward of epistemic exclusions—barred entry to the community of informants—is obviously [...] a crucial feature of the politics of epistemic real life. The exclusion in fact marks a commonplace form of testimonial injustice: those social groups who are subject to identity prejudice and are thereby susceptible to unjust credibility deficit will, by the same token, also tend simply not to be asked to share their thoughts, their judgements, their opinions [...] This kind of testimonial injustice takes place in silence. It occurs when hearer prejudice does its work in advance of a potential informational exchange: it pre-empts any such exchange. Let us call it *pre-emptive testimonial injustice*» (italics in the original).

<sup>30</sup> See the hypothetical *Rap lyrics* below, where the ignored stock of knowledge is that of the defendant qua member of the rap art community, whereas the identity prejudice is against Black youth. Cases where the social group whose stock of knowledge is ignored and the social group targeted by the identity prejudice do not match (while perhaps overlapping) may be seen as «peripheral» cases of testimonial injustice in the context of evidential reasoning.

<sup>31</sup> The injustice described here may have a hermeneutical component insofar as ignoring the experience of the social group means that the adjudicator also ignores hermeneutical resources that would help with the assessment of the party's evidential argument. This occurs in the hypothetical *Rap lyrics* below. See *infra* footnote n 36.

relevance and of probative value. Whether the communication of the party is actual or potential, then, the adjudicator's prejudiced disregard for the distinctive stock of knowledge of the party (a stock of knowledge that the adjudicator should be aware of, insofar as it reflects the relevant experience of a social group) amounts to unjustly deflating the credibility of arguments about relevance and probative value that the party were to put forward based on such stock of knowledge. These arguments are dismissed, if put forward, or outright pre-empted. Either way, they are bound to have little to no basis from the perspective of an adjudicator who disregards the experience of the party.

There is an important caveat to make with respect to the conditions, set out in italics at the start of this section, for the occurrence of testimonial injustice in assessments of relevance and probative value. These are not necessary conditions, but sufficient conditions. Take the case of a participant in the proceedings (say, a non-complainant witness) who gives a testimony that is not based on their stock of knowledge qua member of a particular social group (say, a purely perceptual testimony to the effect that they saw an event take place). If this witness suffers a credibility deficit due to identity prejudice, testimonial injustice occurs; and it clearly is an instance of testimonial injustice that affects evidential reasoning (in particular, the probative value assigned to the words spoken by the witness). Nonetheless, in this article I focus on cases in which testimonial injustice is produced through ignoring or discounting the stock of knowledge of a party qua member of a particular social group, given that the party's testimony is indeed based on such stock of knowledge. I focus on cases of this kind because, in a more palpable way than the case in the example just given, they evidence and reinforce the problematic second-order assumption highlighted in section 2 and, consequently, they constitute a more pernicious obstacle to achieving a fact finding process that is informed by the lived experience of a plurality of social groups, rather than by that of one social group only. Moreover, I already pointed out that in this article I focus on the testimonial injustice suffered by the defendant and the complainant, as opposed to other participants. This is because, as I will discuss later, the defendant and the complainant are owed opportunities to participate in the enterprise of fact finding; and undermining these opportunities, as testimonial injustice does, is relevant to whether evidential reasoning and the trial were fair under art. 6 ECHR<sup>32</sup>. Since my aim is to show that evidential reasoning can be unfair due to testimonial injustice, I need not look beyond the cases of the defendant and of the complainant<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> One could argue that if a prosecution or defence witness, other than the complainant or the defendant themselves, suffers testimonial injustice, then the complainant's or the defendant's own opportunity for participating in fact finding is indirectly undermined, and unfairness arises. While reasonable, this is not an argument I will pursue here.

<sup>33</sup> I am grateful to Rachel Herdy for pushing me to consider the apparent narrowness of my account.

Below I offer three examples of the phenomenon of testimonial injustice in evidential reasoning. In the first two, the wronged party is the defendant; in the third, it is the complainant. In the Appendix, I offer a few more examples. Because all these examples present similar dynamics, three of them suffice for the purposes of the article. The examples in the Appendix, though, are useful to show that testimonial injustice may realistically occur in a wide range of cases. It is important to stress that, being examples of testimonial injustice, the cases below do not involve the *deliberate* disregard of the distinctive experience of a party. If the adjudicator recognised this experience as distinctive and useful for the purposes of fact finding, but deliberately disregarded or downplayed it, the result would not be a misjudgement of the credibility of the party's testimony. Rather, the adjudicator would be intentionally dismissing, or pre-empting, the testimony of the party, thus deliberately harming the party's epistemic status. I pointed out earlier that cases of deliberate harm fall outside the contours of testimonial injustice, but I will have more to say about them later.

### *Silence*

The defendant, a Black youth, remained silent during police interview. At trial, they claim self-defence, thus making it permissible for the court to instruct the jury that they can use the defendant's silence at interview, followed by their claim of self-defence, as incriminating evidence (see section 34 of the Criminal Justice and Public Order Act 1994)<sup>34</sup>. Some jurors consider the behaviour of the defendant to be relevant and fairly incriminating evidence. They do so on the ground of the generalisations according to which an innocent defendant has nothing to hide and is, therefore, likely to put forward their defence at the earliest opportunity, especially considering that doing so may prompt a decision not to charge them. In other words, in the eyes of these jurors the defendant may well have fabricated their late defence. Because of racism in law enforcement and because of the underrepresentation of Blacks in the police, though, a Black young suspect may mistrust the police and see it as an oppressive force which, whether deliberately or by disposition, works on the basis of the racist narrative according to which Black youth are prone to misconduct and crime. Therefore, even if innocent, with a genuine defence, such suspect may have no desire to cooperate with the police and may use silence as an instrument of both defiance and self-preservation against—as Susie Hulley and Tara Young put it—«the racialised misinterpretation of talk»<sup>35</sup>. Nevertheless, due to identity prejudice against Black people, in assessing the relevance and the probative value of the defendant's silence, some jurors are not considering the generalisation, borne out of Black people's

<sup>34</sup> One can construct similar examples based on ss 36 and 37 CJPOA 1994 referring, respectively, to an arrested suspect's failure to explain to the police their possession (or the presence on their person) of objects, marks, or substances, and to an arrested suspect's failure to explain to the police their presence at a particular place.

<sup>35</sup> See Hulley and Young (2022, p. 728), concluding, on the basis of empirical research, that «[f]or young Black men [...] remaining silent in a suspect interview offers protection against the racialised misinterpretation of talk and the potential legal harm that it exposes».

experience, according to which, irrespective of their involvement in crime, a Black youth is likely to remain silent at police interview as a form of defiance and self-preservation. Notice that this generalisation supports an argument to the effect that the defendant's silence is irrelevant: not taking into account the generalisation, means giving a deflated level of credibility to this argument. The jurors at issue are not deliberately disregarding, after having acknowledged them, the distinctive perspective of the defendant qua member of the Black minority and the resulting generalisation about silence. Rather, because of their racial prejudice, they are wilfully ignorant about lived experiences other than that of Whites. They are, therefore, oblivious to the phenomenon of racism in law enforcement or, at least, they are oblivious to its scale and impact on Black people, thus ignoring or discounting the possibility that, when it comes to interactions with the police, the perspective of a Black person may differ from that of a White person.

### *Rap lyrics*

The defendant, a Black youth, is tried for a crime of street violence and the adjudicator considers it relevant and fairly incriminating that the defendant penned rap lyrics with a vivid violent content, including references to weapons, drugs and gangs. In drawing this conclusion, the adjudicator relies on the generalisation that someone who writes rap lyrics of this kind is likely to be in a gang and has a propensity to act violently towards other people, in particular, members of other gangs or crews. The adjudicator, though, ignores information about the stylistic rules and the *topoi* of the genre of rap. According to such rules and *topoi*, verbal violence, references to gangs and weapons, exaggeration, and bragging about committing or planning to commit violent acts are all commonplace, irrespective of an artist's actual involvement in crime, and are often part of the artist's attempt to construct a credible persona, with the aim of being more appealing in a music market that rewards the appearance of street authenticity<sup>36</sup>. Moreover, far from being evidence of a propensity towards physical violence, the deployment of these *topoi* is often an outlet for frustration that may well serve as a substitute for, or a curb on, physical violence<sup>37</sup>. Of course, there may be cases in which, say, due to the significant correspondence between the words of the lyrics and the crime charged<sup>38</sup>, the temporal proximity between the two, and/

<sup>36</sup> See Owusu-Bempah (2022a, p. 130-131; 2022b, p. 430-31). Jalloh (2022, p. 643-644) argues that the prosecution's use of drill lyrics and videos in court is an instance of contributory injustice (see *supra*, n 24 for a definition of this form of epistemic injustice) precisely because the hermeneutical resources that would allow for an informed assessment of the significance of these materials are available, but they are wilfully ignored by prosecutors, who instead proffer street-illiterate and racist interpretations. To be sure, Jalloh (p. 638) also argues that the current use of drill as incriminating evidence in court is an instance of testimonial injustice.

<sup>37</sup> See Owusu-Bempah (2022a, p. 131-132; 2022b, p. 428).

<sup>38</sup> For a possible example, see the case of *R. v Saleem* (2007) and the commentaries by Redmayne (2015, p. 159-161) and by Owusu-Bempah (2022a, p. 141). In *R. v Saleem* (2007) the rap lyrics contained a reference to the date in which the crime charged occurred, this being the birthday of the defendant. The lyrics recited: «Im gon make history, 1stly dey gon call me mister an dey gon say I dissed

or the fact that the lyrics mention details of the crime that are not in the public domain, it would be reasonable to consider the lyrics relevant and incriminating<sup>39</sup>. However, in order to identify these cases, one would need to consider the perspective of the defendant qua member of the rap art community (precisely, the rules and *topoi* of the genre of rap) and to exclude that it provides an innocent explanation for the violent lyrics; that is, to exclude that it shows the lyrics to be irrelevant. The adjudicator in this hypothetical does not give appropriate consideration to this perspective because the generalisation linking violent lyrics to gang membership and physical violence resonates with their identity prejudice, which associates Black youth with street violence<sup>40</sup>. This generalisation, therefore, chimes with a racist narrative of the case that the adjudicator independently endorses, thus providing an explanation of the evidence with which the adjudicator is intuitively comfortable and satisfied. An argument for irrelevance, based on the disregarded rules and *topoi*, would be given a deflated credibility level if it were put forward

### *Rape myth*

In a trial for rape, the adjudicator concludes that the complainant's claim that she was not consenting to the sexual act has very little probative value with respect to the issue of guilt. The adjudicator reaches this conclusion on the basis of a generalisation according to which, for rape to have occurred, the complainant must have put up some sort of resistance, such as crying for help or fighting back<sup>41</sup>. Because apparently no such resistance was deployed by the complainant—in particular, no one in the vicinity heard any scream nor did the body of the complainant show any sign of struggle—the adjudicator concludes that sexual intercourse was probably consensu-

---

ya, I hav 2 b carfull hu I talk 2 becos ur bird wil be da listner, 2ndly February 24th my birth day im gon make it ur worst day, 3rdly do I have 2 have u layin in emergency 2 have dem stitch ya» (§9). Perhaps, a better example is provided by the American case of *Bryant v State* (2004), where the defendant was charged with the murder of his stepmother, who was found in the trunk of the defendant's car. The rap lyrics used in evidence stated: «[c]uz the 5–0 won't even know who you are when they pull yo ugly ass out the trunk of my car» (p. 498).

<sup>39</sup> Cf. Owusu-Bempah's (2022a, p. 149) checklist for the purposes of a reasonable assessment of the relevance of rap lyrics.

<sup>40</sup> See Owusu-Bempah (2022a, p. 135-136, 147-148; 2022b, p. 439-440). See also Ward and Fouladvand (2021, p. 454). Discussing the prosecution's practice of relying on police officers as experts on rap lyrics and their significance, Ward and Fouladvand criticise officers for not presenting the «range of opinion» on the matter (as rule 19.4(f) of the Criminal Procedure Rules 2020 requires experts to do), offering instead a univocal «narrative that resonates with stereotypes on black criminality». This wilful ignorance of street-literate interpretations that are informed by the stylistic rules and *topoi* of the genre is an instance of contributory injustice that could be remedied with a more frequent use of defence rap experts. See *supra* footnote n 36 and Jalloh (2022, p. 647-648).

<sup>41</sup> There is disagreement within the empirical literature about the degree of support that this generalisation enjoys. Compare Leverick (2020, p. 269)—finding that the generalisation enjoys substantial support amongst mock jurors—and Thomas (2020, p. 1001-1002)—finding that the generalisation enjoys little support amongst actual jurors.

al, that is, that the complainant's words have little credibility<sup>42</sup>. The generalisation in question is one of several, so called, «rape myths». These can be described as generalisations stating, or implying, that a female complainant in a trial for a sexual offence is not credible due to facts about the complainant and her behaviour (*e. g.* the lack of resistance) that are, by and large, irrelevant to her credibility<sup>43</sup>. So understood, a rape myth is essentially an identity prejudice against women (female complainants, in particular), since it boils down to a spurious association between members of the group and a negative attribute—precisely, lack of credibility on certain matters<sup>44</sup>. Notice that reliance on the rape myth about consent and resistance—indeed, on any rape myth, as just defined—is tantamount to ignoring the stock of knowledge of the complainant qua member of the social group of women (and, possibly, also qua member of that of women victims of sexual offences). This stock of knowledge indicates that sexual intercourse can be—and often is—non-consensual even in the absence of verbal or physical resistance. The complainant's testimony is given a deflated credibility level due to such stock of knowledge being displaced by the rape myth. Notice that this is the same as giving a deflated credibility level to an argument, based on the disregarded stock of knowledge, to the effect that the complainant's words («I did not consent!») are relevant and incriminating evidence.

With these examples in mind, and before moving to discuss the relationship between testimonial injustice and trial fairness, it is worth making some additional remarks on the nature of testimonial injustice, against the backdrop of the criminal trial. Notice that, for such injustice to occur, it does not matter whether the party that receives a deflated credibility judgement is or is not telling the truth. What

---

<sup>42</sup> The problem discussed here can also be framed in terms of the relevance and probative value of the absence of signs of resistance—rather than in terms of the relevance and probative value of the complainant's testimony. This alternative is formal, rather than substantial, since the ultimate question is invariably that of the credibility of the complainant.

<sup>43</sup> In fact, this definition of rape myths departs from that normally employed in the literature. See Gerger *et al.* (2007, p. 423), defining rape myths as «descriptive or prescriptive beliefs about rape (*i. e.*, about its causes, context, consequences, perpetrators, victims, and their interaction) that serve to deny, downplay or justify sexual violence that men commit against women» (italics in the original). In any case, the presentation of the complainant as not credible is inherent to a rape myth, even when understood as per the normal definition. The literature on rape myths is vast, and in recent years there has been a lively academic discussion as to the popularity of such myths and the extent to which they affect jurors' decision making. See, among others, Redmayne (2003), Reece (2013), Leverick (2020), Thomas (2020, p. 998-1005), Chalmers *et al.* (2021), and Daly *et al.* (2023).

<sup>44</sup> Consider the recent decision of the ECtHR in the case *JL v Italy*, No. 5671/16, ECtHR 27 May 2021. The case involved the application from a complainant in a trial for rape, who argued that her right to private life under art. 8 of the Convention had been breached by the member state due to how the criminal proceedings were conducted. The ECtHR condemned Italy on the ground that the Italian Court of Appeal, which ultimately acquitted the defendants, ostensibly relied on generalisations linking the attire, the family situation, the sexual orientation, the sexual history, and the artistic endeavours of the complainant to a lack of credibility (see §134-143). If the argument defended in this article is correct, it should be possible to bring a successful claim of this kind also under Art 6 ECHR. See *infra* footnote n 62 and accompanying text.

matters is that, due to identity prejudice, their testimony is considered less credible than it should—or is pre-empted. A party who gives an inaccurate account—a party who lies even—is still wronged if the assessment of their credibility does not depend exclusively on indicators of accuracy, being also influenced negatively by identity prejudice against a social group to which the party belongs. Testimonial injustice occurs precisely when identity prejudice, which is not a reason for or against assigning a given level of credibility, makes it the case that the level of credibility assigned to the testimony by the adjudicator is lower than it should be given such reasons. In the examples given, the level of credibility is deflated because the experience of the party qua group member—which gives plausibility to the party's argument on relevance and probative value—is ignored or discounted; and because, being this experience genuine and reasonably accessible to the adjudicator, it warrants assigning a higher credibility level to the party's argument.

Notice also that for testimonial injustice to be avoided there is no need that the party's testimony be believed or accepted by the adjudicator. Testimonial injustice realises «epistemic exclusivity», in that it unjustly restricts the epistemic material that is effectively relied upon for the purposes of assessments of relevance and probative value. Its avoidance requires «epistemic inclusivity», not belief or acceptance. Take *Silence* and *Rap Lyrics*. The point is not that in such cases the evidence at issue should always be considered irrelevant. Rather, the point is that if the evidence is found to be relevant and incriminating, this should be notwithstanding that the stock of knowledge of the defendant qua socially situated individual, and the arguments about relevance and probative value that can be built on such stock of knowledge, are properly taken into account. If accuracy is a goal, the stock of knowledge of the defendant should be taken into account, because it is useful epistemic material in the assessment of the relevance and of the probative value of the evidence. After all, the evidence in a criminal trial often consists in the defendant's behaviour and in the traces left by their behaviour. The defendant, therefore, is in a privileged epistemic position for what concerns the interpretation of such evidence, and they may well be able to provide an innocent explanation for it on the basis of their socially determined experience (*e. g.* «being Black, I remained silent during police interview because I feared that the White interviewer would misinterpret my words»; or «as other rap artists, I wrote violent rap lyrics to express my frustration at social inequality and to appeal to the music market»). If the defendant's stock of knowledge is not considered, then, this may affect the accuracy of the conclusions reached. *If it is not considered due to identity prejudice, though, the risk of inaccuracy is not the only problem: testimonial injustice occurs*<sup>45</sup>. I have spoken in terms of a stock of knowledge «not being considered», «not being taken into account», «being dismissed», «being disregarded» or «being discounted». It should be clear that testimonial injustice oc-

---

<sup>45</sup> Conversely, if the adjudicator failed to consider the stock of knowledge of the defendant due to non-prejudiced, accidental, oversight, their assessment of relevance and probative value may be inaccurate, but not also a case of testimonial injustice.

curs both when, due to identity prejudice, the adjudicator is unaware of a party's distinctive stock of knowledge and when, due to identity prejudice, the adjudicator is aware of it, but does not give to this stock of knowledge appropriate consideration. Either way, the party's testimony, being based on such stock of knowledge, receives a deflated credibility judgment.

An important question concerns which tools to deploy in order to avoid testimonial injustice and realise, instead, epistemic inclusivity in assessments of relevance and probative value. A fruitful avenue would be to develop an account of the epistemic virtue(s) that an adjudicator should exercise, perhaps along the lines of Miranda Fricker's (2007, ch. 3-5) account of the epistemic (and ethical) virtue of «testimonial justice»<sup>46</sup>. An additional challenge is that of identifying ways through which adjudicators can acquire and hone such virtue(s)<sup>47</sup>. While this may sound unhelpfully vague, in the Conclusion I will identify concrete measures to prevent testimonial injustice in the particular institutional context of the criminal trial. The rich literature on discriminatory and oppressive evidential practices leaves little doubt about the fact that the problem that I am considering is real<sup>48</sup>. Understanding the problem through the correct theoretical framework is the necessary starting point for detecting it in practice and for formulating any solution; and the task of this section was, precisely, to provide such an understanding.

#### 4. TESTIMONIAL INJUSTICE AS UNFAIRNESS

When someone suffers testimonial injustice, they are wronged in their (typically human) capacity as an epistemic subject; in particular, they suffer the harm of not being recognised as capable of providing knowledge by contributing to a particular epistemic exchange. This harm is intrinsic to testimonial injustice, since it resides in

---

<sup>46</sup> Referring to the virtue, Fricker writes that «[i]ts possession requires the hearer to reliably neutralize prejudice in her judgements of credibility [...] The virtue is, most basically, a matter of one's credibility judgements being *unprejudiced*. That they should be unprejudiced might result from their being prejudice-free from the start, or it might result from the influence of prejudice being somehow neutralized» (p. 92-93, italics in the original). Later, she points out that the virtue «is bound to be hard to achieve, owing to the psychologically stealthy and historically dynamic nature of prejudice» (p. 98) and that it is «a third basic virtue of truth [besides accuracy and sincerity], for the reason that it frees the hearers [...] from the prejudice that would cause them to miss out on truths they may need» (p. 116-117).

<sup>47</sup> See Sullivan (2017, p. 295, 300). See also Jalloh (2022, p. 644-649), presenting individual and structural approaches to address the epistemic injustice that is frequently involved in the evidential use of drill lyrics and videos in the criminal justice system. Finally, see Griggs (2021, p. 943-944) on the importance of an antiracist education of «insiders» to the legal system, starting from the law school classroom.

<sup>48</sup> In addition to the literature that I have referenced so far, consider the findings of a recent report on racial bias in the judiciary, published by the University of Manchester. See Monteith *et al.* (2022, p. 16).

the deflation of the credibility judgment that is characteristic of such injustice. But further, extrinsic, harms may also be produced. The wronged individual may suffer practical consequences as a result of having their contribution to the epistemic exchange unjustly ignored or discounted. For example, an innocent defendant may be convicted because their exculpatory account is dismissed due to identity prejudice; or they may receive a harsher sentence because mitigating factors that are part of this account are ignored or discounted, as a result of the account not being taken seriously. Also, in case of repeated testimonial injustice the wronged individual may lose confidence in their intellectual abilities, with the ramifications that this may have for their intellectual development<sup>49</sup>. What makes these harms wrongs—that is, what makes the phenomenon described a form of injustice—is their being caused by the identity prejudice of the hearer. If the speaker suffered these harms as a result of bad luck or of their own fault—say, because they happened to instantiate indicators of inaccuracy which do not, in fact, track the truth of their particular testimony<sup>50</sup>—they would not be wronged by the hearer and, hence, they would not suffer testimonial injustice<sup>51</sup>.

When evaluated against the legal framework of the criminal trial, the testimonial injustice occurring in assessments of relevance and probative value involves a distinctly legal wrong: it infringes the right to a fair trial. For my purposes it is unnecessary to determine whether this is an additional wrong with respect to those just described, occurring in the specific context of the trial, or is, instead, the intrinsic wrong of testimonial injustice that, in such a context, acquires legal relevance and name. What matters is that a legal wrong is involved: testimonial injustice is problematic from the very institutional perspective of the criminal trial. To show that testimonial injustice is a form of unfairness, though, I need to clarify what trial fairness consists of; that is, what is the content of the defendant's right to a fair trial.

John Jackson and Sarah Summers (2012, p. 195-196) convincingly reconstruct the ECtHR's interpretation of trial fairness as «demand[ing] that those accused of

<sup>49</sup> On the wrong of epistemic injustice, see Fricker (2007, p. 43-59 and ch. 6). Cf. Congdon (2017, p. 247-250). Reflecting on the intrinsic, or primary, harm of testimonial injustice, Fricker (2007, p. 52-54) points out that being excluded from an epistemic exchange means being denied the opportunity to settle or steady one's mind through trustful conversation with others; and that the inability to settle the mind may produce the inability to settle aspects of one's identity.

<sup>50</sup> As an example of bad luck, Fricker (2007, p. 41) mentions the case of a shy speaker who «avoids looking [the hearer] in the eye, frequently looks askance, and pauses self-consciously in mid-sentence as if to work out his story». The hearer may give a low credibility judgement on the basis of this behaviour, rather than because of identity prejudice. As an example of the speaker's own fault, Fricker (p. 42) mentions the case of «Matilda, who told such dreadful lies that her reputation justifies the hearer's disbelief when she is exclaiming truthfully from the window that the house is on fire».

<sup>51</sup> See Fricker (2007, p. 41-43). Cf. Dotson (2012, p. 37-41). Fricker's view is that injustice requires culpability on the part of the speaker and that, when the harm is caused by identity prejudice, the hearer is nearly always culpable to some degree, even if they do not harm the speaker intentionally (see *infra* footnote n 65). As mentioned earlier, in case of intentional harm there is still epistemic injustice, but not of the testimonial kind.

criminal offences have the opportunity to challenge the evidence levelled against them by the prosecution and to present their own evidence in adversarial proceedings»<sup>52</sup>. In the ECtHR's understanding, then, the defendant's right to a fair trial centres around participation, which involves being in the condition to follow the development of the proceedings, but also having the opportunity to contribute, in particular, to the epistemic enterprise of fact finding<sup>53</sup>. Indeed, a typical battleground for the question of fairness is represented by cases where the national court admitted evidence obtained improperly; and in such cases a factor to which the ECtHR gives prominence in deciding on the overall fairness of the trial is precisely whether the defendant was given the opportunity to challenge the admissibility of the evidence.<sup>54</sup>

The ECtHR is not alone in recognising that participation is at the heart of the notion of trial fairness. Antony Duff (2018, p. 304) writes that «[t]he rights that are taken to bear on the fairness of a trial include “participatory”, as well as “protective”, rights: accused persons have a right to be effectively heard, and this seems crucial to the fairness of the proceedings»<sup>55</sup>. In a similar vein—but with an important twist to which I will soon return—Stefan Trechsel (2018, p. 33) writes that, «in the context of “fair proceedings” [the term “fair”] means equitable, balanced, giving each side an equal chance to present its point of view». That participation is considered central to fairness should come as no surprise. After all, it is generally accepted that the right to a fair trial, enunciated in the title and in the first paragraph of art. 6 ECHR, is a «superordinate concept» (Trechsel, 2018, p. 22) which includes the specific guarantees provided by the third paragraph of the article. These guarantees are all about giving the defendant the opportunity for effective participation in the trial.

There is another crucial, and rarely spelt out, consideration to make with respect to the content of the defendant's right to a fair trial. The gist is that the trial cannot

---

<sup>52</sup> As is well known, section 2(1) of the Human Rights Act 1998 requires English and Welsh courts to «take into account» the ECtHR's case law. This means that the ECtHR's understanding of the right to a fair trial carries considerable weight in national decisions. Cf. *R. v Horncastle* (2010, p. 432), where the Supreme Court clarified that «[t]he requirement to “take into account” the Strasbourg jurisprudence will normally result in the domestic court applying principles that are clearly established by the Strasbourg court. There will, however, be rare occasions [in which] it is open to the domestic court to decline to follow the Strasbourg decision, giving reasons for adopting this course».

<sup>53</sup> The centrality of participation within the notion of fairness is also evident in the guidance on art. 6 produced by the Registry of the ECtHR (2022). The ECtHR has, indeed, recognised the specific right to «effective participation», treating this as the key component of the broader right to a fair trial. See Registry of the ECtHR (2022, p. 32-33) and *SC v UK*, No. 60958/00, ECtHR 15 June 2004 (2005), §28-29. For a critical assessment of the right to «effective participation», see Owusu-Bempah (2018).

<sup>54</sup> See, for example, *Jalloh v Germany* [GC], No. 54810/00, ECtHR 11 July 2006, §96 and *Allan v United Kingdom*, No. 48539/99, ECtHR 5 November 2002, §42-43, 48.

<sup>55</sup> See also Jackson and Summers (2018, p. 9). For a general study of the legitimate role of the defendant in the criminal process, see Owusu-Bempah (2017). Relying, in particular, on the privilege against self-incrimination and on the right to silence, Owusu-Bempah argues that when participation becomes the content of a duty, as opposed to a right, of the defendant, the right to a fair trial is undermined. In other words, according to Owusu-Bempah (p. 6-8, 66-73), for a trial to be fair participation has to be an option, not a requirement.

be fair—and, hence, the defendant’s right cannot be respected—if the defendant is the only party in the proceedings who is given the opportunity for effective participation. This is due to the pluralistic nature of the concept of «trial fairness». Let me elaborate. As suggested by Trechsel’s words, a fair trial is a trial in which suitable treatment is given to *all parties*, as opposed to one party only. Because a trial is a contest between parties, for the trial to be fair all parties involved must be treated fairly, equitably. Now, equitable treatment is by no means identical treatment. Rather, it is treatment that is commensurate to the legitimate interests that each party has at stake in the contest, interests that are clearly not constant across the parties (*e. g.*, the defendant, but not the complainant, risks their freedom and property). To treat a party equitably, then, is to give this party what is owed to them, given their legitimate interests. It follows that for a contest between parties to be fair, all parties must receive the treatment they are owed, given their legitimate interests<sup>56</sup>. As soon as a party gets more, or less, than they are owed, unfairness ensues. This is because the correspondence between treatment and a party’s legitimate interests works for some party only, if at all. Some party will be unjustly advantaged or disadvantaged, such that the contest cannot be called fair.

These considerations support Trechsel’s (2018, p. 33) emphatic conclusion that «[f]airness, as a matter of course, concerns all participants in the game [...] it would be grotesque, absurd, completely illogical to claim fairness for one participant alone»<sup>57</sup>. To recapitulate, then, fairness depends on the treatment of all parties and on the interests that each party has at stake: it requires that each party is given what they are owed given their legitimate interests. Moreover, the treatment that is crucial to fairness consists in giving the opportunity for meaningful participation in the trial and, in particular, in the epistemic enterprise of fact finding. This is true for the defendant, but also for the complainant. After all, it is through participation that both parties can voice, operationalise, and attempt to secure, their legitimate interests. Importantly, while both the defendant and the complainant must be afforded the

---

<sup>56</sup> While not necessary, it is possible that some of the interests of the defendant compete with some of the interests of the other parties (in particular, the complainant) in a zero-sum game of sorts, such that what is owed to a party inevitably depends on what is owed to another, and that a party’s interest may need «sacrificing» (completely or partially) for the sake of achieving fairness. It is in situations such as this that the metaphor of balancing is usually deployed to describe the reasoning on which a fair distribution of prerogatives is premised. See, for example, Duff (2018, p. 308), claiming that «fairness to the accused is a matter of giving the accused what is due to him or to her, in relation to other participants in the process—a matter of weighing the accused’s claims against those of other parties, and striking a fair balance between them». See also *infra* footnote n 60. There are, however, contexts in which the interests of the parties do not compete in a zero-sum game. Laura Hoyano (2015, p. 107) convincingly argues that one such contexts is that of special measures for vulnerable witnesses/complainants.

<sup>57</sup> Duff (2018, p. 308) quotes Trechsel with approval. See also Hoyano (2014, p. 24-25), writing that «[i]t is not only the defendant who can lay claim to the right to a fair trial, but all participants, and so the court has an obligation to ensure that judicial processes are conducive to a trial that is fair to all». Finally, see the Criminal Procedure Rules 2020, rule 1.1(2)(c), acknowledging that fairness is not a prerogative of the defendant only.

opportunity for meaningful participation, fairness does not demand that they be afforded identical opportunities. This is because the legitimate interests with which fairness is concerned are not constant across the parties.

Having articulated a pluralistic conception of fairness, the next step is to show that if the defendant or the complainant suffer testimonial injustice due to the adjudicator's evidential reasoning, the trial is unfair. But there is an important clarification to make first. I am aware that the ECtHR has not fully and wholeheartedly extended to the complainant the right to a fair trial. In fact, the Court has formally recognised a right of the complainant to a fair trial only in the case in which the complainant has brought a civil action within the criminal proceedings, as is allowed in some civil law systems<sup>58</sup>. The ECtHR, though, has maintained that the fairness of the proceedings depends on «balancing» the interests of the defendant with those of the complainant (indeed, the witnesses and also the public)<sup>59</sup>, apparently embracing a pluralistic conception of fairness akin to that just sketched<sup>60</sup>. And the interests of the complainant that are at issue for the Court no doubt call for giving this party the opportunity to be heard; that is, to participate in the fact-finding enterprise through presenting their side of the story<sup>61</sup>. Now, for the purposes of my argument it matters not whether the complainant, like the defendant, has a right to a fair trial—that is, an actionable prerogative to a fair contest—or mere protected interests that are relevant to trial fairness—that is, prerogatives that are not actionable by the complainant, but that nonetheless should be respected, through providing appropriate treatment to the complainant, for the trial to be fair<sup>62</sup>. Either way, under a pluralistic conception of fairness a trial cannot be fair if the complainant is not given the treatment that they are owed, given the legitimate interests they have at stake. Indeed, in these cir-

<sup>58</sup> See *Perez v France* [GC], No 47287/99, ECtHR 12 January 2004. See also Trechsel (2005, p. 40-42).

<sup>59</sup> See *Al-Khawaja and Tahery v United Kingdom* [GC], No 26766/05 and 22228/06, ECtHR 15 December 2011, §146.

<sup>60</sup> For critical assessment of the ECtHR case law in point and, more generally, of the deployment of the metaphor of «balancing» by the ECtHR and national courts alike, see Hoyano (2014) and Campbell *et al.* (2019, p. 42-44). See also *supra* footnote n 56.

<sup>61</sup> Notice that this opportunity is clearly central to the English and Welsh Victims Bill (Draft) 2022. Clause 2 of the Bill instructs the Secretary of State to issue a code of practice for victims implementing «the principles that victims [...] (iii) should have the opportunity to make their views heard in the criminal justice process; (iv) should be able to challenge decisions which have a direct impact on them». For a brief commentary on the Bill, see Quirk and Ormerod (2022). For a theoretical discussion of victims' participatory rights, see Doak (2008, ch. 3).

<sup>62</sup> Trechsel argues that the complainant too should be afforded a right to a fair trial, even if they do not bring a civil action for damages in the proceedings. See Trechsel (2018, p. 34; 2005, p. 41-42). Notice that recognising that the complainant has a right to a fair trial surely need not mean that, were the defendant acquitted as a result of an unfair trial, the complainant should be granted a new trial. That the complainant has a right to a fair trial may merely mean that, in the hypothesised scenario, the complainant could bring their claim to court and, if successful, obtain compensation, as happens with other rights in the Convention. Obviously, though, the criminal justice system should focus on preventing, rather than remedying, violations of the complainant's right.

cumstances, whoever has a right to a fair trial will suffer a breach of said right: they will be denied that to which they have a right. So, even if the complainant had no right to a fair trial, the fact that they are not given the treatment they are owed—in particular, the opportunity for meaningful participation—means that the trial was unfair, and that the defendant suffered a breach of their right to trial fairness. While possibly counterintuitive for some readers, this strikes me as the inevitable implication of a pluralistic conception of fairness<sup>63</sup>.

As seen in the previous section, testimonial injustice occurs in assessments of relevance and of probative value when the stock of knowledge of a party—be it the defendant in *Rap lyrics* or the complainant in *Rape myth*—is not given appropriate consideration due to identity prejudice, such that the testimony of this party concerning the evidence at issue is discounted or pre-empted. The party is, therefore, hampered in their ability to participate in the proceedings—and, in particular, in the enterprise of fact finding—through having their word and their experience unjustly discounted, if not altogether dismissed as unworthy of consideration or credit. The injustice resides, of course, in the intrinsic harm that is suffered by the party (they are given a deflated credibility level), coupled with the identity prejudice that causes the harm. In the institutional context of the criminal trial, though, this injustice acquires the attribute of unfairness, since the defendant and the complainant suffering testimonial injustice are denied treatment that is surely owed to them, given the interests they have at stake: precisely, the opportunity for a meaningful—if more modest, in case of the complainant—participation in the enterprise of fact finding. A trial where testimonial injustice occurs is an unfair trial<sup>64</sup>.

I pointed out earlier that testimonial injustice involves a misjudgement of the credibility of a testimony, not the intentional dismissal of a testimony whose credibility has been correctly assessed. I have also pointed out that cases of intentional dismissal are cases of epistemic injustice nonetheless. I add here that if the adjud-

---

<sup>63</sup> Notice that, if the defendant is convicted as a result of a trial that was unfair because the complainant was denied treatment that is owed to them, it does not necessarily follow that the defendant has a ground of appeal. True, their right to a fair trial has been breached, but distinctions can be made with respect to the causes of unfairness; and only the causes pertaining to the treatment of the defendant may be considered grounds to appeal a conviction. I am also open to the possibility that not all instances of testimonial injustice suffered by the defendant warrant an appeal, notwithstanding that, as clarified in the next paragraph, they do render the trial unfair.

<sup>64</sup> There is a complicating factor to bear in mind. The defendant's participatory prerogatives—which are central to trial fairness—can be, and often are, exercised by proxy, that is, via the defendant's lawyer (for critical assessment, see Owusu-Bempah (2018, p. 331-333)). It is possible that the lawyers themselves commit testimonial injustice against the defendant, and defend their client in a way that does not appropriately reflect the defendant's experience. In such a case, although the defendant's participatory prerogatives would apparently be exercised and the trial would apparently be fair, the defendant's participation would be, in fact, thwarted by the testimonial injustice at the hands of their lawyer and, as a result, the trial would be, in fact, unfair. Something similar may occur in the interaction between prosecution and complainant.

cator intentionally dismisses the account of a party in the context of assessments of relevance and probative value, they are not treating this party fairly since they are intentionally denying this party the role of a participant in the proceedings. Once the notion of fairness is elucidated, this conclusion is straightforward. One may ask why I have focused specifically on cases of testimonial injustice, sidelining cases of deliberate injustice. Miranda Fricker theorised testimonial injustice because she felt that episodes of unjust misjudgement of credibility were pervasive, but their moral significance was not adequately understood, such that they would often go unnoticed by wrongdoers, observers and even victims<sup>65</sup>. Similarly, while cases of intentional dismissal of a party's testimony are probably rare and straightforwardly wrong, cases of misjudgement of the credibility of a party's testimony due to identity prejudice are probably more frequent, and their injustice and relationship to fairness may go unnoticed or misunderstood without a theoretical diagnosis of the phenomenon. While, in this article, I have not offered any data as to the frequency of such misjudgements, I have explained how they can occur in assessments of relevance and probative value and why, when they do occur, they generate unfairness.

## 5. CONCLUSION

In assessing the relevance and the probative value of an item of evidence, an adjudicator who disregards or discounts the stock of knowledge of a party qua member of a social group, due to identity prejudice against that group, commits testimonial injustice. Indeed, the behaviour of the adjudicator results in the fact that the party's argument about the evidence, based on such stock of knowledge, is pre-empted—that is, a priori dismissed—or in any case receives a deflated credibility judgement—that is, is found less credible than it should be found, given the available indicators of accuracy. These are harms to the epistemic status of a party—that is, harms that the party suffers in her capacity as a knower and a provider of knowledge in the context of the trial. They are unjust harms, since they result from identity prejudice.

If the assessment of relevance and of probative value can unjustly harm a party's epistemic status—in particular, if it can unjustly hinder the party's participation in the enterprise of fact finding—then such an assessment can be unfair. Not only are assessments of relevance and of probative value susceptible to being evaluated on moral—and, indeed, moral/legal—grounds rather than purely on grounds of accuracy, but also their impact on trial fairness is not always mediated by their inaccuracy, contrary to what courts seem to believe. In other words, *an assessment of relevance*

---

<sup>65</sup> See Fricker (2017, p. 53-55), pointing out that in her view the lack of intentionality does not entail lack of culpability on the part of the hearer. In fact, she assumes that «in connection with testimonial injustice [...] prejudiced thinking is almost always culpable in some degree», given that the hearer may be «colluding with the forces of prejudice» even when they are wilfully ignorant, or may be in a «self-interested or plain lazy denial», about harbouring prejudice (p. 55).

*and of probative value can generate unfairness—in fact, can itself be unfair—quite irrespective of whether it is inaccurate.* Let me clarify. Of course, if testimonial injustice occurs, the level of credibility assigned to the testimony is by definition inaccurate, in that it is lower than is warranted by the evidence. However, this need not mean that the unfairness of an assessment of relevance and of probative value, and the resulting unfairness of the trial, are always mediated by the assessment's inaccuracy. Consider that assigning a level of credibility to an argument concerning relevance and probative value may be just a part of the overall assessment of the relevance and probative value of the evidence. The overall assessment may, indeed, involve several such arguments, put forward by different parties or independently elaborated by the adjudicator. It is possible that, notwithstanding that testimonial injustice—and, hence, inaccuracy—occurred in assigning a level of credibility to a party's argument, the overall assessment of the relevance of the item of evidence is serendipitously accurate: its conclusion is warranted by the epistemic material available to the assessor. And yet, the assessment, and the trial, would be unfair due to the testimonial injustice: this injustice is alone sufficient to generate unfairness.

The conclusion that assessments of relevance and of probative value can be unfair, and can render the trial unfair, naturally calls for a more interventionist role of higher courts in the scrutiny of the adjudicator's evidential reasoning. In principle, insofar as the Court of Appeal and the ECtHR are judges of the fairness of the proceedings, they should more readily concern themselves with evidential matters. Of course, the practical obstacles of an increased evidential scrutiny by these courts should not be downplayed. These obstacles relate, in particular, to the difficulty of scrutinising evidential reasoning and conclusions that, in a system such as the English and Welsh, are rarely articulated in writing. Can trial transcripts, judicial summing up and jury instructions—perhaps coupled with empirical evidence on the commonness of a certain identity prejudice across different demographics—offer a sufficient basis to determine whether the judge or the jury have committed testimonial injustice?<sup>66</sup> A study of this and related practical questions lies beyond the scope of this article.

These practical obstacles, though, may not be as consequential as it seems at first: once a problem is identified and understood, prevention can play a more incisive role than treatment; and preventing the unfairness studied in this article need not require that higher courts play a large part. I mentioned earlier that developing—and imparting to adjudicators, be they lay or professional—a virtue-ethical and virtue-epistemological account of adjudication is a fruitful preventative avenue to pursue.<sup>67</sup> But there are also readier preventative measures to consider. Because testimonial injustice in evidential reasoning may be committed both by professional and by lay

<sup>66</sup> Relatedly, some philosophers doubt whether the constitutive elements of testimonial injustice can be ascertained in any given case. See Arcila-Valenzuela and Páez (2022).

<sup>67</sup> In this regard, it is instructive to consider the flaws of the main training tool for judges on the issue of equal treatment, that is, the Judicial College's *Equal Treatment Bench Book* (2021). These flaws are identified and discussed in Monteith *et al.* (2022, p. 26-28).

adjudicators, one must identify measures that are tailored to each type of adjudicator, being mindful of the respective institutional roles. Here I restrict my attention to the institutional context of the jury trial, and I start with possible measures targeted at the jury.

A radical instrument for preventing testimonial injustice by the jury is the enactment of *ad hoc* statutory rules that exclude, or restrict the admissibility of, the evidence in question, such that the jury will not hear the evidence or will only hear it when the risk that they will commit testimonial injustice in assessing it is sufficiently contained. In fact, it is arguable that the much-debated section 41 of the Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999<sup>68</sup>, which restricts the admissibility of sexual history evidence, is not just an instrument to safeguard the accuracy of the verdict and to prevent secondary victimisation due to stress and loss of privacy; it is also an instrument to prevent secondary victimisation due to testimonial injustice committed by the jury in the assessment of the evidence. While the introduction of exclusionary rules has been defended in the case of rap lyrics, both here and overseas<sup>69</sup>, given the loss of sound epistemic material that such rules can produce, they should be treated as a last resort. A less radical way of preventing testimonial injustice by the jury is to rely on judicial discretion to exclude the evidence in relation to which jurors might commit such injustice. In deciding on the admissibility of an item of evidence, the judge should consider the risk that testimonial injustice—therefore, unfairness—will occur in the assessment of this evidence, if admitted. Take *Rap lyrics*. Insofar as the judge is the guardian of the fairness of the proceedings, they should exclude the lyrics if unfairness is sufficiently likely to originate from how these will be assessed by the jury. Indeed, section 78(1) of the Police and Criminal Evidence Act 1984 may be interpreted so as to require the judge to exclude evidence in the presence of a substantial risk that the jury will commit testimonial injustice—and, hence, cause unfairness—in its assessment. No doubt, this would be a difficult and contentious evaluation for the judge to make, especially when they consider that the evidence has significant probative value; but an evaluation not altogether different from some of the evaluations that are currently part of the question of admissibility. It is also worth considering and testing the possibility that judicial instructions play some debiasing role for what concerns jurors' reasoning. Should this be the case, the strategy of admitting the evidence while issuing debiasing instructions would have greater appeal than the options just considered: it would contain the risk of testimonial injustice without excluding useful epistemic material. The Crown Court Compendium includes sample instructions on rape myths that are premised on the idea that instructions have debiasing capability<sup>70</sup>. Perhaps this is wishful thinking. If it isn't, further instructions of this kind would have to be devised and promoted.

---

<sup>68</sup> Notably, this section, as well as other aspects of sexual offences prosecutions, are the subject of a recent consultation paper by the Law Commission. See Law Commission (2023).

<sup>69</sup> See Owusu-Bempah (2022a, p. 150-151).

<sup>70</sup> See Judicial College (2020, p. 20.5 ff).

Let's now consider measures to prevent professional judges from committing testimonial injustice in their evidential reasoning, with particular regard to their decisions on admissibility. A promising, and overdue, one is to increase the diversity of the judiciary: a more diverse judiciary would probably limit the impact that identity prejudice may have on the judicial assessment of the evidence<sup>71</sup>. Yet another preventative measure targeted at judges could be to encourage or require them to offer, either orally in court or in writing, a sufficiently detailed articulation of the reasoning underlying their decisions on admissibility. This measure should be especially steadfast for evidence of such a kind that the risk of unfairness in evidential reasoning is marked. For decisions on the admissibility of bad character evidence and of sexual history evidence, the Criminal Procedure Rules 2020 include a requirement that the court announces their reasons at a public hearing<sup>72</sup>. But a more specific incentive or requirement, perhaps with broader application, should be considered. From his 2017 review on racial disparities in the criminal justice system, David Lammy MP (2017, p. 6) drew «the key lesson [...] that bringing decision-making out into the open and exposing it to scrutiny is the best way of delivering fair treatment». Whether or not this is indeed the best route to fairness, Lammy seems right in saying that having to justify a decision to others «both deters and exposes prejudice or unintended bias» (p. 6). There is a last measure worth considering, targeted both at professional and at lay adjudicators. This is to demand that adjudicators regularly take an Implicit Association Test<sup>73</sup>, in order for them to learn (or be reminded of) which implicit biases they harbour<sup>74</sup>. I assume here that they will harbour some—we are all likely to—and the point of this exercise would not be to chastise them for this. Rather, research has shown that awareness of one's implicit biases increases one's ability to disengage them in cognitive tasks carried out relatively soon after the awareness is acquired<sup>75</sup>.

The focus on prevention brings me back to the epigraph. There is a sense in which criminal justice must settle on «one voice». If by «voices» we mean the verdicts that the adjudicator may hand down, it is true that the adjudicator has to choose a single voice as the voice of justice. If, however, by «voices» we mean the experiences, stocks of knowledge, perspectives of the parties, then the epigraph is mistaken. At least, it is mistaken as a statement about what criminal justice can, and should, achieve—as opposed to what it currently achieves. Philosophical work on epistemic injustice has shown that epistemic oppression—that is, any unjust exclusion that prevents individuals or groups from participating in interpersonal epistemic enterprises—is

<sup>71</sup> See Sullivan (2017, p. 297) and Owusu-Bempah (2022a, p. 148). The unsatisfactory degree of diversity of the English and Welsh judiciary is evident from Ministry of Justice (2022).

<sup>72</sup> See rules 21.5 and 22.3, respectively.

<sup>73</sup> The test can be taken at this link <https://implicit.harvard.edu/implicit/takeatest.html> (accessed 15 June 2023).

<sup>74</sup> See Sullivan (2017, p. 300) and *supra* footnote n 28.

<sup>75</sup> See Sullivan (2017) and Scaife *et al.* (2020). The latter study shows that a blaming response to an individual's implicit bias can reduce this individual's IAT score in the short term and can motivate the individual to change behaviour influenced by implicit bias.

pervasive and perhaps impossible to eradicate completely<sup>76</sup>. We harbour prejudices. As a result, in the cognition that is involved in decision problems and enterprises with a plurality of participants, we unwittingly exclude the perspective of others, even when we value and pursue inclusion. But include we can and include we do, if often only partially. An epistemic enterprise such as the criminal trial is a context where inclusion is relatively easy to achieve. The parties are limited in number and, hence, the different experiences that the adjudicator should cognise and consider in their assessment of relevance and probative value are limited as well. The challenge is to make these experiences visible to, and salient for, the adjudicator; to disengage the non-deliberate prejudiced process that may lead the adjudicator to ignore or discount some of them. Once this process is disengaged, and assessments of relevance and probative value involve reasoning that is epistemically inclusive, justice can indeed speak a plurality of voices<sup>77</sup>.

## 6. APPENDIX

### *Asylum seeker*

The defendant is an asylum seeker. Two years after submitting their asylum application, they are still waiting for the decision of the competent authorities and they are, therefore, forbidden from working<sup>78</sup>. They are on trial for supplying a controlled drug and for possession of a controlled drug with intent to supply. The prosecution's case rests on the testimony of an eyewitness, on drugs (in a quantity allegedly inconsistent with personal use) found in the accommodation that the defendant shares with fellow asylum seekers, and on a substantial amount of cash found under the defendant's mattress. With respect to the cash, the prosecution argues that it is indicative of drug dealing, and they support their argument with the generalisation that such an amount of cash is more likely to be found in the possession of a drug dealer than of an innocent member of the public<sup>79</sup>. The adjudicator agrees with this argument, therefore finding the cash relevant and incriminating. They reach this conclusion without considering—or without taking seriously—the possibility that the cash is the remuneration that the defendant received for illegal work carried out while waiting for a decision on their asylum application and that, therefore, the cash

---

<sup>76</sup> See Dotson (2012).

<sup>77</sup> Of course, a more inclusive evidential reasoning is not sufficient to address all the problems that the underlying social injustice poses for criminal justice. For discussion, see Lacey (2022).

<sup>78</sup> While the general rule is that an asylum seeker is forbidden from working, there are very limited opportunities for an asylum seeker to work legally if their claim is still outstanding 12 months after submission, and the applicant is not responsible for this delay. See Home Office (2022).

<sup>79</sup> Cf. Crown Prosecution Service (2021)—discussing the evidential role of money found in the possession of the defendant, with particular reference to the crime of possession with intent to supply. Notice that the generalisation mentioned in the hypothetical is, in fact, the combination of two generalisations, one referring to drug dealers, the other referring to non-drug dealers.

is irrelevant to the hypothesis of guilt. The practice of working illegally is common amongst asylum seekers, given the prohibition to work and the very small allowance they receive from the state<sup>80</sup>. The adjudicator does not consider appropriately the possibility of illegal work, because they ignore or discount the perspective of the defendant qua member of the group of asylum seekers, due to identity prejudice against this group. To clarify, whether consciously or unconsciously, the adjudicator associates asylum seekers with a propensity for criminality and dishonesty, such that the narrative of drug dealing represents for them an intuitively fitting explanation for the evidence, and any alternative account is indiscernible or unworthy of careful consideration. An argument for irrelevance, based on the disregarded experience of asylum seekers, would be given a deflated credibility level, if it were put forward.

### *Homeless*

The defendant is a homeless and unemployed person who spends their day and night on the high street. During the Christmas period, they are found in possession of packaged toiletries, first-aid products, and confectionery for a total value of more than thirty pounds. The prosecution argues that the defendant stole these products from a local corner shop, treating the defendant's possession of them as relevant and incriminating evidence of theft. The only other prosecution evidence is the testimony of the shop owner, who is known to have an uneasy relationship with homeless people. The prosecution ground their argument about the relevance and probative value of possession on the generalisation that someone who cannot afford relatively expensive products, and is found in possession of them, is likely to have acquired them illegally. The adjudicator finds the argument persuasive. In fact, the stated generalisation does not take into account the possibility that the products have been donated. Notably, in the Christmas period charities collect parcels (often shoeboxes) from donors, containing essential and other goods, and distribute them to people in need, including the homeless. It is, therefore, quite common for a homeless person around the country to receive (and to count on receiving) one such parcels. The adjudicator does not consider—or give due weight to—this possibility because, due to identity prejudice against the homeless, they ignore or discount the experience of the defendant qua member of the group of homeless people. To clarify, whether consciously or unconsciously, the adjudicator associates the homeless with a propensity for laziness, free-riding and dishonesty, such that the narrative of theft represents for them an intuitively fitting explanation for the evidence, and any alternative account is indiscernible or unworthy of careful consideration. An argument for the irrelevance of possession (indeed, for innocence), based on the disregarded experience of the homeless, would be given a deflated credibility level, if it were put forward.

---

<sup>80</sup> See Waite (2017).

### *Learning Disability*

The complainant in a trial for sexual assault has a learning disability affecting speech. As a result, during their testimony their speech is broken, they take long pauses before starting to answer a question, and they use vague words when asked to recount specific details of the alleged crime<sup>81</sup>. The adjudicator finds the testimony not credible, relying on a generalisation to the effect that a testimony delivered in the manner described is likely to be a lie or, at the very least, to be an account based on imprecise and patchy recollection. They reach this conclusion disregarding, or not giving due weight to the fact that an individual with a learning disability affecting speech may speak as the complainant did, without thereby being any less credible than someone who is not disabled. The adjudicator ignores, or discounts, the perspective of the complainant qua member of the group of people with learning disabilities, due to identity prejudice against those affected by mental disability<sup>82</sup>. In particular, whether consciously or unconsciously, the adjudicator holds the ableist prejudice that associates mental disability with untrustworthiness, as well as with a marked incapacity to accurately encode and assess a situation that the mentally disabled person finds themselves in. Given this prejudice, the narrative according to which the complainant is misremembering or outright lying represents for the adjudicator an intuitively fitting explanation for the manner of speech displayed in the testimony. The complainant's testimony is thus given a deflated credibility level, due to the disregarding of their perspective qua person with a learning disability. Notice that this is the same as giving a deflated credibility level to an argument, based on the disregarded experience, to the effect that the complainant's words are relevant and incriminating.

## BIBLIOGRAPHY

- Akala (2018). *Natives: Race and Class in the Ruins of Empire*. Two Roads.  
 Anderson, T., Schum, D. and Twining, W. (2005). *Analysis of Evidence* (2nd ed.). Cambridge University Press.  
 Arcila-Valenzuela, M. and Páez, A. (2022). Testimonial Injustice: The Facts of the Matter. *Review of Philosophy and Psychology*. <https://doi.org/10.1007/s13164-022-00662-w>

<sup>81</sup> In formulating this example, I am well aware that in recent years there has been a noticeable cultural change in legal practice for what concerns the testimony of those affected by a disability, partly stimulated by the Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999, which provides a series of special measures designed to support the witness and to alleviate the risk of misjudging their testimony. In fact, this risk is probably greater in the case of the disabled defendant, who does not enjoy the same extent of support, in particular, for what concerns the resort to live links and to intermediaries. See Fairclough (2018) and Taggart (2022).

<sup>82</sup> See Tanovich (2017, p. 78-81)—discussing, with references to Canadian case law, how stereotypes about disability can affect credibility judgments. For a general discussion of the epistemic injustice affecting the disabled, see Tremain (2017).

- Campbell, L., Ashworth, A. and Redmayne, M. (2019). *The Criminal Process*. Oxford University Press.
- Casey, L. Baroness (2023). *Final Report. An Independent Review Into the Standards of Behaviour and Internal Culture of the Metropolitan Police Service*. Retrieved August 8, 2023, from at <https://www.met.police.uk/SysSiteAssets/media/downloads/met/about-us/baroness-casey-review/update-march-2023/baroness-casey-review-march-2023a.pdf>.
- Coady, D. (2017). Epistemic Injustice as Distributive Injustice. In I. J. Kidd, J. Medina and G. Pohlhaus Jr. (Eds.), *The Routledge Handbook of Epistemic Injustice*. Routledge.
- Congdon, M. (2017). What's Wrong with Epistemic Injustice? Harm, Vice, Objectification, Misrecognition. In I. J. Kidd, J. Medina and G. Pohlhaus Jr. (Eds.), *The Routledge Handbook of Epistemic Injustice*. Routledge.
- Chalmers, J., Leverick, F. and Munro, V. (2021). Why the Jury Is, and Should Still Be, Out on Rape Deliberation. *Criminal Law Review*, 9, 753-771.
- Cohen, L. J. (1977). *The Probable and the Provable*. Oxford University Press.
- Cohen, L. J. (1983). Freedom of Proof. In W. Twining (Ed.), *Facts in Law*. Franz Steiner Verlag GmbH.
- Crown Prosecution Service (2021). *Drug Offences, Legal Guidance*. Retrieved June 15, 2023, from <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/drug-offences#:~:text=Possession%20with%20intent%20to%20supply.-Where%20the%20evidence&text=As%20with%20a%20simple%20possession,intent%20of%20the%20actual%20drug->
- Daly, E., Smith, O., Bows, H., Brown, J., Chalmers, J., Cowan, S., Horvath, M., Leverick, F., Lovett, J., Munro, V. and Willmott, D. (2023). Myths About Myths? A Commentary on Thomas (2020) and the Question of Jury Rape Myth Acceptance. *Journal of Gender-Based Violence*, 7(1), 189-200.
- Dennis, I. (2020). *The Law of Evidence* (7<sup>th</sup> ed.). Thomson Reuters.
- Doak, J. (2008). *Victims' Rights, Human Rights and Criminal Justice: Reconceiving the Role of Third Parties*. Hart Publishing.
- Dotson, K. (2012). A Cautionary Tale: On Limiting Epistemic Oppression. *Frontiers: A Journal of Women Studies*, 33(1), 24-47.
- Duff, R. A. (2018). Fairness in Criminal Proceedings: Concluding Thoughts and Further Questions. In J. Jackson and S. Summers (Eds.), *Obstacles to Fairness in Criminal Proceedings. Individual Rights and Institutional Reforms*. Hart Publishing.
- Fairclough, S. (2018). Speaking up for Injustice: Reconsidering the Provision of Special Measures through the Lens of Equality. *Criminal Law Review*, 1, 4-19.
- Fricker, M. (2007). *Epistemic Injustice. Power and the Ethics of Knowing*. Oxford University Press.
- Fricker, M. (2017). Evolving Concepts of Epistemic Injustice. In I. J. Kidd, J. Medina and G. Pohlhaus Jr. (Eds.), *The Routledge Handbook of Epistemic Injustice*. Routledge.
- Gerger, H., Kley, H. and Bohner, G. (2007). The Acceptance of Modern Myths about Sexual Aggression Scale: Development and Validation in German and English. *Aggressive Behaviour*, 33(5), 422-440.
- Gonzales Rose, J. B. (2017). Toward a Critical Race Theory of Evidence. *Minnesota Law Review*, 101, 2243-2312.
- Gonzales Rose, J. (2021). Race, Evidence, and Epistemic Injustice. In C. Dahlman, A. Stein and G. Tuzet (Eds.), *Philosophical Foundations of Evidence Law*. Oxford University Press.
- Goss, R. (2016). *Criminal Fair Trial Rights. Article 6 of the European Convention on Human Rights*. Hart Publishing.
- Griggs, M. (2021). Race, Rules, and Disregarded Reality. *Ohio State Law Journal*, 82(6), 931-951.
- Home Office (2022). *Permission to Work and Volunteering for Asylum Seekers. Guidance*. Retrieved June 15, 2023, from <https://www.gov.uk/government/publications/handling-applications-for-permission-to-take-employment-instruction/permission-to-work-and-volunteering-for-asylum-seekers-accessible-version>
- Hoyano, L. (2014). What is Balanced on the Scales of Justice? In Search of the Essence of the Right to a Fair Trial. *Criminal Law Review*, 1, 4-29.
- Hoyano, L. (2015). Reforming the Adversarial Trial for Vulnerable Witnesses and Defendants. *Criminal Law Review*, 2, 107-129.
- Hulley, S. and Young, T. (2022). Silence, Joint Enterprise and the Legal Trap. *Criminology and Criminal Justice*, 22(5), 714-732.

- Hunter, R. C. (1996). Gender in Evidence: Masculine Norms vs Feminist Reforms. *Harvard Women's Law Journal*, 19(1), 127-168.
- Jackson, J. D. and Summers, S. J. (2012). *The Internationalisation of Criminal Evidence. Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*. Cambridge University Press.
- Jackson, J. and Summers, S. (2018). Introduction. In J. Jackson and S. Summers (Eds.), *Obstacles to Fairness in Criminal Proceedings. Individual Rights and Institutional Reforms*. Hart Publishing.
- Jalloh, T. O. (2022). Does the Critical Scrutiny of Drill Constitute an Epistemic Injustice? *British Journal of Aesthetics*, 62(4), 633-651.
- Johnson, A. (2022). Racial Discrimination—A Stocktake. *Criminal Law Review*, 2, 83-87.
- Judicial College (2020). *Crown Court Compendium. Part I: Jury and Trial Management and Summing Up*. Retrieved June 15, 2023, from <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2020/12/Crown-Court-Compendium-Part-I-December-2020-amended-01.02.21.pdf>
- Judicial College (2021). *Equal Treatment Bench Book*. Retrieved June 15, 2023, from <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2023/06/Equal-Treatment-Bench-Book-April-2023-revision.pdf>
- Kaye, D. H. (1986). Quantifying Probative Value. *Boston University Law Review*, 66, 761-766.
- Kinports, K. (1991). Evidence Engendered. *University of Illinois Law Review*, 413-456.
- Lacey, N. (2022). Criminal Justice and Social (In)Justice. Retrieved June 15, 2023, from [https://eprints.lse.ac.uk/116949/1/Lacey\\_criminal\\_justice.pdf](https://eprints.lse.ac.uk/116949/1/Lacey_criminal_justice.pdf)
- Lackey, J. (2020). False Confessions and Testimonial Injustice. *Journal of Criminal Law and Criminology*, 110, 43-68.
- Lackey, J. (2023). *Criminal Testimonial Injustice*. Oxford University Press.
- Lammy, D. MP (2017). *The Lammy Review: Final Report. An Independent Review Into the Treatment of, and Outcomes for, Black, Asian and Minority Ethnic Individuals in the Criminal Justice System*. Retrieved June 15, 2023, from [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/643001/lammy-review-final-report.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/643001/lammy-review-final-report.pdf)
- Law Commission (2023). *Evidence in Sexual Offences Prosecutions. Consultation Paper 259*, Retrieved July 27, 2023, from <https://www.lawcom.gov.uk/project/evidence-in-sexual-offence-prosecutions/#:~:text=The%20consultation%20paper,-In%20our%20consultation&text=The%20proposed%20reforms%20have%20three,defendants%20receive%20a%20fair%20trial.>
- Lempert, R. O. (1977). Modeling Relevance. *Michigan Law Review*, 75(5/6), 1021-1057.
- Leverick, F. (2020). What Do We Know about Rape Myths and Juror Decision Making? *International Journal of Evidence and Proof*, 24(3), 255-279.
- MacCrimmon, M. (1991). The Social Construction of Reality and the Rules of Evidence. *University of British Columbia Law Review*, 25, 36-50.
- MacCrimmon, M. (2001). What is Common about Common Sense: Cautionary Tales for Travelers Crossing Disciplinary Boundaries. *Cardozo Law Review*, 22, 1433-1460.
- Medina, J. (2013). *The Epistemology of Resistance. Gender and Racial Oppression, Epistemic Injustice, and Resistant Imaginations*. Oxford University Press.
- Ministry of Justice (2022). *Diversity of the Judiciary: 2022 Statistics*. Retrieved June 15, 2023, from <https://www.gov.uk/government/statistics/diversity-of-the-judiciary-2022-statistics>
- Monteith, K. KC, Quinn, E., Dennis, A. L., Joseph-Salisbury, R., Kane, E., Addo, F. and McGourlay, C. (2022). *Racial Bias and the Bench. A Response to the Judicial Diversity and Inclusion Strategy (2020-2025)*. Retrieved June 15, 2023, from <https://documents.manchester.ac.uk/display.aspx?DocID=64125#:~:text=Racial%20Bias%20and%20the%20Bench%20was%20created%20in%20response%20to,judges%20and%20other%20legal%20professionals.>
- Nance, D. A. (2001). Naturalized Epistemology and the Critique of Evidence Theory. *Virginia Law Review*, 87(8), 1551-1618.
- Nicolson, D. (2000). Gender, Epistemology and Ethics: Feminist Perspectives on Evidence Theory. In M. Childs and L. Ellison (Eds.), *Feminist Perspectives on Evidence*. Cavendish Publishing.
- Ormerod, D. (2020). Racism in the Criminal Justice System. *Criminal Law Review*, 8, 659-662.
- Owusu-Bempah, A. (2017). *Defendant Participation in the Criminal Process*. Routledge.

- Owusu-Bempah, A. (2018). The Interpretation and Application of the Right to Effective Participation. *International Journal of Evidence and Proof*, 22(4), 321-341.
- Owusu-Bempah, A. (2022a). The Irrelevance of Rap. *Criminal Law Review*, 2, 130-151.
- Owusu-Bempah, A. (2022b). Prosecuting Rap: What Does the Case Law Tell Us? *Popular Music*, 41(1), 427-445.
- Pattenden, R. (2009). The Standards of Review for Mistake of Fact in the Court of Appeal, Criminal Division. *Criminal Law Review*, 1, 15-30.
- Picinali, F. (2012). Structuring Inferential Reasoning in Criminal Fact Finding: An Analogical Theory. *Law, Probability and Risk*, 11(2-3), 197-223.
- Picinali, F. (2016a). Base-Rates of Negative Traits: Instructions for Use in Criminal Trials. *Journal of Applied Philosophy*, 33(1), 69-87.
- Picinali, F. (2016b). Generalisations, Causal Relationships, and Moral Responsibility. *International Journal of Evidence and Proof*, 20, 121-135.
- Pohlhaus, G., Jr. (2017). Varieties of Epistemic Injustice. In I. J. Kidd, J. Medina and G. Pohlhaus Jr. (Eds.), *The Routledge Handbook of Epistemic Injustice*. Routledge.
- Puddifoot, K. (2021). *How Stereotypes Deceive Us*. Oxford University Press.
- Quirk, H. and Ormerod, D. (2022). The Draft Victims Bill. *Criminal Law Review*, 8, 621-625.
- Redmayne, M. (2003). Myths, Relationships and Coincidences: The New Problems of Sexual History. *International Journal of Evidence and Proof*, 7(2), 75-101.
- Redmayne, M. (2015). *Character in the Criminal Trial*. Oxford University Press.
- Registry of the ECtHR (2022). *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights. Right to a Fair Trial (Criminal Limb)*. Retrieved June 15, 2023, from [https://www.echr.coe.int/documents/guide\\_art\\_6\\_criminal\\_eng.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_6_criminal_eng.pdf)
- Reece, H. (2013). Rape Myths: Is Elite Opinion Right and Popular Opinion Wrong? *Oxford Journal of Legal Studies*, 33(3), 445-473.
- Roberts, P. (2022). *Roberts and Zuckerman's Criminal Evidence* (3<sup>rd</sup> ed.). Oxford University Press.
- Saul, J. (2017). Implicit Bias, Stereotype Threat, and Epistemic Injustice. In I. J. Kidd, J. Medina and G. Pohlhaus Jr. (Eds.), *The Routledge Handbook of Epistemic Injustice*. Routledge.
- Scaife, R., Stafford, T., Bunge, A. and Holroyd, J. (2020). To Blame? The Effects of Moralized Feedback on Implicit Racial Bias. *Collabra: Psychology*, 6(1), art. 30.
- Scheppele, K. L. (1994). Manners of Imagining the Real. *Law and Social Inquiry*, 19(4), 995-1022.
- Schum, D. A. (2001). *The Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning*. Northwestern University Press.
- Simon-Kerr, J. (2021). Relevance through a Feminist Lens. In C. Dahlman, A. Stein and G. Tuzet (Eds.), *Philosophical Foundations of Evidence Law*. Oxford University Press.
- Sullivan, M. (2017). Epistemic Justice and the Law. In I. J. Kidd, J. Medina and G. Pohlhaus Jr. (Eds.), *The Routledge Handbook of Epistemic Injustice*. Routledge.
- Taggart, J. (2022). Vulnerable Defendants and the HMCTS Court-Appointed Intermediary Services. *Criminal Law Review*, 6, 432-447.
- Tanovich, D. M. (2017). Regulating Inductive Reasoning in Sexual Assault Cases. In B. L. Berger, E. Cunliffe and J. Stribopoulos (Eds.), *To Ensure that Justice is Done: Essays in Memory of Marc Rosenberg*. Thomson Reuters.
- Thayer, J. B. (1898). *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*. Little Brown and Co.
- Thomas, C. (2020). The 21<sup>st</sup> Century Jury: Contempt, Bias and the Impact of Jury Service. *Criminal Law Review*, 11, 987-1011.
- Toole, B. (2021). Recent Work in Standpoint Epistemology. *Analysis Reviews*, 81(2), 338-350.
- Trechsel, S. (2005). *Human Rights in Criminal Proceedings*. Oxford University Press.
- Trechsel, S. (2018). The Character of the Right to a Fair Trial. In J. Jackson and S. Summers (Eds.), *Obstacles to Fairness in Criminal Proceedings. Individual Rights and Institutional Reforms*. Hart Publishing.
- Tremain, S. (2017). Knowing Disability, Differently. In I. J. Kidd, J. Medina and G. Pohlhaus Jr. (Eds.), *The Routledge Handbook of Epistemic Injustice*. Routledge.

- Twining, W. (2006). *Rethinking Evidence. Exploratory Essays* (2<sup>nd</sup> ed.). Cambridge University Press.
- Waite, L. (2017). Asylum Seekers and the Labour Market: Spaces of Discomfort and Hostility. *Social Policy and Society*, 16(4), 669-679.
- Ward, T. and Fouladvand, S. (2021). Bodies of Knowledge and Robes of Expertise: Expert Evidence about Drugs, Gangs and Human Trafficking. *Criminal Law Review*, 6, 442-460.
- Wasserman, D. T. (1991). The Morality of Statistical Proof and the Risk of Mistaken Liability. *Cardozo Law Review*, 13, 935-976.

## Case law and legislation

- Al-Khawaja and Tahery v United Kingdom* [GC], No. 26766/05 and No. 22228/06, European Court of Human Rights, 15 December 2011.
- Allan v United Kingdom*, No. 48539/99, European Court of Human Rights, 5 November 2002.
- Behrani v Albania*, No. 847/05, European Court of Human Rights, 27 May 2010.
- Bryant v State*, 802 N.E.2d 486 (Ind. Ct. App. 2004).
- Criminal Justice and Public Order Act 1994. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1994/33/contents>
- Criminal Procedure Rules 2020* (United Kingdom). <https://www.legislation.gov.uk/ukksi/2020/759/contents/made>
- DPP v Kilbourne* (1973) AC 729 (HL)
- English and Welsh Victims Bill 2022 (Draft). <https://www.gov.uk/government/publications/draft-victims-bill>
- European Convention on Human Rights, Rome, 4 November 1950. [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention\\_eng](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_eng)
- Human Rights Act 1998. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/contents>
- Jalloh v Germany* [GC], No. 54810/00, European Court of Human Rights, 11 July 2006.
- JL v Italy*, No. 5671/16, European Court of Human Rights, 27 May 2021.
- Khamidov v Russia*, No. 72118/01, European Court of Human Rights, 15 November 2007.
- Perez v France* [GC], No. 47287/99, European Court of Human Rights, 12 January 2004.
- Police and Criminal Evidence Act 1984. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/contents>
- R. v Horncastle* [2010] 2 AC 373.
- R. v Saleem* [2007] EWCA Crim 1923.
- SC v UK*, No. 60958/00, European Court of Human Rights, 15 June 2004 (2005).
- Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1999/23/contents>



## REPLY TO THE COMMENTS ON EPISTEMIC AMBITIONS OF THE CRIMINAL TRIAL: TRUTH, PROOF AND RIGHTS

Sarah Summers

School of Law

University of Zurich, Switzerland

*sarah.summers@rwi.uzh.ch*

**ABSTRACT:** This article sets out to reply to the comments by Antony Duff, Sabine Gless, John Jackson and Thomas Weigend on my article «Epistemic Ambitions of the Criminal Trial». It begins by examining the various positions of the commentators to the question of the aim(s) of the criminal trial before going on to consider the limits of instrumentalist and proceduralist approaches and to re-examine the right-based conception of trials. It concludes by considering the implications of this account of criminal trials.

**KEYWORDS:** Criminal proceedings; criminal evidence; human rights; truth.

**SUMMARY:** 1. THE PURPOSE OF CRIMINAL PROCEEDINGS.— 2. PROCEDURALISM AND PROOF OF GUILT IN CRIMINAL TRIALS.— 3. BEYOND PROCEDURALISM: THE RIGHT TO A DEFENCE.— 4. THE RIGHT TO A DEFENCE AND PROOF OF GUILT.— 5. CONCLUSIONS AND IMPLICATIONS.— BIBLIOGRAPHY.

### 1. THE PURPOSE OF CRIMINAL PROCEEDINGS

The aim(s) of criminal proceedings, the form that these proceedings should take and the role of proof of guilt in this enterprise is contested. This is well illustrated by the various positions taken by the four commentators on *The Epistemic Ambitions of the Criminal Trial* (Summers, 2023). For Antony Duff (2023, p. 159):

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 the 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 by the procedure through which that verdict was reached

It follows from this that in thinking about the purpose of criminal trials, outcome cannot be separated from process:

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 truth's central aim (p. 160).

John Jackson (2023) might be understood as subscribing to this type of account of criminal trials to the extent that he agrees that «justified punishment depends on the fact-finder establishing true belief for distinct reasons following a particular process» (p. 184). He notes that «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 appropriate reasons in the context of a fair process» (p. 185).

Sabine Gless (2023) indicates sympathy with the reluctance to endorse the separation of outcome and procedure in her acknowledgment that it is «right» that «to legally believe also requires compliance with the concept of a “fair trial”» (p. 171). She might be understood as advocating for this on rule consequentialist grounds, though, when she writes that «a dichotomy of “true accuracy” and “fair evidentiary proceedings” is blurry as exclusionary rules also uphold accuracy of and trust in fact-finding» (p. 171). Finally, Thomas Weigend (2023) is deeply sceptical of arguments which insist on the union of outcome and process in the conceptualisation of the aims of criminal trials. He sees criminal trials as aiming at «the resolution of the social conflict engendered by the suspicion that a crime was committed» (p. 198). While he agrees that «evidence law is not merely instrumental towards 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», he would «prefer to keep apart» process and outcome rather than see them united in a «thick» vision of «legal truth»<sup>1</sup>. A criminal judgment must be «right» but, for Weigend, this «rightness» should not be equated with «truth». One obvious question, here, is how this rightness is to be understood. Weigend's position is closely linked to his vision of the aim of the criminal trial as allowing for the establishment of an accurate verdict. When he questions, for instance, how the notion that belief will be «warranted» only if the procedure complied with certain rules designed to guarantee «fairness» is related to the «truth» of

---

<sup>1</sup> Weigend (2023, p. 190): «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».

the fact-finder's belief, it is clear that he is referring to the narrow belief in the guilt of the accused<sup>2</sup>.

We can see, that for Weigend and maybe also for Gless, the truth that is to be established in the criminal trial is principally (wholly?) tied up in the (accuracy of the) decision on the guilt of the accused, while for Duff and presumably also Jackson, the truth of the verdict reflects something more than just the accuracy of the decision on guilt narrowly conceived. The disagreement here, which seems to take on an almost ideological dimension, is of central importance to the discussion of the issue of proof in criminal trials. It is also connected to fundamental questions about the point of theorising about criminal trials. Weigend (2023) is critical of what he sees as a (doomed!) «attempt to assemble substantive and procedural requirements under a common conceptual roof» (p. 198), but his vision of the truth of criminal trials as focused on the accuracy of the verdict might be seen as simply too narrow, not least because it is unable to account for matters of fundamental importance to criminal trials, such as the participation of the accused in criminal proceedings<sup>3</sup>. Criminal proceedings clearly have more than just instrumental value.

Duff (2023, p. 160), unsurprisingly in view of his pioneering work on trials and punishment<sup>4</sup>, endorses the idea that criminal proceedings aim at more than just the accuracy of the verdict. Such accounts, which see inherent value in criminal proceedings, face difficulties of their own, not least in explaining why particular procedures should be followed. Of central importance here, is the issue of the fact-finder's belief and specifically its relationship to knowledge or as Duff puts it:

We need to know why, if not for the sake of truth [in the sense presumably of the accuracy of the verdict on guilt], a criminal court should make knowledge its aim, and what this has to do with the accused's role in a trial (p. 161).

Duff (2023, p. 162) is sceptical about the idea that the right to effective participation is best grounded in concerns about avoiding wrongful convictions. Instead, he finds the answer to this question in his vision of criminal trials as a forum which 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 (p. 167).

---

<sup>2</sup> Weigend (2023, p. 191): «It is not quite clear to me what she would require for a “warranted true belief”, but it seems 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 fact-finder's belief».

<sup>3</sup> For detailed discussion, Duff *et al.* (2007).

<sup>4</sup> See inter alia Duff (1986; 2009; 2018).

He illustrates this in his reflections on the importance of the ensuring the fitness of the accused to plead (p. 162 ff.). It might be questioned, though, how this idea of being afforded the opportunity to offer an exculpatory answer to the charge differs from the obligation to afford the accused the right to be heard—the opportunity to respond to the prosecution’s case—which lies at the centre of the rights based regulation of criminal trials.

It is legitimate at this point, perhaps, to wonder whether these differences matter? Is this not an overly theoretical discussion of limited practical relevance? We all agree, after all, that accurate verdicts and fair proceedings are important. Weigend (2023), for instance, does not dispute that convictions will be wrongful if the fact-finder’s belief in the guilt in the accused is not formed in the correct way. He agrees that verdicts must be accurate and emerge from fair proceedings (p. 198). It is important to note, though, that the ways in which criminal trials are conceptualised have significant consequences in practice. According to Weigend, the «inadmissibility of relevant evidence, which impedes the criminal courts’ task to determine guilt and innocence based on the true facts», must be regarded as an «exception» to the commitment to the rule of law. He writes that: «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» (p. 197). This idea of some sort of substantive truth which is discoverable outside of the process of legal adjudication impacts on the manner in which evidential rules are designed and interpreted by the court, often leading to restrictions on prohibitions on the use of evidence or reliance on «problematic» evidence in the service of «truth» and to the idea of «criminals» escaping justice on technicalities. Weigend is bothered by the «amalgamation of epistemological and procedural elements in a single term» (p. 196), but the idea that there exists some sort of real truth which stands outside process seems to do disservice to the idea of (criminal) legal adjudication and the fundamental principles on which this is based.

## 2. PROCEDURALISM AND PROOF OF GUILT IN CRIMINAL TRIALS

Underpinning the various views on criminal proof are (unsurprisingly) differences in the conceptualisation of theories of truth. Weigend (2023, p. 190) agrees that «[s]tate 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 evidence» but he is sceptical of the relationship between process and truth<sup>5</sup>. He notes that while

Summers also mentions that a criminal judgment must be «correctly inferred from its premises» [...] she seems to require more than a proper correspondence between the trial evidence and

---

<sup>5</sup> Weigend (2023, p. 191): «Surely truth in any everyday sense cannot depend on the fairness of the process by which this belief has been formed [...] But Summers would probably respond that her idea of procedural truth differs from St. Thomas Aquinas’ concept truth as adequation *intellectus et rei*».

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. 191).

Correspondence—the idea of truth as corresponding to reality—is a deceptively common-sense notion<sup>6</sup>. Even leaving aside the theoretical and philosophical complexities of correspondence, though, it seems clear that the belief of the fact-finder in a criminal trial poses certain difficulties which are inherent in the nature of criminal trials. The belief in the guilt of an accused in the context of criminal proceedings in the rule of law is quite different from a belief such as that it is raining in Zurich. The belief in the guilt of an accused in a criminal trial is defined by its normativity and as such does not fit well with an idea of truth as correspondence which suggests an understanding of inquiries as «asocial and amoral»<sup>7</sup>.

This has led to a focus on alternatives, whereby procedure has come to take the place of substantive reasons. On this type of account, the «rightness» or «truth» of normative assertions or belief arises from the fact that they are accepted as based on rational reasons (Habermas, 1998). Such proceduralist theories seem to have close affinity with pragmatist ideas according to which truth is in some sense defined by process<sup>8</sup>, and which reject theoretical conceptions of truth as of limited assistance in social practices. The point seems to be not that the truth does not exist but that it exists in discussion about the things that matter to us as humans. This is presumably the kind of account that Duff has in mind in his focus on the criminal trial. For Duff, the criminal trial is a «public moral dialogue like that envisaged by Habermas, not something the state does to an accused, but something that is designed for the state, the accused, and his alleged victims to do together» (Cruft, 2011, p. 18).

There are, however, problems with this vision of truth in the context of criminal adjudication. Criminal trials are highly regulated, tightly structured affairs and difficult to reconcile with an idea of environment which might enable genuine, non-coercive discourse. One obvious response to this might be to argue that trials ought to be structured differently to allow for this type of discourse to take place. This, though, would be to fail to recognise the importance of the institutional design of criminal proceedings in the rule of law. In his work on what he has called «the modern reconstructive trial», which emerged in the nineteenth century, Lindsay Farmer (2007, p. 48 ff.), has drawn attention to the changes in what was being reconstructed and the manner in which this was to take place. He notes that the demands for re-

<sup>6</sup> According to the classical correspondence theory «a statement is true just in case it corresponds to a fact, and false just in case it does not correspond to a fact». Hintikka (2002, p. 238).

<sup>7</sup> See Habermas (1998) for the suggestion that there is no reality that corresponds to an evaluative standard.

<sup>8</sup> See *e. g.* James (1907, p. 97): «The truth of an idea is not a stagnant property inherent in it. Truth *happens* to an idea. It *becomes* true, is *made* true by events. Its verity *is* in fact an event, a process, the process namely of its verifying itself, its *verification*. Its validity is the process of its *valid-ation*». There seem to be parallels too with Putnam's fourth characteristic of pragmatism—the primacy of practice. For discussion, see Hildebrand (2000).

form were motivated by a feeling that the criminal justice system «resembled a lottery in which few offenders were detected, fewer still convicted, and capital punishment was inflicted on those unfortunates who did not have the social resources to make a successful plea for mercy» (p. 45). He has argued that the «transformation in crime and punishment was driven in large part by the desire to make punishment more certain and effective, but it was also concerned with the symbols of legal authority and the legitimacy of criminal justice» (p. 45). The «decline of the scaffold as the symbol of criminal justice and the move to secret punishments» led to a movement whereby the «spectacle of justice thus shifted from the scene of punishment to that of judgment» (p. 46); Farmer affords central importance, here, to the fact that «the case being tested was not only a legal one but was backed by the authority and power of the police». This meant that the testimony of the accused

was not so much a presentation of an opposing account of the events—as it would have been in an altercation trial—but something to be inserted into the account that had already been organized by the police and prosecution (p. 50).

The criminal trial «was seen as offering a window on society, enabling not only the punishment of individual wrongdoers but also representing the effectiveness of the system in detecting and punishing crime in general» even if «the accused became the subject of the trial only at the cost of a loss of autonomy» (Farmer, 2007, p. 58).

This account of the development of the criminal trial suggests that the focus on providing the accused an appropriate opportunity to challenge the case which had already been *prima facie* established by state investigation authorities. The introduction of defence counsel was of particular relevance in this regard. The assistance of counsel was of essential importance to allowing the prosecution's case to be challenged and thus to the presentation of the system of prosecution and punishment as legitimate. The introduction also allowed for the development of what is alternately characterised as the «right of the accused to remain silent» or more pejoratively as the «silencing of the accused». This idea of the right to be heard is thus very much tied to the idea of rights of the accused as «defence rights». This understanding of criminal trials seems far removed from the idea of criminal trials as designed to foster genuine, non-coercive communication between the State authorities and the accused. Nor is it easy (even in a «decently just society») to reconcile with Duff's (2023, p. 165) suggestion that «someone charged with a crime has a duty to answer the charge in the criminal court».

Post-metaphysical accounts of truth and (legal) process might be seen to be driven by recognition of the importance of conceptualising (legal) decision making as a social practice undertaken by humans. This is of central importance and is clearly highlighted in Gless' (2023, p. 177) consideration of the possibility of robot judges and her conclusion that: «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». It seems questionable, though, whether these accounts go far enough in acknowledging the principles on

which they are based: «A procedure such as discourse implies normative premises that cannot themselves be the product of consensus-building procedure, because they constitute the procedure in the first place» (Mahlmann, 2015, p. 445)<sup>9</sup>. This necessitates reliance on other notions, such integrity, which are inevitably criticised though as blurry and difficult to define. This suggests that it is necessary to consider the distinctiveness of the practice of criminal adjudication and the principles on which it is based.

### 3. BEYOND PROCEDURALISM: THE RIGHT TO A DEFENCE

Criminal proceedings in the rule of law differ from other types of legal proceedings, not least because of the role of the State and the State's monopoly on the attribution of liability and imposition of punishment. The State exercises its powers of prosecution and punishment on behalf of the inhabitants of the State. This gives rise to a conceptualisation of criminal trials as a process involving collective «blaming», whereby public wrongs deserving of censure are identified and sanctioned. It is important to keep in mind here too that: «Trials are never exclusively about the identification and punishment of wrongdoers; they are always also about the relation between the legal and social order» (Farmer, 2007, p. 47).

It should come as little surprise, that the normative demands placed on criminal proceedings are unique and thus should not be understood as simply «going beyond» those imposed in the context of other types of legal adjudication. This is illustrated too by the regulation of criminal proceedings in the Universal Declaration on Human Rights (UDHR). During the drafting process and in the context of meetings of the temporary working group established by the Drafting Committee in 1947, Professor Cassin suggested that the UDHR include distinct provisions for criminal and civil cases<sup>10</sup>. In the end, it was decided to set out a general fair trial provision, which became Article 10 UDHR and to create a specific article to regulate the guarantees in criminal proceedings, which subsequently became Article 11 UDHR<sup>11</sup>.

Decisions on the guilt of an individual must be made within what Jackson (2023, p. 182) refers to as «a shared normative framework of procedural justice». This is reflected in the human rights regulation which requires not just that procedural rights

<sup>9</sup> «Ein Verfahren wie der Diskurs impliziert nämlich normative Prämissen, die selbst nicht das Produkt des Verfahrens der Konsensbildung sein können, weil sie dies Verfahren allererst konstituieren». See also Mahlmann (2023, p. 291).

<sup>10</sup> See for discussion Weissbrodt and Hallendorff (1999, p. 1069).

<sup>11</sup> Article 11 sets out what might be understood to constitute a right to a defence in criminal proceedings: «1. Everyone charged with a penal offense has the right to be presumed innocent until proved guilty according to law in a public trial which he has had all the guarantees necessary for his defense. 2. No one shall be held guilty of any penal offense on account of any act or omission which did not constitute a penal offense, under national or international law, at the time it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the penal offense was committed».

be afforded to individuals in criminal trials (expressed in the idea of fairness) but also in the prohibition on the attribution of criminal liability in the absence of law and culpability (in the narrow sense of *Schuld/ normative attribution*) and in the idea that proof of guilt (including but not limited to proof of culpability) must be established in these proceedings. Taken together these principles amount to a *right to a defence* according to which the aim of the criminal trial is to afford the accused the right to be heard and to respond to the prosecution's case within a particular institutional environment able to meet the demands of justice and equality. The idea of the right to be heard lies at the heart of this idea of legal proceedings and in the criminal context means that liability can only be attributed in proceedings in which the person is able to exercise these rights. This explains why only those who are fit to plead can be held accountable. Of central importance to this idea of the right to a defence is acknowledgement of the importance of avoiding wrongful convictions and of the idea therefore that it is better for a guilty person to be acquitted than for an innocent person to be convicted.

Weigend (2023, p. 191) is unconvinced that there can be said to be «any meaningful substantive connection» between the presumption of innocence and the prohibition on punishment without law<sup>12</sup>. This link, though, seems difficult to refute to the extent that the prohibition on the attribution of criminal liability in the absence of law also embodies a prohibition on the attribution of criminal liability in the absence of culpability (in the sense of *Schuld/ normative attribution*); while the presumption of innocence prevents a finding of guilt (including proof of *culpability*) in the absence of proof in accordance with the law. The link between these principles is evident in the case law of the European Court of Human Rights which has held that the attribution of liability in the absence of proof of *culpability* might violate Article 6(2) ECHR and/ or Article 7(1) ECHR<sup>13</sup>.

Weigend (2023, p. 192) suggests, too, that it makes little sense to discuss the burden of proof as being borne by the prosecution in criminal cases in Germany as «this is a matter exclusively relevant for the adversarial criminal process» as «no one bears the burden of proof». This, though, seems to be more a matter of semantics than of principle, at least if the asymmetry in the evaluative treatment of wrongful convictions and wrongful is accepted. The prosecution's failure to provide sufficient evidence will result in an acquittals. There is no getting round the fact that this idea is common to all modern European criminal procedural systems, irrespective of whether one wants to characterise these as inquisitorial or accusatorial in nature.

<sup>12</sup> «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 poena poene sine lege*)».

<sup>13</sup> Contrast for instance *GIEM SRL and Others v Italy* [GC] App nos 1828/ 06, 34163/ 07, and 19029/ 11, 28 June 2018 (violation of Art 7 ECHR) and *AP, MP and TP and EL, RL and JO- L v Switzerland*, 29 Aug 1997, Reports 1997- V (violation of Article 6(2) ECHR).

#### 4. THE RIGHT TO A DEFENCE AND PROOF OF GUILT

Why should a criminal court «make knowledge its aim and what this has to do with the accused's role in the trial?» (Duff, 2023, p. 161). Duff notes that it is the commitment to knowledge which 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 reasons (p. 160).

Jackson (2023, p. 185) agrees that justified punishment depends on the fact-finder establishing true belief for distinct reasons following a particular process but notes that «it is not altogether clear why the epistemic support required beyond belief must be knowledge». Duff meanwhile suggests that we might say that:

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 punished) than it imposes on other individuals (Summers, 2023, p. 265, drawing on Dworkin, 1985, p. 82).

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 6 (Duff, 2023, p. 161).

The principle that it is better that a guilty person be acquitted than that an innocent person be convicted is an expression of the notion that the State is only entitled to convict a person of a criminal offence «if it is known that he is guilty of that offence» (Tadros and Tierney, 2004, p. 402). The criminal court must make knowledge its aim in order to do justice to the right to a defence. A verdict will only succeed if the verdict was founded on appropriate reasons following a process during which the accused had the opportunity to be heard and to respond to the prosecution's case. Jackson sets out an example of a case in which a defendant is convicted on evidence that is tainted or unreliable and questions why if the defendant was in fact guilty the conviction should be viewed as «wrongful in rule of law terms» (Jackson, 2023, p. 185, discussing an example from Duff *et al.*, 2007, p. 91). The problem here, though, is that the verdict was based on fortuitously true beliefs that did not constitute knowledge and is thus incompatible with the idea of the right to a defence.

Weigend (2023, p. 193) is worried that the «knowledge» standard is «difficult to apply to a complex subject matter such as a person being guilty of a crime». «Can a judge ever know (*i. e.* be completely certain)», he asks, «that defendant D at a certain time and place hit and injured V, and was not justified by self-defence when he did so?». But he seems here to be making too many demands of knowledge. As Tadros and Tierney (2004, p. 402, citing McDowell, 1998) note: «Knowing *p* does not imply that the knower is 100 per cent certain of *p*. I may know that the world is

round without being 100 per cent certain that the world is round»<sup>14</sup>. Adherence to the knowledge requirement does not imply any sort of commitment to infallibility. Someone might be justified in claiming that they know something even if they are in fact wrong... «The standard of knowledge does not entail that there will be no wrongful convictions» (p. 402).

## 5. CONCLUSIONS AND IMPLICATIONS

Criminal trials might be understood to contain «some inner essence» (Jaconelli, 2003, p. 18) but there can be little doubt that they have taken on different forms at different times. This account of criminal trials as designed to enable the right to a defence is grounded in an understanding of criminal trials in the rule of law which has its roots in the political developments of the nineteenth century. In this sense it is perhaps narrower than Duff *et al.* (2007) vision of criminal trials as a process of calling to answer. It has the advantage, however, of being more closely aligned with the practice of criminal proceedings and punishment. Acceptance of this type of account of criminal proceedings might give rise, as Jackson (2023, p. 186) suggests, to a number of implications in practice. The issue of reconciling jury verdicts with an obligation to give reasons is of perennial concern and needs to be considered carefully depending on the regulation in each particular jurisdiction. Jackson is also certainly right to draw attention to the implications for the regulation of summary or abridged proceedings, which is a matter of very real concern (p. 186). His suggestion that pretrial judges could be used to prepare judgments based on pretrial evidence, however, seems *prima facie* difficult to reconcile with the right to a defence (p. 187). Gless (2023) meanwhile looks to the future and to a possible role for robots in legal adjudication. She argues convincingly that fact-finding is a human process and states that as long as robots cannot explain their beliefs, they cannot assist criminal proofs (p. 172, 177). This underscores the idea of truth finding in criminal trials as a human exercise, as, in the words of Gless, a process which allows for «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» (p. 177).

## BIBLIOGRAPHY

- Cruft, R. (2011). Introduction. In R. Cruft, M. H. Kramer and M. R. Reiff (Eds.), *Crime, Punishment, and Responsibility: The Jurisprudence of Antony Duff*. Oxford University Press.
- Duff, R. A. (1986). *Trials and Punishments*. Cambridge University Press.
- Duff, R. A. (2009). *Answering for Crime*. Hart Publishing.
- Duff, R. A. (2018). *The Realm of Criminal Law*. Oxford University Press.

<sup>14</sup> Tadros and Tierney citing McDowell for the idea that it is thus preferable to conceptualise knowledge in qualitative rather than quantitative terms.

- Duff, R. A. (2023). What's so Special about the Criminal Trial? A Comment on Sarah Summers «Epistemic Ambitions of the Criminal Trial: Truth, Proof, and Rights». *Quaestio Facti: International Journal of Legal Reasoning*, 5, 159-168.
- Dworkin, R. (1985). *A Matter of Principle*. Harvard University Press.
- Farmer, L. (2007). Criminal Responsibility and Proof of Guilty'. In M. D. Dubber and L. Farmer (Eds.), *Modern Histories of Crime and Punishment*. Stanford University Press.
- Farmer, L. (2016). *Making the Modern Criminal Law*. Oxford University Press.
- Gless, S. (2023). 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 Trials: Truth, Proof, and Rights». *Quaestio Facti: International Journal of Legal Reasoning*, 5, 169-179.
- Habermas, J. (1998). *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy* (trans. W Rehg). MIT Press.
- Hildebrand, D. L. (2000). Putnam, Pragmatism, and Dewey. *Transactions of the Charles S. Peirce Society*, 36(1), 109-132.
- Hintikka, J. (2002). What Is Truth? Stay for An Answer. In R. Schantz (Ed.), *What Is Truth?* Walter de Gruyter.
- Jackson, J. D. (2023). Truth, Proof, Rights and the Rule of Law in Criminal Adjudication. A Comment on Sarah Summers «Epistemic Ambitions of the Criminal Trials: Truth, Proof, and Rights». *Quaestio Facti: International Journal of Legal Reasoning*, 5, 181-188.
- Jaconelli, J. (2003). What Is a Trial? In M. Mulholland and B. Pullan (Eds.), *The Trial in History: England and Europe from the Thirteenth to the Seventeenth Century*. Manchester University Press.
- James, W. (1907/1975). *Pragmatism: A New Name for Some Old Ways of Thinking*. Longmans, Green & Co.; reprinted Harvard University Press.
- Mahlmann, M. (2015). *Theorie und Verfahren*. In P. Breitschmid, I. Jent Sorensen, H. Schmid and M. Sogo (Eds), *Tatsachen – Verfahren – Vollstreckung*. Festschrift für Isaak Meier. Schulthess
- Mahlmann, M. (2023). *Mind and Rights. The History, Ethics, Law and Psychology of Human Rights*. Cambridge University Press.
- Summers, S. (2023). The Epistemic Ambitions of the Criminal Trial: Proof, Truth and Rights. *Quaestio Facti: International Journal of Legal Reasoning*, 4, 249-271.
- Tadros, V. and Tierney, S. (2004). Presumption of Innocence and the Human Rights Act. *Modern Law Review*, 67(4), 402-434.
- Weigend, T. (2023). Accuracy and Fairness—Siamese Twins? A Comment on Sarah Summers «Epistemic Ambitions of the Criminal Trial: Truth, Proof, and Rights». *Quaestio Facti: International Journal of Legal Reasoning*, 5, 189-199.
- Weissbrodt, D. S. and Hallendorff, M. (1999). *Travaux Préparatoires* of the Fair Trial Provisions—Article 8 to 11—of the Universal Declaration of Human Rights. *Human Rights Quarterly*, 21(4), 1061-1096.
- Cases and Legislation
- AP, MP and TP and EL, RL and JO- L v Switzerland*, 71/1996/690/882, European Court of Human Rights, 29 August 1997.
- GIEM SRL and Others v Italy*, n° 1828/ 06, 34163/ 07, and 19029/11, European Court of Human Rights, 28 June 2018. United Nations. (1948). *Universal Declaration on Human Rights* [UDHR]. <https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/2021/03/udhr.pdf>



CIENCIA  
PARA EL PROCESO



## A MANERA DE INTRODUCCIÓN DE LA SECCIÓN A PROPÓSITO DEL CONTENIDO DE LOS INFORMES PERICIALES

Carmen Vázquez

Profesora de la Universitat de Girona  
Investigadora de la Càtedra de Cultura Jurídica

La calidad de las pruebas periciales debe ser valorada por la persona juzgadora que resuelve el caso y en muchas ocasiones se cuestiona su capacidad para realizar esta tarea que nuestros sistemas jurídicos claramente le asignan. Sin embargo, antes de cuestionar esa capacidad, quizá valdría la pena preguntarnos si los jueces son bien informados sobre el razonamiento que llevan a cabo los peritos en el análisis de los casos en los que participan. Como sugiere Ron Allen (1994), conviene preguntarnos si las deficiencias de los juzgadores no son más bien informativas antes que cognitivas. Para ello, hay que tomar en cuenta que la información relevante sobre lo hecho y dicho por el perito ingresa al proceso al menos de dos maneras: los informes periciales y el debate en el juicio oral.

Es curioso advertir el devenir de nuestros sistemas jurídicos con estas fuentes de información pericial. Hasta hace relativamente muy poco, la prueba pericial había sido reducida al informe brindado por los expertos, al punto de que algunos ordenamientos hablaban explícitamente de «la prueba del informe pericial», lo que suponía que el perito no tenía la obligación de comparecer en juicio oral para ser cuestionado o para explicar con mayor detalle lo escrito en ese documento. Actualmente, por el contrario, hay sistemas jurídicos que prevén que la decisión judicial solo puede sustentarse en lo dicho por el perito en el juicio oral, sin que se tome en consideración el informe en sí mismo. Ambos extremos me parecen un error si consideramos que tanto el informe como las declaraciones en juicio oral del perito son claramente

fuentes de información relevante para la decisión, y que ambas son imprescindibles, especialmente dado el carácter lego de la persona juzgadora que, paradójicamente, tantos cuestionamientos ha generado. Si nos preocupamos porque la persona que va a decidir es lego en el conocimiento experto, ¿no sería adecuado ocuparnos de que tenga acceso a toda la información empleada por el perito y el razonamiento expresado tanto en el informe como en su deposición oral?

Al respecto, vale la pena traer aquí a colación el trabajo de FosterLee, Horowitz, Athaide-Victor y Brown (2000). Allí se publican los resultados de un estudio empírico con jurados simulados (*mock jurors*) en el que a un grupo se les dio un escrito que resumía el testimonio de un experto antes de que testificara, mientras que a otro grupo no se le dio esta herramienta y solo escuchó lo que dijo el perito en juicio oral. El estudio sugiere que los jurados que recibían informes escritos mostraban una mayor comprensión de lo dicho por el perito:

La presentación de las declaraciones antes del testimonio y del contrainterrogatorio proporcionó a los jurados un esquema que les permitió distinguir más eficazmente entre las reclamaciones de cuatro demandantes con méritos diferentes porque procesaron más información que otros jurados que contribuía a la prueba de los hechos. Los jurados que recibieron declaraciones escritas antes del testimonio consideraron que las pruebas eran más comprensibles que otros jurados. Los miembros del jurado que recibieron declaraciones escritas tras la declaración y el contrainterrogatorio fueron capaces de diferenciar entre los demandantes con lesiones más graves y los menos graves, mientras que los miembros del jurado que no recibieron ninguna declaración escrita no fueron capaces de diferenciar entre ninguno de los demandantes con méritos diferentes.

Hay que resaltar que en el estudio se entregó a los jurados un resumen de lo que declararían el perito en juicio oral (no propiamente un informe pericial completo) y, además, que explícitamente se pidió que no contenga ningún tipo de conclusión sobre el veredicto. No obstante, lo relevante es precisamente el resultado en la aprehensión de información que podría ser compleja: favoreció claramente la comprensión de los jurados.

Este tipo de investigaciones podrían constituir una respuesta a aquellas voces que defienden que los jueces no deben tener acceso al informe pericial porque solo deben tomar en cuenta lo dicho en el juicio oral. Por supuesto, nadie duda que se debe tomar en consideración lo dicho oralmente, pero no solo eso es relevante pues, como muestra el estudio empírico citado, hay información previa que puede contribuir muy favorablemente a una mejor comprensión de lo que se debatirá en juicio, dando un contexto al oyente y evitando que la información brindada en el momento confunda o sea simplemente ignorada. Si lo que preocupa es que la información contenida en el informe pueda predisponer o sesgar la captación de la información de la deposición oral del perito, hay algunas opciones alternativas, que el propio estudio señala, como no informar por escrito de las conclusiones, o incluso dar acceso al informe después del juicio oral (que no siendo lo ideal, parece mucho mejor que no dar ningún acceso al mismo). En todo caso, haríamos muy bien los juristas en diseñar nuestros ordenamientos tomando en cuenta las características reales de los seres humanos que participan en ellos, no pensando en una suerte de seres ideales inexistentes o que son muy excepcionales:

por ejemplo, que cualquier lego va a ser capaz de comprender a un experto sin ningún contexto previo y con independencia de la complejidad de sus afirmaciones. Hay que tomarse muy en serio los resultados de estudios que muestran cómo razonamos, cómo memorizamos, etc., las personas en general, lo que hace que sea indiferente si los estudios se hacen pensando en jurados o en jueces profesionales.

Si asumimos la importancia del acceso judicial al informe pericial, corresponde ahora ocuparnos de su contenido. En efecto, si el contenido es incompleto, podríamos encontrarnos en la situación de que las personas juzgadoras no le atribuyeran sistemáticamente valor probatorio, o que consideren que sus lagunas impiden garantizar el derecho de defensa de las partes. Entiéndase bien, de ninguna manera estoy sosteniendo que la falta de información relevante en un informe pericial es una mera formalidad a la que las personas juzgadoras no deberían darle importancia. Todo lo contrario: ¿cómo un juez podrá valorar racionalmente información que no se le ha presentado o una parte defenderse adecuadamente si desconoce qué información funda las pruebas en su contra? Por ello, es crucial preguntarnos qué información mínima debería contener un informe pericial.

En la «Guía sobre el contenido de los informes periciales y su impacto en el debido proceso» (Vázquez, 2023) he presentado una propuesta del contenido que considero que debería tener un informe pericial para ser compatible con el debido proceso. Esto último quiere decir que los informes periciales deben ofrecer al menos cierta información relevante sobre el razonamiento de los peritos que permita, por un lado, ejercer adecuadamente el derecho de defensa a las partes y, por otro lado, que los jueces puedan cumplir con la obligación de valorar racionalmente este tipo de pruebas. Dicha información debe versar no solo sobre quién es el sujeto que realiza la prueba pericial, sino qué fundamentos tiene para afirmar lo que está afirmando. Así pues, según propuesta mencionada, todo informe pericial debería contener:

1. La determinación del objeto del peritaje.
2. La información que sobre el caso se ha considerado relevante para realizar el análisis respectivo.
3. La información que permita considerar que el perito es experto en el ámbito específico relevante para el objeto del peritaje y en el uso de métodos o técnicas empleados en él.
4. La identificación de todas las personas que han participado en el análisis pericial y la información que permita considerar que son expertas en la tarea realizada. Se debe especificar qué concretas tareas llevaron a cabo cada una de las personas participantes.
5. La descripción clara y comprensible de los métodos, técnicas, teorías, etc., empleadas para analizar los hechos concretos del caso y se debe señalar, además, cuál es la mejor evidencia disponible sobre la validez y fiabilidad de aquellos.
6. La referencia detallada de todo el conjunto y origen de los datos del caso concreto, así como los razonamientos efectuados durante su análisis. Esta información

debe incluir la documentación sobre las muestras, las entrevistas, los modelos, las bases de datos, las fotografías, los planos, la información clínica y, en general, todo aquello que se originó o empleó en el análisis del caso.

7. Las conclusiones, que deben resultar de la información detallada a la que se refieren los puntos 3, 5 y 6.

Todo el razonamiento pericial ha de ser explicitado de tal forma que debe permitir que otros peritos o expertos puedan contrastarlo a partir de la información dada en el informe. Por ello, en los casos en que se hayan empleado, en un anexo se deben incorporar las entrevistas, fotografías, estudios clínicos y demás información relevante obtenida sobre el caso durante las operaciones periciales.

Esto último sería la regla de oro para poder considerar que el informe es compatible con el debido proceso: la información que contiene tiene que permitir a otros evaluar si lo hecho y dicho por el perito es correcto, si la información es completa, si las conclusiones están fundadas, etc.

Por supuesto, no he sido la primera en plantear la importancia que tiene ofrecer información relevante sobre el razonamiento pericial ni en analizar qué debe contener un informe realizado por expertos que participan en el proceso judicial. Es más, algunas normativas procesales dan respuesta, con mayor o menor tino, a estas cuestiones. Así puede verse, por ejemplo, en el Código General del Proceso colombiano (art. 226), el Código Procesal Civil brasileño (art. 473) o el actual Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española. Desafortunadamente, ninguna de ellas prevé las consecuencias de su incumplimiento, dejando al arbitrio de cada persona juzgadora la importancia que le dé a la ausencia de información relevante en el informe.

En mi caso, para plantear la propuesta, tuve acceso a un buen número de informes periciales mexicanos, de áreas del conocimiento muy distintas y también de jurisdicciones variadas. A partir de esa base, mi diagnóstico fue que tenemos un serio problema por la omnipresencia de informes periciales que simple y llanamente no informan y, por tanto, resultan incompatibles con el debido proceso. Una situación que me parece muy alarmante. Este diagnóstico lo compartí con los estudiantes de la 7ª generación del máster en razonamiento probatorio y ahí encontré que prácticamente todos participaban de esta conclusión desde sus experiencias en diversos países. Ello me llevó a plantear como parte de la evaluación de mi asignatura que los estudiantes analizaran informes periciales reales de sus países. Finalmente, al ver la calidad de muchos de los trabajos presentados, propuse que se sometieran a *Quaestio Facti* para su publicación, pasando, obviamente, por la revisión doble ciego de la revista. El resultado que ahora se publica en esta Sección, pues, inició su andadura en las aulas de la Universidad de Girona.

El lector podrá encontrar en esta Sección tres trabajos que analizan informes periciales que provienen de tres ámbitos del conocimiento: las ciencias forenses, la psicología y la medicina. Proviene también de tres países diferentes: México, Chile y Argentina. Como el lector podrá ver, en todos ellos se enfatiza la importancia de que un informe pericial tenga la información necesaria para que pueda ser primero debatido y luego valorado.

Alejandra Esparza analiza un informe pericial en un caso de pérdida de patria potestad; obviamente se trata de una decisión muy relevante al estar en juego la relación paterno-filial. Estamos ante un tipo de casos para el cual muy probablemente nos plantearíamos la necesidad de un estándar de prueba alto, dados los bienes jurídicos en juego y el alto costo de los errores para la vida tanto del padre como de la hija. No obstante, el caso parece haberse decidido fundamentalmente sobre la base de un informe pericial ampliamente deficiente, entre otras cuestiones porque:

— La persona que fue nombrada perito era psicóloga, pero no hay información en el caso sobre si era especialista en niños y niñas. Como sucede en una gran cantidad de casos, y muy probablemente sea así debido a nuestra *incultura* sobre las especialidades de la psicología, se acude a cualquier profesional de esta área que simple y llanamente tenga un genérico título en psicología<sup>1</sup>.

— El objeto del peritaje de alguna manera invade la función jurisdiccional pues se le pidió a la perita que indicara, luego de leer el expediente judicial y la carpeta de investigación, a quién señalaba la niña como su agresor. Uno debe preguntarse no solo si esa es una función pericial, sino si la propia petición no está ya sesgada al dar por hecho que la niña había sido agredida.

— La metodología empleada por la perita es solo enlistada, sin dar información sobre su relevancia para el caso (¿por qué esos test y no otros?) y mucho menos brinda información sobre la fiabilidad de test que buena parte de la comunidad experta cuestiona por su poca o nula fiabilidad.

— La perita llega a conclusiones realmente sorprendentes si tomamos en consideración la poca información que brinda en su informe y, además, las blindas con el «halo de la certeza», diciendo que sus conclusiones alcanzan un nivel de certeza.

Por supuesto, un lecto avezado en estos temas sabrá que la única certeza que podría estar declarando es su subjetividad o su certeza moral, porque no hay certezas racionales. Desde el punto de vista científico no hay nada menos científico que aludir a certezas cuando se sabe que solo podemos aspirar a probabilidades. Todos los métodos, técnicas, teorías tienen un espacio para el error, son falibles.

Por su parte, Jorge Urrea analiza un informe pericial en materia médica en uno de los tantos lastimosos casos de feminicidio que tienen lugar cada día en la región latinoamericana. Sobre este peritaje se ciernen muchas dudas que están relacionadas también con aspectos tan básicos como el objeto del peritaje o las credenciales del experto para pronunciarse sobre determinados temas. Así, por ejemplo:

---

<sup>1</sup> Podemos pensar este tipo de casos en analogía a nuestro mundo jurídico y sería algo muy parecido a si un día necesitaríamos un abogado especialista en derecho familiar y para ello solo nos fijáramos en la titulación del grado o licenciatura, pudiendo tener como resultado que acudiéramos, por ejemplo, a un fiscalista o a un penalista que no supiera de derecho familiar, por más que hubiera estudiado alguna(s) materia durante la carrera. ¡No tiene sentido! En la psicología hay especialidades muy diversas y a ello deben prestar atención los juristas: no cualquier psicólogo es válido para el análisis de cualquier caso.

— A la perita se le pide estudiar los antecedentes medicolegales correspondientes para determinar cuál fue la causa de la muerte y si hubo participación de terceros. Nuevamente, estamos ante un objeto del peritaje cuestionable pues al parecer lo que se le solicita es que analice la carpeta de investigación y sobre dicha información concluya. ¿No es esa la tarea que le correspondería hacer precisamente al juez?

— No se identifican, mucho menos se explican adecuadamente, los métodos o técnicas empleados para llegar a una conclusión.

La ausencia de información tan básica como la correcta y minuciosa descripción de los métodos empleados y los datos sobre su fiabilidad debería escandalizarnos, pensando cómo entonces se están decidiendo los casos, o cómo es que estamos garantizando a las partes el acceso a información relevante para plantear y llevar a cabo su adecuada defensa.

Afortunadamente, el caso analizado por Matías Meza nos devuelve un poco la esperanza, al mostrar un ejemplo sobre cómo sí se hacen informes periciales que no solo informan de las cuestiones relevantes, sino que incluso pueden ir más allá de los mínimos. Así, vemos como:

— Se trata de un informe que no solo enlista las técnicas o métodos empleados, sino que hay una descripción del instrumental y la técnica para el tratamiento que se hizo de las muestras, sus lineamientos y aclaraciones.

— Y resalta el desarrollo de explicaciones que buscan ayudar a la persona juzgadora a hacer una interpretación correcta de los resultados.

Por supuesto, habría que ver después las implicaciones que tiene que se disponga de un informe pericial que informe, es decir, si dicho informe es bien cuestionado por las partes y si incentiva la comprensión (antes que la deferencia) de la persona juzgadora. Pero esa segunda parte no es ahora el objetivo de estos trabajos que pretenden incentivar el debate sobre el contenido de los informes periciales y sus consecuencias para el debido proceso.

Esperamos que al lector le sean de interés estos trabajos y que le ayuden a identificar las deficiencias en aquellos informes que enfrenta día a día en su práctica. Si entre todos lo hacemos, es probable que logremos cambiar las dinámicas de mal funcionamiento de nuestros sistemas jurídicos en una cuestión tan básica.

## BIBLIOGRAFÍA

- Allen, R. (1994). Expertise and the 'Daubert' Decision. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 84(4).
- FosterLee, L., Horowitz, I., Athaide-Victor, E. y Brown, N. (2000). The Bottom Line: The Effect of Written Expert Witness Statements on Juror Verdicts and Information Processing. *Law and Human Behavior*, 24(2).
- Vázquez, C. (2023). *Guía sobre el contenido de los informes periciales y su impacto en el debido proceso*. Consejo de la Judicatura Federal y Escuela Federal de Formación Judicial.

## DEFICIENCIAS DE UN DICTAMEN PERICIAL EN PSICOLOGÍA. ANÁLISIS CRÍTICO A PROPÓSITO DE UN CASO EN MATERIA FAMILIAR

Fátima Alejandra Esparza López\*  
alejandra.esp.lo@gmail.com

**RESUMEN:** El presente trabajo tiene como objetivo analizar un dictamen pericial en psicología, practicado a las partes involucradas en una controversia en materia familiar, regida bajo la ley procesal civil de una de las entidades federativas de México. En conflictos judiciales de esta naturaleza, el ofrecimiento y desahogo de pruebas periciales en psicología es bastante común, sin embargo, pese a su importancia, la incorporación al proceso, así como el desahogo de esta prueba suele tener deficiencias que impactan directamente en la etapa de valoración y que, si bien, en algunos casos son subsanables, existen otros en los que es prácticamente imposible extraer información que abone a la búsqueda de la verdad. Este análisis de un caso en concreto sirve para señalar errores que frecuentemente se comenten cuando se introduce en el proceso una pericial a cargo de un experto en psicología.

**PALABRAS CLAVE:** informe pericial, psicología, menores de edad, contenido mínimo, razonamiento experto.

### DEFICIENCIES IN A PSYCHOLOGICAL EXPERT OPINION. CRITICAL ANALYSIS IN REGARD TO A FAMILY LAW CASE.

---

\* Licenciada en Derecho por la Universidad de Guanajuato. Alumna del Máster en Razonamiento Probatorio de la Universidad de Girona.

**ABSTRACT:** The present work aims to analyze an expert opinion in the field of psychology, conducted on the parties involved in a family law dispute governed by the civil procedural law of one of the federal entities in Mexico. In legal conflicts of this nature, the presentation and examination of psychological expert evidence are quite common. However, despite its importance, the introduction and examination of this evidence often have deficiencies that directly impact the evaluation stage. While, in some cases, these deficiencies are correctable, there are others where it is practically impossible to extract information that contributes to the search for truth. This analysis of a specific case serves to highlight errors that are frequently made when introducing an expert psychological opinion into the legal process.

**KEYWORDS:** expert report, psychology, children, minimum content, expert reasoning.

**SUMARIO:** 1. LOS HECHOS.— 2. EL CUESTIONARIO.— 3. LA CONFORMACIÓN DE LA PRUEBA.— 4. CONCLUSIONES DEL DICTAMEN.— 5. ANÁLISIS DEL DICTAMEN: 5.1. Control de admisibilidad. 5.2. Contenido del dictamen: 5.2.1. *La información que permita considerar que el perito es experto en el ámbito específico.* 5.2.2. *La descripción del objeto del peritaje y la(s) hipótesis que el experto debe corroborar mediante las operaciones periciales.* 5.2.3. *La descripción clara y comprensible de los métodos, técnicas, teorías, etc., empleadas para analizar los hechos.* 5.2.4. *La referencia detallada de todo el conjunto y origen de los datos del caso concreto, así como los razonamientos efectuados durante su análisis.*— 6. CONCLUSIÓN.— BIBLIOGRAFÍA.

## 1. LOS HECHOS

Norma, en representación de su hija Ana, quien en ese momento tenía cinco años, demandó de Gustavo, padre de la niña, la pérdida de la patria potestad que ejercía sobre esta.

La actora fundó su pretensión en la hipótesis prevista en el Código Civil de su localidad, que establece como causa de pérdida de la patria potestad las «costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes, [cuando] pudiera comprometerse la salud, seguridad o la moralidad de los hijos».

Norma narró en su demanda que ella y el demandado se divorciaron cuando Ana tenía dos años. En el convenio de divorcio se estableció que Gustavo conviviría con ella todos los fines de semana y las visitas se desarrollarían en el domicilio de los padres de este.

Un día, cuando Norma bañaba a Ana, notó que tenía enrojecida el área de la vulva; al preguntarle a la niña si le dolía contestó que sí y, además, dijo «papá», lo cual generó suspicacia en Norma sobre la posible conducta de Gustavo. A partir de ese episodio en la ducha, la niña se resistía a ir con su padre, pese a que antes no había tenido problema durante la convivencia con él.

Norma llevó a Ana con el pediatra para que la revisara, quien le refirió que la niña presentaba una infección vaginal que podía deberse a dos posibles causas: el uso

del pañal o por abuso sexual. Inclined por la segunda hipótesis, la actora acudió al Ministerio Público a presentar denuncia contra Gustavo.

Por su parte, el padre de la niña, al contestar la demanda, negó los hechos que se le atribuyeron y, además, reconvinó de la actora la reanudación de la convivencia con Ana.

Para demostrar la posible existencia —o inexistencia— del abuso sexual en contra de Ana, ambas partes ofrecieron la prueba pericial en psicología, con el objetivo de que se determinara si la niña presentaba las características típicas de un menor de edad que ha sufrido abuso sexual infantil (en adelante ASI); ello, a fin de decidir sobre la procedencia de la pérdida de la patria potestad y la reanudación de la convivencia entre el padre y la hija.

Debido a que Gustavo no propuso a ninguna persona experta, la prueba se desahogó de manera unitaria, con el dictamen de la psicóloga designada por Norma, la parte actora.

## 2. EL CUESTIONARIO

Entre los cuestionamientos que las partes propusieron a la perita y sobre los cuales versaría la prueba fueron:

### a) Respecto de Gustavo:

— Determinar si presentaba problemas de carácter psicológico, traumas o desórdenes de personalidad y, en su caso, indicar si la problemática ha afectado sus relaciones interpersonales.

— Si hay presencia de alteraciones en su conducta que pusieran en riesgo la estabilidad emocional, psicológica, social e integridad física de Ana.

— Explicar cómo ejerce la paternidad y si durante el tiempo que convivió con su hija desarrolló un vínculo afectivo con esta.

— Indagar si Gustavo besó a su hija en la boca y por qué lo afirmó así en la carpeta de investigación seguida en su contra, con motivo de la denuncia que presentó Norma.

### b) Respecto de Ana:

Luego de revisar las constancias del expediente, así como la carpeta de investigación seguida contra Gustavo, la experta debía:

— Indicar si la niña reveló que sufrió abuso sexual por parte de su padre y, en su caso, a quién dio a conocer el suceso.

— Si existen elementos que configuren evidencias de ASI.

— Responder a quién señala la niña como su agresor.

- Si es conveniente para Ana la convivencia con su padre.
- Informar sobre el pronóstico psicológico, emocional y de desarrollo psico-sexual de la niña.
- Si encuentra rasgos de alienación parental en Ana y hacia quién se encontraban dirigidas esas conductas.
- Precisar los signos cognitivos, verbales y emocionales de la menor de edad, derivados del abuso sexual.

### 3. LA CONFORMACIÓN DE LA PRUEBA

La persona experta refirió que la metodología consistiría en entrevistar por separado a las partes y aplicarles una serie de baterías de preguntas; para ello, explicó en qué consistía cada una de las pruebas y los indicadores que evaluaban. Sin embargo, omitió mencionar la teoría o enfoque psicológico con base en el cual orientaría su análisis; sino que se limitó a explicar la forma en que efectuaría las pruebas.

En ese contexto, a Ana se le aplicó el test Inventario de Frases, test de abuso infantil, test House, Tree, Person y el test de fábulas de Düss. Mientras que a Gustavo se le practicó la prueba de valores Hartman, el test de rasgos temperamentales de Thurstone; el test de Inventario Multifásico de Personalidad de Minnesota, test Escala de Ansiedad de Hamilton y el test de Escala de Parentalidad Positiva.

También evaluó la actitud del padre y la hija durante sus respectivas entrevistas, en las que realizó preguntas sobre aspectos de la vida personal de cada uno. Así, la psicóloga indicó que la niña se mostró interesada en el proceso, participativa, accesible y cooperativa; sin embargo, Gustavo se mostró arrogante, poco cooperativo y con dificultad para seguir instrucciones.

En el dictamen se transcribió el contenido de las entrevistas, en las que se advierte que la perita cuestionó a la menor de edad si su padre le hizo algo que no le hubiese gustado, a lo cual la niña contestó que sí, porque la tocó en sus genitales y, a partir de esa respuesta, la experta continuó preguntando aspectos específicos sobre ese hecho, como circunstancias de tiempo, modo y lugar; de igual forma, indagó sobre el estado emocional de Ana, con motivo de ese episodio con su padre.

### 4. CONCLUSIONES DEL DICTAMEN

La perita indicó que, luego de interpretar los resultados de las pruebas aplicadas, era posible concluir; por lo que hace a Gustavo, que presentaba psicopatologías, pues mostraba características propias de un simulador, toda vez que tendía a exagerar y mentir para evadir responsabilidades. Además, presentaba rigidez, desconfianza, hostilidad y dificultad para aceptar a la figura femenina.

Así mismo, la experta concluyó que la personalidad de Gustavo se caracteriza por ser agresiva, controladora, sistematizada, reflexiva, extrovertida, individualista, modificadora. Mostraba un trastorno de la personalidad antisocial, por lo que incumplía las normas sociales; era irresponsable e incapaz de sentir remordimiento. También afirmó que padecía *trastorno* de pedofilia, pues durante un periodo de al menos seis meses, presentó excitación sexual intensa y recurrente derivada de fantasías, deseos sexuales irrefrenables o comportamientos que implican la actividad sexual con uno o más niños prepuberes, generalmente menores de trece años.

De este modo, la perita afirmó que, debido a esas patologías, Gustavo no pudo desarrollar correctamente el ejercicio de la paternidad y tampoco creó un vínculo afectivo con su hija. Finalmente, en cuanto a la pregunta relativa a si besó a su hija en la boca, sostuvo que el entrevistado se contradijo pues, primero negó haberlo hecho, y con posterioridad, aceptó y justificó su acción. Con base en ello, la experta sostuvo que, dada la naturaleza de las patologías del peritado, «es incapaz de percibir la perversidad del hecho».

En cuanto a las conclusiones sobre la niña, la experta refirió que le reveló los hechos ocurridos con lenguaje acorde a su edad cronológica y que, luego de interpretar los resultados de las pruebas y de analizar el expediente y la carpeta de investigación contra Gustavo, era posible establecer la existencia de indicios sobre abuso sexual. Además, la menor de edad mostraba rechazo a los hombres adultos y sentía temor de estar con su padre, así como miedo de separarse de su madre. Por ello, la psicóloga recomendó evitar la convivencia entre Ana y su padre.

Con base en esta prueba, el juez familiar declaró la pérdida de la patria potestad que ejercía Gustavo sobre su hija; asimismo, denegó la solicitud de establecimiento de un régimen de visitas entre el demandado y la niña.

## 5. ANÁLISIS DEL DICTAMEN

### 5.1. Control de admisibilidad

Este es uno de los tantos casos en el sistema judicial mexicano en que la etapa de admisión de pruebas es a la que menos importancia se da, si consideramos que el objeto del proceso es la búsqueda de la verdad y que la función de la prueba es la determinación de la verdad sobre los hechos (Taruffo, 2002, p. 400). De este modo, en asuntos como el que se analiza, las personas juzgadoras suelen asumir una actitud pasiva, en el sentido de admitir todo lo ofrecido y desplazar al momento de la valoración probatoria lo que debería ser decidido en la admisión de la prueba (Vázquez, 2022a, p. 139).

Y es que la legislación procesal civil tampoco contribuye al establecimiento de criterios epistémicos que permitan a la persona juzgadora realizar un mejor control al admitir periciales, pues los requisitos legalmente exigidos suelen ser de tipo formal,

ya que basta con expresar el nombre del experto y los puntos sobre los que versará la prueba, para que esta sea admitida<sup>1</sup>. De manera que, la ausencia de controles *a priori* donde se verifique el cumplimiento de requisitos como necesidad, idoneidad y confiabilidad<sup>2</sup> del conocimiento experto, impacta, a su vez sobre la calidad de la información a rendir dificultad, al menos en estos casos, la valoración de la prueba, pues los jueces se encuentran con dictámenes plagados de sesgos o elaborados bajo métodos de dudosa fiabilidad.

En el caso expuesto, el juez familiar no ejerció ningún control de admisibilidad sobre la prueba; es decir, la admitió en los términos propuestos por la oferente, sin corroborar, en principio, si esa pericia era idónea para demostrar si Ana fue posible víctima de ASI. Tampoco indagó acerca de si el método que emplearía la experta mide «lo que tendría que medir» (Vázquez, 2022a, p. 194), y menos aún, si las preguntas a contestar satisfacían el objeto para el que fueron planteadas.

Entonces, cuestiones tales como que la perita debía indicar, luego de leer el expediente judicial y la carpeta de investigación, a quién señalaba la niña como su agresor pasaron a formar parte del objeto de la prueba, sin siquiera reparar en si esas interrogantes se resuelven a través de la pericia en psicología.

## 5.2. Contenido del dictamen

A continuación, se verificará si el dictamen pericial informa de manera eficaz al juez sobre la existencia de características en Ana que permitan concluir algo sobre la probabilidad de que haya sido víctima de ASI<sup>3</sup>.

### 5.2.1. *La información que permita considerar que el perito es experto en el ámbito específico relevante para el objeto del peritaje y en el uso de métodos o técnicas empleados en él*

Esta cuestión se satisface al menos de manera formal, pues la experta describió la formación que la habilita para realizar la prueba, además añadió las constancias que la certifican como psicóloga; también agregó la bibliografía utilizada.

<sup>1</sup> En México, por regla general, los artículos que regulan el ofrecimiento y admisión de pruebas periciales suelen tener la siguiente redacción: «La prueba pericial procede cuando sean necesarios conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, industria o la mande la ley y se ofrecerá expresando los puntos sobre los que versará y, si se quiere, las cuestiones que deben resolver los peritos».

<sup>2</sup> Mauricio Duce identifica estos requisitos como criterios indispensables de admisibilidad de la prueba pericial (Duce, 2013b, p. 56).

<sup>3</sup> Se precisa que el análisis del dictamen se realizará con apoyo en la *Guía sobre el contenido de los informes periciales y su impacto en el debido proceso*, publicado por la Escuela Federal de Formación Judicial del Poder Judicial de la Federación. Primera edición, 2023.

No obstante, era deseable que, además de enunciar las credenciales con que cuenta, explicara por qué esos títulos la acreditan para la práctica de las pruebas y demás métodos empleados para analizar los resultados. Aunado a que, al ser una prueba en materia psicológica, habría sido un valioso aporte conocer el enfoque teórico que orientaría su práctica, ya que esta ciencia cuenta con un amplio desarrollo y las distintas corrientes y teorías tienen métodos particulares creados para evaluar aspectos específicos de la personalidad<sup>4</sup>.

Además, por el tipo de asunto, es problemático que la perita no informe si tiene especialidad para tratar casos que involucren a niños, niñas y adolescentes. Este último requisito adquiere relevancia en la medida en que los operadores del sistema jurídico están obligados, por mandato constitucional y convencional, a analizar el asunto con perspectiva de infancia, así como garantizar y proteger el interés superior de las personas menores de edad<sup>5</sup>. Y una forma —de las tantas— en que esto se satisface, es dando intervención en el proceso a expertos que tengan la formación adecuada para llevar a cabo las entrevistas y otros actos relacionados con la práctica de la prueba, acorde con las necesidades emocionales y cognitivas de la persona menor de edad sujeta a la valoración.

Coloquialmente, esto podría traducirse en un ejercicio en el que el experto logra extraer, de manera cuidadosa y correcta, los datos idóneos para emitir sus conclusiones acorde con las características del infante entrevistado<sup>6</sup>; Lo que trascenderá de manera directa en la confiabilidad del dictamen, ya que será más probable que contenga información considerada razonable entre la comunidad experta (Duce, 2013b, p. 79), tanto en psicología como en temas relacionados con las infancias y, así, se convierta en una herramienta verdaderamente útil para la persona juzgadora a la hora de decidir sobre la controversia.

---

<sup>4</sup> Antonio Manzanero (2008, p.222) sostiene en cuanto a la psicología jurídica que, a pesar de existir unanimidad entre la profesión en considerarla un campo consolidado de actividad profesional del psicólogo, es necesaria la organización de una especialidad y formación específica para los psicólogos forenses».

<sup>5</sup> Al hablar sobre el interés superior de las personas menores de edad, me refiero al concepto entendido en términos abstractos y generales.

<sup>6</sup> Por ejemplo, en el Protocolo para juzgar con perspectiva de infancia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (2021), se sugiere que la persona experta deberá transmitirles confianza a los menores de edad, y reiterarles que se encuentran en completa libertad de expresarse sin temor a un castigo o reprimenda; recordarles que pueden guardar silencio si así lo desean o contestar «no sé» si no conocen la respuesta; explicarles que se reconocerá valor a lo que digan sin hacerles sentir culpables y explicándoles que no hay respuestas correctas o incorrectas, sino que solo se espera que cuenten, según sea el caso, lo que han vivido o su opinión ante el proceso que están atravesando y que pueden formular cualquier pregunta que deseen.

5.2.2. *La descripción del objeto del peritaje y la(s) hipótesis que el experto debe corroborar mediante las operaciones periciales*

De entrada, el primero de los requisitos no se satisface a cabalidad porque la perita no indica con claridad el objeto del dictamen; ni siquiera se apega a las razones expresadas por la actora al momento de ofrecer la prueba. Así, la experta manifestó que la finalidad del dictamen sería: *i)* dar respuesta a los puntos planteados por ambas partes; *ii)* cumplir con lo dispuesto en el artículo que regula la prueba pericial en el procedimiento familiar; *iii)* proporcionar al juez elementos técnicos, científicos y psicológicos para una sentencia más justa y apegada a la realidad de los hechos.

El inciso *i)* es problemático, pues como se dijo, no existió ningún control de admisibilidad sobre las preguntas que serían formuladas por la experta; ello es relevante porque algunos de los cuestionamientos son insidiosos, contienen la conclusión a la cual se pretende arribar. Otros, por su parte, se alejan del objeto de la prueba, inclusive, del área de *expertise*. Así, encontramos preguntas del tipo «Que indague la perita si el C. Gustavo ha besado en la boca a su hija menor Ana, qué explicación le da al hecho (...)»; «Que indague la perita cuáles fueron las causas que motivaron el divorcio de la C. Norma y del C. Gustavo», que escapan del ámbito de la ciencia del peritaje y convierten la labor de la psicóloga en investigación judicial.

Por otra parte, se estima que determinada información sobre el caso, aportada por los intervinientes en el juicio, es irrelevante para la emisión del dictamen. Como ejemplo, se observa que, como parte de la evaluación de Ana, la experta debía consultar las carpetas de investigación seguidas contra Gustavo por el delito de ASI en agravio de la niña; el acceso a estos documentos, lejos de enriquecer el acervo de datos para la elaboración del peritaje, podría contaminar cognitivamente<sup>7</sup> la interpretación de los resultados de las pruebas, conduciendo a un error en el razonamiento de la experta.

En efecto, ya mencionaba (Vázquez, 2022b, p. 89) que el PCAST Report anunció sobre los denominados sesgos de confirmación y contextuales, comunes en el ámbito de la pericia judicial, dado que suelen ser la causa de imparcialidad cognitiva más frecuente en que suelen incurrir las personas expertas al rendir sus dictámenes en el proceso.

Sobre los sesgos de contexto, se dice que los juicios de los analistas pueden verse influenciados por información irrelevante sobre los hechos del caso (Vázquez, 2022b, p. 89), tal como ocurre en este asunto, pues datos relevantes para resolver la contienda —pero no para elaborar el dictamen— pueden jugar, de manera inconsciente, en contra del experto y llevarle a emitir razonamientos equivocados o conclusiones injustificadas.

<sup>7</sup> Carmen Vázquez (2022b, p. 79) ha sostenido que «los sesgos cognitivos son errores sistemáticos en el razonamiento que tienen lugar cuando los seres humanos procesamos e interpretamos información y, por supuesto, las decisiones y conclusiones que hacemos se ven afectadas por ello».

Además, el riesgo de la existencia de sesgos se incrementa, puesto que no se observa la formulación de hipótesis alternas a la del ASI; ello puede provocar que al examinar los datos obtenidos se incurra en sesgos de confirmación.

### 5.2.3. *La descripción clara y comprensible de los métodos, técnicas, teorías, etc., empleadas para analizar los hechos*<sup>8</sup>

Como se adelantó, otra de las falencias más comunes en los dictámenes periciales psicológicos rendidos en procesos judiciales mexicanos es, precisamente, la ausencia del señalamiento de métodos, técnicas o teorías para analizar los hechos concretos del caso, y el grado de fiabilidad de tal metodología.

Retomando el punto anterior, la experta debió asentar la teoría o enfoque psicológico que orientó el examen y formulación de sus conclusiones. Este aspecto es de suma importancia pues la psicología, al igual que otras ciencias, ha evolucionado constantemente, propiciando la aparición de diversas teorías; las corrientes surgidas de esta disciplina han permitido estudiar y evaluar la conducta humana desde distintas perspectivas.

Un ejemplo que se ve con frecuencia en el foro judicial es que psicólogos clínicos realizan entrevistas a menores de edad víctimas de ASI y elaboran peritajes concluyendo si el niño o niña fue abusado o no. Empero, si bien la evaluación psicológica clínica y la forense comparten un interés común por la valoración del estado mental del sujeto explorado, la primera tiene como objetivo principal de su actuación poder llevar a cabo una posterior intervención terapéutica; mientras que la segunda, busca analizar las repercusiones de los trastornos mentales. Esto último es precisamente lo que servirá a la persona juzgadora para decidir sobre el asunto; es decir, que en el marco del proceso podrá dilucidar la consecuencia jurídica de acuerdo con las repercusiones de la persona afectada.

Las diferencias en relación con el contexto de aplicación (clínico o judicial) y el objeto de la demanda (asistencial o pericial) marcan las características propias que adquiere el proceso de evaluación psicológica en cada uno de los dos ámbitos (Echeburúa *et al.*, 2011, p. 141).

En consecuencia, conocer el abordaje teórico habría contribuido a conocer la utilidad de la información proporcionada; para determinar si esta es conducente para concluir acerca de la existencia del posible abuso y si la persona a quien se le

---

<sup>8</sup> En la *Guía sobre el contenido de los informes periciales y su impacto en el debido proceso* (Vázquez, 2023) se propone como punto de análisis «la identificación de todas las personas que han participado en el análisis pericial realizado y la información que permita considerar que son expertas en la tarea que realizaron. Se debe especificar qué concretas tareas fueron hechas por cada una de las personas participantes». Sin embargo, en este caso, dado que la práctica de la prueba fue a cargo de una sola experta, se omitirá evaluar este aspecto.

imputa la conducta posiblemente la cometió. Máxime que las exigencias a la prueba pericial tienen aún más sentido en los procedimientos para indagar sobre ASI, por «el protagonismo que adquiere la prueba psicológica en la toma de decisiones judiciales» (Scott *et al.*, 2014). Lo anterior también se vincula con las credenciales del perito, pues el hecho de que su rama de formación sea clínica o forense podría sugerir los métodos a emplear para practicar la prueba.

Por otra parte, en el dictamen se enuncian las pruebas aplicadas a cada uno de los consultantes y se describe en qué consiste cada una de ellas. Empero, no se informa sobre el criterio con base en el cual la experta decidió los test aplicados a Ana y Gustavo. En términos llanos, habría sido un gran aporte para conocer sobre la fiabilidad del método, explicar por qué sí o por qué no debía aplicarse una u otra prueba o batería a las partes; de manera que no es posible determinar si los métodos empleados son aceptados por la comunidad de expertos en psicología, particularmente en ASI. Ello permitiría la contrastación y refutación de la información y conclusiones por otros expertos en esa ciencia; de ahí que se incumpliría la «regla de oro», consistente en que se haga y presente un informe cuyo contenido pudiera replicar cualquier otro experto solo con base en la información ahí explicitada (Vázquez, 2022a, p. 211).

Además, señalar las limitantes de las técnicas empleadas habría abonado a la construcción del dictamen; por ejemplo, los retos que representa la práctica de baterías o test en menores de edad debido a la etapa de desarrollo cognitivo en que se encuentran. Contar con esa información facilitaría al juzgador justificar sus razonamientos en la etapa de valoración, pues amplía el panorama sobre la fiabilidad de la prueba.

De la misma manera, la cita de bibliografía especializada en el tema y publicaciones recientes aceptadas por la comunidad experta, así como la justificación de su uso por parte de la perita, habría aumentado la confianza del juzgador en los resultados de la prueba. Ejemplo de lo anterior es que la psicóloga empleó test proyectivos a pesar de que su fiabilidad ha sido puesta en tela de juicio por parte de la comunidad experta en psicología; no obstante, esa información no se proporciona en el dictamen, sino que los datos obtenidos de estas pruebas se presentan como válidos y sin margen de error.

#### 5.2.4. *La referencia detallada de todo el conjunto y origen de los datos del caso concreto, así como los razonamientos efectuados durante su análisis*

La psicóloga anexó a su dictamen el conjunto de baterías aplicadas a las partes, así como los dibujos elaborados en la práctica de los test proyectivos; también exhibió un disco con la grabación de cada una de las entrevistas. Sin embargo, no explicitó ningún razonamiento sobre el análisis de la información. Es decir, presentó el material recopilado y, sin mediar mayor explicación, expuso sus conclusiones sin mostrar la cadena inferencial.

La necesidad de que el dictamen contenga las inferencias periciales radica en que el valor probatorio que se le atribuya será en función de ello pues los jueces deben controlar «tanto las premisas del razonamiento pericial como las inferencias que se hacen a partir de ellas» (Vázquez, 2020, p. 29); luego, para evaluar esa inferencia, tiene que prestarse atención a los fundamentos que proporcionó el perito sobre las generalizaciones relevantes que empleó para su análisis.

De manera que no se muestran las premisas que la psicóloga consideró para arribar a la conclusión de que Ana fue víctima de ASI perpetrado por su padre, Gustavo. Estas conclusiones ni siquiera podrían considerarse como argumentos entimemáticos pues es imposible encontrar la premisa oculta; máxime que tampoco se proporciona información para contrastar la validez externa de las premisas.

Por ejemplo, la experta concluye que Ana siente temor por la figura masculina, especialmente tratándose de hombres que presentan las características físicas de Gustavo; pero en la información recolectada o en la descripción de las pruebas no se advierten datos que podrían llevar a esa conclusión. Es decir, conocimiento científico que funja como premisa mayor y que, concatenado con los hechos del caso, permita deducir esa afirmación. Aunado a que tampoco se explica de dónde surge esa interpretación.

Luego, al hablar del padre de la niña, concluye que es un simulador que evade sus responsabilidades, además de que presenta trastorno de pedofilia. La primera aseveración carece de asidero epistemológico, no se observan las premisas que permitieron formular ese enunciado. En cuanto a la segunda de las afirmaciones, la experta pretende respaldarla al citar la definición del DSM-V (Manual Diagnóstico y Estadístico de Trastornos Mentales); al respecto, refirió que Gustavo presenta características indicadas en ese manual y, por tanto, es pedófilo. Dicho argumento carece de validez material, dado que la existencia de múltiples factores puede modificar la respuesta.

Hay quienes sostienen, como Antonio Manzanero (1996), que la circunstancia de que una persona tenga algún tipo de patología, o manifieste una conducta determinada no dice normalmente nada acerca de un caso concreto; es decir, de si se ha cometido un determinado acto sexual, si ha sido esa persona la que lo ha cometido y de si ese es el menor de edad que lo ha sufrido. La manifestación de una determinada conducta no es indicio inequívoco de que esa persona cometió abuso sexual (Scott *et al.*, 2014). Sostener lo contrario —como lo hizo la experta— llevaría a un error en el razonamiento, dado que se basaría en un argumento carente de validez material, ya que una de las premisas sería falsa, pues no sería cierto que tener alguna patología o efectuar determinada conducta, necesariamente conduzca a la comisión de abusos sexuales.

En consecuencia, según lo expuesto, se dificultaría la contrastación del dictamen por otros expertos en psicología; dado que la ausencia de los razonamientos en que la psicóloga basó sus conclusiones sería un obstáculo para que sus pares sometan a examen los procedimientos e inferencias empleadas para la elaboración del dictamen.

Además, la carencia de razones y fundamentos en el informe pericial también entorpecería el debate en sede judicial, pues, si se asume una postura activa de quienes intervienen en el proceso, se esperaría que el ejercicio de contradicción<sup>9</sup> se realice con base en aspectos sustantivos del contenido del dictamen; de modo que, si carece de esos aspectos, la deliberación sobre este punto resultaría estéril para efectos epistémicos.

Otra falencia del informe pericial es que las afirmaciones que hace la experta a modo de conclusión son formuladas categóricamente. En ese sentido, Vázquez (2022a, p. 200), a propósito del caso Daubert, ha referido que la cultura jurídica sigue exigiendo certezas y considerando la infalibilidad como una característica de la ciencia. Luego, presentar los resultados como certezas plenas es motivo de alarma, pues debe tenerse en cuenta que las pruebas científicas no arrojan certezas absolutas, ya que de la inducción probabilística no se obtienen conclusiones necesariamente verdaderas, sino simplemente probables.

De ahí que, la circunstancia de que no se indique el grado de probabilidad de que la niña haya sufrido ASI o que el padre presente patologías sexuales, tampoco permite que, con posterioridad, se justifique el valor del dictamen en el proceso y su utilidad para corroborar determinada hipótesis.

Finalmente, vale la pena notar que el hecho de que no haya información que permita conocer el grado de confiabilidad de la prueba<sup>10</sup>, provoca que el juzgador no pueda conocer la calidad de la información presentada, lo que representa un gran costo para la impartición de justicia en este caso, no solo en recursos económicos, sino en desgaste anímico para las partes.

## 6. CONCLUSIÓN

Este caso, como muchos otros, evidencia las deficiencias que existen durante el proceso al momento de introducir una prueba pericial en psicología; y aunque este análisis trató de forma casuística un dictamen en una materia específica, las reflexiones vertidas sirven para mostrar la importancia de tomar en serio las pruebas periciales. En ese sentido, Mauricio Duce (2013a) ha señalado que «el mal uso de la prueba pericial es un factor muy relevante en la producción de errores del sistema» (p. 46), y si bien, dicha afirmación fue emitida respecto al ámbito penal, es extensiva al proceso civil, donde los resultados de un peritaje mal elaborado pueden traer como conse-

---

<sup>9</sup> Vázquez (2015b, p.175) refiere que, para que el principio de contradicción funcione adecuadamente «es necesario un escenario en el que realmente se practique la contradicción entre las partes y éstas (a través de sus expertos) discutan seriamente el contenido y calidad de las pruebas periciales (y el resto de los elementos de juicio) donde cada una sirva para revisar las pruebas de la contraparte».

<sup>10</sup> En cuanto al término confiabilidad, Duce (2013b, p. 79) señala que consiste en «determinar si el experto aporta información razonable dentro de la comunidad científica a la que pertenece, o a la disciplina en la cual desarrolla su arte u oficio».

cuencia la pérdida del patrimonio de una familia, o la restricción de convivencias entre padres e hijos.

Ejemplo de lo anterior es que, en el asunto en el que se rindió el dictamen analizado, las conclusiones de la experta fueron preponderantes para decretar la pérdida de la patria potestad ejercida por el padre de la niña, sin posibilidad de entablar convivencias entre ambos. Decisión que es preocupante si se considera que dicha prueba no fue objeto de un verdadero control jurisdiccional respecto a la calidad de la información proporcionada. De manera que, si estas prácticas son replicadas por quienes resuelven las contiendas judiciales, significaría que gran número de casos en los que la prueba pericial tiene un papel importante para dirimir la controversia se deciden con base en información de dudosa fiabilidad, cuya consecuencia impacta, la mayoría de las veces, de forma negativa en la vida de los justiciables.

Este análisis pretende ser un llamado a las personas juzgadoras a evitar la deferencia excesiva, pero sobre todo acrítica, sobre estas pruebas, ya que, como se ejemplificó, los expertos no están exentos de errar en su razonamiento. Además, es sumamente necesario concientizar a los operadores judiciales de que ni siquiera en el ámbito científico hay certezas absolutas, por lo que se requiere un ejercicio serio de evaluación, desde el ofrecimiento de la prueba hasta su valoración. Entonces, el éxito de los resultados de la prueba pericial depende del trabajo en conjunto tanto de las partes en el juicio, como de los juzgadores y, por supuesto, del experto.

Y precisamente, debido a la importancia de esa prueba, es necesario prestar especial atención al contenido del informe, es decir, cuidar la calidad de la información que se presenta y la validez de los argumentos que se muestran como conclusiones; considerando que el razonamiento pericial constituye una inferencia cuya validez será analizada por la persona juzgadora y muchas veces definirá la decisión que se adopte en el juicio. Sobre todo, como dice Jordi Ferrer (2022, p. 53) «no olvidar la máxima epistemológica de que, cuanto más completa y fiable sea la información sobre los hechos de que dispongamos, mayor será la probabilidad de acierto en la decisión».

## BIBLIOGRAFÍA

- Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (2021). *Protocolo para Juzgar con perspectiva de Infancia y Adolescencia*.
- Duce, M. (2013a). *El modelo adversarial en Chile: Ponencias sobre su implementación en la reforma procesal penal*. Thomson Reuters.
- Duce, M. (2013b). *La prueba pericial: Aspectos legales y estratégicos claves para el litigio en los sistemas procesales penales acusatorios*. Ediciones Didot.
- Echeburúa, E., Muñoz, J. M. y Loinaz, I. (2011). La evaluación psicológica forense frente a la evaluación clínica: propuestas y retos de futuro. *International Journal of Clinical and Health Psychology*, 11(1), 141-159. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=33715423009>
- Manzanero, A. (2008). *Psicología del Testimonio: Una aplicación de estudios sobre la memoria*. Ediciones Pirámide.

- Manzanero, L. (1996). Evaluando el testimonio de menores testigos y víctimas de abuso sexual. *Anuario de Psicología Jurídica*, 6, 13-34. <https://journals.copmadrid.org/apj/art/apj2021a22>
- Scott, T., Manzanero, A., Muñoz, J. M. y Köhnken, G. (2014). Admisibilidad en contextos forenses de indicadores clínicos para la detección del abuso sexual infantil. *Anuario de Psicología Jurídica*, 24(1), 57-63. <https://journals.copmadrid.org/apj/art/j.apj.2014.08.001>
- Taruffo, M. (2002). *La prueba de los hechos* (Trad. de J. Ferrer Beltrán). Trotta.
- Vázquez, C. (2015a). La admisibilidad de las pruebas periciales y la racionalidad de las decisiones judiciales. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 38, 101-130. <https://doi.org/10.14198/DOXA2015.38.04>
- Vázquez, C. (2022a). La conformación del conjunto de elementos de juicio: admisión de pruebas. En J. Ferrer Beltrán (Coord.), *Manual de Razonamiento Probatorio* (pp. 137-212). Escuela Federal de Formación Judicial y Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Vázquez, C. (2015b). *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), p. 29-60
- Vázquez, C. (2022b). Las comunidades expertas y los sesgos cognitivos de los peritos. En C. Vázquez (Coord.), *Manual de Prueba Pericial* (pp. 43-88). Escuela Federal de Formación Judicial y Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Vázquez, C. (2023). *Guía sobre el contenido de los informes periciales y su impacto en el debido proceso*. Escuela Federal de Formación Judicial y Suprema Corte de Justicia de la Nación.

## CONTENIDO, FORMA Y VALORACIÓN RACIONAL DE LA PRUEBA PERICIAL. UN ANÁLISIS A PARTIR DEL INFORME DE C.C.A.

Jorge Urrea Zamorano

Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile

*jurrea@bdfc.cl*

**RESUMEN:** El presente trabajo discurre en dos niveles de análisis que, sin embargo, se encuentran densamente interconectados. Por un lado, a nivel macro, se presenta un caso concreto decidido, principalmente, con base en las opiniones de los expertos. A nivel micro, se analiza el informe pericial de una de las peritas en cuestión. El contexto y la resolución del caso planteado sirven para brindar luz sobre las falencias del informe pericial en estudio, objeto principal del presente trabajo. El informe pericial y la declaración de la perita en comento, a su vez, informan sobre el devenir del juicio a nivel macro y sobre la decisión final tomada por los sentenciadores.

**PALABRAS CLAVE:** pericia médica, informe pericial, mínimo contenido de un informe pericial, debido proceso, femicidio.

### ANALYSIS OF THE EXPERT REPORT BY THE FORENSIC PATHOLOGIST AND SPECIALIST IN LEGAL MEDICINE, MS. C.C.A.

**ABSTRACT:** This work analyzes the issue at hand by transiting two pathways or levels of analysis, each one intensely connected to the other. At a macro level, it covers a case solved through experts' knowledge. At a micro level, one expert report involved is analyzed. This case's context and how it was solved shed light on the expert report's fallencies. The expert report and the expert deposition in court explain how the case developed and how it was finally solved.

**KEYWORDS:** medical expertise, expert report, expert report's minimum content, due process, femicide.

**SUMARIO:** 1. CONTEXTO.— 2. SOBRE LA IMPORTANCIA DE LA CALIDAD DE LOS EXPERTOS.— 3. SOBRE EL PERITAJE EN PARTICULAR: 3.1. Problemas de la delimitación del objeto del peritaje de C.C.A. 3.2. Sobre la excesiva documentación tenida a la vista. 3.3. Asuntos problemáticos de naturaleza formal. 3.4. Sobre la estructura y el contenido del informe pericial.— 4. ¿TIENE EL INFORME PERICIAL LA INFORMACIÓN NECESARIA PARA PODER ARGUMENTAR Y VALORAR LA CALIDAD DEL CONOCIMIENTO EXPERTO EN JUEGO?— 5. CONSIDERACIONES FINALES Y CONCLUSIONES GENERALIZADORAS.— 6. SOBRE LA SUERTE DEL JUSTICIADO.— BIBLIOGRAFÍA.

## 1. CONTEXTO

El día 27 de julio del año 2021, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena condenó a David Alfredo Espinoza Geraldo, entre otros delitos, como autor de lesiones graves en el contexto de violencia intrafamiliar en la persona de Daniela Valentina Reyes Espejo, en la causa RUC N° 1710010974-3 y RIT 66-2020.

En la motivación de la sentencia se dio por acreditada, además, la muerte de Daniela Reyes Espejo (en adelante Daniela), en su considerando 21°, estableciéndose como causa «*los golpes que recibió de parte del acusado*». Señaló el tribunal que se encontraba impedido de condenar por femicidio debido a un problema procesal, a saber, por el principio de congruencia procesal, pues el órgano persecutor no consignó la muerte de Daniela ni en la formalización ni en la acusación fiscal. Decidió así el órgano persecutor, según explicó, ya que con las pruebas que logró reunir durante la investigación podía únicamente sustentar, en juicio y de manera exitosa, la pretensión penal de las lesiones graves.

En cuanto a la muerte de Daniela, el órgano persecutor, es decir, el Ministerio Público (en adelante MINPUB) decidió utilizar, aunque no sustentar en juicio (por considerarlo irrelevante para su pretensión punitiva) la hipótesis del suicidio. En efecto, tanto en el historial clínico de Daniela, como en los antecedentes de la carpeta de investigación, se hacía referencia a su supuesta ingesta del tóxico Metomilo —que pertenece al grupo químico de los carbamatos— contenido en el insecticida comercial BALAZO 90 SP, luego de haber recibido golpes por parte del acusado. En efecto, se entregó un sobre vacío de dicho producto al médico de la Clínica Elqui por familiares de Daniela, retirado desde el domicilio en el que convivía con el agresor, supuestamente, ante consultas médicas sobre la posibilidad de consumo de alguna sustancia tóxica por parte de la víctima.

La discusión en juicio se centró principalmente en la prueba pericial, tanto de la perita institucional del Servicio Médico Legal, de iniciales K.C.B; de la perita de la parte querellante, de iniciales C.C.A; y del perito de la defensa, de iniciales H.L.F.

La perita C.C.A. y el perito H.L.F. mantuvieron en juicio posturas radicalmente opuestas. La primera descartó la hipótesis de intoxicación por carbamatos, mientras que el segundo la sustentó. La situación de la perita institucional fue más compleja (de hecho, el MINPUB se escudó en la información otorgada por dicha perita, durante la etapa de investigación, para justificar la adopción de la estrategia procesal referida).

La perita K.C.B. realizó la autopsia de Daniela Reyes. En el informe de autopsia N° 63-2017 consignó que la causa de muerte fue un «edema agudo de pulmón, en estudio», añadiendo que *«la causa del edema pulmonar será eventualmente determinada por el examen histológico y toxicológico»*. En su declaración posterior ante el MINPUB, del 15 de febrero del 2019, señaló que los golpes recibidos por la víctima no tenían relación con el edema agudo de pulmón: *«porque los pulmones no están traumatizados»*. En juicio, sin embargo, la perita señaló que en dicha declaración habría referido igualmente que *«el origen de ese edema de pulmón fue una falla multiorgánica»*, pero que el fiscal del MINPUB no le habría consultado el porqué de dicha falla. Luego, pasó a señalar que la falla multiorgánica *«se produjo por un traumatismo craneoencefálico junto con un traumatismo pélvico»*, cuestión que explica igualmente *«las convulsiones y la falta de conciencia»*.

En síntesis, la declaración en juicio de la perita del Servicio Médico Legal (en adelante SML) pasó a dar sustento, igualmente, a la calificación jurídica de la parte querellante, a saber, la del femicidio. A dicho elemento de juicio se sumó la pericia propia de la parte querellante, cuyo informe es el objeto principal del presente trabajo.

## 2. SOBRE LA IMPORTANCIA DE LA CALIDAD DE LOS EXPERTOS

En la valoración individual y conjunta de las pruebas periciales, vista como un subconjunto de pruebas, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena (en adelante TJOP) basó su análisis, principalmente, en la calidad de los expertos. Así, valoró positivamente las pericias de K.C.B. y de C.C.A., señalando en el considerando 18°:

Del mismo modo, ambas pericias han sido realizadas y expuestas por profesionales que demostraron un amplio conocimiento en la ciencia que profesan, un pleno dominio en las materias respecto de las que declararon y una vasta experiencia en materia de autopsias.

De otra parte, las alegaciones de la defensa en orden a que la víctima habría consumido carbamato de manera voluntaria y que esa sería la causa de la muerte, se han desvanecido con las explicaciones técnicas, contundentes y coherentes de los peritos, ya referidas.

En el considerando 19°, a pesar de la deferencia para con el profesional, se criticó la *expertise* de H.L.F.:

Lo hasta aquí dicho, basta para restarle valor probatorio a la meta pericia del doctor [L.], sin embargo, además, debe tenerse en cuenta que el análisis que efectúa, lo hace desde la perspectiva de

su preparación y expertiz, que no es otra que ser un médico cirujano con especialidad en cirugía infantil y experiencia en urgenciología. De esta forma, al comparar su estudio con aquel efectuado por las doctoras expertas en tanatología y con vasta experiencia en la realización de autopsias, no cuenta con la entidad suficiente para desvirtuar las pericias aportadas por los acusadores, por lo que se le restará a esta prueba todo mérito probatorio.

Dicha línea argumentativa fue la principal, igualmente, para la resolución del caso<sup>1</sup>. En el considerando 17° se transcribieron las pruebas periciales de ambas, que fueron valoradas positivamente en el considerando siguiente. Aunque, como veremos a continuación, sea posible compartir parte de lo afirmado por el tribunal, este no proporciona un razonamiento acabado, sino que nos remite, conclusivamente, al de las peritas. Aquello, a mi juicio, es en cierta medida una delegación de su función jurisdiccional<sup>2</sup>. El tribunal se muestra convencido por el dominio del conocimiento proposicional *demostrado* y por la experiencia de las peritas en autopsias. Dicho razonamiento es conflictivo, pues por un lado se basa en una concepción persuasiva de la prueba<sup>3</sup> y, por otro, intenta constatar la existencia del conocimiento experto desde la posición del lego. En esa línea, cabe preguntarse cómo sabe el tribunal que la demostración del conocimiento es lo que dice ser. Al no estar capacitado, aunque sea esa su impresión, la única respuesta posible es la siguiente: dadas las credenciales de cada perito.

La calidad de experto es relevante, pero es solo un primer elemento del análisis necesario (Vázquez, 2022, p. 29). Si el perito no sabe lo que debiese o dice saber, poco o nada puede informar al tribunal que resulte útil para la resolución del caso. Si bien, en dicho sentido, se justifican las críticas centradas en la idoneidad del perito H.L.F., esas críticas no debiesen tener la relevancia que los jueces les otorgaron al momento de valorar dicha prueba pericial, ya que las razones entregadas por los peritos no debiesen pesarse, conclusivamente, con base en sus credenciales<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Se argumenta también la concordancia de las pruebas periciales con otros elementos de juicio, como con las pruebas testimoniales y documentales (considerando 16°). Se critica la declaración del acusado (considerando 20°) por inverosímil. Hay también valoraciones individuales negativas de pruebas que no logran «*contrarrestar la fuerza de las pericias*» (STJOP, de 27 de julio de 2021, p. 64), entre otras valoraciones *accesorias*, a la principal ya señalada.

<sup>2</sup> Exponiendo una problemática similar, y señalando que «la evaluación de credibilidad del relato de las víctimas» puede ser visto como una invasión de la parcela de trabajo que es de responsabilidad exclusiva del juzgador, y que en alguna medida lo pasa a sustituir en su función (Duce, 2013, p. 71).

<sup>3</sup> Las estrategias de examen directo de los peritos, bajo la concepción persuasiva de la prueba, en mi criterio, suelen evitar la sencillez o claridad en el lenguaje del perito; así, a modo de ejemplo: «3.4.2. Sencillez. Debemos de formular preguntas y buscar respuestas que se entiendan. Destacar lo indispensable, claramente, sin utilizar un lenguaje técnico que afecte la interpretación que se dé. Salvo el perito para impresionar significativamente al juez o al abogado» (Salas Beteta, s. f.).

<sup>4</sup> La comparación de *expertise* entre los peritos, que vino en zanjar el asunto (según el considerando transcrito, tal argumento sirvió para restarle «todo mérito probatorio» a uno de ellos), en mi opinión, ocultó algunas deficiencias en el razonamiento que le denegaba sustantivamente valor probatorio a dicha pericia. Así, a modo de ejemplo, si bien se le critica al perito H.L.F., en el párrafo segundo del considerando 19°, desconocer la cantidad de carbamatos supuestamente ingerida, el peso de la víctima y la cantidad suficiente para causar la muerte por intoxicación —cuestiones (por cierto) importantes dadas sus conclusiones— lo cierto es que ningún perito contaba con dicha información al no haber

### 3. SOBRE EL PERITAJE EN PARTICULAR

#### 3.1. Problemas de la delimitación del objeto del peritaje de C.C.A.

Como es posible leer del primer párrafo del informe pericial, el objeto de la pericia es sumamente amplio: «estudiar los antecedentes médico legales correspondientes al fallecimiento de Daniela [...], con el fin de determinar cuál fue la causa de su muerte, y si hubo participación de terceros». Con ello se le pide a la perita que analice toda la carpeta de investigación (doce archivos en PDF, en blanco y negro) y que concluya de manera tal que, dicha conclusión, por su naturaleza, sea básicamente una propuesta de fallo. Para ello, la perita debe hacerse cargo tanto de la teoría del caso de la defensa, del MINPUB, como de la parte querellante.

Tal amplitud del objeto del peritaje conlleva serios problemas. De lo que se aprecia con su simple lectura, el peritaje es tanto médico legal, traumatológico, químico toxicológico y se pronuncia además sobre el caso concreto, de manera holística, acerca del proceso de interacción de los distintos órganos vitales de Daniela, ante cada hipótesis posible. Ante ello, cabría preguntarse si la perita tiene la *expertise* necesaria sobre las diversas áreas de conocimiento que pudieran estar implicadas en este tipo de análisis.

En relación con el informe de autopsia del SML, se transforma el peritaje en cuestión, igualmente, en un metaperitaje. Solamente dicho ejercicio metapericial, a mi juicio y por su naturaleza, justificaría un tratamiento diferenciado y en profundidad. Tal desaccumulación de materias tendría efectos directos, ya que permitiría analizar comparativamente las *expertises* pertinentes de una manera más justificada, al delimitar el contexto, para luego permitir centrar el análisis en la crítica sobre las falencias aducidas al procedimiento de autopsia. Dicha contrastación podría mostrar, además, que existen diferencias de opinión entre las peritas en comento, a pesar de lo señalado por el tribunal.

#### 3.2. Sobre la excesiva documentación tenida a la vista

La perita tuvo acceso a toda la información disponible, principalmente, a la prueba documental. En efecto, y como señaló en juicio, la perita revisó «declaraciones, el informe de autopsia, el informe histológico y los informes toxicológicos».

En Chile, la carpeta de investigación completa (con cada actualización disponible) se pone a disposición de los intervinientes de manera digital, a solicitud, mediante el

---

existido una pesa en el SML de la región al momento de los hechos. Dicho problema no es propio del informe pericial de H.L.F.; es un *hecho* (o deficiencia) en la investigación completa. No considerar dicho desconocimiento en la valoración del resto de los peritajes me parece, en dicha lógica, algo cuestionable.

sistema de Fiscalía en Línea (SIAU). Así, la perita tuvo acceso a toda la información a través de su abogado contratante<sup>5</sup>. Con ello, se abre la posibilidad de que la perita se viera afectada por un sesgo contextual, es decir, ver su razonamiento contaminado por haber tenido acceso a información irrelevante para sus operaciones periciales, aunque relevante para la toma de decisión judicial sobre el caso. En su calidad de perita de parte, si bien solo podemos conjeturar sobre las reales motivaciones en la elaboración de su informe, la (*ad hoc*) amplitud del objeto del peritaje, el principal énfasis en la desacreditación de la hipótesis de la defensa durante el desarrollo del peritaje y la denominada en este trabajo como «propuesta de fallo» elaborada permite *señalar* que existe igualmente un riesgo de sesgo de confirmación<sup>6</sup> en relación con la hipótesis o pretensión de su cliente contratante.

### 3.3. Asuntos problemáticos de naturaleza formal

El informe pericial, de veintinueve páginas, es un documento en PDF que contiene constantes destacados en amarillo, propio del programa Word y un uso de puntos suspensivos, en citas textuales, que da pie a confusiones. En relación con las citas o referencias bibliográficas, se aprecian problemas de puntuación y de falta de uniformidad en las mismas, sin observarse el uso de un formato de citas definido, o explicado, lo que genera igualmente confusiones. La bibliografía no es acompañada.

Los asuntos formales dificultan, en parte, la lectura y comprensión del texto. La falta de bibliografía anexada, mucha de ella con acceso de previo pago, impide que un tercero, sea el abogado de la defensa, cualquiera de los otros peritos o el mismo tribunal, pueda contrastar la información entregada. Ello, sin lugar a duda, afecta el derecho de defensa al no poderse alegar sobre algunos aspectos del peritaje o, en su caso, si las dudas de comprensión resultaran determinantes.

### 3.4. Sobre la estructura y el contenido del informe pericial

En el apartado II, que se titula «Antecedentes de interés medicolegal», la perita seleccionó a su criterio, y resumió, los elementos de la carpeta de investigación que consideró relevantes. De especial importancia para el desarrollo de su pericia, y para las conclusiones de su informe, son las síntesis realizadas en los puntos 3) «informe

<sup>5</sup> Sobre la posibilidad de generar sesgos en el perito por exponerlo a información irrelevante o perjudicial, que no es requerida para la elaboración de su opinión, véase Duce (2022, p. 164).

<sup>6</sup> Distinguiendo entre sentidos del término «parcialidad» pericial: *a*) como relación directa con una de las partes por su selección. *b*) Como disposición motivacional para favorecer a alguien, [*y*] *c*) como la presencia de sesgos cognitivos dadas ciertas predisposiciones cognitivas y/o información deficiente» (Vázquez, 2015, pp. 72 y 73).

médico de ingreso a la Clínica Elqui»; 5) «Autopsia N° 62-2017 [...]»; 6) «examen histológico N° 124-17 del protocolo N° 63-17 [...]»; 7) «alcoholemia N° 935-17»; y 8) «examen toxicológico T626-628/2017».

En el apartado III, titulado «Antecedentes de interés en la literatura especializada», la perita ofrece un listado de las lesiones sufridas por la víctima, e informó lo que estimó pertinente como conocimiento proposicional en cada una de ellas, sin una mayor explicación. Igualmente señala e informa sobre otros asuntos de su interés; por ejemplo, acerca de la intoxicación por carbamatos, en su numeral quinto, destacando los subtítulos «Diagnóstico y síntomas de intoxicación», «Prueba de la atropina» y «Tratamiento».

Es posible dudar sobre la vigencia de parte del conocimiento citado, por su antigüedad (a modo de ejemplo, la cita número 22, que es de 1982; la 13, de 1963, o la 17, de 1971). La mayoría de las citas es de la década del 2000; ¿acaso el conocimiento en la materia no avanzó o cambió de esa fecha a la actualidad?

Las referencias a la información experta, en general, son breves. La redacción es clara, lo que facilita su comprensión.

El apartado IV, titulado «Discusión medicolegal», se torna conflictivo, sobre todo porque los tres primeros puntos son materias todavía no probadas en juicio<sup>7</sup>. Desde el numeral cuarto en adelante, las referencias son a documentación y constataciones médicas, por lo que su utilización como hechos probatorios para sus inferencias periciales se encuentra más justificada.

En el apartado V, titulado «Conclusiones», resultan problemáticos los puntos 1) y 4), a saber:

- 1) Los antecedentes clínicos y médico-legales permiten concluir que, la causa de la muerte de DANIELA VALENTINA REYES ESPEJO, fue un TRAUMATISMO CRANEOENCEFÁLICO
- 4) No es posible fundamentar que, el edema agudo pulmonar encontrado en la autopsia, se debió únicamente a la intoxicación por carbamatos, así como tampoco atribuirle la causa precisa

<sup>7</sup> Estos puntos son:

1) DANIELA REYES ESPEJO, de 17 años, fue agredida por su pareja, DAVID ESPINOZA, el 24-02-2017 en la tarde. La agresión consistió en golpes en distintas partes del cuerpo, con la mano y el puño, y principalmente en la cabeza, teniéndola sujeta por los cabellos. La madre de Daniela habría llamado a Carabineros y a la PDI para que intervinieran, al parecer sin éxito.

2) Posterior a la agresión, DAVID salió de la casa, y DANIELA también, pero minutos después, luego de haber ingerido un insecticida. Al poco rato, DANIELA sufrió una pérdida de conciencia y convulsión en la calle, siendo socorrida por un vecino, cuyo hijo fue avisar a su familia.

3) Carabineros que pasaban por el lugar, llamaron a una ambulancia, la cual se habría demorado 40 minutos en llegar. No hay claridad en la hora exacta. Finalmente DANIELA ingresó con compromiso de conciencia y en paro cardiaco, inicialmente en un consultorio. Desde allí, fue estabilizada y enviada al Hospital de La Serena, donde ingresó a las 20:00 hrs del 24-02-17 (archivo n° 11, pág. 21). Inicialmente, presentaba una presión de 130/63, un pulso de 57 latidos por minuto y un Glasgow de 5. Presentó un nuevo paro: Le aplicaron 1 amp. de Atropina. Uno de los diagnósticos fue Obs. Síndrome anticolinérgico. Se solicitó una cama UCI, pero no había camas disponibles, por lo que en la madrugada del 25-02-2017, ingresó a la Clínica Elqui.

y necesaria de la muerte, debido a que dicha intoxicación ya había sido tratada en forma adecuada y sus síntomas y signos característicos ya habían desaparecido, al momento del fallecimiento.

En cuanto al punto 1) porque, si bien ratificó aquello en juicio (STJOP, de 27 de julio de 2021, p. 33), luego señaló que concordaba con la conclusión de la doctora K.C.B. «*en orden a que la causa de muerte fue un edema agudo de pulmón*» (p. 35). Si bien no hay una contradicción evidente, ya que sustentar aquello podría tener asidero en el punto 13) del apartado «Discusión medicolegal», a saber: «*El EDEMA AGUDO PULMONAR, si bien puede deberse a una intoxicación por carbamatos, TAMBIEN puede ser secundario a un TRAUMATISMO ENCEFALOCRANEANO*», aquella no es la conclusión inicialmente consignada en su informe, por lo que concordar con la perito del SML tiene la desventaja de disociar la declaración, por un lado, del informe pericial de C.C.A., por otro.

Para C.C.A., en el texto del peritaje, las conclusiones 1) y 2)<sup>8</sup> son distintas a la causa de muerte que se consignó en el certificado oficial de defunción, es decir, el edema agudo de pulmón. Así, si bien se intentó salvar dicha situación en juicio, en el texto del peritaje las conclusiones y el punto 13) ya referido parecerían alejarse del edema agudo de pulmón. ¿Por qué dejar de considerar ese dato relevante? A mi juicio, porque no se conectaba, directamente, con los golpes propinados y porque no era incompatible con el consumo de carbamatos. Si bien, lo anterior es una mera conjetura, parece que este acomodo en la declaración de C.C.A. se produce únicamente *ex post*, habiendo ya la perito K.C.B. declarado y aclarado el punto en juicio, esto es, una vez que la hipótesis del consumo de carbamatos perdía fuerza argumentativa.

Así, yerra la sentencia en comentario cuando le entrega «pleno valor probatorio» a ambos peritajes, como si sustentaran una única conclusión. En efecto, existen además otras diferencias entre ambos peritajes: K.C.B. dice que no se encontró «*ni carbamato, ni órgano fosforado, ni ningún tóxico*» (p. 61) en el examen histológico de la víctima; mientras que la perita C.C.A. señaló que los carbamatos «*no se botan del organismo, sino que sufren un metabolismo*» y que en el cuerpo de la víctima «*pueden encontrarse los metabolitos del carbamato y no el carbamato en sí, porque el cuerpo ya los transformó*» (p. 62). Entre los metabolitos destaca el alcohol, cuestión que permite refutar la hipótesis de intoxicación por carbamatos porque la alcoholemia no arrojó presencia de alcohol en el cuerpo de Daniela. Además, la perita C.C.A. criticó el procedimiento de la autopsia (p. 61) realizado por la perita K.C.B. —procedimiento estándar del SML— y a ello le atribuyó que no se constatará el hematoma en la parte occipital de la cabeza de la víctima en el informe de autopsia (p. 61).

Finalmente, el punto N° 4 también resulta conflictivo. Sin perjuicio de su ambigüedad sintáctica, dicha conclusión debe ser interpretada, únicamente, como la exclusión de la hipótesis de muerte basada en la intoxicación por carbamatos, para

<sup>8</sup> «2) Como causa coadyuvante, en los antecedentes clínicos y en el protocolo de autopsia, se consigna un TRAUMATISMO TORACOABDOMINAL reciente y coetáneo con el TEC.»

evitar con eso el absurdo de tornar el informe excesivamente contradictorio con la conclusión de la perita K.C.B.

En ese entendido, se señala que dicha intoxicación habría sido tratada por la aplicación de atropina, según el cuerpo del informe pericial, y que todo síntoma característico habría desaparecido al momento de su fallecimiento. Si bien aquello es correcto, en juicio se decantó, con mayor intensidad, por la justificación de la falta de lesiones en el esófago y estómago, cuestión que explica la no ingesta (p. 62), más que el tratamiento posterior con atropina. Así, en juicio y en relación con la tesis de la no ingesta, la perita concordó con la declaración, prestada igualmente en juicio, de la perita K.C.B. (p. 61).

#### 4. ¿TIENE EL INFORME PERICIAL LA INFORMACIÓN NECESARIA PARA PODER ARGUMENTAR Y VALORAR LA CALIDAD DEL CONOCIMIENTO EXPERTO EN JUEGO?

Según lo razonado hasta el momento, si bien la respuesta a dicha pregunta se complejiza dado el contexto y la dinámica ya explicados del juicio, es posible tomar una clara postura al respecto<sup>9</sup>. Aunque se adoptó como criterio de decisión, por parte de los sentenciadores, el informe pericial analizado, pareciera ser que la perita se arrogó funciones jurisdiccionales, cuestión que fue permitida por el TJOP de La Serena, al no realizar las inferencias probatorias necesarias y al decidir sobre la suficiencia del cumplimiento del estándar de condena, principalmente, con base en su impresión acerca de las peritas. El objeto y las conclusiones del informe analizado abonan dichas conclusiones.

Por un lado, desde la perspectiva de las credenciales, la perita C.C.A. tiene, objetivamente, mejores credenciales que sus colegas en juicio. Es directora del Departamento de Medicina Legal de la Universidad de Chile y miembro honorífico de instituciones e instancias que nombra al final del peritaje, como la presidencia de la Sociedad Chilena de Medicina Legal, todas relevantes, en mayor o menor medida, con los *objetos* del peritaje. Como especialista en medicina legal, anatomopatóloga, y tanatóloga, al menos, se encontraba en mejores condiciones para pronunciarse correctamente en relación con las necesidades concretas del caso.

En relación con el conocimiento general, abstracto, y desligado del caso, que se contiene principalmente en el apartado III, según se señaló, aquel no cumple con la profundidad y explicitación de los criterios de selección del material (que, por cierto, sí apoyan a las hipótesis de su peritaje, es decir, a las opciones de explicación de la realidad que sustenta). La falta de profundidad se explica, fácilmente, por un objeto excesivamente amplio del peritaje en cuestión (o bien, por la existencia de múltiples objetos). Las dudas de una eventual desactualización de dicho conocimiento experto,

---

<sup>9</sup> Seguiré a este respecto la estructura de análisis propuesta en Vázquez (2023).

u alguna otra cuestión, podrían haber sido explicitadas por intermediación del perito contradictor, cuestión que en definitiva no se realizó.

En relación con la premisa menor del razonamiento pericial, es decir, la aplicación de dicho conocimiento al caso concreto, aquel es más conflictivo aún. Por un lado, se trabajó con mucha información (el posible sesgo contextual y de confirmación ya señalados) y, por otro, con falta de información relevante (el peso de la víctima, por ejemplo) para descartar la hipótesis contraria alternativa de una manera más sólida y unívoca (recordemos la dualidad ocupada de no ingesta, por un lado, y de tratamiento ante la ingesta con atropina, por otro). La explicación de la muerte de la víctima, como parte conclusiva, en una cadena de inferencias realizadas por la perita (a saber: ¿fue la muerte causada por un tercero?) dista de lo contenido en certificados oficiales de defunción y en la explicación de la perita del SML. Así, el peritaje, sin una mayor explicación posterior, yerra en su objetivo de articular los elementos de juicio disponibles.

La explicación de su razonamiento, con todo, no es de difícil comprensión. Otras explicaciones sobre procedimientos fueron más bien sucintas, como la crítica que hizo al protocolo de autopsias del SML. Como es sabido, no se aplicó técnica ni procedimiento alguno sobre el cuerpo de la víctima por parte de la perita C.C.A., desarrollando únicamente a dicho respecto un metaperitaje. Finalmente, al no haber un único objeto del peritaje, ni la aplicación de métodos o técnicas claramente identificados y explicados, el análisis de la fiabilidad de aquellos resulta imposible, lo que impide un pronunciamiento sobre la adecuación de aquellos a las necesidades del caso en particular.

Con todo, pareciera que el informe pericial no cumple con la denominada *regla de oro* (Vázquez, 2023, p. 62). Como no es posible contrastar la información, ya sea para la corroboración o para la refutación de este, la defensa no puede ejercer correctamente su función. Lo anterior se agrava, además, si se considera que los jueces no valoraron en conformidad con reglas de racionalidad epistemológica, sino con base en su convencimiento. Dicha segunda cuestión implica una nueva vulneración al derecho de defensa, por infracción de uno de sus derivados, el derecho a la prueba y a la valoración racional de la misma (Ferrer Beltrán, 2022, pp. 67 y ss.).

## 5. CONSIDERACIONES FINALES Y CONCLUSIONES GENERALIZADORAS

A la luz de lo revisado con anterioridad, es posible concluir que las distintas falencias del informe pericial analizado produjeron efectos diversos, y en distintos niveles. Ya se adelantó que, en definitiva, un informe deficitario puede impactar principalmente en el derecho de defensa y, con ello, afectar la valoración que el tribunal puede realizar sobre aquel. El alcance de dichos efectos, o sus inmediatas consecuencias prácticas, dependerá concretamente de la configuración de cada sistema procesal.

Efectivamente, para el caso en comento, el informe pericial —esto es, el escrito mismo en el que se encontraba dicha opinión contenida— pudo ser tenido a la vista por los jueces que valoraron la prueba, ya que, como consta en el Auto de Apertura del Juicio Oral (AJGS, 1774-2017, p. 13)<sup>10</sup>, se admitió como prueba «la declaración e informe» de la perita en comento. Lo anterior no suele ser la regla general en Chile, ya que mayoritariamente se suele admitir la declaración mas no el informe pericial (es decir, la prueba pericial sería la declaración personal del perito en juicio) con base en los principios que informan el sistema, a saber, el de oralidad, el de intermediación y el de contradictoriedad (Duce, 2004, pp. 328 y ss.). Con todo, dicha postura no es unánime, dadas las formulaciones normativas pertinentes y sus respectivas interpretaciones, encontrándonos así ante jurisprudencia dividida (pp. 328 y ss.). Sin perjuicio de lo anterior, el informe pericial escrito siempre debe acompañarse, en sede de preparación del juicio oral, para analizar la relevancia e idoneidad de la prueba pericial y del perito, respectivamente.

Con ello, los problemas referidos en el apartado «Asuntos problemáticos de naturaleza formal» serán percibidos directamente por el tribunal con la lectura y análisis del informe pericial, o, de manera indirecta, deberán hacerse advertir por parte de los abogados durante el examen y contraexamen del perito. En ambos casos, se podrá afectar la valoración que se haga sobre dicha prueba pericial, en mayor o menor medida.

En efecto, problemas de lenguaje poco claro, o de errores ortográficos que dificulten la lectura y comprensión del texto impactarán necesariamente en el mensaje intentado comunicar por el perito<sup>11</sup>. Aquello, por cierto, es un asunto de grados<sup>12</sup>, en los que en casos extremos le podría restar méritos a un documento ilegible, si el informe es leído por el tribunal, o podrá afectar la preparación del examen del perito, en caso contrario.

En cuanto a la falta de acceso a la bibliografía utilizada, alguna con acceso de previo pago, como se señaló, igualmente cabe argumentar que aquello impide una cabal o real contrastación de lo afirmado por el perito. Con todo, aunque los avances tecnológicos permiten y facilitan el anexar toda la bibliografía citada, cuestión que sería incluso recomendable, no pareciera ser aquello una obligación que se derive de la estructura misma de la prueba pericial ni de exigencia legal alguna. Sin embargo, ante la solicitud expresa de material bibliográfico específico, realizada por el tribunal o por los abogados, creo que es posible exigirle al perito que proporcione la bibliografía respectiva. Lo anterior, para que el juez pueda valorar racionalmente dicha prueba

---

<sup>10</sup> Causa RIT 1774-2017 del Juzgado de Garantía de La Serena, tribunal que conoció de manera previa al juicio oral, en la etapa de admisibilidad de prueba y anterior.

<sup>11</sup> «En algunos casos esta carencia llega a comprometer el ejercicio profesional. Forma y fondo se interrelacionan de tal manera que los defectos de redacción dilapidan el contenido» (Cassany, 2022, p. 14)

<sup>12</sup> Distinguiendo entre legibilidad alta y baja, y en atención a diversos factores: Cassany (2022, pp. 21 y ss.).

o para que el abogado pueda preparar el examen o contraexamen al perito, teniendo dicha solicitud como sustento material al derecho de defensa. La primera situación podrá hacerse por el tribunal tanto antes o después de la declaración del perito e, incluso, como aclaración de su declaración<sup>13</sup>. En el segundo caso, la bibliografía requerida deberá ser proporcionada, necesariamente, previo al examen y contraexamen del perito al abogado que así lo requiera. A dicha conclusión abona la estructura misma de la prueba en el derecho, con límites temporales definidos (Ferrer Beltrán, 2007, pp. 36-38) que impiden una búsqueda pausada del material citado por los intervinientes que no son el perito mismo que lo proporciona, y porque aquella se desarrolla en un contexto no académico, en el que, por ende, no resulta exigible el manejo de una bibliografía de referencia conocida o dada por sabida. Por otro lado, dicha obligación no le debería generar una carga mayor al perito, el que señala estar en posesión de dicha fuente bibliográfica al realizar la cita.

Finalmente, sobre la valoración del peritaje, urge destacar nuevamente que aquella se haga de manera racional, y que se aleje de las meras impresiones generadas en los jueces con base en la demostración del conocimiento realizada, ante ellos, por el perito. A lo ya dicho previamente, cabe agregar que los jueces pueden verse afectados con la «ilusión de competencia» o efecto Dunning-Kruger, al respecto, sobrevalorando la *expertise* aparentada, por ejemplo, en una segura o convincente exposición<sup>14</sup>.

Para que dicha valoración pueda ser positiva, como se vio, el perito debe evitar sufrir distorsiones cognitivas, como sesgos contextuales, por lo que es recomendable que, de *lege ferenda*, se modifique el acceso que el perito pueda tener a la información disponible, debiendo identificarse la información relevante con base en el *objeto* de la pericia<sup>15</sup>. De allí la problemática situación comentada de la existencia de objetos múltiples o poco definidos. Finalmente, sobre la actualización del conocimiento citado, cabe señalar, a modo de conclusión, que aquello es un asunto propio de la comunidad de experto de referencia, por lo que es un problema que debiese ser levantado en el examen del perito, o en un metaperitaje, como «prueba sobre prueba», principalmente.

## 6. SOBRE LA SUERTE DEL JUSTICIADO

A modo de cierre, y como nota al margen, cabe señalar que, en contra de la sentencia definitiva tematizada en el presente trabajo no procedía recurso alguno, puesto que era la segunda vez que se discutía y juzgaban tales hechos en un juicio oral. La anterior sentencia se anuló, justamente, porque la Corte de Apelaciones de La Serena

<sup>13</sup> No considero que aquella solicitud sustituya la carga probatoria de interviniente alguno, ya que es una aclaración del informe pericial ya admitido y presentado en juicio.

<sup>14</sup> «When individuals present information confidently, we are more likely to believe them, regardless of whether or not the information they are sharing is well-founded» (The Decision Lab, 2023).

<sup>15</sup> En similar sentido, Vázquez (2023, p. 32).

entendió que hubo una vulneración al derecho de defensa, pero por la supuesta falta de consistencia en las declaraciones de la perita del SML, lo que se afirmó como un problema insoslayable para el ejercicio de una correcta defensa en juicio. La primera sentencia, sin embargo, es sustantivamente idéntica a esta segunda. Los jueces reafirmaron el parecer de la sentencia anterior del mismo tribunal (con otra conformación de jueces) al no observar una contradicción en lo informado por dicha perita institucional (STJOP, de 27 de julio de 2021, p. 64).

Con otros argumentos, es posible sustentar hoy que, incluso, esta segunda sentencia vulneró el derecho de defensa, principalmente porque el informe pericial no contaba con la información necesaria para su contraste y acabado análisis. Dicha cuestión no se subsanó con las declaraciones de los peritos en juicio, sino que se profundizó. Así, una sentencia que no cumplió con los requisitos que impone el debido proceso —al impedir el adecuado ejercicio del derecho de defensa— resultó, por cuestiones procesales, inexpugnable. Por otro lado, e independiente de lo verdaderamente ocurrido<sup>16</sup>, la desconexión total entre lo probado en juicio y las calificaciones jurídicas realizadas, aun por razones normativas, afecta la esencial función motivadora del derecho<sup>17</sup>. Dicho error, que no es solo judicial sino del sistema —piénsese en la deficiente acusación del MINPUB— refleja lo costoso que nos resulta como sociedad desatender los requisitos y desafíos que la prueba pericial nos impone de manera particular<sup>18</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

- Cassany, D. (2022). *La cocina de la escritura*. Editorial Anagrama.
- Duce, M. (2004). *Litigación Penal Juicio Oral y Prueba*. Ediciones Diego Portales.
- Duce, M. (2013). *La Prueba Pericial. Aspectos legales y estratégicos claves para el litigio en los sistemas procesales penales acusatorios*. Ediciones Didot.
- Duce, M. (2022). Los errores. La aplicación al caso concreto y los sesgos cognitivos de los peritos. En C. Vázquez (Coord.), *Manual de Prueba Pericial* (Cap. IV). Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- 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. (2022). Los momentos de la actividad probatoria en el proceso. En J. Ferrer Beltrán (Coord.), *Manual de Razonamiento Probatorio* (Cap. II). Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Salas Beteta, C. (s.f). *Técnicas de litigación oral y aplicación en el proceso penal*. [https://www.u-cursos.cl/derecho/2012/1/D170A0635/9/material\\_docente/bajar%3Fid\\_material%3D428351](https://www.u-cursos.cl/derecho/2012/1/D170A0635/9/material_docente/bajar%3Fid_material%3D428351)
- The Decision Lab (2023). *Why can we not perceive our own abilities?: The Dunning-Kruger Effect, explained*. <https://thedecisionlab.com/biases/dunning-kruger-effect>
- Vázquez, C. (2015). *De la prueba científica a la prueba pericial*. Marcial Pons.

<sup>16</sup> Aun cuando aquello es de vital importancia, en el entendido que «está probado que p», en la mejor de sus comprensiones, es un enunciado descriptivo (Ferrer Beltrán, 2005, pp. 25 y ss.).

<sup>17</sup> Sobre dicha función motivadora y la conexión con la concepción racionalista de la prueba: Ferrer Beltrán (2007, p. 30).

<sup>18</sup> Véase al respecto en Vázquez (2022, pp. 7 y 8).

- Vázquez, C. (2022). *El juez ante el perito*. En C. Vázquez (Coord.), *Manual de Prueba Pericial* (Cap. I). Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Vázquez, C. (2023). *Guía sobre el contenido de los informes periciales y su impacto en el debido proceso*. Escuela Federal de Formación Judicial. [https://escuelajudicial.cjf.gob.mx/publicaciones/2023/Editoriales/Guia%20\\_Contenido\\_Informes\\_Periciales.pdf](https://escuelajudicial.cjf.gob.mx/publicaciones/2023/Editoriales/Guia%20_Contenido_Informes_Periciales.pdf)

### Legislación y jurisprudencia

- Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena (Chile), RUC 1710010974-3; RIT 66-2020, de 27 de julio de 2021.
- Auto de Apertura del Juicio Oral del Juzgado de Garantía de La Serena [AJGS] (Chile), RIT 1774-2017.

## EL INFORME PERICIAL QUÍMICO EN LA DETERMINACIÓN DE RESIDUALES DE DISPAROS. CONTENIDOS MÍNIMOS, RAZONAMIENTO EXPERTO Y DEBIDO PROCESO

Matías Meza\*

*abmatiasmeza@gmail.com*

**RESUMEN:** Este artículo tiene como objetivo analizar un informe pericial producido por el área de química legal en la determinación de residuos de disparo. La finalidad es examinar si el mismo cuenta con la información necesaria para evaluar la calidad del conocimiento experto, considerando las exigencias del debido proceso. Para alcanzar este propósito, en primer lugar, se describirá el contenido del informe en relación con la normativa procesal y la práctica pericial, con un enfoque en los aspectos formales del mismo. En la segunda parte, se hará hincapié en los aspectos sustanciales, resaltando el contenido del conocimiento especializado y evaluando la calidad del conocimiento experto en el caso particular, tratando de comprender la lógica subyacente al razonamiento pericial. Finalmente, en la tercera parte, se presentarán reflexiones y recomendaciones de mejora, relacionadas con los puntos anteriores, con el propósito de contribuir a la calidad del conocimiento especializado, esencial para garantizar un proceso legal adecuado.

**PALABRAS CLAVE:** pericia química, informe pericial, contenido mínimo, razonamiento experto, debido proceso.

---

\* Licenciado en Criminalística. Abogado. Especializando en Derecho Procesal. Maestrando en Razonamiento Probatorio. Miembro del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba (Argentina). Docente universitario. Universidad Siglo 21.

**THE CHEMICAL EXPERT REPORT  
ON THE DETERMINATION OF GUNSHOT RESIDUE.  
MINIMUM CONTENT, EXPERT REASONING AND DUE PROCESS.**

**ABSTRACT:** This article aims to analyze an expert report produced by the legal chemistry area in the determination of gunshot residue. The purpose is to determine if it has the necessary information to evaluate the quality of the expert knowledge, considering the demands of due process. To achieve this purpose, first of all, the content of the report will be described in relation to procedural regulations and expert practice, focusing on its formal aspects. In the second part, emphasis will be placed on the substantial aspects, highlighting the content of the specialized knowledge present in the expert report, and evaluating the quality of the expert knowledge in the particular case, trying to understand the logic underlying the expert reasoning. Finally, in the third part, reflections and recommendations for improvement will be presented, related to the previous points, with the purpose of contributing to the quality of specialized knowledge, which is essential to guarantee an adequate legal process.

**KEYWORDS:** chemical expertise, expert report, minimum content, expert reasoning, due process.

**SUMARIO:** 1.- INTRODUCCIÓN.— 2. SOBRE EL CONTENIDO Y FORMALIDAD DEL DICTAMEN PERICIAL.— 3. SOBRE EL RAZONAMIENTO REALIZADO POR LA PERSONA EXPERTA.— 4.- SUGERENCIAS Y CONCLUSIÓN.— BIBLIOGRAFÍA.

## 1. INTRODUCCIÓN

Cuando se investigan hechos en los que tuvo intervención un arma de fuego o se sospecha de su utilización, uno de los estudios más solicitados al área forense<sup>1</sup> consiste en la determinación de residuales de disparo o también denominado GSR<sup>2</sup>. Las actividades periciales en este contexto tienen como objetivo el procesamiento de muestras obtenidas de personas específicas y sus prendas, así como la utilización de instrumentales apropiados para detectar cualitativa y cuantitativamente dichas partículas. Los resultados obtenidos, ya sean positivos<sup>3</sup> o negativos, se comunican

---

<sup>1</sup> En relación a ello, Gascón Abellán (2016, p. 348) nos refiere: «Es más, las pruebas científicas se han convertido en la clave para probar algunos hechos que de otro modo difícilmente podrían haberse probado. Precisamente por su utilidad y rendimiento en el proceso, el recurso a estas pruebas es cada vez más demandado».

<sup>2</sup> «Cuando se produce un disparo, la bala se proyecta a través del ánima del arma, a la vez que los productos originados en la explosión de la pólvora son despedidos a gran velocidad hacia adelante y hacia atrás, mezclados los compuestos resultantes de la descomposición del detonante o iniciados al ser percutida la cápsula que lo contiene» (Guzmán, 2011, p. 535). Los GSR (*gunshot residue*), son partículas elementales de Plomo, Antimonio y Bario que resultan de dicho proceso fisicoquímico.

<sup>3</sup> Es importante tener en cuenta que el dictamen pericial analizado corresponde a uno con resultado positivo. Esto implica una serie de características distintivas que lo diferencian de aquellos con resultado negativo, especialmente en lo que respecta al razonamiento llevado a cabo por la persona experta.

por medio de informes periciales, para que puedan ser evaluados junto con otros elementos de prueba relevantes para el caso<sup>4</sup>.

Teniendo en cuenta lo anterior, con el presente trabajo se analizará un informe pericial de tipo químico, con procura de identificar si tiene la información necesaria para valorar la calidad del conocimiento experto, teniendo presente las exigencias del debido proceso<sup>5</sup>. Habiendo dicho esto, es importante considerar que se suscribe a una concepción racionalista de la prueba, comprendiendo que su finalidad en general, y la pericial en particular, es la averiguación de la verdad sobre lo ocurrido<sup>6</sup>, entendida la verdad como correspondencia<sup>7</sup>.

Para su mayor comprensión se dividirá el trabajo en tres partes. La primera tendiente a describir el contenido del informe, en relación con lo establecido con la norma procesal y la práctica pericial, es decir, se centrará en el aspecto formal. En segundo lugar, se pondrá el foco en el aspecto de fondo, señalando el contenido epistémico del informe pericial y la calidad del conocimiento experto en el caso particular, reconstruyendo el razonamiento pericial. El tercer punto estará dirigido a extraer algunas reflexiones a manera de conclusión, sobre aspectos favorables y propuestas de mejora en relación con los puntos anteriores que puedan contribuir a la calidad epistémica del informe pericial<sup>8</sup>, necesaria para un debido proceso.

## 2. SOBRE EL CONTENIDO Y FORMALIDAD DEL DICTAMEN PERICIAL

El informe pericial seleccionado corresponde a la División Química Legal (QL) de la Dirección de Policía Científica del Ministerio Público Fiscal (MPF) de la Pro-

---

No obstante, esta diferencia no se refleja en el aspecto formal del informe. Sería interesante realizar un análisis teniendo en cuenta ambos resultados.

<sup>4</sup> Es relevante considerar la posibilidad de que el dictamen pericial pueda ser cuestionado o impugnado, o se pongan en entredicho los hallazgos, opiniones y conclusiones presentadas por la persona experta en cumplimiento del derecho a contradicción.

<sup>5</sup> A nivel doctrinario, Binder (1999, p. 154) entiende que, en un debido proceso «el derecho de defensa cumple dentro del proceso penal un papel particular: por una parte, actúa en forma conjunta con las demás garantías, por la otra, es la garantía que torna operativa a todas las demás». En ese sentido, el contenido del informe debe ser tal que las partes puedan tener las herramientas para poder contraargumentar y ejercer el derecho a la defensa técnica efectiva. Por otro lado, que permita a la persona juzgadora valorar racionalmente el fundamento experto y con ello garantizar un pronunciamiento fundado.

<sup>6</sup> En la perspectiva de Acattino (2019, p. 90): «La concepción racionalista ve en la prueba un instrumento de conocimiento, una actividad encaminada a averiguar la verdad sobre los hechos litigiosos, entendida esta bajo una noción correspondentista».

<sup>7</sup> Así lo explica Ferrer Beltrán (2005, p. 73): «Esto es, si se produce una correspondencia entre aquello que dice el enunciado y los hechos del mundo».

<sup>8</sup> Para Coloma Correa *et al.* (2009, p. 306) «la expresión calidad epistémica se la entiende como una propiedad atribuible a ciertos datos y que habilita a un sujeto para generar, a partir de estos, conocimientos válidos en un determinado contexto».

vincia de Córdoba, Argentina. El dictamen es de tipo oficial y unipersonal<sup>9</sup>, fue realizado por una sola persona experta, a solicitud del Fiscal de Instrucción de turno y no hay registros de la participación de personas expertas de parte. En ese sentido, resulta interesante conocer el marco normativo en el cual se lleva a cabo la actividad. La Ley 8.123/1991 del 5 de diciembre, Código Procesal Penal de Córdoba en su art. 242 indica algunos lineamientos escuetos<sup>10</sup>:

El dictamen pericial podrá expedirse por escrito o hacerse constar en acta, y comprenderá, en cuando fuere posible: 1) la descripción de la persona, cosa o hecho examinados, tal como hubiera sido hallados. 2) Una relación detallada de las operaciones que se practicaron y de su resultado. 3) Las conclusiones que formulen los peritos, conforme a los principios de su ciencia, arte o técnica y sus respectivos fundamentos, bajo pena de nulidad. 4) La fecha en que la operación se practicó.

Si bien se constata que la norma establece lineamientos mínimos sobre cómo se debería presentar un escrito de este tipo, en la práctica pericial podemos constatar que la mayoría de los informes contienen: puntos de pericia, elementos ofrecidos, fundamentos técnicos, operaciones realizadas, conclusiones<sup>11</sup>. En dicha secuencia se observa una estructura aparentemente lógica, una relación entre lo que se solicita, lo que se otorga para el estudio, los fundamentos de la disciplina o experticia, la ejecución y resultados que se obtienen de la práctica. Así entonces, el objeto guarda correspondencia con las preguntas solicitadas (puntos de pericia), seguidamente, los elementos ofrecidos hacen referencia a aquellos que son aportados a la persona experta para la realización de misma. Por su parte, los fundamentos técnicos se refieren a la base sobre la que se asienta el informe, mientras que, las operaciones realizadas consisten en una descripción detallada de las diligencias llevadas a cabo por la persona perita. Y finalmente las conclusiones, en las que se da respuesta a los puntos de pericia, o, dicho de otra manera, a las preguntas solicitadas.

Teniendo en cuenta el informe pericial realizado por QL, objeto de nuestro análisis, se puede constatar los siguientes apartados:

*a)* Objetivo (punto de pericia): en este caso se trata de determinar si en las manos, piel de las muñecas o puños de las prendas de las personas indicadas se puede constatar la presencia de residuales de disparo de un arma de fuego (GSR), se indica

<sup>9</sup> En el MPF de Córdoba también se realizan pericias multidisciplinarias, donde el informe pericial es suscrito por más de una persona experta, según disposición 09/2018 de la Dirección General de Policía Judicial de la Provincia de Córdoba.

<sup>10</sup> Es importante tener en cuenta que en la mayoría de los sistemas jurídicos hay poca regulación en materia de prueba pericial, véase Vázquez (2022, pp. 105-108).

<sup>11</sup> Carlos Guzmán (2011, p. 662) en su obra *Manual de Criminalística* refiere: «La labor pericial debe respetar el método técnico científico y su dictamen debe presentarse por escrito contemplando los siguientes ítems, *a)* el objeto de la pericia es el estudio, que es el examen, y la aplicación de un hecho, de un objeto, de un comportamiento, de una circunstancia o de un fenómeno, *b)* la descripción de la persona, objeto, o cosa materia de examen, o estudio, así como el estado y forma en la que se encontraban (elementos ofrecidos), *c)* la relación detallada de todas las operaciones practicadas en la pericia y sus resultados (operaciones realizadas), *d)* Los medios científicos y técnicos de que se ha valido para emitir su dictamen, *e)* las conclusiones a los que llegan los peritos».

que debe ser realizado mediante la técnica microscópica electrónica de barrido<sup>12</sup>. Este punto de pericia es frecuentemente solicitado, sin embargo, su interpretación es bastante compleja por cuestiones que abordaremos en el presente trabajo<sup>13</sup>.

b) Material para análisis (elementos ofrecidos): para la realización de la actividad pericial se ofrecieron seis dispositivos llamados *stubs*<sup>14</sup>. Estos dispositivos contienen muestras recopiladas previamente de dos personas. Los mismos fueron sometidos al instrumental para la determinación de GSR. Lo interesante en este caso es que se han incluido ilustraciones de la zona de recolección para visualizar lo explicado.

c) Instrumental empleado (operaciones realizadas): en este apartado se requiere explicar todos los instrumentales y procedimientos realizados para cumplir con la tarea encomendada. En el informe pericial se observa una descripción del instrumental empleado<sup>15</sup> y, por otro lado, en «lineamientos» se aclara que el tratamiento de las muestras se realizó de acuerdo con lo establecido en la guía estándar para el análisis de residuos de disparo por microscopía electrónica de barrido/espectrometría de energía dispersiva de rayos X (MEB/EDS) mediante norma ASTM E 1588-20<sup>16</sup>.

Por otra parte, aquí también podríamos incluir los resultados obtenidos mediante la aplicación de la técnica. La misma se refleja en un cuadro, donde se detallan las muestras de las personas y los valores obtenidos (partículas características y consistentes), además se describe por cuántos campos estaba compuesto el área de estudio y cuanto fueron analizados. Es importante tener en cuenta que, al tratarse de un informe pericial, el mismo debe ser susceptible de ser replicado o controlado por personas expertas de parte<sup>17</sup>.

d) Fundamentos técnicos: en este apartado se explica específicamente la técnica realizada mediante el instrumental (microscopía electrónica de barrido), lo que se dice medir (composición química elemental de partículas de GSR) y cómo lo hace

---

<sup>12</sup> «Se usa —entre otros fines forenses— para la búsqueda de restos de Plomo (Pb), Bario (Ba) y Antimonio (Sb), considerados componentes característicos de los residuos de disparo. También se puede observar la morfología y distribución de partículas en la superficie de la muestra» (CNEA, s.f.).

<sup>13</sup> El punto de pericia en cuestión se solicita en hechos donde tuvo participación al menos un arma de fuego y generalmente se busca relacionar a la persona analizada con el hecho que se investiga.

<sup>14</sup> Consisten en dispositivos destinados a ser utilizados para el levantamiento de muestras, su apariencia es similar a un taco con una lámina de carbono adhesivo. Son también denominados talones de recolección de muestras para SEM.

<sup>15</sup> El instrumental en cuestión se trata de un microscopio electrónico de barrido. Marca Zeiss modelo EVO LS 15 equipado con BSD. Software INCA GSR. Revisión 5.02.

<sup>16</sup> La ASTM (American Society for Testing and Materials) es una organización sin ánimo de lucro que desarrolla y publica acuerdos voluntarios por consenso, aplicables a normas técnicas de materiales, productos, sistemas y servicios. El documento no es de libre acceso, se requiere su adquisición mediante compra. Se puede acceder en su página a una referencia sobre la norma ASTM aplicada al caso: <https://www.astm.org/e1588-20.html>.

<sup>17</sup> En ese sentido la técnica en cuestión permite el análisis sin que la muestra sea alterada ni destruida (como se informa en los fundamentos técnicos).

(mediante detectores). Se constata una relación directa entre lo que se transmite en el apartado, el punto de pericia solicitado y las operaciones realizadas.

e) Conclusiones: se responde directamente el punto de pericia, es decir, el objeto del estudio. En este caso las muestras levantadas de ambas personas dieron positivo y se aclara que, ante ese resultado, no es necesario que se analicen las demás muestras<sup>18</sup>.

Además, es destacable la incorporación de algunos elementos muy interesantes, como:

f) Interpretación de los resultados junto con sus referencias, donde se explica qué conjeturas pueden extraerse de los datos obtenidos en el análisis químico, ya sean positivos o negativos. Esto reviste gran importancia, dado que el término «positivo», sin esta interpretación y más aún en el contexto de un estudio químico instrumental, podría llevar a la suposición, en un caso particular, de que la persona efectuó el disparo con el arma de fuego. Esto podría ocasionar una sobrevaloración del resultado<sup>19</sup>, como ocurre en el caso de otra técnica química denominada luminol<sup>20</sup>. No obstante, esta contribución resulta esclarecedora, ya que proporciona información sobre el resultado y sus posibles interpretaciones.

El aporte advierte sobre la posibilidad de encontrar residuales de disparo en la mano o prendas de una persona y que esto no tenga una sola explicación, es decir, no necesariamente quiere decir que la persona haya disparado el arma de fuego, sino que podría haber más explicaciones a ese hallazgo. Este aspecto es considerado por Gascón (2013, p.181) cuando nos habla del modo de transmitir los resultados de una prueba científica:

La cuestión concierne, más precisamente, al modo en que los peritos deben interpretar y expresar los resultados de un test en un informe para evitar que sean malentendidos o sobrevalorados por los jueces. Muy brevemente, cómo deben formularse las conclusiones del informe pericial para comunicar correctamente los resultados de las pruebas a los tribunales<sup>21</sup>

g) Lineamientos: Si bien se hizo referencia de ello en las operaciones realizadas, resulta importante destacar su incorporación, ya que la misma no suele ser muy frecuente.

h) Definiciones (glosario): Aunque podría ubicarse dentro del apartado fundamentos técnicos, debido a que indica cuáles son los términos y siglas para utilizar

<sup>18</sup> Las muestras que han sido estudiadas y las que no, quedan en resguardo en el depósito del área.

<sup>19</sup> En este caso podría tratarse de una sobrevaloración semántica. Marina Gascón (2013, p. 182) clasifica la sobrevaloración en semántica y epistémica: «La beatificación de este universo probatorio se asienta en dos sobrevaloraciones. Por un lado, sus resultados se aceptan como infalibles. Por otro, y sobre todo, se considera que esos resultados dicen cosas distintas de las en realidad dicen. La primera de ellas es la sobrevaloración epistémica. La segunda es, por así decirlo, una sobrevaloración semántica».

<sup>20</sup> La técnica de luminol es utilizada para la búsqueda de posibles manchas de sangre, su resultado positivo indica que la sustancia puede ser sangre, pero también otras cosas. Es una técnica que tiene una alta sensibilidad (detecta sustancias en bajas proporciones) pero baja especificidad (no detecta solo sangre) y por lo tanto suele ser mal interpretada y utilizada de forma errónea en la práctica forense.

<sup>21</sup> Véase Vázquez (2013, p.181 y ss.).

en el informe, al tratarse de términos que escapan del vocabulario común resulta de mucha utilidad y relevancia. Teniendo en cuenta que los términos que se utilizan en los informes periciales son específicos de cada disciplina, es muy necesario que la persona experta los explique y no se empleen como pseudotecnismos para confundir más la labor pericial, esto está en relación directa con la claridad del informe pericial. A este respecto, Vázquez (2020b, p.129) plantea la siguiente cuestión:

¿Es la claridad expositiva relevante? Por supuesto, lo es para todos, pero se enfatiza cuando el oyente es un lego que tiene que leer o escuchar una opinión experta; siempre será más fácil seguir el argumento de quien te habla de manera clara que quien «da vueltas» o enreda los argumentos que tiene.

i) Aclaración preliminar de los resultados: si bien ya hablamos de los resultados específicamente, el informe pericial aclara que el fundamento de considerar positivo el hallazgo combinado de al menos una partícula característica de GSR con una consistente surge por consenso de la comunidad experta mediante generación de información empírica y se refleja en un protocolo unificado para el análisis de residuos de disparo por medio de microscopía electrónica de barrido, en el marco del Congreso Internacional de Microscopía (2018)<sup>22</sup>. Se podría decir que la interpretación formaría parte de una convención de personas expertas en la temática, reconocida internacionalmente. Vázquez (2022, p. 69) se refiere a ello cuando plantea la siguiente pregunta «¿Qué tipo de información deberían generar y brindar las comunidades expertas?»<sup>23</sup>.

j) Referencia o bibliografía: el dictamen presenta dieciséis referencias entre libros y publicaciones. En este apartado, si bien es destacable y de mucha utilidad, debe tenerse en cuenta que las referencias sean actuales.

k) Credenciales de la persona experta: al final del dictamen se encuentra la firma y el título del perito. Con relación a ello, la mayoría de las regulaciones en materia de prueba pericial hacen hincapié en la necesidad de que la persona experta exponga las credenciales que habiliten su conocimiento en la tarea encomendada. Este apartado encuentra relación con la cuestión planteada por Vázquez (2022, p. 29): «¿Cuáles son las credenciales del sujeto que nos permita atribuirle la *expertise* relevante para el caso?».

### 3. SOBRE EL RAZONAMIENTO REALIZADO POR LA PERSONA EXPERTA

En este apartado se deberá centrar la atención en el razonamiento llevado a cabo por la persona experta. Con respecto a ello, Vázquez (2022, p. 102) señala lo siguiente:

<sup>22</sup> Se puede acceder a información del congreso en el siguiente enlace: <https://samc2018.congresos.unc.edu.ar/simposios>.

<sup>23</sup> En Vázquez (2022) se habla de una especie de escala de evidencia ordenada de mayor a menor: Información empírica, consensos de una comunidad experta, acuerdo de un grupo de personas y la experiencia individual de una persona experta.

Se puede reconstruir el razonamiento pericial de forma análoga al razonamiento judicial, donde la premisa mayor sería una generalización con fundamento experto, la premisa menor estaría constituida por la información relativa a los hechos del caso concreto que la persona experta está usando y, por supuesto, la conclusión se obtendría de una inferencia que va de las premisas a la conclusión.

En cuanto a las generalizaciones<sup>24</sup> relevantes identificadas en el dictamen pericial, se pueden nombrar las siguientes:

*a)* Cuando se produce un disparo de arma de fuego se generan residuos; *b)* los residuos de disparo se pueden depositar en las manos de la persona que disparó el arma de fuego, en los puños de las prendas (en el caso que se utilicen prendas con mangas largas) o también se pueden transferir los residuos a la persona que manipula el arma o a la persona que estaba próxima a la descarga del arma o en contacto con algún objeto que tenía residuos de disparo; *c)* se pueden tomar muestras con dispositivos adecuados (*stubs*) de las manos o de los puños de las prendas de las personas en búsqueda de residuos de disparo; *d)* el instrumental denominado microscopio electrónico de barrido permite observar a gran magnificación la morfología y la topografía, medir el tamaño y determinar cualitativa y cuantitativamente la composición química elemental de partículas de tipo inorgánico, presentes en una muestra; *e)* las partículas de GSR (residuales de disparo) son de tipo inorgánico por lo tanto pueden ser analizadas con la técnica de referencia; *f)* cuando se somete el dispositivo *stubs* al instrumental, se pueden detectar partículas características y consistentes: una partícula característica es aquella en la que se encuentran fundidos todos los metales constituyentes del iniciador o fulminante: plomo, bario y antimonio; una partícula consistente es la que proviene del fulminante y no presenta los tres metales fundidos como en el caso anterior, sino uno o dos juntos a otros metales (ejemplo plomobarario, bario-aluminio)<sup>25</sup>, y *g)* si se constata al menos una partícula característica de GSR con una consistente, el resultado se considera positivo.

Ahora bien, el fundamento de dichas generalizaciones resulta de diversas fuentes:

— Se abordan los fundamentos relativos a los fenómenos físicos y químicos que, al ocurrir un disparo de arma de fuego, generan los GSR. La comprensión del funcionamiento del instrumental, la metodología y el tratamiento de las muestras se detallan conforme a las directrices establecidas por la norma internacional ASTM. Se explican los fundamentos relacionados con la consideración de un estudio como positivo, destacando la importancia de encontrar la combinación de al menos una partícula característica con una consistente. Este concepto se expone en la aclaración preliminar de los resultados, haciendo referencia a su origen en una convención de expertos y respaldado por resultados empíricos.

<sup>24</sup> Dichas generalizaciones son extraídas de la norma ASTM E 1588-20 (Norma ASTM, 2020) en la que sintéticamente se detallan la terminología a aplicar, la manera de realizar la práctica, la preparación de la muestra, los requisitos y el funcionamiento del instrumental, el análisis de los datos, los resultados y la discusión que puede surgir de estos últimos.

<sup>25</sup> Ver norma ASTM E 1588-20 (Norma ASTM, 2020)

Siguiendo esa línea de ideas, en el informe pericial bajo análisis podemos «captar» el razonamiento pericial mediante el siguiente análisis<sup>26</sup>:

*Premisa mayor* La detección de al menos una partícula característica combinada con una consistente de GSR en las manos de una persona o en su prenda, puede indicar que la persona disparó el arma de fuego, o no lo ha disparado pero ha manipulado el arma, o se encontraba próxima a la descarga del arma, o ha entrado en contacto con algún objeto que tenía residuos de disparo.

*Premisa menor* Se detectó al menos una partícula característica combinada con una consistente en las manos de una persona X (en este caso en una de las personas se detectaron cuatro partículas características y once consistentes, y en la otra, tres partículas características y once consistentes)

*Conclusión* La persona x disparó el arma de fuego o no ha disparado, pero ha manipulado el arma, o se encontraba próxima a la descarga del arma, o ha entrado en contacto con algún objeto que tenía residuos de disparo.

La premisa mayor establece un principio general sobre cómo la detección de partículas características, combinada con las consistentes, puede indicar ciertas acciones relacionadas con un arma de fuego. La premisa menor proporciona un caso específico en el que se encontraron las partículas en la persona x. La conclusión sigue lógicamente de las premisas, afirmando que la persona x realizó alguna acción relacionada con un arma de fuego debido a la detección de partículas descritas. En este sentido, el apartado «interpretación de resultados» ayuda a entender cómo la conclusión se sigue de las premisas y, de alguna manera, se contribuye a que el resultado (positivo o negativo) no sea malinterpretado o sobrevalorado.

#### 4. SUGERENCIAS Y CONCLUSIÓN

En este apartado se pondrá el foco en dos aspectos fundamentales: en primer lugar, si el informe pericial contiene la información necesaria para que la persona juzgadora pueda valorarlo de manera racional. Y, en segundo lugar, si dicha información permite que las partes puedan controlar la prueba y presentar contraargumentos sustantivos<sup>27</sup>. Estos elementos contribuirían a la construcción de un debido proceso.

---

<sup>26</sup> En este sentido, Vázquez (2022, p. 29) nos comenta: «Ello supone que los jueces controlen tanto las premisas del razonamiento pericial como las inferencias que se hacen a partir de ellas».

<sup>27</sup> Maier (2011, p. 585) hace alusión en el contexto de un debido proceso, y la igualdad de posiciones, cuando explica la importancia del control de la prueba que valorará el tribunal en la sentencia: «Ese debate se cumple con la presencia ininterrumpida de todos los sujetos procesales (inmediación), inclusive el imputado y su defensor, y en él son incorporados los únicos elementos de prueba idóneos para fundar la sentencia, forma de proceder que asegura el control probatorio por parte de todas las personas interesadas en la decisión; a él concurren el acusador y el acusado —también su defensor— con las mismas facultades, factor principal de la equiparación de posibilidades respecto del fallo»

Teniendo en cuenta ese norte, se puede constatar en cuanto a la norma aplicable que el informe cumple con los requisitos establecidos por la norma adjetiva. El mismo brinda información sobre sus fundamentos, cómo ha sido estudiado el material, qué instrumental se ha utilizado, cuál ha sido la metodología empleada, qué resultados se obtuvieron, cómo se pueden interpretar esos resultados y, con todo ello, conectar el punto de pericia solicitado con la conclusión. Como elementos distintivos, vale la pena destacar la descripción del instrumental y la técnica para el tratamiento de las muestras que se hizo, los lineamientos y las aclaraciones. Esto resulta importante, ya que la mayoría de los informes periciales tienden solo a listar las técnicas sin mayor explicación<sup>28</sup>.

Por su parte, el razonamiento que la persona experta lleva a cabo permite comprender el proceso desde las premisas hasta las conclusiones, lo que posibilita que la persona encargada de emitir un juicio pueda entender el trayecto seguido para obtener el resultado (en este sentido el apartado que contiene la interpretación de resultados es fundamental). Además, este razonamiento actúa como un mecanismo de control por parte de otras personas expertas y también facilita la posibilidad de replicar el procedimiento en caso de ser necesario. «La regla de oro, en cualquier caso, debería ser realizar y presentar un informe cuyo contenido pudiera replicar cualquier otra persona experta con base en la información ahí explicitada» (Vázquez, 2022, p. 109). Esto se encuentra en relación directa con un principio general de la prueba, el principio de contradicción que tiene el fundamento constitucional de igualdad ante la ley y defensa en juicio, elementos fundamentales para un debido proceso. «La contradicción supone que debe garantizarse a los sujetos procesales la posibilidad de controlar la introducción y producción de la prueba en el proceso» (Ferreira de la Rúa y González de la Vega, 2009, p.172).

Si bien el informe pericial analizado cumple con las condiciones antes descritas y contiene elementos que nos permiten constatar su calidad epistémica, se abordarán algunas sugerencias que considero fundamentales:

a) Los fundamentos técnicos podrían contener más elementos explicativos, sobre todo si consideramos que «los peritos deben ser conscientes de su labor como traductores de tecnicismos, muchas veces complejos, a un lenguaje comprensible para un lego» (Vázquez, 2015, p. 286). En este caso particular, se podría ampliar, explicitando, por ejemplo, los procesos físicos y químicos que se generan al producirse un disparo y de donde en definitiva provienen los GSR. Por otro lado, el orden de los apartados podría estar organizado de una manera en que se puedan seguir más fácilmente los fundamentos y las actividades desarrolladas, así como también el razonamiento realizado por la persona experta.

---

<sup>28</sup> A ello se refiere Carmen Vázquez (2022, p. 103) cuando nos explica: «El problema en muchos informes periciales es que toda esa información se obvia, y a veces ni siquiera se explicita esa premisa mayor; otras veces lo único que hacen las personas peritas es listar el conjunto de métodos o técnicas empleados, sin dar ningún tipo de explicación sobre cómo funcionan o sobre por qué son de aplicación al caso»

b) En relación con la «claración preliminar de los resultados», si bien en el mismo se hace referencia a que el criterio de resultado positivo surge por consenso de la comunidad experta mediante generación de información empírica, no se explicita cuáles fueron esas experimentaciones que permitieron considerar dicho criterio. A su vez también se podría aclarar por qué dicha comunidad experta sería considerada de referencia<sup>29</sup>.

c) La referencia o bibliografía, como se dijo, es de suma importancia. En este caso se debe tener en cuenta que la misma sea contemporánea, más teniendo en cuenta los avances tecnológicos y en las metodologías empleadas en las disciplinas forenses. Si bien se aplica el recurso de incorporar esta referencia, la mayoría de las fuentes que se presentan en el dictamen se encuentran entre los años 1990 y 2000<sup>30</sup>.

d) En cuanto a las credenciales de la persona experta, se sugiere que estas se presenten de manera detallada. En situaciones en que la formación no sea específica para la actividad pericial —por ejemplo, el caso de un biólogo encargado de analizar muestras inorgánicas (como en la presente situación)— sería recomendable ampliar la información sobre su titulación para demostrar sus competencias en el área correspondiente. Esto permitiría evaluar la idoneidad del perito, entendiendo su capacidad y competencia para desempeñar eficazmente su papel en el proceso. En ese sentido, Duce (2013, p. 76) refiere: «En primer lugar, la idoneidad del perito debe ser acreditada, en el área de experticia, donde se pretende que declare, es decir, debe tratarse de una idoneidad relevante para los efectos de su aporte en el caso»<sup>31</sup>.

Además de las sugerencias antes nombradas, una cuestión muy importante, y que requiere un tratamiento especial, es lo referido a la estimación del rango de error<sup>32</sup>. En el informe pericial que aquí se analiza no se encuentra explicitada dicha estimación<sup>33</sup>. En relación con ello, Vázquez (2016 p. 105) señala «ninguna técnica o método es infalible, todos tienen un rango de error, incluso la prueba de ADN, que a día de hoy es la más fiable»<sup>34</sup>.

---

<sup>29</sup> Con referencia a este punto Vázquez (2022, p. 52) nos comenta que «hay diferentes tipos de grupos o agrupaciones de personas expertas, desde los colegios profesionales hasta sindicatos u otras organizaciones, con ciertos fines bien delimitados. Por ello, habría que decir que no toda agrupación puede ser considerada una comunidad científica o experta»

<sup>30</sup> A nivel comparado, un claro ejemplo de regulación de la referencia bibliográfica lo encontramos en el artículo 3 del Expert Witness Code of Conduct, que exige que el informe contenga «las razones, la bibliografía u otros materiales para justificar cada una de dichas opiniones»

<sup>31</sup> El autor considera como criterio básico en materia de admisibilidad el de relevancia o pertinencia. Y la necesidad, idoneidad del perito y confiabilidad del peritaje como criterios especiales.

<sup>32</sup> Esta cuestión ya era advertida por el NAS Report (NCR, 2009, p. 43) cuando se señalaba que los informes «no incluyen discusión alguna sobre incertidumbres de medición».

<sup>33</sup> La pregunta que nos podríamos hacer es ¿cuáles podrían ser las fuentes de error? Como una primera aproximación podríamos decir que «existen varias fuentes potenciales de error generalmente reconocidas: error del profesional, error del instrumento, error estadístico y error del método» (Christensen *et al.*, 2014, p. 124).

<sup>34</sup> Si bien el margen de error con respecto a las pruebas periciales se encuentra íntimamente relacionado con los denominados criterios Daubert destinados en principio para la etapa de admisibilidad

La falta de información sobre el margen de error de las técnicas empleadas en las prácticas periciales, es decir, el grado de imprecisión de una prueba, puede impactar significativamente en detrimento de un debido proceso. Lo anterior se puede dar en dos direcciones: la omisión del margen de error puede llevar a las personas juzgadoras a tomar decisiones basadas en pruebas que podrían ser menos fiables de lo que parecen y, por otro lado, puede impactar en el derecho de defensa. Esto se debe a que la parte que no conoce el margen de error de la prueba no puede evaluar adecuadamente su fiabilidad. En cuanto al primer aspecto, Vázquez (2015, p. 120) se refiere específicamente, a los casos donde el juez tiene que decidir si una prueba es admisible, teniendo que considerar el margen de error de la prueba para determinar si es suficientemente fiable:

Dicha decisión, además, puede tener efecto tanto en la admisibilidad de pruebas (como en el caso Daubert) (*i. e.*, cuánto rango de error es adecuado para admitir una prueba en el proceso judicial) como también en la valoración de estas, es decir, con qué rango de error resulta compatible un estándar de prueba.

A manera de breve conclusión y teniendo en cuenta los dos aspectos considerados en el análisis del informe pericial, se puede afirmar que este cumple con lo establecido en la norma adjetiva y ofrece información relevante<sup>35</sup> para el caso en cuestión. En lo que respecta a lo sustancial, el razonamiento pericial se encuentra explicitado<sup>36</sup>, recorriendo un camino lógico de premisas y conclusión, destacándose por sus aportes de referencia en cuanto a la calidad de la información proporcionada. En ese sentido, resulta de mucha importancia debido al aumento en el uso de la prueba pericial en los procesos penales contemporáneos<sup>37</sup> y a la complejidad de este tipo de informes periciales que incluyen instrumental —como el microscopio electrónico de barrido de este caso—, un conocimiento especializado, personas expertas en el análisis de residuales de disparo, metodologías y técnicas apropiadas definidas y discutidas por comunidades expertas (Congreso Internacional de Microscopía) y consenso en el marco de calidad (norma ASTM E 1588-20)<sup>38</sup>. Sumado a una explicitación adecuada de los procedimientos aplicados, sus resultados, e interpretaciones, permitirá a los otros sujetos (jueces, las partes) ser conscientes, según las palabras de Vázquez (2022, p. 137), de «que estamos ante una división del trabajo cognitivo en el que a cada uno de los sujetos implicados le corresponde hacer una labor de la que los demás depen-

---

de la prueba pericial, existe una discusión en cuanto a si también puede ser utilizado para la valoración. (Vázquez, 2015, p.286). Véase también Vázquez (2016, pp. 92-112).

<sup>35</sup> Taruffo (2007, p. 38) se refiere a ello considerando «si, y solo si, permite fundar en él (por si solo o juntamente con otros elementos) una conclusión sobre la verdad del enunciado fáctico a probar».

<sup>36</sup> «La valoración de la prueba pericial supone que los jueces deben comprender el razonamiento inferencial realizado por los peritos si están interesados, como deberían estarlo, en tomar decisiones racionales con él» (Vázquez, 2020a, p.29)

<sup>37</sup> A ello se refiere Duce (2018, pp. 225-228).

<sup>38</sup> Esto siempre teniendo en cuenta lo considerado por Haack (2015, p. 55): «Y es cierto, e importante, que la aceptación generalizada de una idea, teoría o técnica en algún campo no es indicación de su confiabilidad a menos que el campo en sí sea legítimo».

den». Las sugerencias aquí presentadas podrían contribuir a elevar el nivel requerido y, por ende, a un debido proceso.

## BIBLIOGRAFÍA

- Accatino, D. (2019). Teoría de la prueba: ¿somos todos racionalistas ahora? *REVUS: Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 39. <https://journals.openedition.org/revus/5559>
- American Society for Testing and Materials (ASTM) (2020). *Guía estándar para el análisis de residuos de disparo por microscopía electrónica de barrido/espectrometría de energía dispersiva de rayos X (MEB/EDS)- E 1588-20*. <https://www.astm.org/e1588-20.html>
- Binder, A. (1999). *Introducción al Derecho Procesal Penal*. AD-HOC.
- Christensen, A., Crowder, C., Ousley, S. y Houck, M. (2011). Error and its Meaning in Forensic Science. *Journal of Forensic Sciences*, 59(1), 123-126. <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/1556-4029.12275>
- Coloma Correa, R., Pino Yancovic, M. y Montecinos Sanhueza, C. (2009). Fundamentación de sentencias judiciales y atribución de calidad epistémica a las declaraciones de testigos en materia procesal penal. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 33(2), 303-344. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3125238>
- Comisión Nacional de Energía Atómica (CNEA) (s.f.). *Aplicaciones forenses del SEM*. <https://www.argentina.gob.ar/cneal/aplicaciones-forenses-del-sem>
- Duce, M. (2013). *La prueba pericial*. Didot.
- Duce, M. (2018). Prueba pericial y su impacto en los errores del sistema de justicia penal: antecedentes comparados y locales para iniciar el debate. *Ius et Praxis*, 24(2), 223-262. [https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122018000200223](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122018000200223)
- Haack, S. (2015). The Expert Witness: Lessons from the U.S. Experience. *Humana Mentis: Journal of Philosophical Studies*, 28, 39-70. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2615150](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2615150)
- Ferrer Beltrán, J. (2005). *Prueba y verdad en el derecho*. Marcial Pons.
- Ferreira de la Rúa, A. y González de la Vega, C. (2009). *Teoría General del Proceso* (Tomo II). Advocatus.
- Gascón Abellán, M. (2013). Prueba Científica. Un Mapa de Retos. En C. Vázquez (Ed.), *Estándares de Prueba y Prueba Científica*. Marcial Pons.
- Gascón Abellán, M. (2016). Conocimiento experto y deferencia del juez. Apunte para la superación de un problema. *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 39, 347-365.
- Guzmán, C. (2011). *Manual de Criminalística*. BdeF.
- Maier, J. (2011). *Derecho Procesal Penal. Tomo I. Parte General: Actos Procesales*. Editores del Puerto.
- National Research Council (NRC) (2009). *Strengthening forensic Science in the United States: A Path Forward*. National Academies Press. <https://nap.nationalacademies.org/catalog/12589>
- Taruffo, M. (2007). *La prueba*. Marcial Pons.
- Vázquez, C. (2013). *Estándares de prueba y prueba científica*. Marcial Pons.
- Vázquez, C. (2015). *De la prueba científica a la prueba pericial*. Marcial Pons.
- Vázquez, C. (2016). La prueba pericial en la experiencia estadounidense: El caso Daubert. *Jueces para la democracia*, 86, 92-112.
- Vázquez, C. (2020a). El diseño normativo de las pruebas periciales, a propósito del razonamiento inferencial de los expertos y la comprensión judicial. *Discusiones*, 24(1), 29-60. <https://revistas.uns.edu.ar/disc/article/view/2204/1192>
- Vázquez, C. (2020b). La división del trabajo cognitivo en la prueba pericial: el juez, las partes, los peritos y las comunidades expertas. *Discusiones*, 24(1), 113-140. <https://revistas.uns.edu.ar/disc/article/view/2207/1185>
- Vázquez, C. (2022). *Manual de Prueba Pericial*. Escuela Federal de Formación Judicial Corte Suprema de Justicia de la Nación.

## LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

Argentina. Ley 8.123/1991, del 5 de diciembre. Código Procesal Penal de Córdoba. (BO, 16 de enero de 1992). <http://www.saij.gob.ar/8123-local-cordoba-codigo-procesal-penal-provincia-cordoba-lpo0008123-1991-12-05/123456789-0abc-defg-321-8000ovorpyel>

Australia (2023). *Expert Witness Code of Conduct*. Uniform Civil Procedure Rules 2005. <https://legislation.nsw.gov.au/view/html/inforce/current/sl-2005-0418#sch.7>

IURIS  
PRUDENTIA



## **LA AGONÍA DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA. VARIACIONES SOBRE UN CASO TRÁGICO. COMENTARIO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª, Nº 891/2022, DE 11 DE NOVIEMBRE**

Arturo Muñoz Aranguren

Magistrado

*arturomu@ucm.es*

**RESUMEN:** Este trabajo tiene por objeto analizar la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, nº 891/2022, de 11 de noviembre. En particular, se examina de forma crítica la admisión judicial de pruebas ilícitamente obtenidas por agentes de la autoridad, así como las nuevas tendencias en materia de exclusión probatoria.

**PALABRAS CLAVE:** prueba ilícita, regla de exclusión, garantismo, ponderación, proceso penal.

## **THE AGONY OF THE EXCLUSIONARY RULE OF THE ILLEGALLY OBTAINED EVIDENCE. VARIATIONS ON A TRAGIC CASE. COMMENTARY ON THE JUDGMENT OF THE SUPREME COURT, SECOND CHAMBER, NO. 891/2022, OF NOVEMBER 11, 2022**

**ABSTRACT:** The purpose of this paper is to analyse the judgment of the Supreme Court, 2<sup>nd</sup> Chamber, No. 891/2022, of November 11. In particular, it examines critically the judicial admission of evidence unlawfully obtained by law enforcement officers, as well as the new trends in the field of evidentiary exclusion.

**KEYWORDS:** illicit evidence, rule of exclusion, procedural guarantees, balancing, criminal proceedings.

**SUMARIO:** 1. UN CASO VERDADERAMENTE TRÁGICO: 1.1. Introducción: exclusión probatoria y garantismo procesal; 1.2. Los hechos probados y las vicisitudes procesales; 1.3. Siete sentencias.— 2. LA EVOLUCIÓN RESTRICTIVA DEL TS Y DEL TC: DE LA CONEXIÓN DE ANTIJURIDICIDAD A LA DOCTRINA *LISTA FALCIANI*: 2.1. El giro progresivamente funcionalista de la jurisprudencia; 2.2. El fundamento de la regla de exclusión; 2.3. La sinceridad de los jueces; 2.4. Los límites de la interpretación abrogatoria.— 3. LA REGULACIÓN NORMATIVA COMPARADA Y SU INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL: 3.1. El estado de la cuestión en el derecho comparado; 3.2. La posición del TJUE y del TEDH: cuestión de énfasis.— 4. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª, Nº 891/2022, DE 11 DE NOVIEMBRE: 4.1. Consideraciones preliminares; 4.2. La protección legal reforzada del acceso a los dispositivos de almacenamiento masivo; 4.3. La buena fe de los agentes; 4.4. La minusvaloración del derecho a la intimidad; 4.5. Los agentes de la autoridad no son «particulares»; 4.6. La doctrina de la STEDH, caso *Trabajo Rueda c. España*, de 30 de mayo de 2017; 4.7. El juicio de ponderación; 4.8. El invocado consentimiento del investigado y la doctrina de la conexión atenuada; 4.9. El derecho a un proceso con todas las garantías, a un proceso justo y equitativo y al proceso debido: no es lo mismo; 4.10. Recapitulación.— 5. CRIMEN Y CASTIGO.— BIBLIOGRAFÍA.

## 1. UN CASO VERDADERAMENTE TRÁGICO

### 1.1. Introducción: exclusión probatoria y garantismo procesal

La cuestión de la ilicitud de la prueba aportada al proceso penal y sus consecuencias viene siendo objeto de un tratamiento doctrinal preferente desde hace décadas, hasta el punto de que la bibliografía en castellano empieza a ser casi inabarcable<sup>1</sup>.

También existe un abundante cuerpo de doctrina jurisprudencial, tanto del Tribunal Constitucional, como de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Jurisprudencia a menudo zigzagueante, pero que con el paso de los años evidencia una tendencia muy acusada: una apuesta por restringir al máximo la aplicación de la regla de exclusión de la prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales con el ánimo de que no queden impunes conductas delictivas.

No se trata, naturalmente, de un vaivén jurisprudencial aislado, sino de una muestra más de la crisis por la que está atravesando el garantismo procesal tanto en España como en la práctica totalidad de las sociedades occidentales. Si hace no demasiado el énfasis se ponía en los derechos fundamentales de los ciudadanos como elemento de control necesario ante los eventuales excesos del poder del Estado, ahora predomina una visión punitivista que tiene la retribución penal como único norte.

<sup>1</sup> Sin ningún ánimo exhaustivo, pueden citarse las siguientes monografías: Armenta Deu (2011); Asencio Mellado (1989); Díaz Cabiale y Martínez Morales (2001); Fidalgo Gallardo, (2003); Martínez García (2003, 2010); Miranda Estrampes, (2004); Planchadell Gargallo (2014); Campaner Muñoz (2015). Aclaro que en este texto las alusiones a la prueba ilícita deben entenderse referidas a los elementos probatorios obtenidos mediante la vulneración, directa o indirecta, de derechos fundamentales.

Estas líneas no tienen por objeto cuestionar ese giro en las prioridades—y su indudable trasfondo ideológico—, sino uno mucho más modesto: dar cuenta de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, nº 891/2022, de 11 de noviembre y del voto particular discrepante.

Porque creo que no incurro en una exageración si digo que, más que una regla, la de la exclusión probatoria es ya una genuina excepción al criterio general favorable, a través de la denominada conexión de antijuridicidad, a la admisibilidad de pruebas de cargo obtenidas lesionando un derecho fundamental del acusado. Incluso —y esto es lo novedoso de la STS que comento— si quien obtiene la prueba de forma ilícita es un agente de la autoridad en el ejercicio de sus funciones públicas.

Y es que, parafraseando a T. S. Eliot, el fin de la exclusión de la prueba ilícita no ha llegado con un estallido. Más bien, con un quejido.

## 1.2. Los hechos probados y las vicisitudes procesales

Se trata de unos de esos casos que, desde la filosofía del derecho, se califican como *trágicos*: aquellos en los que es imposible encontrar una solución jurídica que no implique el sacrificio de algo considerado moralmente valioso (Atienza, 2005, p. 219). No es, por tanto, casual, la extraordinaria tensión decisional que ha acompañado a este asunto y el dictado consecutivo de hasta siete resoluciones judiciales —con, a su vez, dos votos particulares discrepantes— de distinto signo.

El relato de hechos probados que contiene la Sentencia del TS servirá de punto de partida:

Resulta probado y así se declara que el día 14 de junio de 2016 sobre las 20.30 horas E. dejó en un banco del paseo X de la localidad de TUDELA un bolso de hombre tipo bandolera, que contenía en su interior una bolsa blanca, en la cual había guardadas una memoria USB y dos tarjetas SD y, en un bolsillo, documentación personal y una cámara; dado que el bolso permaneció mucho tiempo sobre el banco y que los usuarios del paseo se habían ido marchando y quedaban en él pocas personas, doña María Juana, quien se encontraba en compañía de sus hijos, se hizo cargo del bolso y lo llevó a dependencias de la Guardia Civil de TUDELA, una vez allí sobre las 21.35 horas del día 14 de junio de 2016 el agente de la Guardia Civil con TIP NUM000, quien se encontraba realizando el servicio de atención al ciudadano en el puesto de la Guardia Civil de TUDELA, recibió de doña María Juana el bolso de hombre tipo bandolera, que contenía en su interior una bolsa blanca en la cual había guardadas una memoria USB y dos tarjetas SD y, en un bolsillo, documentación personal y una cámara, se entregó por tanto un solo objeto, tal y como había sido encontrado.

El agente revisó la documentación que se hallaba en el interior del bolso y en la que constaban los datos de E., con permiso de residencia X, nacido en Venezuela el NUM002-1980, con domicilio en paseo Y, nº X de la localidad de TUDELA, por lo que llamó a la Policía local de TUDELA para proporcionarle la información, tal y como se realiza habitualmente en caso de objetos perdidos; asimismo realizó una copia de salvaguarda o de seguridad de la memoria USB y de las tarjetas SD.

Al día siguiente, 15 de junio de 2016, por la mañana la Policía local comunicó a quien se encontraba atendiendo el servicio de atención al ciudadano en el puesto de la Guardia Civil de TUDELA que el propietario del bolso iría a recoger el mismo, personándose E. en dependencias de la Guardia Civil, donde fue atendido por el agente NUM004, comprobando aquel rápidamente que era su bolso y marchándose de inmediato.

Sobre las 14 horas, una vez iniciado su turno de trabajo, el agente con TIP NUM000 procedió a comprobar el contenido de la copia de salvaguarda que había realizado en la que se encontró distintas carpetas y, tras abrir dos o tres carpetas, abrió la carpeta denominada «Trance», en la que encontró imágenes de contenido pornográfico con menores de edad, por lo que preguntó a sus compañeros por la cartera y le indicaron que ya había sido entregada a su propietario.

Posteriormente siendo las 14.30 horas de 15 de junio de 2016 comunicó lo sucedido al Sargento Jefe del Grupo de Policía Judicial de TUDELA, con TIP NUM005, quien se encontraba en el desarrollo de otra investigación y una vez finalizada ésta, tras valorar el contenido de las imágenes guardadas en la copia de salvaguarda o de seguridad de la memoria USB y de las tarjetas SD, los agentes apreciaron la presencia de archivos de un explícito contenido sexual con intervención de menores en las carpetas denominadas «DIRECCION003» y «DIRECCION004», motivo por el cual se confeccionó el atestado entregado a las 9.24 horas del día 21 de junio de 2016 en el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 5 de Tudela, junto con un CD con archivos informáticos obtenidos de la memoria USB y de las dos memorias SD y por lo que ese mismo día se solicitó mandamiento para la entrada y registro del domicilio sito en PASEO001 número NUM006 de la localidad de TUDELA, residencia de E., así como de los garajes y trasteros afines, ordenadores personales, discos duros, memorias digitales, CD, DVD y otros objetos susceptibles de haber sido usados para la ocultación de los ilícitos penales que motivan la petición o como medio para la perpetración de los mismos y de la documentación relacionada con cualquiera de tales efectos, en cualquier soporte en que se hallara, bien sea documental o telemático, como ordenadores personales, teléfonos, agendas personales etcétera; entrada y registro a realizar a partir de la hora indicada del día 22 de junio de 2016 y durante un plazo de 24 horas.

El registro, previa autorización judicial, se llevó a cabo. Durante su práctica, el investigado aportó a los agentes una copia de la memoria USB que había perdido días atrás y que fue entregada a la Guardia Civil. Además, se procedió a la incautación de numerosos dispositivos propiedad del encausado que, posteriormente, tras su volcado informático, pudo comprobarse que contenían material incriminatorio de similar contenido al hallado en la citada memoria.

En la declaración prestada ante la Guardia Civil por el investigado en calidad de detenido el 22 de junio de 2016, asistido de letrado de oficio, fue preguntado sobre si mantuvo algún tipo de relación sexual con uno de los menores, a lo que manifestó «que no, que al menos conscientemente, que si las ha mantenido era porque estaba etílico». En la declaración del investigado ante la autoridad judicial, aquel se acogió su derecho a no declarar.

A continuación,

mediante auto dictado el 26 de agosto de 2016 se acordó la detención y personación de E. como investigado por un delito de agresión sexual a menores de edad, efectuándose su detención el 28 de agosto de 2016, momento en el que portaba en un bolso bandolera junto con sus pertenencias y documentos, un teléfono móvil, una cámara fotográfica y una carterita negra conteniendo un pendrive USB de color negro-dorado marca Duracel de cuatro GB de capacidad, procediéndose a su incautación. El detenido manifestó su deseo de no prestar declaración ante los agentes, negán-

dose asimismo a prestar declaración ante la autoridad judicial, si bien cuando fue someramente preguntado si autorizaba el volcado del dispositivo USB que le había sido incautado respondió afirmativamente.

Los agentes de la Guardia Civil, una vez revisado el material que había sido intervenido, solicitaron un nuevo mandamiento para la entrada y registro en el citado domicilio del investigado, que tendría lugar el día 29 de agosto de 2016, para la intervención en su caso de «ordenadores personales, discos duros, memorias digitales, CD, DVD u otros objetos susceptibles de haber sido usados para la ocultación de ilícitos penales».

Por el juez instructor se dictó resolución el 29 de agosto de 2016 acordando «autorizar la entrada y registro interesada, la extracción y exploración, tanto mecánica como manual, de toda la información contenida en los dispositivos de almacenamiento de memoria (ordenadores, tablets, CD, DVD, dispositivos USB, etc.) que se encuentren en el registro domiciliario» y «la extracción y exploración, tanto mecánica como manual, de toda la información contenida en dispositivos de almacenamiento que portaba en el momento de su detención (teléfono móvil, cámara CANON, memoria USB)».

En esta resolución se considera innecesaria la autorización expresa para el examen de la memoria USB recién incautada, ya que el detenido habría consentido el examen de la misma ante la autoridad judicial:

... siendo las 17,05 horas del día 29 de agosto de 2016 se efectuó la correspondiente entrada y registro, en presencia de E., consintiendo este voluntariamente la práctica de la misma en su presencia y la de su letrado, ocupándose los siguientes efectos: caja conteniendo teléfono móvil Samsung Galaxy S4, teléfono Nokia-Lumia, dos memorias USB «SanDisk» de 8 y 16 GB en su empaquetamiento, tarjeta de memoria SD de 4GB, videocámara Sony, modelo DCR-SR72, 60 GB, mando a distancia «Philips» Digital Timer DVD, dos tablet Samsung, «Nexus Asus».

Estas diligencias de investigación derivaron directa y sucesivamente del visionado de la copia de salvaguarda o de seguridad de la memoria USB y de las tarjetas SD que se realizó el día 14 de junio de 2016 careciendo de cobertura legal y de autorización, sin que existiese necesidad, ni urgencia alguna, habiéndose realizado la copia y el visionado por el agente a quien se entregó el bolso perdido, en una actuación negligente...

Tanto en los dispositivos que inicialmente se examinaron, como en los luego analizados como consecuencia del primer y segundo registro, se encontraban fotografías pornográficas que incluían a menores de edad. Tras ulteriores indagaciones, se constató que el investigado había agredido sexualmente a dos menores de edad pertenecientes a su núcleo familiar más estrecho.

### 1.3. Siete sentencias

Este estremecedor relato fáctico dio lugar, antes de dictarse la STS que comentamos, a nada menos que seis sentencias sucesivas en la instancia:

1.º El 15 de enero de 2019 la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra, dictó sentencia [SAP Navarra 9/2019, de 15 de enero] por la que absolvía al

acusado por apreciar —como cuestión previa— que las pruebas en su contra tenían una procedencia ilícita. Declaración de ilicitud que hacía extensiva a todo el material probatorio obrante en la causa.

2.º El 2 de julio de 2019 la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra dictó sentencia [STSJ Navarra 14/2019, de 2 de julio] por la que estimó los recursos de apelación interpuestos por el Ministerio Fiscal y por la acusación particular. El TSJ anuló la resolución mencionada en el apartado anterior y ordenó la práctica en el plenario de la prueba admitida, con una nueva composición de los miembros del tribunal de instancia.

La sentencia dictada por el TSJ de Navarra contó con el voto particular disidente de uno de sus magistrados, favorable a la confirmación de la sentencia recurrida.

3.º El 28 de agosto de 2020 la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra dictó sentencia [SAP Navarra 208/2020, de 28 de agosto] absolviendo nuevamente al acusado, tras la celebración íntegra del juicio oral, al considerar que la ilicitud originaria de la obtención de la prueba (con violación del derecho a la intimidad del acusado) había generado asimismo la violación al derecho a un proceso con todas las garantías. La AP concluye que debía excluirse del acervo probatorio la prueba inicial controvertida y todas aquellas unidas a ella por un nexo causal, que apreciaba entre la actuación inicial vulneradora del derecho a la intimidad y la totalidad de prueba de cargo practicada con posterioridad.

4.º El 11 de enero de 2021 la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, estimando los recursos de apelación interpuestos por el Ministerio Fiscal y por la acusación particular, dictó sentencia [STSJ Navarra 2/2021, de 11 de enero] anulando la resolución reseñada en el apartado anterior. El TSJ declara la licitud y validez de parte de la prueba practicada y ordena la devolución de las actuaciones a la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Navarra, para que la misma Sala y con la misma composición —y sin haber lugar a la repetición del juicio oral— dictase nueva sentencia en la que se analizase y valorase, con plena libertad de criterio, la prueba resultante de las entradas y registros de 21 de junio de 2016 y de 28 de agosto de 2016.

5.º El 24 de marzo de 2021 la Sección Segunda de la Audiencia Provincial dictó sentencia [SAP Navarra 84/2021, de 24 de marzo] por la que condenaba al acusado por la comisión de cinco delitos a penas que sumaban treinta años de prisión. Siguiendo las indicaciones del TSJ de Navarra, excluyó como prueba de cargo, por ilícita, la copia de la memoria USB realizada por el agente, y fundó la condena en la prueba resultante de las entradas y registros de 21 de junio de 2016 y de 28 de agosto de 2016, apreciando su desconexión de juridicidad con respecto al primer material incriminatorio.

6.º Finalmente, la Sentencia del TSJ de Navarra, Sección 2ª, de 17 de enero de 2022 [STSJ Navarra 1/2022, de 17 de enero] desestimó el recurso de apelación interpuesto por el acusado.

7.º Frente a esta última resolución se interpuso recurso de casación por el acusado, que fue resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, nº 891/2022, de 11 de noviembre [MP: Berdugo Gómez de la Torre]. Esta STS parte igualmente de la ilicitud de la copia y posterior examen del dispositivo USB por parte de los agentes de la Guardia Civil, pero al igual que el TSJ de Navarra considera válida la prueba refleja.

La STS 891/2022, de 11 de noviembre, no fue dictada por unanimidad, siendo emitido un voto particular discrepante por el magistrado Javier Hernández García.

## 2. LA EVOLUCIÓN RESTRICTIVA DEL TS Y DEL TC: DE LA CONEXIÓN DE ANTIJURIDICIDAD A LA DOCTRINA *LISTA FALCIANI*

### 2.1. El giro progresivamente funcionalista de la jurisprudencia

Después de unos inicios inequívocamente garantistas, el TC —que se adelantó al legislador a la hora de negar valor probatorio a la prueba directa e indirectamente obtenida como consecuencia de la vulneración de derechos fundamentales (*cf.* STC 114/1984, de 29 de noviembre, con una espléndida ponencia de Luis Díez-Picazo<sup>2</sup>)—, a través de la conocida como doctrina de la (des)conexión de la anti-juridicidad, fue limitando progresivamente la fuerza expansiva de la exclusión de la prueba ilícita (STC 81/1998, de 2 de abril; 121/1998, de 15 de junio y 49/1999, de 5 de abril).

La citada STC 114/1984, de 29 de noviembre, tras negar la existencia de un derecho fundamental autónomo a la no recepción jurisdiccional de las pruebas ilícitas, indicó que una decisión judicial basada en ese material probatorio afectaría al derecho fundamental del acusado a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), en conexión con el derecho a la igualdad de partes en el proceso (art. 14 CE). También señaló —desde una perspectiva que apenas fue explorada después por el propio TC— que la prueba ilícita debía además reputarse «impertinente» a los efectos previstos en el art. 24.2 CE<sup>3</sup>.

La clave de la STC 114/1984, de 29 de noviembre, fue la consideración de la interdicción de la admisión de la prueba ilícita como una garantía objetiva e implícita en el sistema de derechos fundamentales, de dimensión constitucional. Una garantía autónoma que se integraba dentro de las incluidas en el art. 24.2 CE.

<sup>2</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional que también ha sido objeto de duras críticas, como la de González González (2007, p. 375-380).

<sup>3</sup> La STC 114/1984, de 29 de noviembre, fue precedida de los Autos del TC de 21 de marzo y de 16 de mayo de 1984, que no reconocieron alcance constitucional a la regla de exclusión de la prueba ilícita.

Esta doctrina fue complementada por la STC 81/1998, de 2 de abril, que precisó que «al valorar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales puede resultar lesionado, no sólo el derecho a un proceso con todas las garantías, sino también la presunción de inocencia» (FJº 3). Advertía el TC a renglón seguido que solo si la condena se ha fundado exclusivamente en tales pruebas sucederá tal cosa, pues si existen otras pruebas de cargo válidas e independientes de la vulneración la presunción de inocencia podría no resultar finalmente infringida.

No obstante, la novedad más relevante que introdujo la citada STC 81/1998, de 2 de abril —con ponencia de Tomás Vives Antón— fue exigir la concurrencia, para declarar la nulidad de la prueba derivada o indirecta, además de una conexión causal o natural entre la prueba directa ilícita y aquella, de una conexión jurídica —antijuridicidad—. El TC apela en último término a verificar la eficacia disuasoria de una eventual declaración de nulidad de la prueba derivada ilícita sobre la vulneración futura de derechos fundamentales:

En la presencia o ausencia de esa conexión [de antijuridicidad] reside, pues, la *ratio* de la interdicción de valoración de las pruebas obtenidas a partir del conocimiento derivado de otras que vulneran el derecho al secreto de las comunicaciones [...] En consecuencia, la cuestión es la de si excepcionar, en los términos en que lo efectúan las resoluciones impugnadas, la regla general de exclusión de las pruebas obtenidas a partir del conocimiento que tiene su origen en otra contraria a las exigencias del art. 18.3 C.E. no significa, de algún modo, incentivar la comisión de infracciones del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas y, por lo tanto, privarle de una garantía indispensable para su efectividad.

La apreciación de esta conexión jurídica exige, como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, 747/2015, de 19 de noviembre de 2015, un examen complejo de las circunstancias concurrentes:

Así las cosas, para que opere la prohibición de valoración de las pruebas reflejas o derivadas se precisa que concurra una vinculación o un nexo no solo causal o natural entre la prueba ilícita y la derivada, sino que se exige también un vínculo o nexo de antijuridicidad que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas (conexión de antijuridicidad). En la presencia o ausencia de esa conexión reside, pues, la *ratio* de la interdicción de valoración de las pruebas obtenidas a partir del conocimiento derivado de otras que vulneran el derecho al secreto de las comunicaciones.

Para determinar si esa conexión de antijuridicidad existe o no —se afirma en la STS 511/2015 y en otras de esta Sala— hemos de analizar, según el Tribunal Constitucional, en primer término la índole y características de la vulneración del derecho constitucional materializada en la prueba originaria, así como su resultado, con el fin de dilucidar si, desde un punto de vista interno, su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquella; pero, también hemos de ponderar, desde una perspectiva que debe considerarse externa, las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho al secreto de las comunicaciones exige. Ambas perspectivas, según ya se anticipó, son complementarias.

En cuanto a la perspectiva interna, es fundamental ponderar la gravedad del menoscabo del derecho constitucional en liza y su ámbito de repercusión en el caso concreto con respecto a las pruebas reflejas. Ha de considerarse, en primer término, cuál de las garantías de la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas (presupuestos materiales, intervención y control judicial, proporcionalidad, expresión de todas y cada una de las exigencias constitucionales) ha sido efectivamente menoscabada y en qué forma (STC 81/1998).

En lo que atañe a la perspectiva externa, ha de atenderse a la necesidad de tutela del derecho fundamental menoscabado según las circunstancias del caso concreto, ponderando si la conducta de los órganos encargados de la investigación penal se hallaba encaminada a vulnerar el derecho al secreto de las comunicaciones u otro derecho fundamental. A tal efecto, se procurará constatar si se está ante una vulneración intencionada, gravemente negligente o simplemente errónea, datos indiciarios que se consideran especialmente significativos para sopesar las necesidades de activar el efecto disuasorio por estimarlo indispensable para tutelar de cara al futuro la eficacia del derecho fundamental menoscabado, a cuyo fin debe procederse a la anulación de las pruebas derivadas.

En la jurisprudencia de esta Sala se acostumbra a citar como criterios idóneos para excluir la conexión de antijuridicidad y validar por tanto las pruebas reflejas o derivadas los siguientes: el descubrimiento inevitable, el vínculo atenuado entre la prueba ilícita y la refleja, el hallazgo casual, la fuente independiente, la ponderación de intereses, la autoincriminación del imputado en el plenario, y alguna otra (STS 320/2011, de 22-4; 811/2012, de 30-10; 69/2013, de 31-1; 912/2013, de 4-12; 963/2013, de 18-12; 73/2014, de 12-3; 511/2015, de 17-7).

El acogimiento de la doctrina de la conexión de la antijuridicidad a partir de la STC 81/1998, de 2 de abril, propició la progresiva incorporación a nuestra jurisprudencia de varias excepciones a la ilicitud de la prueba refleja —cuyo origen puede detectarse con facilidad en previas decisiones del TS de EE. UU.—, tales como la de la buena fe (STC 22/2003, de 10 de febrero), el hallazgo inevitable (STS 284/2000), el nexo atenuado (STC 136/2006, de 8 de mayo) o la autoincriminación voluntaria (STC 161/1999, de 27 de septiembre), así como la toma en consideración de la intencionalidad o negligencia grave en la violación originaria y la entidad objetiva de la vulneración cometida (la denominada «perspectiva externa»<sup>4</sup>).

No es difícil atisbar en esta construcción dogmática una estructura ponderativa o, dicho de forma más rigurosa, un desarrollo aplicativo del principio de proporcionalidad, con sus subprincipios característicos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto<sup>5</sup>.

Doctrina, todo sea dicho, de una notable vaguedad, que impide realizar pronósticos certeros sobre lo que dirán las resoluciones que decidan sobre la licitud de la prueba y que dificulta sobremanera un control intersubjetivo de las verdaderas razones manejadas para optar por una solución o la contraria<sup>6</sup>.

Como ocurre tantas veces, la introducción de determinadas excepciones a la regla —a través de la doctrina de la conexión de antijuridicidad— produjo un crecimiento «metastásico» —por emplear las palabras de la STS 195/2014, de 3 de marzo— de

---

<sup>4</sup> Como se comprobará a continuación, algunos de esos factores (buena fe del agente o comportamiento posterior del acusado) fueron determinantes para condicionar el sentido de la STS 891/2022, de 11 de noviembre.

<sup>5</sup> Para un análisis reciente y riguroso del principio de proporcionalidad, *cf.* Lascaraín Sánchez (2021, p. 71-89).

<sup>6</sup> Un botón de muestra: el contraste es llamativo entre la STS 891/2022, de 11 de noviembre, y otra resolución coetánea de la Sala Segunda, la STS 971/2022, de 16 de diciembre, que decreta la nulidad de la prueba derivada de un acceso no autorizado por parte de la policía a los datos médicos de uno de los acusados. Para un comentario crítico de esta última STS, *cf.* Del Moral García (2023, p. 36-46).

aquellas dentro del sistema. O, si se prefiere, una suerte de manifestación de la segunda ley de la termodinámica en la dogmática procesal penal: la tendencia creciente hacia formas desorganizadas, con el consiguiente aumento de la entropía<sup>7</sup>.

Admito que es muy posible que una construcción tan abstracta sea la que mejor se acomode a un problema tan complejo y casuístico como el de la ilicitud de la prueba derivada porque, en último término, supone la aplicación, más o menos enmascarada, del principio de proporcionalidad (la solución más habitual en el derecho comparado).

Cuestión distinta es que, en un ordenamiento como el español, en el que una norma vigente prescribe de forma expresa que tal nulidad debe aplicarse en todo caso, sea admisible la realización de ponderaciones *contra legem*.

La progresiva introducción de la doctrina de la conexión de la antijuridicidad supuso, bien mirado, un desplazamiento del fundamento de la exclusión de la prueba ilícita. Si en un principio este era el estatuto constitucionalmente privilegiado de los derechos fundamentales y el respeto a la presunción de inocencia —en el entendimiento de que tan solo podría ser enervada a través de pruebas de cargo válidamente obtenidas, en las que el Estado, por así decirlo, jugara siempre limpio—, con el paso del tiempo pasó a serlo, en exclusiva, el efecto desaliento de las actuaciones irregulares por parte de los agentes de la autoridad.

Es, desde luego, una evolución claramente importada de la jurisprudencia de EE.UU., país del que desde hace mucho se trasplantan al derecho continental modos de operar que, al margen del juicio de política criminal que merezcan —el *plea bargaining* es el ejemplo más señero—, evidencian una visión del proceso penal poco acorde con los principios clásicos del derecho penal liberal.

Quizá el punto de no retorno puede fijarse, con justicia, en las sentencias del TS (STS 116/2017, de 23 de febrero) y del TC (STC 97/2019, de 16 de julio) en el caso *lista Falciani*, que admitían ya sin ambages la validez de la prueba obtenida de manera ilícita por particulares<sup>8</sup> —a condición de que esa injerencia no tuviera como finalidad recabar pruebas para aportarlas a un proceso penal—, a despecho de la literalidad del art. 11.1 LOPJ y, por cierto, también de la STC 114/1984, de 29 de noviembre<sup>9</sup>.

La STS de la Sala Segunda 56/2022, de 24 de enero, acoge y depura conceptualmente esa nueva doctrina constitucional —en lo que a la obtención de la prueba ilícita por particulares se refiere—, abogando por una ponderación judicial *contextual*

<sup>7</sup> Sobre la aplicación de los principios de la física al ordenamiento jurídico, *cf.*: Villar Palasí y Villar Ezcurra (1993, p. 79-104). También, Tribe (1989, p. 1-39).

<sup>8</sup> Admisión de validez —con algunos matices relevantes, porque esta no es irrestricta— que contaba con algunos precedentes aislados, pero que no era ni mucho menos la tendencia dominante en la Sala Segunda hasta ese momento. *Cf.*: la jurisprudencia citada en la STS 116/2017, de 23 de febrero.

<sup>9</sup> Para la STC 114/1984, de 29 de noviembre, «esta garantía deriva, pues, de la nulidad radical de todo acto —público o, en su caso, *privado*— violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la sección primera del capítulo segundo del Título I de la Constitución...»

que «no se bas[e] en soluciones estáticas, aplicables, como una suerte de respuestas automatizadas y protocolizadas, con independencia de las condiciones objetivas y subjetivas en las que se produce la lesión».

En este último caso, el TS confirma la declaración de ilicitud de un acceso inconsciente a las cuentas de correo electrónico corporativo de los acusados realizado por un particular, sin que fuera óbice para lo anterior que quien accediera al contenido de los correos no fuera la persona que después ejercitó la acción penal. La *ratio decidendi* de la STS 56/2022, de 24 de enero, descansa en que los documentos se obtuvieron por un tercero (particular) con la precisa finalidad de aportarlos al proceso y, algunos de ellos, cuando ya se había iniciado, en sustento de la posición procesal del querellante.

## 2.2. El fundamento de la regla de exclusión

No faltan comentaristas en España que, desde la doctrina, han abrazado el utilitarismo como única explicación dogmática posible a la exclusión probatoria. Algunos autores, como Del Moral García (2023, p. 7), cuestionan el fundamento iusfundamental de la exclusión probatoria: la ilegitimidad de las condenas fundadas en pruebas de cargo ilícitas como manera de preservar «la integridad constitucional» (Ambos, 2009, p. 61) y el valor preeminente de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento. A juicio de aquel autor, al afrontar el problema de la ilicitud probatoria se estaría incurriendo, de alguna forma, en el error lógico «de derivar efectos epistemológicos de una cuestión deontológica». Y ello en la medida en que, en algunos casos, «deducir la invalidez de la prueba como fuente de conocimiento de la vulneración de algún derecho fundamental en su obtención comporta un salto poco lógico»<sup>10</sup>.

No creo que sea así. La cuestión no es que se dude de la fiabilidad epistémica de una prueba ilícita —algo que dependerá de multitud de factores, como el modo en que esta se obtuvo, pero no solo—, sino que para preservar la garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales (por decirlo con el léxico de la STC 114/1984, de 29 de noviembre) es imprescindible que se descarte el rendimiento probatorio extraído de las lesiones de los derechos más elementales de los ciudadanos.

Para aquellos que, como Andrés Ibáñez (2020, p. 97-99), rechazan fundar la *exclusionary rule* únicamente en el efecto disuasorio, la presunción de inocencia, para ser vencida, precisa de prueba de cargo legítima en tanto que válida: si el Estado no respeta sus propias *reglas del juego* —incluyendo, muy señaladamente, las de mayor rango jerárquico—, difícilmente podrá sostenerse que la aplicación del *ius punien-*

---

<sup>10</sup> Es justo reconocer la coherencia de Del Moral García, quien ya desde el voto particular que acompañaba a la STS 569/2013, de 26 de junio, viene abogando con absoluta claridad por un entendimiento puramente funcionalista de la regla de la exclusión probatoria.

*di* al acusado es constitucionalmente tolerable. Naturalmente que esta perspectiva garantista conlleva dolorosas consecuencias contraepistémicas<sup>11</sup>, pero toda decisión —también la de optar por el utilitarismo benthamiano más pretendidamente aséptico— tiene costes para el sistema<sup>12</sup>.

Respetando el principio de caridad argumentativa o de acomodación racional —y ya he adelantado que creo que la ponderación es la técnica más convincente para enfrentarse al complejo fenómeno de la prueba ilícita—, no me parece intelectualmente riguroso caricaturizar la posición de quienes sostienen que la dimensión objetiva del derecho fundamental vulnerado exige que la prueba derivada de aquel no pueda ser introducida en el proceso<sup>13</sup>. Una posición, todo sea dicho, que encuentra respaldo en uno de los pensadores centrales del liberalismo del siglo xx:

Existen casos en los que admitimos como deber el no decidir atendiendo a la verdad, aun cuando fuera fácilmente accesible, precisamente para respetar un derecho, o para promover bienes o valores elevados, o para ambas cosas a la vez. (Rawls, 1996, p. 253-254)

A mi juicio, no se trata de fundamentaciones incompatibles. La regla de exclusión probatoria es, primordialmente, una garantía estructural del respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Derechos que no solo confieren a sus titulares unas facultades subjetivas determinadas, sino que, en su dimensión objetiva, constituyen la espina dorsal de nuestro sistema de garantías, de manera que su conculcación en el seno de una investigación penal no solo perjudica al sujeto titular del derecho fundamental afectado por la injerencia ilícita.

De quedar sin respuesta, esa lesión agrieta —en perjuicio de toda la sociedad— la posición constitucionalmente privilegiada de estos derechos y su papel central como elemento de contención ante los excesos del poder estatal. Unos excesos que no son, en rigor, fruto de patología alguna concreta de nuestro sistema policial o judicial, sino que acaecen en todas las democracias por la inevitable tendencia expansiva de todo poder del Estado no sujeto a un control efectivo.

<sup>11</sup> Enfáticamente subrayadas por epistemólogos como el recientemente fallecido Laudan (2011, p. 295), para quien la regla de exclusión no sería más que uno de los «lastres» que impedirían elevar el número de condenas penales socialmente deseables para reducir la delincuencia. Para una aproximación crítica a la obra de Laudan, *cfr.*, Andrés Ibañez (2021, p. 83-100).

<sup>12</sup> No se trata, creo, a diferencia de lo que afirma Del Moral García (2023; 7), de que se niegue la existencia —por seguir su ejemplo— de la droga ilegítimamente incautada, convirtiéndola en una suerte de «no-droga o droga legal». Va de suyo que es un hecho empíricamente constatable. Cuestión distinta es que sea constitucionalmente admisible —y esto ya es un juicio de valor jurídico— utilizar el dato de su existencia para fundar una condena penal. Si bien se mira, algo parecido ocurre cuando se aprecia la prescripción del delito: no se pone en duda que algo ilícito haya sucedido, sino la legitimación constitucional —por otras razones— de la condena penal (STC 63/2005, de 14 de marzo).

<sup>13</sup> *Cfr.* González González (2007, p. 373-378). No es el caso, desde luego, de Del Moral García, cuya posición —que no comparto— ha sido expuesta de forma rigurosa. Para apreciar los matices de su postura, *cfr.* la conferencia *Nuevas tendencias en materia de prueba ilícita*, accesible en esta dirección: <https://youtu.be/yQ0MMw40HfE?si=8VGHqLIhy5HKayhw>

Reconocer lo anterior no menoscaba el beneficioso efecto disuasorio que pueda derivarse de la aplicación de esa regla de exclusión probatoria, sobre todo a la vista de que cuando se producen tales violaciones de derechos fundamentales en el curso de la investigación policial, rara vez, por no decir nunca, sus autores reciben una corrección disciplinaria<sup>14</sup>.

Lo que se agrava, además, por el hecho de que las eventuales declaraciones judiciales de nulidad de las pruebas suelen producirse muchos años después de que se produjeran esas intromisiones ilegítimas, lo que dificulta aún más la exigencia de responsabilidades individuales.

Un último apunte: reconocer la existencia de un fundamento adicional o alternativo al *deterrent effect* no conlleva necesariamente, en abstracto, concluir que toda prueba derivada o indirecta debería ser reputada ilícita. No son inimaginables supuestos en los que la injerencia ilegítima sea de muy baja intensidad y la declaración de nulidad en cascada de toda la prueba pueda ser manifiestamente desproporcionada. Ante este problema —el de la prueba ilícita—, en el que afloran, por así decirlo, todas las contradicciones del sistema, creo que debemos huir de automatismos y soluciones rígidas, por lo que el juicio de ponderación deberá realizarse caso por caso<sup>15</sup>. Pero, como luego veremos, el legislador español de 1985 optó por incorporar este juicio ponderativo —y su resultado— a la propia norma.

Dicho de otra forma: el reconocimiento del estatus de garantía constitucional de la regla de exclusión de la prueba ilícita no determina necesariamente, desde un punto de vista dogmático, que no quepa resolver los problemas que plantea a través del principio de proporcionalidad o incluso de la conexión de antijuridicidad (de no existir un precepto como el art. 11.1 LOPJ, naturalmente).

<sup>14</sup> Debido a las obvias dificultades que presenta medir este extremo, no existe un cuerpo robusto de evidencia empírica concluyente del que se desprenda que la regla de exclusión probatoria sea la medida más eficaz para prevenir vulneraciones de derechos fundamentales por parte de la policía. Tampoco creo que exista una evidencia concluyente de lo contrario, al menos en la experiencia de EE. UU. Para una primera aproximación al problema de la validación empírica del efecto desaliento de la regla de exclusión, *cfr.* Totten y Cobrit (2013, p. 71-110): «*Perhaps most importantly, the study's findings concerning police chiefs' perceptions of the impact of exclusion of evidence as a deterrent for police misconduct during arrests in the knock-and-announce area may not reflect the Justices' belief in Hudson that exclusion is no longer an effective deterrent for knock-and-announce misconduct by police. In particular, most police chiefs (64.6%) perceive the mechanism of exclusion of evidence as having a substantial impact (e. g., "help the most" or "help somewhat") in preventing knock-and-announce violations during police arrests.*»

<sup>15</sup> Un asunto del que no puede ocuparme ahora, pero que requeriría de algunas matizaciones, es qué debe entenderse, en este contexto, por «ponderar». En última instancia, en un sentido lato, la conexión de antijuridicidad, como ya he dicho, posee una estructura interna esencialmente ponderativa: «Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción, o detrimento, de un principio o derecho, mayor debe ser la importancia de satisfacer el otro principio». (Alexy, 2011, p. 15). Como es sabido, para este autor «la ponderación puede ser considerada como una parte de lo que requiere un principio más general: el principio de proporcionalidad. Este principio, el que —de manera explícita o implícita— es aplicado básicamente en todo el ámbito constitucional, es de una considerable complejidad interna. Comprende tres sub-principios: el principio de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. Aquí sólo nos interesa el último de estos tres principios. El que será denominado "Ley de la Ponderación"» (2009, p. 41).

Recapitulando, a mi modo de ver la doctrina de la conexión de la antijuridicidad presenta algunas objeciones no desdeñables: genera incertidumbre *ex ante* sobre la licitud de la obtención de las pruebas en casos fronterizos —con la posible mitigación de su efecto disuasorio— y, dada la pluralidad de factores invocados (fuente independiente, hallazgo inevitable, nexo atenuado, autoincriminación del acusado, etc.), a menudo entremezclados, dificulta el control intersubjetivo *ex post* de las razones reales sobre las que descansa la decisión y favorece una suerte de discrecional *cherry-picking* judicial<sup>16</sup>.

También posee virtudes, al permitir la realización de un juicio de proporcionalidad, ponderando así las circunstancias del caso ante un conflicto de intereses tan complejo como el que casi siempre encierra la prueba ilícita derivada. Pero —y enseguida volveré sobre esto— esta doctrina me parece difícilmente compatible con el art. 11.1 LOPJ.

### 2.3. La sinceridad de los jueces

Es perfectamente legítimo —si uno parte de la (discutible) premisa de que la exclusión de la prueba ilícita no tiene anclaje constitucional— cuestionar, desde un punto de vista estrictamente funcionalista, si los costes anudados a la privación de efectos de la prueba ilícita superan a los beneficios que esta medida profiláctica proporciona al sistema.

Ahora bien, esa toma de postura hubiera exigido, a mi criterio, una derogación o modificación sustancial del apartado primero del art. 11 LOPJ<sup>17</sup>. Reforma legislativa que nunca se ha producido y que, paradójicamente, no ha impedido que el TS y el TC hayan consagrado, *sotto voce*, una exégesis abrogatoria del precepto.

La característica falta de sinceridad en la motivación real de las resoluciones judiciales ante casos difíciles, típica de los ordenamientos del derecho continental, en franco contraste con los tribunales anglosajones, ha provocado que esta *interpretatio abrogans* haya pasado relativamente desapercibida<sup>18</sup>.

Nótese la descarnada forma de razonar del *justice* Scalia en su *leading opinion* de la sentencia *Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 586 (2006):

<sup>16</sup> Para Miranda Estrampes (2010, p. 149), «en la práctica dicha doctrina [la de la conexión de antijuridicidad] actúa como una suerte de mecanismo justificativo de carácter abierto y permeable que posibilita el acceso a nuestro ordenamiento jurídico de excepciones tanto a la eficacia refleja de la prueba ilícita como a su eficacia directa».

<sup>17</sup> Aunque no toda la doctrina estima que el contenido concreto de esta norma de desarrollo de la garantía constitucional —condición que le reconoce de forma expresa la STS 116/2017, de 23 de febrero— sea determinante. El razonamiento es llamativo: «Por tanto, el tenor literal del artículo 11.1 LOPJ tiene una importancia relativa, y más aún si se le considera una simple (y poco menos que automática) emanación de la norma suprema». (González González, 2007, p. 388).

<sup>18</sup> Sobre sinceridad y motivación de las resoluciones judiciales, *cf.* Hernández García (2013, p. 400-408).

*We cannot assume that exclusion in this context is necessary deterrence simply because we found that it was necessary deterrence in different contexts and long ago. That would be forcing the public today to pay for the sins and inadequacies of a legal regime that existed almost half a century ago.*

En su origen, la *exclusionary rule* apareció directamente vinculada a la IV y V Enmiendas de la Constitución de EE. UU. (caso *Boyd vs. US.*, 116 US 616, 1886; y *Weeks vs. US.*, 232 US 383, 1914), que prohíben, respectivamente, los registros y detenciones arbitrarias sin que exista causa justificada y las autoincriminaciones involuntarias<sup>19</sup>.

Scalia concluía así su análisis utilitarista —después de enterrar definitivamente el primigenio nexo iusfundamental que había apreciado el TS de EE. UU. a finales del siglo XIX como fundamento de la exclusión probatoria—:

*The costs here are considerable. In addition to the grave adverse consequence that exclusion of relevant incriminating evidence always entails (cfr., the risk of releasing dangerous criminals into society), imposing that massive remedy for a knock-and-announce violation would generate a constant flood of alleged failures to observe the rules [...] The cost of entering this lottery would be small, but the jackpot enormous: suppression of all evidence, amounting in many cases to a get-out-of-jail-free card. [...] In sum, the social costs of applying the exclusionary rule to knock-and-announce violations are considerable; the incentive to such violations is minimal to begin with, and the extant deterrences against them are substantial—incomparably greater than the factors deterring warrantless entries when Mapp was decided. Resort to the massive remedy of suppressing evidence of guilt is unjustified.*

Podrán compartirse o no estos razonamientos, por supuesto. Pero su sinceridad es elogiabile.

La prosa de la STS 116/2017, de 23 de febrero —caso *Lista Falciani*—, es por el contrario mucho más alambicada:

... más allá del fecundo debate dogmático acerca de lo que se ha llamado la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, es evidente que la acción vulneradora del agente de la autoridad que personifica el interés del Estado en el castigo de las infracciones criminales nunca puede ser artificialmente equiparada a la acción del particular que, sin vinculación alguna con el ejercicio del *ius puniendi*, se hace con documentos que más tarde se convierten en fuentes de prueba que llegan a resultar, por una u otra circunstancia, determinantes para la formulación del juicio de autoría. El particular que por propia iniciativa desborda el marco jurídico que define la legitimidad del acceso a datos bancarios, ya actúe con el propósito de lograr un provecho económico, ya con el de fomentar el debate sobre los límites del secreto bancario, no lo hace en nombre del Estado. No rebasa el cuadro de garantías que define los límites constitucionales al acopio estatal de fuentes de pruebas incriminatorias. Nada tiene que ver esa actuación con la de un agente al servicio del Estado...

En cualquier caso, la Sala Segunda —en una resolución hábilmente construida— realiza un indudable esfuerzo de contención: la STS 116/2017, de 23 de febrero, «no busca formular una regla con pretensión de validez general. Tampoco aspira a proclamar un principio dirigido a la incondicional aceptación de las fuentes de prueba ofrecidas por un particular y que luego son utilizadas en un proceso penal».

<sup>19</sup> Para un análisis detallado de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de EE. UU. sobre la regla de exclusión, *cfr.*: Miranda Estrampes (2019).

Planteado recurso de amparo contra esa resolución, la Sentencia del TC 97/2019, de 16 de julio —dictada por el Pleno de sus magistrados, con una poco frecuente, al menos en los últimos tiempos, unanimidad—, ratificó la no exclusión de aquellas pruebas obtenidas por particulares de forma ilícita, siempre que esa injerencia en los derechos fundamentales del acusado no tuviera en origen por objeto, precisamente, su ulterior utilización como prueba de cargo en el proceso penal. Pero fue un paso más allá que la STS 116/2017, de 23 de febrero.

Este paso consistió, como denunció de forma vigorosa Asencio Mellado (2019, p. 1 y ss.), en negar el carácter de garantía constitucional a la exclusión de la prueba ilícita, que quedaba degradada ahora por el TC a una mera cuestión de naturaleza procesal, no amparada por derecho fundamental sustantivo alguno y únicamente examinable a la luz de las garantías del «proceso justo» (concepto hasta cierto punto extraño a nuestra jurisprudencia constitucional, extraído de la doctrina del TEDH).

Se piense lo que se piense sobre la doctrina fijada por la STC 97/2019, de 16 de julio, lo que no es dudoso es que, al contrario de lo que se afirma en esa resolución, sí produjo una radical mutación constitucional con respecto a lo declarado por el Tribunal Constitucional en su STC 114/1984, de 29 de noviembre. Y ese es quizá el mayor reproche que merece.

#### 2.4. Los límites de la interpretación abrogatoria

Pero, aunque la cuestión se redujera a una mera opción del legislador —como sostiene la STC 97/2019, de 16 de julio—, lo cierto es que el párrafo 1º del art. 11 LOPJ, en su actual redacción, veda reducciones sedicentemente teleológicas como las sostenidas por las citadas STS y STC: «No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales».

«Ninguna ley natural atribuye a las palabras un significado. No hace falta ser Ludwig Wittgenstein o Hans-Georg Gadamer para saber que una comunicación exitosa depende de la existencia de significados compartidos entre [distintas] comunidades interpretativas.» Conviene tener presente este pasaje, escrito hace ya algunos años por el juez Easterbrook (*Continental Can Company, Inc., Plaintiff-appellant, v. Chicago Truck Drivers, Helpers and Warehouse Workers Union [Independent] Pension Fund*, 1990) antes de abordar la interpretación de cualquier texto legal, pues el criterio gramatical no solo constituye el punto de partida de toda labor hermenéutica (STC 225/2002, de 9 de diciembre): también su límite.

Se ha dicho —y estoy de acuerdo— que la *ratio* «es el alma de la Ley»: la «clave fundamental» para interpretar aquellas normas que no sean claras (STS [1ª], de 2 de julio de 1991) y, por consiguiente, de rango superior a otros criterios de interpretación.

Para el profesor Rojo Fernández-Río (2006, p. 517-540), la invocación del «espíritu» y de la «finalidad» de la norma tiene que realizarse teniendo presente la existencia de dos límites intrínsecos que ningún intérprete puede transgredir:

a) El primer límite es el de la claridad semántica de la norma. La interpretación teleológica de un precepto no puede conducir a un resultado que esté en abierta contradicción con su tenor literal. A falta de sólidas razones verificables intersubjetivamente, no es lícito presuponer que el legislador haya adoptado una solución legislativa contraria al sentido gramatical de sus palabras. Dicho de otra forma, la interpretación teleológica no puede conducir a la abrogación (*rectius*: derogación material) de la norma interpretada.

b) El otro límite es el de la objetividad del *telos* normativo. El principal escollo para interpretar una norma legal conforme a su supuesto «espíritu» y «finalidad» consiste precisamente en determinar cuál fue el propósito concreto perseguido por el legislador a la hora de promulgarla, evitando así el fenómeno de la «invención» *ex post* de la *ratio*. El «espíritu» y la «finalidad» tienen que deducirse objetivamente del precepto legal y de la ley en la que este se inserta.

La lectura cada vez más reduccionista del art. 11.1 LOPJ que hacen el TS y el TC no respeta, a mi juicio, ninguno de esos dos límites. Nada en la dicción del precepto autoriza a limitar la exclusión probatoria a pruebas obtenidas ilícitamente por agentes de la autoridad —o a particulares con la finalidad de aportarlas a un proceso judicial<sup>20</sup>—. El espíritu y finalidad del legislador de la LOPJ de 1985 fue, sin lugar a duda, convertir en norma con rango de ley la doctrina fijada por el TC en su STC 114/1984, de 29 de noviembre, como subrayó en su día alguien muy ligado a su tramitación parlamentaria y no precisamente sospechoso de simpatizar con la dimensión constitucional de la exclusión de la prueba ilícita (De la Oliva Santos, 2006, p. 190-194 21).

Tampoco parece que los criterios histórico —que nos retrotrae de nuevo a la STC 114/1984<sup>22</sup>— y sociológico —no se atisba un cambio en el contexto social que

<sup>20</sup> Salvo que aceptemos, de forma lewiscarrolliana, que la locución «no surtirán efectos» puede significar exactamente lo contrario de lo que dice:

—Cuando yo uso una palabra —insistió Humpty Dumpty con un tono de voz más bien desdenoso— quiere decir lo que yo quiero que diga... ni más ni menos.

—La cuestión —insistió Alicia— es si se puede hacer que las palabras signifiquen tantas cosas diferentes.

—La cuestión —zanjó Humpty Dumpty— es saber quién es el que manda... eso es todo (Carroll, 2004, p. 88).

<sup>21</sup> Porque, aunque la enmienda 952 del Grupo Popular del Congreso —que está en la génesis del art. 11.2 LOPJ, ya que el Proyecto de Ley no regulaba la ilicitud de la prueba— no estuviera inspirada en esa STC (algo por lo demás obvio porque la redacción de la enmienda es anterior en el tiempo), la enmienda núm. 374 introducida posteriormente por el Grupo Socialista en el Senado, acogida por la ponencia, propuso introducir este texto —que sería el finalmente promulgado—: «No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales». La justificación de esta última enmienda no puede ser más nítida: «... la referencia a las pruebas se acomoda a lo declarado por el Tribunal Constitucional en sentencia dictada en el recurso 114/84».

<sup>22</sup> Algunos autores, como De la Oliva Santos o González González, han intentado restar valor a los pronunciamientos sobre la prueba ilícita contenidos en la STC 114/1984, de 29 de noviembre, al sostener que se trataba de afirmaciones *obiter dicta*. Argumento en buena medida desactivado por la propia jurisprudencia constitucional (STC 184/2004, de 2 de noviembre), que relativiza la diferencia

justifique una lectura tan forzada del art. 11.1 LOPJ— justifiquen una exégesis tan restrictiva del precepto<sup>23</sup>.

Con su característica agudeza, el profesor Gascón Inchausti (2020, p. 783-800) ha subrayado que el art. 11.1 LOPJ es un precepto que lleva incorporado el resultado del juicio de ponderación ante la colisión de derechos e intereses contrapuestos que siempre representa la aportación al proceso de prueba ilícita. Y cuya finalidad primordial era, precisamente, evitar que tal ponderación la efectuaran los jueces caso por caso, con el riesgo de que las pulsiones antigarantistas acabaran por relegar la regla de la exclusión<sup>24</sup>.

### 3. LA REGULACIÓN NORMATIVA COMPARADA Y SU INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL

#### 3.1. El estado de la cuestión en el derecho comparado

Es clásica la cita —aunque en muchas ocasiones sin atribuirle correctamente su autoría— del principio proclamado por el Tribunal Supremo Federal alemán (BGH), en su sentencia de 14 de junio de 1960 (BGHS 14, 358, 365) al establecer que «no hay principio alguno del ordenamiento procesal penal que imponga la investigación de la verdad a cualquier precio».

Ahora bien, si alguna conclusión se puede extraer del examen de la normativa y jurisprudencia comparadas es la falta de criterios unívocos e incluso la coexistencia de resoluciones contradictorias dictadas por parte de los distintos tribunales supremos y constitucionales.

---

autoritativa entre la razón de decidir de las sentencias del TC y el *dictum* argumentativo que se relaciona más o menos lateralmente con las razones decisivas del fallo. En todo caso, lo relevante es que el legislador decidió convertir en norma con rango de ley esa doctrina, formara parte o no de la *ratio decidendi* de la STC 114/1984, de 29 de noviembre.

<sup>23</sup> Pico i Junoy (2019) alude hábilmente a la interpretación sistemática para justificar una lectura reduccionista del art. 11.1 LOPJ: «Y aquí lo cierto es que en nuestro sistema jurídico se reconoce con el máximo nivel de protección, esto es, como derecho fundamental, al derecho a la prueba, que tiende a permitir la mayor actividad probatoria, máxime cuando el propio texto constitucional no prevé la interdicción de la prueba ilícita, por lo que, en principio, no hay otro derecho fundamental en juego que justifique la limitación del derecho a la prueba. Desde esta perspectiva sistemática, solo cuando se vulnere un derecho fundamental de contenido procesal —el mismo que tiene el derecho a la prueba— podría justificarse la limitación del derecho a la prueba». Frente a este argumento, puede replicarse, en línea con lo afirmado por la STC 114/1984, que ese derecho consiste en la facultad de aportar prueba «pertinente» para la defensa. Y por «pertinente» debe entenderse no solo aquella que sea apta epistémicamente para apuntalar la estrategia defensiva de quien la propone, sino también «lícitamente» obtenida.

<sup>24</sup> Al prever el art. 11.1 LOPJ la ineficacia no solo de la prueba directa, sino también de la indirecta, se introdujo normativamente la «teoría de los frutos del árbol envenenado», acuñada por el TS de EE. UU. (cfr. *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U.S. 385, 1920) y a la que en ocasiones el TS español se ha referido como «efecto dominó» (STS 1239/1994, de 17 de junio).

De hecho, incluso la jurisprudencia de la Corte Suprema de EE. UU. que la STS 891/2022, de 11 de noviembre, invoca no es tan lineal como la Sala Segunda parece dar a entender. Como oportunamente recuerda el voto particular, el TS norteamericano —aun con la deriva regresiva de las últimas décadas, que con tanta agudeza analizó entre nosotros el malogrado Manuel Miranda (2019)— viene rechazando la admisión de pruebas obtenidas ilícitamente no solo cuando el agente infringe de forma deliberada el ordenamiento jurídico, sino también cuando lo hace de manera ostensiblemente negligente:

*When the police exhibit «deliberate,» «reckless,» or «grossly negligent» disregard for Fourth Amendment rights, the deterrent value of exclusion is strong and tends to outweigh the resulting costs. (Davis v. United States, 2011).*

En cuanto al resto de referencias al derecho comparado que contiene la STS 891/2022, de 11 de noviembre, debe concederse que su cita, aunque por fuerza concisa, es ciertamente rigurosa, pero poco provechosa por dos razones<sup>25</sup>. La primera es la imposibilidad de encontrar criterios comunes entre las distintas legislaciones procesales nacionales, lo que impide extraer lecciones concluyentes en su sentido o en otro. No es por ello casual que el TEDH haya evitado posicionarse explícitamente a este respecto, salvo en los casos de prueba obtenida bajo tortura o con vulneración del derecho a la no autoincriminación.

La otra razón es que una aproximación muy casuística preside la actuación de los diversos tribunales constitucionales y de casación de los Estados miembros de la UE.

Valga como ejemplo que el BGH alemán, aun partiendo de que para su ordenamiento jurídico la exclusión probatoria es una genuina excepción que deberá ser debidamente justificada, declara que las violaciones de derechos fundamentales cometidas por policías, fiscales o jueces cuando son «serias, deliberadas o arbitrarias» —coincidiendo así con el TS de EE. UU.— conducen al expurgo probatorio (*Bundesgerichtshof*). Ejemplo de lo anterior es la decisión del BGH de 15 de agosto de 2018 (NJW 789, 2019)<sup>26</sup>. También, por cierto, cuando esas violaciones afectan al «núcleo

<sup>25</sup> Debe hacerse notar que los más acérrimos detractores de la STC 114/1984, de 29 de noviembre, paradójicamente, criticaban esta resolución por haber acudido a la regulación normativa comparada de la regla de exclusión. Así, puede leerse que «un *obiter dictum* que, además, enlaza con una serie de consideraciones acerca de las tesis que se mantienen por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, de un lado, y por el Tribunal Constitucional italiano, de otro, que no se entiende bien ni por qué constan en una sentencia del TC, ni qué importancia pueda tener para la interpretación de los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución lo que se haga en otras naciones» (González González, 2007, p. 376). Discrepo de esta forma de autismo metodológico. La prueba ilícita es un problema común a todas las jurisdicciones, de forma que el examen de las soluciones comparadas siempre será útil. No comparto esa suerte de excepcionalismo jurídico-procesal, de corte esencialmente regresivo. No es casual que los magistrados del TS de EE. UU. más vinculados a la interpretación constitucional originalista hayan sido quienes de forma más radical se hayan negado a acudir a las enseñanzas del derecho extranjero como elemento interpretativo para dirimir controversias constitucionales. Cfr. el voto particular concurrente del magistrado Scalia a la sentencia *Sosa v. Alvarez-Machain* 542 U.S. 692 (2004).

<sup>26</sup> Una exhaustiva panorámica de la jurisprudencia alemana puede leerse en Ransiek (2023).

duro» de la intimidad, como recuerda la sentencia del *BverfG* de 25 de noviembre 2010, 2 BvR 2111/09:

Sin embargo, la prohibición de utilizar la prueba se exige constitucionalmente al menos en los casos de violaciones procesales graves, deliberadas o arbitrarias en las que se hayan lesionado gravemente las garantías de los derechos fundamentales. La prohibición absoluta de utilizar pruebas resultantes directamente de [la violación de] los derechos fundamentales solo ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional Federal en aquellos casos en los que se afecta el núcleo duro de la vida privada.

Otro tanto puede decirse de la jurisprudencia de la Corte de Casación francesa a la hora de interpretar los arts. 171 y 802 del *Code de procédure pénale* —para la que resulta determinante si la intromisión lesionó o no derechos fundamentales o el llamado «principio de lealtad»— y de la *Corte Suprema di Cassazione* italiana al aplicar la complejísima figura de la *inutilizzabilità* (art. 191 del *Codice di procedura penale*<sup>27</sup>), una atípica categoría de invalidez procesal que se proyecta sobre el valor probatorio del acto, pero no sobre la validez intrínseca de este.

Incluso en el ordenamiento jurídico portugués, que en el art. 32 de su Constitución vigente consagra de forma directa la nulidad de las pruebas «obtenidas mediante tortura, coacción, ofensa de la integridad física o moral de la persona, intromisión abusiva en la vida privada, en el domicilio o en la correspondencia o telecomunicaciones», la interpretación doctrinal y jurisprudencial mayoritaria admite también modulaciones a través del juicio de ponderación casuístico (Mosquera Blanco, 2018, p. 10).

### 3.2. La posición del TJUE y del TEDH: cuestión de énfasis

Como ha hecho notar Gascón Inchausti (2020), el enfoque —todavía incipiente— de la exclusión probatoria por parte del TJUE se ha separado del empleado por el TEDH, pues aquel parece partir de la prevalencia al derecho a la tutela judicial efectiva, de modo que habrá de ser la exclusión probatoria la que deba justificarse con arreglo al principio de proporcionalidad<sup>28</sup>.

Dicho a la inversa: «Si lo establecido en la sentencia Puškár se elevara a la categoría de regla general, la consecuencia práctica sería clara: el artículo 11.1 LOPJ, interpretado literalmente, podría considerarse contrario al principio de efectividad» (Gascón Inchausti, 2020, p. 798) en la medida en que la exclusión automática de pruebas ilícitas podría considerarse contraria al derecho a la tutela judicial del artículo 47 CDFUE y, con él, de los derechos subjetivos materiales —de creación o configuración europea— a cuya protección se aspiraba en el proceso.

<sup>27</sup> Para un examen detallado de la regulación comparada y de su interpretación por los distintos tribunales nacionales, *cf.* Armenta Deu (2011) y, más recientemente, Mosquera Blanco (2018, p. 5-11).

<sup>28</sup> *Peter Puškár/Finančné Riaditeľstvo Slovenskej Republiky y Kriminálny Úrad Finančnej Správy, C-73/16*, STJUE de 27 de septiembre de 2017

No es ocioso recordar que el «legislador europeo ha asumido de forma progresiva competencias en materia procesal penal y las está ejerciendo para definir el estatuto jurídico del encausado» (Gascón Inchausti, 2022, p. 96). El objetivo primordial es facilitar la cooperación penal dentro de la UE, como forma de combatir eficazmente la delincuencia transfronteriza. Con esa finalidad la Unión Europea ha aprobado ya hasta seis Directivas para reforzar la posición jurídica del acusado y obligar a los Estados miembros a reconocerle derechos que, hasta ese momento, no tenían ese estatus normativo. No obstante, en materia de prueba ilícita no ha habido avance armonizador alguno<sup>29</sup>.

En cualquier caso, la inspiración aparente del nuevo paradigma del TC no es la incipiente jurisprudencia del TJUE, sino la doctrina del TEDH. Ya hemos visto que para el Tribunal de Garantías español lo esencial deja de ser ya la constatación de la efectiva violación del derecho y las consecuencias procesales anudadas. Ahora, el parámetro es otro: la consecuencia de esa injerencia desde la perspectiva, bastante etérea, de la idea de «proceso justo», importada del TEDH.

Pero conviene recordar que la vulneración del derecho al proceso justo como límite a la aportación de la prueba ilícita por parte de la Corte de Estrasburgo no procede en su origen de una decisión tendente a minusvalorar la trascendencia de esa ilicitud, sino de la inexistencia de una noción compartida sobre la *exclusionary rule* entre los países firmantes del CEDH. La Sentencia de 1 junio 2010 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), caso *Gäfgen contra Alemania*, lo afirma con rotundidad (párr. 174):

El Tribunal señala que no se percibe con claridad ningún consenso entre los Estados contratantes del Convenio, las jurisdicciones de otros estados y otros órganos de control del respeto a los derechos del hombre en lo que respecta al campo de aplicación preciso de la regla de exclusión (véase las referencias indicadas en los apartados 69-74 supra).

El TEDH afirma reiteradamente que no le corresponde pronunciarse sobre la admisibilidad en juicio de las pruebas supuestamente ilícitas, dado que el Convenio no regula expresamente este problema. Se trata de una cuestión no recogida de forma expresa en el CEDH y su respuesta, por tanto, corresponde a los tribunales nacionales. La Corte de Estrasburgo considera que no puede excluir «en principio y en abstracto

---

<sup>29</sup> El art. 12.2 de la Directiva 2013/48/UE, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad, contiene una referencia, muy tangencial, a este asunto: «2. Sin perjuicio de las disposiciones y sistemas nacionales sobre admisibilidad de pruebas, los Estados miembros garantizarán que en los procesos penales se respeten los derechos de la defensa y las garantías de un juicio justo a la hora de sopesar las declaraciones que haga un sospechoso o acusado, o las pruebas que se obtengan vulnerando su derecho a un letrado, o en aquellos casos para los que el artículo 3, apartado 6, autorice que se establezca una excepción a este derecho». Cfr. también el art. 11.1 f) de la Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal.

que se admita una prueba conseguida ilegalmente»; solo le corresponde averiguar si el proceso, considerado en su conjunto, fue un proceso justo (*Schenk contra Suiza*, STEDH, de 12 de julio de 1988, §46). Tal comprobación la lleva a cabo a través de un análisis de las circunstancias concurrentes en cada caso en el que sopesa los intereses en juego (a través de la técnica del *balancing* o ponderación).

Dicho esto, la realidad es que solo en los casos de pruebas obtenidas mediante tortura o amenazas serias contra la integridad física, así como con vulneración del derecho a no autoincriminarse —o mediante la provocación policial al delito— concluye el TEDH que se vulnera además el derecho a un juicio justo, incluso cuando la prueba ilícitamente obtenida no fuera la única manejada en el proceso.

Cuando los derechos vulnerados son otros —en particular, el derecho a la vida privada— el enfoque es mucho más deferente. Esa lesión del art. 8 CEDH no determina automáticamente la vulneración del derecho a un proceso justo, sino que —como ha sistematizado Sánchez Yllera (2013, p. 245)— ello depende de que: *i*) se haya respetado el derecho de defensa contradictorio —si el acusado pudo conocer la ilicitud e invocarla en el proceso penal—; *ii*) de la fiabilidad de la prueba —si su ilicitud condiciona también las garantías de su autenticidad—; *iii*) de su conclusividad —aunque la prueba ilícita no sea enteramente fiable, puede ser tomada en consideración si el resto del cuadro probatorio corrobora los hechos—, y *iv*), en última instancia, del resultado de la ponderación de los derechos e intereses concurrentes dadas las circunstancias concretas de cada caso.

Solo desde ese punto de partida —y de llegada— se entiende que la STC 97/2019, de 16 de julio, concluya que el art. 11.1 LOPJ no se refiere a cualquier violación de derechos fundamentales, sino tan solo a las que se utilicen «instrumentalmente (como) medios de investigación que lesionen estas titularidades primordiales». Y que la violación de derechos fundamentales en la obtención de la prueba no constituye una vulneración de una garantía propia ínsita en los arts. 24.2 y 14 CE, sino que tan solo determinará la nulidad del material probatorio aportado si se infringen los principios estructurales del derecho al «proceso justo y equitativo»:

El sentido específico de la garantía del proceso debido incluida en el art. 24.2 CE es, así, el de proteger a los ciudadanos de la violación instrumental de sus derechos fundamentales que ha sido verificada, justamente, para obtener pruebas. Con ello, se protege la integridad del sistema de justicia, la igualdad de las partes y se disuade a los órganos públicos, en particular, a la policía, pero también a los propios particulares, de realizar actos contrarios a los derechos fundamentales con fines de obtener una ventaja probatoria en el proceso. Fuera de tales supuestos, esto es, cuando no existe una conexión o ligamen entre el acto determinante de la injerencia en el derecho fundamental sustantivo y la obtención de fuentes de prueba, las necesidades de tutela de dicho derecho son ajenas al ámbito procesal y pueden sustanciarse en los procesos penales o civiles directamente tendentes a sancionar, restablecer o resarcir los efectos de la vulneración verificada en aquel (STC 97/2019).

#### 4. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª, Nº 891/2022, DE 11 DE NOVIEMBRE

##### 4.1. Consideraciones preliminares

Vaya por delante que soy plenamente consciente de la extrema gravedad de los delitos investigados en este caso y de la notable complejidad que conlleva siempre la ponderación de los intereses contrapuestos, necesaria para determinar correctamente la conexidad jurídica de las pruebas derivadas de origen ilícito. La STS 891/2022, de 11 de noviembre, es meritoria por su esfuerzo argumental y hábil manejo del derecho comparado, pero —a mi entender— sus conclusiones no son satisfactorias. Intentaré convencer al lector de que las razones invocadas por el voto particular discrepante — un modelo de contención y precisión argumentativa— constituyen, por decirlo a la manera de Dorwkin, una mejor interpretación de los materiales jurídicos necesarios para resolver el caso.

La primera objeción que surge tras la lectura de la STS 891/2022, de 11 de noviembre, es que esta sigue una sistemática poco coherente y no siempre sencilla de entender. La razón de decidir de la sentencia comentada incurre en cierta acumulación deslavazada de afirmaciones que no aclaran de forma suficiente el motivo definitivo de la decisión.

Si examinamos la estructura formal de la STS se constata que, de forma algo confusa, se funda (apartado 2.2) en reconocer la ilegalidad del primer acceso irregular (la prueba directa obtenida del clonado y examen subrepticio del dispositivo), pero sosteniendo que la condena se fundó en otras pruebas, que parece querer decir que son independientes de la primera. Ahí es donde se enumeran los 5 apartados —o subrazones— que llevan a los magistrados de la mayoría a concluir que existe esa alegada desconexión jurídica; pese a eso, posteriormente en el apartado 2.5 (el 2.4 es una simple reproducción de una resolución anterior) el TS afirma hacer el balance propio de la teoría de la conexión de antijuridicidad, repitiendo en buena medida, y de formar circular, los factores de desconexión ya expuestos en los apartados precedentes, y reserva el apartado 2.6 para un análisis sintético del derecho comparado.

En mitad de esa argumentación (apartado 2.3) es cuando el TS invoca la doctrina aplicable a las vulneraciones de derechos fundamentales cometidas por particulares en la obtención de pruebas incriminatorias, si bien de forma algo dubitativa («... hacen que puedan ser de aplicación algunas consideraciones...») y no del todo clara, puesto que, aunque parece que esos razonamientos estarían orientados a equiparar la posición del agente a la de un simple particular, tampoco podría excluirse del todo que se aludiera a que fue un particular —la persona que encontró abandonada la bandolera en el parque— quien aportó esos elementos de prueba a la Guardia Civil. De hecho, leyendo la STS no queda claro si estamos ante un razonamiento *obiter dictum* o si prescindiendo de este argumento —la equiparación entre la actuación de

un particular y la del agente de la Guardia Civil— el sentido del fallo hubiera sido distinto.

El voto particular discrepante se sirve de un esquema dialéctico mucho más articulado. Tras examinar la (fuerte) expectativa de privacidad del ciudadano dueño de la memoria USB —con un sólido acercamiento a la jurisprudencia del TEDH sobre el derecho a la vida privada—, analiza la ausencia de factores mitigadores que, en el caso examinado, pudieran justificar que no se aplicara el «fuelle reactivo» de la ilicitud probatoria frente a la injerencia cometida por un agente de la autoridad. A continuación, aplica la doctrina de la conexión de antijuridicidad —llegando a una conclusión diametralmente contraria a la de sus compañeros— para centrarse de manera muy particular en las condiciones en las que el acusado prestó su conformidad al examen e incautación de sus dispositivos.

Matiza con precisión las referencias de la mayoría del TS a la jurisprudencia norteamericana y enfatiza que, incluso desde los laxos parámetros de la STC 97/2019, de 16 de julio —que cita de forma expresa—, cabe concluir que en el caso que nos ocupa «el Estado tomó una indebida ventaja para la persecución del delito, comprometiendo la integridad del proceso penal».

A continuación, examinaré todos esos argumentos —los de la mayoría y los del magistrado discrepante— con algo más de detalle.

#### 4.2. La protección legal reforzada del acceso a los dispositivos de almacenamiento masivo

Lo advirtió Hegel: pensar en un límite ya es, de alguna manera, traspasarlo. Y era cuestión de tiempo que ese Rubicón se cruzara.

En este caso, esta vía de escape estaba, en principio, cegada: quien accedió ilícitamente al contenido de la memoria USB fue un agente de la autoridad y no un particular<sup>30</sup>.

Conviene retenerlo: un agente de la autoridad que, en el ejercicio de sus funciones públicas —en el servicio de atención al ciudadano del puesto de la Guardia Civil en Tudela—, recibe de un particular un dispositivo USB encontrado en un parque y que, por su cuenta y riesgo, decide realizar una copia íntegra de este para después acceder, sin permiso de su propietario —ya identificado en el momento de producirse esa intromisión y que incluso se había personado para retirar su pertenencias—, a su contenido.

---

<sup>30</sup> Con la finalidad de simplificar el análisis de la STS 891/2022, de 11 de noviembre, me referiré en todo momento tan solo a la memoria USB, si bien lo entregado al servicio de atención al ciudadano de la Guardia Civil era una bandolera que, además de ese dispositivo y de la documentación personal de su propietario, contenía dos tarjetas SD en las que también había guardados archivos pornográficos.

Un acceso, importa precisar, que no tenía relación alguna con la identificación de su dueño, previamente realizada por otros medios: a través de la documentación personal que también le fue entregada al agente por la persona que encontró esos objetos abandonados, dado que el dispositivo y la documentación personal se encontraban dentro de la misma bandolera<sup>31</sup>.

El agente no solo creyó conveniente acceder —por razones ignoradas— al contenido de la memoria USB, sino que abrió varios de los archivos guardados (dos o tres, según se recoge de forma algo imprecisa en los hechos probados) hasta dar con una carpeta denominada «Trance», en la que encontraron los archivos pedófilos (la carpeta número 23 de las incluidas en la memoria<sup>32</sup>). Decidió realizar subrepticamente una copia de ese disco duro, para poner examinarlo al día siguiente, cuando entrara a trabajar en su turno de tarde<sup>33</sup>.

Esta invasión de la privacidad de un ciudadano se realiza, además, existiendo una prohibición legal expresa de hacerlo sin autorización judicial, salvo en casos de urgencia.

El legislador fue plenamente consciente de que el acceso no autorizado a estos dispositivos —que por su amplia capacidad permiten guardar infinidad de archivos de todo tipo— supone una lesión que afecta al núcleo duro del derecho a la intimidad, pues suelen albergar un conjunto de datos e información muy sensible (fotografías, vídeos, correspondencia, notas, etc.) sobre su propietario. Y es que la suma agregada de toda esa información presenta el riesgo de que, de accederse ilegítimamente a su contenido, se obtuviera un perfil muy definido de todos los aspectos de la vida íntima del interesado (ideología, confesión religiosa, preferencias sexuales, etc.).

Así lo establecen los nuevos artículos 588 sexies a) y b), de la LECrim, tras la reforma operada por la LO 13/2015, en vigor cuando sucedieron estos hechos —aunque la STS 891/2022 parezca sostener lo contrario en el penúltimo párrafo del FJ 2.1<sup>o</sup><sup>34</sup>—:

<sup>31</sup> Identificación verificable adicionalmente por medio del examen de otros archivos en formato Word y PDF del dispositivo —que se hallaban sueltos dentro de la memoria y que por tanto eran accesibles sin necesidad de abrir ninguna de las veintitrés carpetas— con títulos tan sugerentes como «currículum vitae», «currículum vitae modificado», «vida laboral» o «DNI».

<sup>32</sup> No es imposible, pero sí improbable estadísticamente, que la apertura del archivo nº 23 por el agente fuera obra del azar, si con arreglo a los hechos probados solo se abrieron «2 o 3» carpetas del dispositivo. La memoria contenía veintitrés carpetas y una multitud de archivos sueltos que consistían en documentos en formato Word y PDF que hubieran permitido la identificación del propietario en cuestión de segundos («Currículum vitae», «DNI», etc.). Que el material incriminatorio se hallara precisamente en la última de las carpetas según su orden numérico apunta, más bien, a un acceso masivo al contenido de todas ellas en busca de información comprometedoras o sensibles.

<sup>33</sup> Algo que efectivamente hizo al llegar a su puesto de trabajo, cuando horas antes el propietario de los enseres los había retirado personalmente, tras ser avisado por la Policía Local con la que, a su vez, el agente de la Guardia Civil había contactado el día anterior tras examinar la documentación personal hallada junto al dispositivo.

<sup>34</sup> Esta expresión («evidentemente no puede ser tomado en absoluto en consideración para intervenciones realizadas con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma») está tomada literalmente de

Artículo 588 sexies a. Necesidad de motivación individualizada.

1. Cuando con ocasión de la práctica de un registro domiciliario sea previsible la aprehensión de ordenadores, instrumentos de comunicación telefónica o telemática o dispositivos de almacenamiento masivo de información digital o el acceso a repositorios telemáticos de datos, la resolución del juez de instrucción habrá de extender su razonamiento a la justificación, en su caso, de las razones que legitiman el acceso de los agentes facultados a la información contenida en tales dispositivos.

2. La simple incautación de cualquiera de los dispositivos a los que se refiere el apartado anterior, practicada durante el transcurso de la diligencia de registro domiciliario, no legitima el acceso a su contenido, sin perjuicio de que dicho acceso pueda ser autorizado ulteriormente por el juez competente.

Artículo 588 sexies b. Acceso a la información de dispositivos electrónicos incautados fuera del domicilio del investigado.

La exigencia prevista en el apartado 1 del artículo anterior será también aplicable a aquellos casos en los que los ordenadores, instrumentos de comunicación o dispositivos de almacenamiento masivo de datos, o el acceso a repositorios telemáticos de datos, sean aprehendidos con independencia de un registro domiciliario. En tales casos, los agentes pondrán en conocimiento del juez la incautación de tales efectos. Si éste considera indispensable el acceso a la información albergada en su contenido, otorgará la correspondiente autorización.

Si es precisa una autorización judicial expresa para acceder al contenido de este tipo de dispositivos —incluso si los agentes de la autoridad cuentan con una orden judicial de registro domiciliario— cuando tal acceso se produce en el seno de un proceso penal, con mayor razón aún será inadmisibles que un agente invada este espacio de intimidad de un ciudadano cuando la instrucción ni siquiera ha comenzado formalmente. Es decir: cuando el investigado está completamente indefenso<sup>35</sup>.

#### 4.3. La buena fe de los agentes

La Sentencia del TS 891/2022, de 11 de noviembre, afirma que «la actuación (del agente) se lleva a cabo de buena fe», lo que causa desconcierto: no es difícil concluir que el guardia civil no solo estaría infringiendo la ley, sino muy plausiblemente cometiendo un delito de descubrimiento de secretos (arts. 197 y 198 CP<sup>36</sup>).

la STS 597/2022, de 15 de junio, en lo que parece un lapsus de la Sala Segunda, pues en nuestro caso la reforma sí estaba en vigor cuando se produjeron los hechos. Aunque es también posible que se trate de un simple error de redacción y que la intención del TS fuera citar textualmente ese precedente, en la medida en que esa resolución se invoca al inicio del apartado 2.1.

<sup>35</sup> La STS 891/2022, de 11 de noviembre, reconoce la infracción de ese precepto en el segundo párrafo del apartado 2.2 («Es cierto que en este momento originario no procedió conforme a lo dispuesto en el art. 588 sexies LECrim»), pero, por razones que no explica, no considera esta infracción relevante para la resolución del motivo casacional.

<sup>36</sup> Para una interpretación reciente de los elementos del tipo, *cf.* STS 616/2022, de 22 junio. La Sentencia núm. 183/2022, de 13 mayo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Civil y Penal, Sección1ª), condena a un antiguo alto cargo policial por copiar sin autorización judicial un *pendrive* con datos sensibles y remitir esa copia a la Dirección General de la Policía.

Según el relato de hechos probados, el «descubrimiento» del material delictivo por parte del agente no le llevó a poner en conocimiento del juez este hallazgo de forma inmediata —lo que nos da otra pista sobre sus verdaderas intenciones—, sino que dio cuenta a sus superiores, que decidieron —por razones que no se explican, porque posiblemente no puedan serlo— examinar este material incriminatorio, sin intervención judicial de ninguna clase, durante el nada desdeñable plazo de seis días consecutivos.

En lo que constituye el primero de los pasos en falso de la resolución, la Sala Segunda afirma que «no se desprende intención alguna de vulnerar la intimidad ni de obtener pruebas de delito» por parte del agente. Sobre esa base insegura, la STS sostiene que «tal circunstancia debe necesariamente ser tenida en cuenta a los efectos de ponderar los intereses en juego y la existencia o no de conexión de antijuridicidad con las actuaciones judiciales que se desarrollaron posteriormente».

Naturalmente que la conducta del agente debía de tenerse en cuenta a la hora de realizar el juicio de ponderación. Pero, a los ojos de cualquier observador imparcial, para inclinar la balanza hacia la exclusión probatoria y no a la inversa. Porque para que la postura de la STS fuera sostenible hubiera sido preciso que en los hechos probados de la sentencia se hubiera hecho constar ese ánimo seráfico por parte del guardia civil<sup>37</sup>.

Una de las críticas más justificadas que suscita esta STS es que sus razonamientos parten a menudo de apreciaciones fácticas que no figuraban en el relato de hechos probados fijado por el tribunal de enjuiciamiento (AP de Navarra). Técnica procesal doblemente censurable porque, como subraya Lascuráin Sánchez (2019), genera indefensión para el acusado y menoscaba su presunción de inocencia (*cf.*, también sobre esta cuestión la STS 769/2003, de 31 de mayo).

Resulta obvia la trascendencia de este dato —la intención con la que el agente copió el contenido íntegro del dispositivo de un tercero y procedió luego a su examen— para la labor de ponderación entre los intereses contrapuestos. Este hecho contra reo no podía ser tomado en cuenta, porque el tribunal que debía hacerlo —el que valoró las pruebas— no lo consideró probado. Por tal razón, no integraba el relato fáctico cuya calificación se discutía en casación y no formaba parte tampoco del marco procesal en el que el acusado trataba de defenderse<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> Quizá el empleo de términos como «buena» o «mala fe» del agente, en este contexto, es equívoco. De lo que se trataba era de determinar la finalidad con la que el agente clonó el contenido del dispositivo y procedió después a su examen. No trata, a mi entender, de emitir un juicio de valoración jurídica sobre su conducta, sino de verificar si se ha acreditado o no un hecho psicológico: «Que los hechos psicológicos sean internos u observables, no significa que no sean auténticos hechos [...] significa tan solo que, a diferencia de los hechos externos, que al menos en el momento en que se producen son directamente constatables, los hechos psicológicos son de más difícil averiguación, pues, por definición, requieren siempre ser descubiertos (o inferidos) a partir de otros hechos externos [...] el conocimiento de hechos psicológicos es siempre un conocimiento indirecto a partir de otros hechos» (Gascón Abellán, 2010, p. 71).

<sup>38</sup> Es más, esto es lo que consta en los hechos declarados probados: «Estas diligencias de investigación derivaron directa y sucesivamente del visionado de la copia de salvaguarda o de seguridad de la

Podemos prescindir en este punto del debate existente en relación con el canon de exigencia probatoria de la (i)licitud de la prueba y sobre si se aplica o no en este ámbito el muy exigente estándar —más allá de toda duda razonable— del principio de presunción de inocencia: en este caso no hay discusión acerca de que el agente copió y accedió de forma conscientemente ilícita —o gravemente negligente, cuando menos— al dispositivo del acusado<sup>39</sup>.

A continuación, la Sala Segunda incurre, a mi entender, en un nuevo paralogismo. Aduce que «el agente no pretende obtener pruebas de la comisión de un delito que se venía investigando [...] no es una actuación de un funcionario policial que utiliza un “atajo” al margen de la ley en busca de pruebas de un delito». Dicho de otra forma, en la medida que «en aquel momento no había ni investigación policial ni procedimiento judicial en marcha» parece apuntarse, bien a que deberían atenuarse las exigencias garantistas sobre la preceptiva autorización judicial, bien a que la exclusión de esta prueba no tendría efecto desincentivador alguno para los agentes de la autoridad.

Se trata de un argumento formalista de corto alcance: se hubiera iniciado o no la investigación, el guardia civil realizó un clonado del contenido de la memoria USB sin necesidad alguna —el propietario ya había sido identificado por él mismo a través de otros medios— y procedió al examen detenido de sus archivos incurriendo en una ilegal *fishng expedition* de libro. Sin que, por cierto, se acreditara que tal conducta estuviera avalada por protocolo policial alguno. Al contrario de lo afirmado por la STS, que de nuevo al margen de los hechos probados alude a un ignoto «contexto de los protocolos policiales respecto de los objetos y efectos perdidos por los ciudadanos».

Y en cuanto al *deterrent effect*, cuesta creer que el efecto disuasorio vaya a ser menor —y menos necesario— en los casos en los que, mediante la potencial comisión de un ilícito penal, un agente de la autoridad invade abruptamente, durante su jornada laboral y haciendo uso de un material al que ha tenido acceso en virtud de esa condición de funcionario público, la intimidad de un ciudadano sin la previa existencia de indicio alguno de criminalidad en contra de él<sup>40</sup>. No hay noticias, por cierto, de que el agente en cuestión fuera sancionado disciplinariamente.

---

memoria USB y de las tarjetas SD, que se realizó el día 14 de junio de 2016 careciendo de cobertura legal y de autorización, sin que existiese necesidad, ni urgencia alguna, habiéndose realizado la copia y el visionado por el agente a quien se entregó el bolso perdido, en una actuación negligente».

<sup>39</sup> Sobre ese estándar probatorio específico, *cfr.* Del Moral García (2023, p. 46-48).

<sup>40</sup> Si ya es grave que un agente vulnere derechos fundamentales de los investigados para obtener pruebas de cargo en el seno de una investigación en marcha, no creo que lo sea menos —desde el punto de vista axiológico— que esa injerencia injustificada se produzca dentro de una suerte de informal *inquisitio generalis*. Valdrá la pena recordar que este tipo de investigaciones prospectivas carecen de legitimidad constitucional aun cuando se realicen con finalidades de prevención delictiva. La reacción de la maquinaria del Estado frente a posibles hechos delictivos no debe ser pretexto para una actuación irreflexiva y desproporcionada de sus agentes, pues solo cabe iniciar una investigación penal cuando exista una verdadera *notitia criminis* (Aguilera Morales, 2008, *passim*).

El segundo eslabón del razonamiento de la STS tampoco tiene, a mi juicio, cimientos sólidos. Ante la afirmación de que «esta inicial actuación no se oculta ni se camufla por los agentes de la autoridad», pues «se elaboró el correspondiente atestado policial que se remitió a la autoridad judicial con un CD conteniendo los archivos informáticos obtenidos de aquellos dispositivos USB y SD y dando cuenta de las actuaciones realizadas» cabe replicar —ya lo he dicho— que los agentes no pusieron de inmediato en conocimiento del juez estos hallazgos, sino que demoraron la presentación del atestado durante el espacio de seis largos días. Es un hecho declarado probado.

En el F.J. 2º.3, la Sala Segunda llega hasta el punto de sostener —otra vez, no me importa insistir, contrariando los hechos probados— que «*de forma inmediata* se elaboró el correspondiente atestado judicial que fue trasladado a la autoridad judicial» (la cursiva es mía). Es más, y de seguirse la línea argumentativa de la STS —que la mera tenencia de ese material suponía la comisión *permanente* de un delito— no se entiende bien por qué no aplica el plazo de veinticuatro horas del artículo 588 sexies c) LECrim<sup>41</sup>. Otro argumento de peso más que debe ponerse en la balanza. Y que sigue inclinándola hacia la exclusión probatoria de la prueba derivada. Nótese, además, que la inexplicada demora en la puesta en conocimiento del juez de estos hechos no es tan solo imputable al agente que accedió por primera vez al dispositivo, sino también a sus superiores jerárquicos<sup>42</sup>.

#### 4.4. La minusvaloración del derecho a la intimidad

El siguiente giro argumentativo de la mayoría del TS tampoco me parece atendible.

Consiste en realizar una gradación del nivel de protección que demandan los derechos fundamentales de los ciudadanos. Para ello se sostiene que debe concederse un trato preferente a aquellos derechos cuya limitación exige autorización judicial *ex Constitutione*:

Como también [debe ponderarse] que el derecho fundamental afectado es el derecho a la intimidad y al «entorno virtual», y no el derecho a la inviolabilidad al domicilio o el secreto de las comunicaciones. Y se precisa esto porque para estos últimos es la propia Constitución en sus arts. 18.2 y 18.3 la que otorga una protección reforzada exigiendo la autorización judicial para su limitación, mientras que en caso de los primeros es la ley (arts. 588 sexies.a LECrim) la que exige, cuando se trata de dispositivos de almacenamiento masivo de información, la autorización judicial.

<sup>41</sup> «En caso de urgencia, la Policía Judicial o el fiscal podrán llevarlo a cabo, informando al juez inmediatamente, y en todo caso dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, de la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado».

<sup>42</sup> Lo que evidencia que los efectos disuasorios de la exclusión de la prueba ilícita estarían en este caso todavía más justificados, pues no fue solo un agente el que se condujo al margen de la legalidad: también, al parecer, varios de los integrantes del grupo de la Policía Judicial de Tudela.

Es, cuando menos, una discutible forma de ponderar el peso abstracto y relativo de los derechos fundamentales en liza. Esos apriorismos axiológicos están, desde luego, muy alejados de la formulación canónica —los derechos fundamentales como mandatos de optimización— de Robert Alexy. En efecto, es característico de la tarea ponderativa la necesidad de atender las circunstancias concretas de cada caso, para decidir así qué interés —de los que se encuentran en conflicto— merece una mayor protección (STC 14/2003 de 28 de enero, F.J. 5º).

Por lo demás, no acaba de convencerme esta distinción jerárquica, puesto que nuestra Ley Fundamental exija o no de forma expresa la autorización judicial para determinadas injerencias en los derechos fundamentales —en algunos casos, por razones históricas de las que ahora no puedo ocuparme— no supone que la CE presuponga un valor iusfundamental de partida inferior. Convendrá recordar ahora la doctrina constitucional contenida en la STC 320/1994, de 28 de noviembre:

No se trata, sin embargo, de establecer jerarquías de derechos ni prevalencias a priori, sino de conjugar, desde la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca, para terminar decidiendo y dar preeminencia al que se ajuste más al sentido y finalidad que la Constitución señala, explícita o implícitamente.

No creo acertado el establecimiento de esta artificiosa jerarquía de valores constitucionales —con la excepción del derecho a la vida y a la integridad corporal—, pues si así fuese —como ha notado Zagrebelsky (2011, p. 124)— se produciría una incompatibilidad estructural con el carácter pluralista de la sociedad, cuyos miembros pueden discrepar legítimamente sobre qué derechos fundamentales en concreto reputan preferentes. No deja de ser significativo, por otra parte, que la propia CE no contenga jerarquización alguna.

Pero es que, además, si un derecho fundamental merece un trato privilegiado es, sin duda, el derecho a la vida y a la integridad corporal, donde el legislador constitucional no entendió necesario exigir de forma expresa la autorización judicial correspondiente para permitir legítimas injerencias. En efecto, la CE tampoco contempla de forma específica la necesidad de la autorización judicial para la adopción de medidas que suponen una injerencia en el derecho a la integridad moral y física, sin que por ello nadie dude de su rango axiológico prevalente y de la necesidad de recabar la autorización judicial para hacerlo<sup>43</sup>.

Como apunta la STC 207/1996, de 16 de diciembre —refiriéndose, por cierto, de forma conjunta, a los derechos a la integridad física y a la intimidad, contraponiéndolos a los de la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones—:

<sup>43</sup> Recordemos que, con arreglo al artículo 363 LECrim, «... siempre que concurran acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez de Instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin, podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad». Esto es, al igual que ocurre con el derecho a la intimidad, una norma con rango de ley regula las injerencias admisibles en el derecho a la integridad corporal, sujetándolas a la correspondiente autorización judicial.

... la Constitución, en sus arts. 15 y 18.1, no prevé expresamente la posibilidad de un sacrificio legítimo de los derechos a la integridad física y a la intimidad (a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre con los derechos a la inviolabilidad del domicilio o al secreto de las comunicaciones (art. 18.2 y 3 CE), mas ello no significa que sean derechos absolutos, pues pueden ceder ante razones justificadas de interés general convenientemente previstas por la Ley, entre las que, sin duda, se encuentra la actuación del *ius puniendi* (STC 37/1989, fundamentos jurídicos 7.º y 8.º). [...] Así pues, el interés público propio de la investigación de un delito, y, más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal son, desde luego, causa legítima que puede justificar la realización de una intervención corporal, siempre y cuando dicha medida esté prevista por la Ley, lo cual nos remite a la siguiente de las exigencias constitucionales antes indicadas.

Pero quizá el argumento más incisivo contra esta degradación axiológica del derecho a la intimidad se desprende del artículo 588 sexies a) LECrim, que dispone que la autorización judicial para llevar a cabo un registro domiciliario no comprende la permisión del acceso por parte de la policía a este tipo de dispositivos electrónicos que se hallaren en el domicilio registrado. Para tal acceso se exige en todo caso una autorización judicial específica *ad hoc*, previa o posterior al registro.

Como ha explicado de forma reiterada la jurisprudencia de la Sala Segunda, la razón de ser de la necesidad de esta autorización específica es la consideración de estos instrumentos como lugar de almacenamiento de una serie compleja de datos que afectan de modo muy variado a la inviolabilidad de las comunicaciones (comunicaciones a través de sistemas de mensajería, por ejemplo, tuteladas por el art 18.3 CE, contactos o fotografías, por ejemplo, tuteladas por el art. 18.1 CE que garantiza el derecho a la intimidad, datos personales y de geolocalización, que pueden estar tutelados por el derecho a la protección de datos, art. 18.4 CE).

La consideración de cada uno de estos datos de forma separada y con un régimen de protección diferenciado es insuficiente para garantizar una protección eficaz, pues resulta muy difícil asegurar que una vez permitido el acceso directo de los agentes policiales a estos instrumentos para investigar datos únicamente protegidos por el derecho a la intimidad (por ejemplo, los contactos incluidos en la agenda), no se acceda también a otros datos tutelados por el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones albergados en el mismo dispositivo. Esto explica que el legislador otorgue un tratamiento unitario a los datos contenidos en los ordenadores, teléfonos móviles y dispositivos de almacenamiento masivo, reveladores del perfil personal del investigado, configurando un derecho constitucional de nueva generación: «El derecho a la protección del propio entorno virtual» (STS 204/2016, de 10 de marzo y 342/2013, de 17 de abril).

Por tanto, difícilmente en un ámbito de la intimidad de los ciudadanos en el que, en fechas recientes, el legislador se ha visto obligado a intervenir para otorgarle una protección reforzada específica (creando así, en palabras del voto disidente, una «fuerte expectativa de privacidad») puede sostenerse que su rango iusfundamental sea, por así decirlo, de segundo grado.

#### 4.5. Los agentes de la autoridad no son «particulares»

Pero quizá el aspecto más discutible —y novedoso— de la Sentencia es la invocación de la reciente jurisprudencia de la Sala Segunda —con la Sentencia del Tribunal Supremo 116/2017, de 23 de febrero, caso *Lista Falciani*, como origen— relativa a la no exclusión del material probatorio ilícito obtenido por particulares en determinados contextos<sup>44</sup>.

Porque resulta notorio que, por definición, un agente de la Guardia Civil que en el ejercicio de sus funciones públicas recibe un dispositivo de un tercero no es, bajo ningún punto de vista, un particular. Es exactamente lo contrario.

Se atisba aquí el antedicho rasgo tendencialmente expansivo de las excepciones a la exclusión de la prueba ilícita. Primero se acepta la obtenida ilegalmente por particulares —en atención precisamente a no ser agentes de la autoridad y, por tanto, no ser susceptibles al efecto disuasorio de su exclusión— para después admitir como prueba de cargo la obtenida ilícitamente por agentes de la autoridad, siempre y cuando no exista, formalmente, una investigación en marcha. Lo que crea incentivos perversos: al policía poco respetuoso con los derechos fundamentales ajenos le interesará demorar al máximo la puesta en conocimiento de los hechos ante la autoridad judicial, puesto que en ese limbo preprocesal podrá actuar como si de un «particular» se tratara. Exactamente lo que el *deterrent effect* debería tratar de conjurar.

La STS 891/2022, de 11 de noviembre, permite otra lectura, con un matiz diverso: la decisivo no sería tanto el inicio de la instrucción judicial como que el agente en concreto no tuviera asignadas funciones de investigación delictiva. Es decir, que el elemento diferenciador estaría en el rol policial asumido y no en la falta de traslado inmediato al órgano judicial.

Pero convendrá recordar que, al margen de que todos los miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado asuman esas funciones investigadoras ante una *notitia criminis*, en este caso concreto el agente estaba destinado en el servicio de atención al ciudadano —es decir, precisamente un lugar natural de recepción de denuncias— y que, en todo caso, esta tesis no salvaría los posteriores accesos a la memoria USB por parte de la unidad de investigación de la Guardia Civil.

Llevado el argumento de la STS 891/2022, de 11 de noviembre, hasta las últimas consecuencias, nos situaría ante la necesidad de evaluar la eventual eficacia horizontal de los derechos fundamentales (*Drittwirkung*) entre particulares, por mucho que un agente de la autoridad no lo sea. Pero como apunta la STS 56/2022, de 24 de enero, este planteamiento no es más que un artificio retórico. La eficacia horizontal de los derechos fundamentales no implica que las limitaciones y las garantías se activen de la misma manera cuando el conflicto surge entre particulares o con agentes del Estado:

<sup>44</sup> Son la STS 244/2022, de 16 de marzo, y la STS 56/2022, de 24 de enero.

No puede desconocerse que la funcionalidad de los derechos fundamentales adquiere una especial dimensión cuando de lo que se trata es, precisamente, de limitar el poder del Estado frente al ciudadano. En puridad, los derechos fundamentales vienen a configurar la comprensión general de las relaciones del Estado y los ciudadanos, garantizando el espacio de libertad del que disponen los segundos para el libre desarrollo de su personalidad en condiciones de dignidad.

#### 4.6. La doctrina de la STEDH, caso *Trabajo Rueda c. España*, de 30 de mayo de 2017

Existe una cuestión no menor —traída a colación por el voto particular discrepante— que la STS 891/2022, de 11 de noviembre, no aborda. Y es cómo conciliar esta nueva vuelta de tuerca a las reglas de exclusión probatoria con la doctrina del TEDH relativa al derecho a la vida privada (art. 8 CEDH).

Existe una cierta imprecisión conceptual en la sentencia comentada al no diferenciar, en su análisis, dos momentos intrusivos sucesivos pero claramente diferenciables. Uno es el acceso del primer guardia civil; el otro es el del equipo de investigación. Aquel es el que se defiende por la Sala Segunda que debe ser equiparado al realizado por un particular —ya hemos visto lo discutible de ese aserto—. Sin embargo, la STS 891/2022, de 11 de noviembre, no explica qué justificaría esta segunda invasión de la privacidad del ciudadano que fue finalmente condenado. Por ello, el apartado 2.3 de la resolución aparece un tanto desligado de los razonamientos de los anteriores y posteriores, que parecen justificar la condena sin apelar a esa ficticia condición de particular del guardia civil.

Ahora bien, lo cierto es que, si se parte de esa equiparación —y esta fuera normativamente aceptable—, en ese juego de espejos cabría equiparar el primer acceso al que realizó el informático en el caso *Trabajo Rueda contra España*, nº 32600/12, STEDH, de 30 de mayo de 2017. Pero lo que reprocha el TEDH al Estado español en esa resolución es el posterior (segundo) acceso del equipo policial sin autorización judicial previa y sin la concurrencia de razones de urgencia que justificaran prescindir de la garantía jurisdiccional. Que es exactamente lo ocurrido en el asunto que resuelve la STS 891/2022, de 11 de noviembre, con el acceso indiscriminado de los miembros de la unidad de investigación al material inicialmente copiado por el agente<sup>45</sup>.

El elefante en la habitación de la Sala Segunda no es otro que el precedente fijado por la STEDH, en el caso *Trabajo Rueda contra España*, nº 32600/12, de 30 de mayo de 2017. Para la Corte de Estrasburgo, incluso en un contexto como el entonces resuelto —en el que un técnico informático, con autorización del propietario del ordenador, y con la intención de repararlo, había descubierto archivos almacenados con imágenes pedófilas, comunicándolo sin solución de continuidad a la policía—,

<sup>45</sup> El matiz es importante, porque la STS 891/2022, de 11 de noviembre, parte de la ilicitud del primer acceso, pero niega que se proyecte sobre el segundo (el realizado por el equipo de investigación de la Guardia Civil).

se produjo una lesión del derecho a la vida privada al no acreditarse la urgencia del acceso policial sin previo control judicial.

El TEDH alerta en esa resolución del riesgo de abusos de fácil comisión en casos individuales y de acarrear consecuencias perjudiciales para la sociedad democrática<sup>46</sup>. El Tribunal manifiesta desconocer las razones por las que la demora en la obtención de una previa autorización judicial —que podía obtenerse con relativa rapidez— habría obstaculizado la investigación llevada a cabo por la policía sobre los hechos denunciados.

Por ello, la Corte de Estrasburgo concluye que la intervención y el examen por la policía de los archivos del ordenador, tal y como se han realizado en este caso, no eran proporcionados a los fines legítimos que se pretendían y por tanto necesarios en una sociedad democrática, apreciando una lesión del derecho a la vida privada consagrado en el artículo 8 §2 del Convenio.

Es cierto, como ya he indicado, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos aplica a la prueba ilícita obtenida a través de la vulneración de los derechos del art. 8 CEDH un canon muy deferente, que solo le lleva a entender conculcado el derecho a un proceso justo, como parámetro fundamental, si existe una afectación al derecho de defensa contradictoria. Si la respuesta es afirmativa, habrá que comprobar si se cumplen los requisitos de fiabilidad y conclusividad de la prueba. Que estos requisitos no se cumplieran tan solo significa que es probable que la Corte de Estrasburgo no apreciaría —en el hipotético caso de que el asunto fuera sometido a su consideración— la conculcación del derecho a un proceso justo, pero no impide que los tribunales nacionales, en el ejercicio de sus respectivos márgenes de apreciación, extraigan conclusiones más garantistas con arreglo a sus particulares culturas procesales y exigencias constitucionales.

Y, al menos hasta ahora para el TS español, cuando la prueba matriz había sido obtenida ilícitamente por funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo de forma consciente o manifiestamente negligente, el material incriminatorio obtenido de forma indirecta también era reputado nulo<sup>47</sup>.

---

<sup>46</sup> Porque incluso el enjuiciamiento de delitos graves debe someterse a ciertos límites si no queremos «socavar, incluso [...] destruir, la democracia por defenderla». Para el TEDH, «es difícil valorar, en este caso, la urgencia que habría forzado a la policía a intervenir los archivos del ordenador personal del demandante y a acceder a su contenido, sin obtener previamente la autorización judicial requerida normalmente. En efecto, no existía ningún riesgo de desaparición de ficheros ya que se trataba de un ordenador intervenido y retenido por la policía y no conectado a la red de Internet». El TEDH manifiesta desconocer las razones por las que la demora en la obtención de una previa autorización judicial —que podía obtenerse con relativa rapidez— habría obstaculizado la investigación llevada a cabo por la policía sobre los hechos denunciados.

<sup>47</sup> De hecho, la propia STS 116/2017, de 23 de febrero, (*lista Falciani*) ponía el énfasis en este extremo.

#### 4.7. El juicio de ponderación

Este dato —la condición de agente de la autoridad— es clave para realizar correctamente la compleja operación de ponderación que exige la eventual apreciación de la conexión de antijuridicidad (que la STS realiza, de forma lacónica, en su apartado 2.5).

No creo que pueda negarse seriamente que, desde un punto de vista fenomenológico, exista esa ligazón entre la primera injerencia ilegítima en los derechos fundamentales del acusado (la copia del contenido de la memoria USB y la posterior apertura de archivos) y la prueba obtenida merced a los registros acordados mediante los autos judiciales de 21 de junio y 29 de agosto de 2016. Si eliminamos mentalmente esa injerencia inicial, ninguno de los dos registros ulteriores —con su consiguiente rendimiento probatorio— se habría producido.

El siguiente paso es el decisivo: determinar si, además del nexo causal o natural entre la prueba ilícita y la derivada, se justifica la concurrencia del nexo de antijuridicidad que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de la primera se extiende a la segunda.

Según la propia jurisprudencia de la Sala Segunda, es fundamental ponderar la gravedad del menoscabo del derecho constitucional afectado. En este caso, la intensidad de la injerencia en el derecho a la intimidad es notable —un acceso indiscriminado a todos los archivos personales guardados en el dispositivo de un ciudadano por un agente que recibe ese dispositivo de un tercero precisamente por su condición de autoridad pública—, debiendo también tomarse en consideración que tal intrusión se ejecuta por un funcionario de policía contraviniendo una norma legal expresa que exige, salvo en los casos de urgencia, una previa autorización judicial habilitante.

La cadena de razonamiento de la conexión de antijuridicidad exige a continuación evaluar si la vulneración del derecho fundamental fue intencionada, gravemente errónea o culpable en grado leve: no se me ocurre cómo esta contravención gratuita del derecho a la intimidad de un ciudadano puede ser catalogada como una irregularidad menor no deliberada.

En un pasaje de los hechos probados que la STS 891/2022, de 11 de noviembre, soslaya por completo, se precisa que no existía necesidad ni urgencia alguna en la primera intromisión, «habiéndose realizado la copia y el visionado por el agente a quien se entregó el bolso perdido, en una *actuación negligente*» (cursiva mía).

Finalmente, y a fin de calibrar las necesidades de tutela del derecho fundamental menoscabado, es preciso verificar si la conducta de los órganos encargados de la investigación se encaminaba a vulnerar el derecho a la intimidad del acusado. Que es exactamente lo que pretendía el agente de la Guardia Civil con su conducta, prevaleciendo de su condición de funcionario público, una vez que el propietario de los objetos había sido ya identificado por él a través de otros medios.

Creo que, en este punto, es difícil que el juicio de ponderación —en el contexto de la aplicación de la doctrina de la conexión de antijuridicidad— que contiene la STS 891/2022, de 11 de noviembre, pudiera ser correcto, dado que está partiendo de premisas —la intención inicial del agente o la tardanza en la presentación del atestado ante la autoridad judicial— que no se ajustan a la realidad de lo sucedido.

Como expresa el voto particular discrepante del magistrado Hernández García:

La propia incoación del proceso se construye sobre una hipótesis de participación criminal cuyo fundamento fáctico está afectado de inconstitucionalidad por el modo en que se obtuvo. Lo que impide que dicha hipótesis pueda desenvolverse hasta acabar en una sentencia de condena.

Se detecta aquí una grieta estructural que recorre los cimientos de este proceso desde su misma raíz: el origen de la incoación del procedimiento fue, de forma exclusiva y determinante, una grave injerencia en el núcleo duro de la intimidad de un ciudadano.

No se trata de que, iniciada la actividad jurisdiccional de forma legítima, se produjera después una irregularidad en el seno de la labor instructora o de investigación policial cuya transcendencia deba ponderarse con arreglo al principio de proporcionalidad. En este caso, la activación del *ius puniendi* tenía como único vector la lesión grave de un derecho constitucional por parte de un agente de la autoridad en el ejercicio de sus funciones públicas.

En otros términos: la conexión jurídica entre la prueba directa nula y la derivada no solo supone en este caso que sin la primera no se habría obtenido la segunda y que esta se encuentre teñida de antijuridicidad por la inexplicable actuación policial. Es que sin aquella ni siquiera se habría iniciado el proceso penal contra el acusado.

Este último razonamiento puede conectarse con una interpretación consecuenialista de la regla de exclusión aplicada a los agentes de la autoridad. Con arreglo a este análisis pragmático, los jueces no deberían fijarse solo en los hechos pretéritos que juzgan a la hora de decidir: también en la regla aplicativa que, para los casos futuros, se extraerá de su precedente (Posner, 1996, p. 5). Y esa regla no es otra que la posibilidad de que los funcionarios de policía desencadenen el inicio de la actividad jurisdiccional lesionando previamente de forma grave los derechos fundamentales de los ciudadanos sin consecuencia procesal alguna.

#### 4.8. El invocado consentimiento del investigado y la doctrina de la conexión atenuada

Dada la importancia que tanto la ponencia de la mayoría como el voto particular asignan a esta cuestión, examinaré con algo más de detalle este potencial factor de desconexión de la antijuridicidad.

La propia doctrina del TS —acogiendo, a su vez, la jurisprudencia constitucional— exige, para que las declaraciones posteriores a la infracción de los derechos fundamentales puedan considerarse una prueba no contaminada por la ilicitud de la

prueba matriz, que estas se produzcan siendo conocedor el acusado de la trascendencia convalidante de su testimonio —algo que en este caso no constaba en absoluto—, prestándose especial relevancia al lapso temporal que medie entre la lesión del derecho fundamental y la posterior confesión del investigado. Porque, cuanto mayor sea la cercanía temporal, cabe presumir que menor será la posibilidad de que este declare con pleno conocimiento de las consecuencias procesales sanadoras —en su contra— de su testimonio (STS 752/2014, de 11 de noviembre, y STC 91/2011, de 18 de febrero).

La STS 91/2011, de 18 febrero, subraya que en «el ámbito del llamado «saneamiento de la prueba», la confesión alcanzaría plena validez valorativa una vez se haya verificado el mencionado asesoramiento que permite considerar que el acusado efectuó la confesión con plena conciencia de la ilegitimidad de la fuente original de prueba y que, a pesar de ello, voluntaria y libremente hizo las manifestaciones autoincriminatorias».

Exigencias jurisprudenciales que, como subraya el voto particular disidente, conectan con la doctrina de la conexión atenuada (*attenuated doctrine*) del TS norteamericano:

Desde la sentencia *Brown c. Illinois*, 422 U.S 590 (1975), para activarse la excepción deben tomarse en cuenta los siguientes ítems: primero, el tiempo o plazo temporal transcurrido entre la prueba ilícita inicial y la prueba lícita derivada, de tal modo que permita calificar la conexión de remota. A mayor tiempo transcurrido, la relación causal se atenúa y más se justifica la no aplicación de la regla de exclusión; segundo, la gravedad o intensidad de la violación constitucional originaria o su intencionalidad. Cuanto mayor sea la gravedad o su carácter intencional menor será la posibilidad de atenuación y por consiguiente de saneamiento de la prueba derivada; tercero, la extensión de la cadena causal y la presencia de elementos interferentes entre la violación constitucional y la prueba derivada, de tal modo que cuantas más circunstancias o actuaciones concurren entre ambas, mayores posibilidades habrá de admitir la eficacia de la prueba derivada; cuarto, el elemento de la voluntariedad de las confesiones practicadas con todas las garantías atenúa la relación causal y permite la utilización de la confesión; quinto, la no utilización de argumentaciones sofisticadas para justificar la ruptura de la conexión.

Ninguno de estos indicadores de exclusión de antijuridicidad concurría en el presente caso, de manera que apreciar una «conexión atenuada» —como hace, a la postre, la STS 891/2022, de 11 de noviembre— se antoja muy discutible. Veamos por qué.

En este caso, la secuencia temporal es suficientemente explícita: el consentimiento prestado por el investigado para la incautación y examen de sus dispositivos tiene lugar a las pocas horas de ser detenido por segunda vez, estando privado de libertad e inmediatamente antes de celebrarse la comparecencia del art. 505 LECrim. En presencia de un abogado de oficio, sí, pero sin que constara que el investigado conociera que el primer acceso a la memoria USB había sido ilícito y de que el letrado le advirtiera sobre la potencial eficacia convalidante de su asentimiento<sup>48</sup>.

<sup>48</sup> De hecho, hay varios marcadores más, expresivos de las pocas garantías con las que pareció prestarse el consentimiento. En los hechos probados se deja constancia de que se preguntó «someramente» al investigado si autorizaba el volcado. Notaremos la primera acepción del término *somero* del diccionario de la RAE: «Ligero, superficial, hecho con poca meditación y profundidad». Esta actitud supuestamente

En puridad, la supuesta conformidad del investigado al examen de los dispositivos no es un asentimiento ni una confesión, sino la aparente constatación de que no tenía sentido oponerse cuando aquellos ya habían sido analizados por la Guardia Civil, lo que, por cierto, reafirma la ligazón natural y jurídica entre la prueba directa y la derivada<sup>49</sup>.

Queda, finalmente, en el análisis ponderativo del caso, valorar la gravedad de los delitos investigados. La STS 891/2022, de 11 de noviembre, sostiene que

los agentes se hallaban ante la evidencia de unos posibles delitos de extrema gravedad. El bolso con los dispositivos USB y SD le habían sido devueltos al acusado. La mera tenencia por el acusado de esos archivos ya era, por sí misma, delictiva. Y persistir en su tenencia suponía permitir se siguiera cometiendo el delito. Es más, en algunas fotografías se identifica al menor Gabriel que está siendo víctima de un abuso sexual de extrema gravedad. Los agentes de la autoridad no podían obviar tales circunstancias y permanecer inactivos, hubieran incumplido sus obligaciones legales de investigación y persecución del delito. En tales circunstancias el Estado no puede dejar de actuar y permitir que se siga cometiendo un delito o que presuntos delitos ya cometidos no reciban respuesta penal.

Creo que es indiscutible que los delitos de abusos sexuales a menores constituyen un ilícito penal de la mayor gravedad axiológica y en este punto nada cabe objetar a la STS 891/2022, de 11 de noviembre. Concorre un innegable interés público en la represión penal de este tipo de conductas particularmente abyectas. Pero no estimo irrelevante precisar que cuando se produce la injerencia inicial ilegítima en la memoria USB del investigado no existía indicio alguno de la comisión de ese u otro tipo de delitos, sin que debamos dejarnos llevar por el sesgo retrospectivo (*hindsight bias*) y juzgar la actuación inicial del agente a la luz de la información que luego se extrajo del examen de ese y otros dispositivos del encartado<sup>50</sup>.

Pero hay un dato, que no me parece insignificante, que desmiente la idea de que la elusión de las garantías legales por parte de los agentes de la Guardia Civil estaría justificada por la extraordinaria gravedad de los delitos revelados tras el examen de la memoria USB y por el temor de que el (todavía no formalmente) investigado pudiera «reiterar este tipo de conductas sobre otros menores»: en ese lapso de seis días los agentes no procedieron a detener al propietario del dispositivo ni realizaron actuación alguna encaminada a separar a los menores de él.

---

colaboradora contrasta con la coetánea negativa del investigado a declarar ante la Guardia Civil y ante el juez, y con la negación —con motivo de su primera detención— de haber mantenido relaciones sexuales con menores.

<sup>49</sup> Ya hemos reseñado que la STS 891/2022, de 11 de noviembre, pone el énfasis en que el consentimiento se realiza ante el juez, tras lectura de derechos y con asistencia letrada. Pero en ningún momento se relata que el juez o el abogado de oficio le informaran sobre la ilicitud del primer acceso al dispositivo y sobre las consecuencias procesales desfavorables que se derivarían para él de la prestación de su consentimiento.

<sup>50</sup> De la lectura del STS 891/2022, de 11 de noviembre, no queda del todo claro si del visionado de las primeras fotografías contenidas en la memoria USB se desprendía ya con claridad la participación del investigado en los abusos a menores o si, por el contrario, fue un dato que se obtuvo durante el transcurso de la investigación.

Como subraya la STS 56/2022, de 24 de enero —en sintonía con el voto particular a la STS 891/2022, de 11 de noviembre—:

La regla de exclusión probatoria, como manifestación reactiva del sistema de garantías, debe operar, sin duda, con toda la energía, cuando el Estado o los particulares, mediante la infracción del derecho fundamental, acceden a fuentes o medios de prueba y pretenden aprovecharse de su potencial valor incriminatorio. En estos casos, la regla de exclusión debe actuar como antídoto fundamental para la conservación de un determinado modelo de convivencia fundado en el valor de la Justicia y la preeminencia de los derechos fundamentales. Cuando estos se sacrifican injustamente y finalísticamente los efectos de la lesión se proyectan sobre el proceso no cabe otra opción que la de renunciar al esclarecimiento de la verdad, preservando el derecho a la presunción de inocencia de la persona acusada que sufre la injerencia intolerable en el núcleo de sus derechos.

Por lo demás, debemos evitar el riesgo de aceptar de forma acrítica, especialmente en casos límite como el que nos ocupa, apelaciones a la «justicia material» que supuestamente justificarían el sacrificio de las garantías constitucionales en el altar de una concepción mistificadora del proceso penal.

Porque en este, por definición, toda verdad será siempre «procesal», en la medida en que ha sido obtenida con arreglo a las reglas del proceso. Y va de suyo que la culpabilidad tan solo puede ser declarada dentro del proceso, tramitado con pleno respeto a sus garantías. No existe, en rigor, esa (falsa) dicotomía entre «verdad procesal» y «verdad material», pues tan solo la primera, en tanto que obtenida con plena legitimidad constitucional, es jurídica y epistémicamente aceptable. De nuevo con Alexy (2008, p. 79):

... no existe por un lado la justicia y la verdad como fines, y, por otro lado, las reglas en cuanto indicaciones de los medios mediante los cuales ambas pueden producirse o descubrirse, sino que lo que es justo y verdadero es lo que produce o se descubre mediante reglas.

#### 4.9. El derecho a un proceso con todas las garantías, a un proceso justo y equitativo y al proceso debido: no es lo mismo

Llegados a este punto, es preciso realizar un último análisis desde un plano de abstracción mayor. Para que sea riguroso se requiere de una labor de desbroce conceptual previa.

La STS 891/2022, de 11 de noviembre, no alude a la noción del proceso justo para desestimar el motivo casacional (que se fundaba en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia), sino que concluye que no se aprecia conexión de antijuridicidad invalidante «ni vulneración de los derechos a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías».

Como ya hemos visto, el Tribunal Constitucional, en su STC 114/1984, de 29 de noviembre, situó el rechazo de la prueba ilícita derivada como una de las garantías integrada dentro del derecho fundamental del acusado a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), en conexión con el derecho a la igualdad de partes en el proceso (art. 14 CE). Con el paso del tiempo, esta ubicación constitucional se consagró, de

forma que, cuando el TS examinaba si concurría o no la conexión de antijuridicidad, lo hacía sobre la base de considerar que una prueba ilícita derivada que presentara tal ligamen conculcaba una de las garantías específicas protegidas por el art. 24.2 CE.

Adicionalmente, de ser toda la prueba de cargo ilícita una eventual condena conculcaría el derecho a la presunción de inocencia del acusado (también protegido por el art. 24.2 CE) (Calderón Cuadrado, 2000, p. 175-176)<sup>51</sup>.

Ya hemos visto que el enfoque de la STC 97/2019, de 16 de julio, es otro: haciendo propio el concepto del derecho a un proceso justo y equitativo consagrado en el CEDH y en la jurisprudencia del TEDH coloca el umbral de la antijuridicidad en un escalón mucho más alto. Se incurre, creo, en un error metodológico de partida: el TEDH acude a este concepto como cláusula de cierre no tanto porque tome partido por una tesis más o menos restrictiva como porque no existe un consenso entre las jurisdicciones nacionales de los distintos Estados firmantes del Convenio que permita ir, en materia de exclusión probatoria, más allá de un estándar de mínimos.

Ese estándar singularmente deferente tiene sentido en ese contexto de diversidad regulatoria y jurisprudencial europea —y en el casuismo de las decisiones judiciales nacionales—, de forma que tan solo las violaciones más graves de derechos fundamentales —procedentes de lesiones del derecho a la integridad física o del derecho de todo acusado a no declarar de forma forzada o a no autoincriminarse— determinarán la intervención del TEDH y la declaración formal de violación del art. 6.1 CEDH.

Pero esa alusión al derecho al proceso justo carece de sentido en la tradición constitucional española. En nuestra dogmática iusfundamental lo nuclear era determinar si la introducción en el proceso de prueba indirecta dimanante de un elemento probatorio ilícito vulneraba o no la garantía constitucional inherente a la centralidad que la propia CE asigna a los derechos fundamentales. Como se ha señalado por la doctrina procesalista, «el concepto de proceso justo, no [es] equivalente al del proceso con todas las garantías», poseyendo este una textura más abierta, propia en origen del derecho anglosajón y no del continental (Ascencio Mellado, 2019, p. 14).

La citada STC 97/2019, de 16 de julio, llega incluso a mencionar —como si tratara de lo mismo— el derecho «al proceso debido», traducción literal del *due process* anglosajón que, a pesar de algunas concomitancias, no es tampoco conceptualmente equiparable al derecho al proceso con todas las garantías<sup>52</sup>.

Es sabido que tanto el CEDH como la jurisprudencia del TEDH fijan, por así decirlo, un estándar mínimo de garantías, de forma que el TC español no tenía ninguna necesidad de separarse de sus propios precedentes y de privar de rango constitucional a una concreta garantía (la inadmisibilidad de la prueba ilícita derivada). Pero ello no

<sup>51</sup> Cfr. STC 81/1998, de 2 de abril.

<sup>52</sup> Sobre esta cuestión, Gómez Colomer (2006, p. 57-63).

obliga al TS a abrazar necesariamente la reinterpretación del art. 11.1 LOPJ que la STC 97/2019, de 16 de julio, sugiere<sup>53</sup>.

De hecho, si al TC no le compete, según su doctrina, sustituir a los órganos del Poder Judicial en la exégesis de ese precepto —siempre que tal interpretación sea respetuosa con el art. 24.2 CE—, nada obstaría a que este siguiera siendo aplicado por la Sala Segunda como hasta ahora<sup>54</sup>.

Pero es que, además, cuando toda la prueba de cargo esté teñida —directa o indirectamente— de ilicitud, como ocurría en el caso resuelto por la STS 891/2022, de 11 de noviembre, su toma en consideración para fundar la condena provoca una correlativa lesión del derecho del acusado a la presunción de inocencia (así lo explicitó claramente el TC a partir de la STC 81/1998, de 2 de abril, aunque la posterior STC 97/2019, de 16 de julio, no contenga referencia alguna al respecto).

Y, desde luego, si se acepta esa premisa —que nadie puede ser condenado si *toda la prueba de cargo* es directa o indirectamente ilícita—, la vulneración del derecho a la presunción de inocencia llevaría aparejada en último término, incluso, la del derecho a un proceso justo y equitativo. Porque como dijera Vives Antón (2011, p. 888-889) —denunciando ya entonces que la vinculación de la proscripción de la prueba ilícita al derecho a un proceso justo era una aporía que buscaba diluir su efecto anulatorio—:

... el derecho a la presunción de inocencia y el derecho a un proceso justo no son sino dos perspectivas de análisis de un único entramado valorativo y dos manifestaciones directas de las exigencias dimanantes de la dignidad humana en el proceso penal [...] Así, una vulneración del derecho a la presunción de inocencia comporta otro del proceso justo; y a la inversa, cualquier vulneración del proceso justo, si determina una sentencia condenatoria, vulnera de algún modo la presunción de inocencia.

Paradójicamente, así parece entenderlo también la STS 891/2022, de 11 de noviembre, puesto que, aun rechazando el recurso de casación, ubica correctamente la discusión en el seno de los derechos al proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia.

<sup>53</sup> En buena medida la excelente STS 56/2022, de 24 de enero, parece apuntar tímidamente en esa dirección divergente.

<sup>54</sup> Es evidente que, como prescribe el art. 5.1 LOPJ, el TC tiene la última palabra en la interpretación de los preceptos constitucionales. Pero, a mi juicio, en el bien entendido de que se trata de una vinculación *positiva*, por lo que es perfectamente admisible que la jurisdicción ordinaria se muestre más garantista que la constitucional, como ocurre, por ejemplo, en lo que concierne al derecho a un juez imparcial tras la anulación del primer juicio, siendo en este aspecto la doctrina fijada por el TS mucho más protectora del art. 24.2 CE que la del TC. En estos casos, el TS ordena la repetición del juicio con nuevos magistrados de instancia conformando el tribunal (STS 743/2007, de 20 de septiembre), mientras que la STC 157/1993, de 6 de mayo, no vio óbice alguno, desde el punto de vista constitucional, para que el segundo juicio se celebrara con los mismos magistrados que dictaron la primera sentencia anulada.

#### 4.10. Recapitulación

La tensión dialéctica entre los distintos tribunales que han conocido de este caso no es casual, sino fruto de la extrema gravedad de los delitos investigados, de la desconcertante actuación de los agentes que descubrieron estos hechos y de la dificultad de conciliar los valiosos intereses jurídicos contrapuestos en juego.

Recordemos que la Audiencia Provincial de Navarra absolvió hasta en dos ocasiones consecutivas al acusado, siendo revocadas ambas sentencias por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra —con un voto particular discrepante— y que la tercera sentencia de la AP de Navarra —la que condenó finalmente al acusado— se limitó a seguir las directrices marcadas por el TSJ de Navarra y a aceptar la validez de la prueba derivada contra su propio criterio ya expresado con claridad en las resoluciones precedentes.

En el Tribunal Supremo la resolución del recurso de casación tampoco fue pacífica —precisamente en lo relativo a la licitud de la prueba indirecta—, siendo formulado un voto particular discrepante. La sentencia de la Sala Segunda es una resolución muy trabajada, si bien con algunos aspectos discutibles.

La STS 891/2022, de 11 de noviembre, es relevante por el novedoso tratamiento que dispensa al agente de la autoridad que accedió al dispositivo del acusado. Aun de forma poco nítida, parece sostener que la doctrina jurisprudencial sentada sobre la aportación de prueba ilícita obtenida por particulares (consagrada por la STC 97/2019, de 16 de julio) sería de aplicación también a los miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, con la condición de que tales intromisiones no se realizaran en el marco formal de una investigación policial o judicial, o cuando esta no se hubiera iniciado.

En ese sentido, se separa claramente —a pesar de invocarla— de la razón de decidir de la Sentencia de la Sala Segunda 56/2022, de 24 de enero, y del razonable intento de esta de conjurar una lectura maximalista de la STC 97/2019, de 16 de julio.

Y si desde el punto de vista dogmático esa es su principal aportación —a mi juicio, como ya he indicado, errada—, la resolución también me parece criticable por otra razón: a la hora de realizar la labor de ponderación de los intereses contrapuestos se parte en ocasiones de premisas incorrectas o que, cuando menos, no encuentran respaldo en los hechos declarados probados.

### 5. CRIMEN Y CASTIGO

¿Eso es todo? ¿Es que nada podía hacerse al respecto? La respuesta no es sencilla.

Ya se dijo que nos enfrentamos a un caso trágico, en el que cualquier solución jurídica implica el sacrificio de valores morales (muy) estimables. Estas líneas no han

sido fáciles de escribir: si el lector me ha acompañado hasta aquí, será consciente de por qué.

En el voto particular discrepante a la STEDH del caso *Trabajo Rueda contra España*, nº 32600/12, el juez Dedov afea a sus colegas «haber preferido [sic] proteger el derecho a la vida privada, aunque este modo de vida “protegida” sea de carácter criminal». Y, con un punto de crudeza no exento de demagogia, propone un nuevo *motto* para la Corte de Estrasburgo: «En efecto, un buen eslogan podría ser el siguiente: “*Fiat justitia, et pereat mundus*”».

La formulación de un escenario mental contrafáctico puede arrojar alguna luz.

Piense el lector por un momento si sería deseable que los agentes de la autoridad pudieran acceder por su cuenta y riesgo, sin autorización judicial ni indicio alguno de estar cometándose un delito en ese momento, a las fotografías, vídeos, correspondencia y demás archivos personales de los ciudadanos. Y que, además, una vez que la policía haya accedido a ese contenido íntimo pueda postergar la puesta en conocimiento de los hechos indiciariamente delictivos cerca de una semana, periodo de tiempo durante el cual el material sería analizado por los agentes de la autoridad sin garantía alguna sobre la correspondencia entre lo incautado ilícitamente y lo presentado después ante el juez.

Con razón nos parece insoportable que pueda utilizarse en contra del acusado cualquier información obtenida de las conversaciones mantenidas con su abogado, grabadas de forma encubierta por la autoridad —en este caso, judicial—, pues en palabras de la STS 79/2012, de 9 de febrero<sup>55</sup>:

En el caso, el acusado causó con su resolución una drástica e injustificada reducción del derecho de defensa y demás derechos afectados anejos al mismo, o con otras palabras, como se dijo ya por el instructor, una laminación de esos derechos, situando la concreta actuación jurisdiccional que protagonizó, y si se admitiera siquiera como discutible, colocando a todo el proceso penal español, teóricamente dotado de las garantías constitucionales y legales propias de un Estado de Derecho contemporáneo, al nivel de sistemas políticos y procesales característicos de tiempos ya superados desde la consagración y aceptación generalizada del proceso penal liberal moderno, admitiendo prácticas que en los tiempos actuales solo se encuentran en los regímenes totalitarios en los que todo se considera válido para obtener la información que interesa, o se supone

---

<sup>55</sup> Y eso aunque sepamos que, desde un punto de vista epistémico, esa información sería valiosísima para esclarecer la verdad de lo ocurrido. Aquí se evidencia que el argumento de quienes invocan el derecho a la práctica de los medios de prueba pertinentes para la defensa como prevalente frente a los derechos lesionados *prueba demasiado*. Porque, en tal caso, nada obstaría para hacer prevalecer también en este caso ese derecho fundamental sobre el secreto profesional del abogado (del que el art. 24.2 *in fine* CE tan solo dice que será desarrollado por ley, pero sin prohibir de forma expresa la intervención policial o judicial de las comunicaciones abogado-cliente). Con esto no quiero negar la importancia decisiva de esta garantía —sin cuya existencia del derecho a un proceso con todas las garantías sería una entelequia—, pero sí hacer notar que, al igual que la exclusión de la prueba ilícita, es una decantación natural de las exigencias estructurales de un proceso justo —se recoja o no de forma expresa en la Constitución— que no puede subordinarse de forma incondicionada al derecho a la práctica de la prueba pertinente por parte de la acusación.

que interesa, al Estado, prescindiendo de las mínimas garantías efectivas para los ciudadanos y convirtiendo de esta forma las previsiones constitucionales y legales sobre el particular en meras proclamaciones vacías de contenido.

¿Acaso es menos característico de los «regímenes totalitarios» que la policía indague, sin control judicial alguno, en la vida privada de los ciudadanos?

Desde el velo de la ignorancia rawlsiano (Rawls, 2002, p. 135-140)<sup>56</sup> —si uno no supiera, en esa lotería vital hipotética, si se le asignaría el papel de delincuente o de ciudadano inocente—, no parece un planteamiento muy apetecible.

Convendrá entonces retomar la *ratio decidendi* de la iniciática STC 114/1984, de 29 de noviembre: los derechos fundamentales no solo tienen en nuestro ordenamiento una función de garantía de los derechos subjetivos de los ciudadanos: su respeto constituye también el cimiento estructural de nuestro Estado de derecho. Observados desde este plano, los derechos fundamentales son «elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana, justa y pacífica».

En afortunada expresión de Luigi Ferrajoli (2004, p. 51), los derechos fundamentales dibujan la esfera de lo indecible: la esfera pública de los intereses de todos que está protegida por la garantía constitucional, incluso —o mejor: sobre todo— contra el criterio mayoritario. Los derechos humanos se presentan así, en la manifestación de la dimensión más garantista del derecho, como «la ley del más débil».

El voto discrepante del magistrado Hernández García deja algunas pistas relevantes. Tras recordar —de la mano de la STEDH del asunto *Stubbings y otros contra Reino Unido* de 22 de octubre de 1996— el primordial valor axiológico de la protección de los menores frente a los abusos y agresiones sexuales<sup>57</sup>, abre la puerta a la admisibilidad de esos elementos probatorios ilícitos en cualquier otro procedimiento judicial o administrativo que no sea de naturaleza penal.

Por ejemplo, para la inmediata retirada de la custodia de los menores o para activar la privación de la patria potestad del acusado sobre su hijo. También, por supuesto, para desplegar de manera urgente las prestaciones asistenciales que las víctimas necesiten.

Dicho de otra forma, una vez aceptado el marco donde nos sitúa la jurisprudencia del TC —en el que la proscripción de la admisión de la prueba ilícita está sujeta, con independencia de lo que diga el tenor literal del art. 11.1 LOPJ, al principio de proporcionalidad—, la ponderación de los intereses en liza debería llevarnos a admitir en este caso como elemento probatorio ese material de procedencia ilícita,

<sup>56</sup> Trabajo original publicado en inglés en 1971: *A theory of Justice*, Harvard University Press.

<sup>57</sup> Para el TEDH, «las sevicias sexuales constituyen innegablemente un tipo de fechoría aberrante que hacen vulnerables a las víctimas y que los niños y demás personas vulnerables tienen derecho a la protección del Estado en forma de una prevención eficaz que los ponga a resguardo de unas formas de injerencia tan graves en aspectos esenciales de su vida privada».

pero siempre con una excepción, que ni siquiera el interés superior del menor puede subvertir: la aplicación del *ius puniendi* no puede sustentarse en pruebas obtenidas por agentes de la autoridad vulnerando conscientemente los derechos fundamentales de ciudadanos.

El hecho de que el proceso penal liberal heredero de la tradición ilustrada se diseñe de forma asimétrica a favor del acusado responde a la necesidad de fijar como eje central de toda la actividad jurisdiccional el respeto a la presunción de inocencia. Me parece que esta razón es decisiva para rechazar el argumento de quienes sitúan en el mismo nivel axiológico el derecho a la práctica de los medios de prueba de la acusación (art. 24.2 CE) y el derecho a la presunción de inocencia.

El Tribunal Constitucional ha dicho de forma muy gráfica que ese derecho —la presunción de inocencia— «sirve de base a todo el procedimiento criminal y condiciona su estructura, constituyendo uno de los principios cardinales del Derecho Penal contemporáneo, en sus facetas sustantiva y formal» (STC 111/1999, de 14 de junio), así como que la presunción de inocencia actuaría «como límite a la potestad legislativa y como criterio condicionador de las interpretaciones de las normas vigentes» (STC 109/1986, de 24 de septiembre) respecto de todo el proceso penal.

Importa detenerse en este punto, porque es clave para entender la diferente posición axiológica entre el acusado y sus acusadores. Esta asimetría explica «la notable diferencia que, desde la perspectiva de los derechos fundamentales en juego dentro del proceso penal, existe entre las partes según su posición de acusadoras o de acusadas» (STC 4/2004, de 16 de enero). Y se justifica por la trascendencia de los intereses en juego (Alcácer Guirao, 2021, p. 37), pues «al proceso penal se acude postulando la actuación del poder del Estado en su forma más extrema —la pena criminal—, actuación que implica una profunda injerencia en la libertad del imputado y en el núcleo más “sagrado” de sus derechos fundamentales» (STC 41/1997, de 10 de marzo, FJ 5; 88/2003, de 19 de mayo, FJ 7).

Esta diferencia estructural, que condiciona todo el diseño del proceso penal, ha sido también apreciada por la Sala Segunda al afirmar que «todo acusado, sea cual fuera el delito del que se le acusa, tiene una situación asimétrica y superior a la del resto de las partes en el proceso» (STS 647/2014, de 2 de octubre)<sup>58</sup>.

A mi modo de ver, esta es la razón decisiva por la que es preciso diferenciar la interdicción de la prueba de origen ilícito en el proceso penal del resto de procedimientos jurisdiccionales, en los que el argumento del peso prevalente del derecho a la

---

<sup>58</sup> Tomo la cita prestada de Alcácer Guirao (2021, p. 37). Otra muestra de la asimetría, como indica este autor, se aprecia cuando nuestro ordenamiento no reconoce una suerte de presunción de inocencia invertida que coloque este derecho fundamental al servicio de las acusaciones, públicas o privadas, en perjuicio de los ciudadanos acusados, que es para quienes se ha establecido constitucionalmente como cimiento básico de todo nuestro sistema penal de justicia (STS 246/2015, de 28 de abril, y STC 141/2006, de 8 de mayo).

práctica de los medios de prueba de la contraparte, conectado con el interés superior de los menores, puede tener sentido.

La supuesta hipertrofia del derecho a la presunción de inocencia es —confesadamente o no— el argumento de fondo que subyace, como en tantas otras pulsiones antigarantistas, en el giro de la doctrina del TC sobre la exclusión de la prueba ilícita. Que la STC 97/2019, de 16 de julio, ni siquiera mencione este derecho, aunque sea para razonar ese *overruling*, me parece sintomático. La tentación de rebajar su alcance es una constante históricamente acreditada —como también lo es el aciago resultado, a la larga, de tal menoscabo— y ese asedio continúa en la actualidad desde varios frentes<sup>59</sup>.

Frente a tantos adversarios, conviene recordar —no sé si ahora más que nunca— que, como se ha dicho de forma expresiva, «si este no rigiera como lo hace [el derecho a la presunción de inocencia], el proceso penal constitucionalmente entendido carecería de sentido» (Andrés Ibáñez, 2022, p. 64-65)<sup>60</sup>.

Desgraciadamente, lo sucedido en este caso existe en el mundo de los hechos sensibles —con independencia de que no pudiera desencadenar lícitamente una respuesta penal—. Por tal razón, los elementos probatorios deberían poder ser utilizados en el resto de procedimientos judiciales —ajenos al ámbito penal— en los que el interés superior del menor debe prevalecer en todo caso. La encrucijada de intereses que subyace en el fenómeno de la prueba ilícita aconseja evitar soluciones en exceso rígidas, de manera que la ponderación de los derechos contrapuestos en juego —tomando en consideración las circunstancias concretas de cada caso— es la técnica que mejor se acomoda a la naturaleza dinámica y siempre rica en matices de la regla de exclusión probatoria<sup>61</sup>.

Dicho de otra forma: ausente la afectación del derecho a la presunción de inocencia y despojada por el TC la proscripción de la prueba ilícita de su condición de garantía objetiva de los derechos fundamentales (STC 97/2019, de 16 de julio), no existen obstáculos para, aplicando el principio de proporcionalidad, aceptar, dadas las circunstancias concurrentes, la prevalencia en este caso del derecho a la práctica de

<sup>59</sup> Como ocurre, por ejemplo, cuando se propugna introducir en el proceso penal el estándar probatorio de la probabilidad preponderante y se rechaza la necesidad de la regla del *in dubio pro reo*. Cfr. Nieva Fenoll (2013, p. 164). Entre la jurisprudencia reciente, cabe citar la muy discutible STS 651/2023, de 20 de septiembre. Una réplica incisiva puede encontrarse en Alcácer Guirao (2021, p. 33-42). También en Igartua Salaverría (2021, p. 61-64).

<sup>60</sup> Otras embestidas se justifican formalmente por el riesgo de impunidad de determinadas conductas delictivas clandestinas, intentando aplicar así una rebaja del estándar probatorio para condenar o una sobrestimación de determinados medios de prueba: SSTS, 332/2019, de 27 de junio, y 282/2018, de 13 de junio.

<sup>61</sup> Ya he indicado que, *de lege lata*, la rotundidad del art. 11.1 LOPJ es muy explícita sobre la nulidad de los efectos de la prueba ilícita derivada. Pero esto no obsta para sostener que la ponderación es la figura analítica que mejor se adecúa a la estructura de una materia compuesta por una densa madeja de intereses y derechos contrapuestos de distinta intensidad, y que varían caso por caso.

los medios de prueba pertinentes en el proceso civil sobre el derecho a la intimidad del dueño de esos dispositivos<sup>62</sup>.

Es, desde luego, una respuesta judicial que deja en este caso un inevitable poso de insatisfacción. Pero que permite conciliar los derechos de las víctimas con la siempre tendencialmente inestable arquitectura del sistema de garantías constitucionales. Un trabajoso andamiaje iusfundamental al que no debemos renunciar, por decirlo con Kant (1998, p. 38), incluso «para un pueblo de demonios».

## BIBLIOGRAFÍA

- Aguilera Morales, E. (2008). *Proceso penal y causa general: la «inquisitio generalis» en el derecho español*. Thomson Civitas.
- Alcácer Guirao, R. (2021). Algunas dudas sobre la duda razonable. Prueba de descargo, estándares de prueba e in dubio pro reo. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 23(9), 1-47.
- Alexy, R. (2008). *Teoría de la argumentación jurídica* (2ª ed.). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (2009). Sobre la ponderación y la subsunción: Una comparación estructural, *Foro Jurídico*, 9, 40-48.
- Alexy, R. (2011). Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 91, 11-29.
- Andrés Ibáñez, P. (2020). En materia de prueba: sobre algunos cuestionables tópicos jurisprudenciales. *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, 1, 75-101.
- Andrés Ibáñez, P. (2021). Juzgar es cuestión de método, en un marco de derechos fundamentales sustantivos y procesales (Acerca de la propuesta de Larry Laudan). *Jueces para la democracia*, 102, 83-100.
- Andrés Ibáñez, P. (2022). *Justicia Penal. De principios y prácticas*. Eola Ediciones.
- Armenta Deu, T. (2011). *La prueba ilícita (Un estudio comparado)* (2ª ed.). Marcial Pons.
- Atienza, M. (2005). *Las razones del derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Asencio Mellado, J. Mª. (1989). *Prueba prohibida y prueba preconstituida*. Trivium.
- Asencio Mellado, J. Mª. (2019). La STC 97/2019, de 16 de julio: descansa en paz la prueba ilícita. *Diario La Ley*, 9499. <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2019/10/16/la-stc-97-2019-de-16-de-julio-descansa-en-paz-la-prueba-ilicita>
- Calderón Cuadrado, P. (2000). El derecho a un proceso con todas las garantías (aspectos controvertidos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional). *Cuadernos De Derecho Público*, 10, 153-178.
- Campaner Muñoz, J. (2021). *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba* (2ª ed.). Aranzadi.
- Carroll, L. (2004). *A través del espejo*. Ediciones del Sur.
- De La Oliva Santos, A. (2006). Sobre la ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas. En *Escritos sobre Derecho, Justicia y Libertad* (pp. 189-207). Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Del Moral García, A. (2023). Reflexiones sobre prueba ilícita. *Revista Científica del Centro Universitario de la Guardia Civil*, 33, 35-48.
- Díaz Cabiale, J. A. y Martínez Morales, R. (2001). *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*. Civitas.
- Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y garantías: la ley del más débil* (4ª ed.). Trotta.

<sup>62</sup> Algo que explica, por lo demás, por qué la prueba ilícita de descargo sí puede ser incorporada al proceso penal: no hay lesión posible de la presunción de inocencia del acusado.

- Fidalgo Gallardo, C. (2003). *Las pruebas ilegales: de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Gascón Abellán, M. (2010). *Los hechos en el Derecho*. Marcial Pons.
- Gascón Inchausti, F. (2020). La prueba ilícita en el proceso civil: entre la exclusión y la ponderación. En *Derecho probatorio y otros estudios procesales: Vicente Gimeno Sendra, Liber amicorum* (pp. 783-800). Ediciones Jurídicas Castillo de Luna.
- Gascón Inchausti, F. (2022). Derecho procesal penal: materiales para el estudio (4ª ed.). <https://docta.ucm.es/rest/api/core/bitstreams/d2bf1387-9867-4b59-aaae-5d213e97cd39/content>
- Gómez Colomer, J. L. (2006). Adversarial System, proceso acusatorio y principio acusatorio: una reflexión sobre el modelo de enjuiciamiento criminal aplicado en los Estados Unidos de Norteamérica. *Revista del Poder Judicial*, 19, 25-77.
- González González, E. (2007). La prueba ilícita: una (re)visión crítica. En X. Abel Lluch y J. Picó i Junoy (Eds.), *Objeto y carga de la prueba civil* (pp. 369-390). Bosch Editor.
- Hernández García, J. (2013). *123 cuestiones básicas sobre la motivación de las resoluciones judiciales*. Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos Digitales de Formación, nº 32-2012.
- Igartua Salaverria, J. (2021). *Indicios, duda razonable, prueba científica: (perspectivas sobre la prueba en el proceso penal)*. Tirant lo Blanch.
- Kant, I. (1998). *Sobre la paz perpetua* (6ª ed.). Tecnos.
- Laudan, L. (2013). *Verdad, error y proceso penal*. Marcial Pons.
- Lascurain Sánchez, J. A. (2019). La sentencia de La Manada: ¿todos contentos? *Almacén de Derecho*. <https://almacendederecho.org/la-sentencia-de-la-manada-todos-contentos>
- Lascurain Sánchez, J. A. (2021). *Principios penales democráticos*. Iustel.
- Martínez García, E. (2003). *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz de la STC 81/98, de 2 de abril)*. Universidad de Valencia.
- Martínez García, E. (2010). *Actos de investigación e ilicitud de la prueba. El derecho al proceso y sus garantías como límite a la actuación de los poderes públicos en la investigación del delito*. Tirant lo Blanch.
- Miranda Estrampes, M. (2004). *La prueba ilícita: el concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal* (2ª ed.). J. Mª Bosch Editor.
- Miranda Estrampes, M. (2010). La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones. *Revista Catalana de Seguretat Pública*, 22, 131-151.
- Miranda Estrampes, M. (2019). *Prueba ilícita y regla de exclusión en el sistema estadounidense: crónica de una muerte anunciada*. Marcial Pons.
- Mosquera Blanco, A. J. (2018). La prueba ilícita tras la sentencia *Falciani*: comentario a la STS 116/2017, de 23 de febrero. *InDret* 3/2018. <https://indret.com/la-prueba-ilicita-tras-la-sentencia-falciani-comentario-a-la-sts-116-2017-de-23-de-febrero/>
- Nieva Fenoll, J. (2013). *La duda en el proceso penal*. Marcial Pons.
- Pico i Junoy, J. (2020). La prueba ilícita: un concepto todavía por definir. *La Ley Probática*, 1.
- Planchadell Gargallo, A. (2014). *La prueba prohibida: evolución jurisprudencial (Comentario a las sentencias que marcan el camino)*. Aranzadi.
- Posner, R. (1996). Pragmatic Adjudication. *Cardozo Law Review*, 1, 1-20.
- Ralws, J. (1996). *El liberalismo político*. Crítica.
- Ralws, J. (2002). *Teoría de la Justicia* (2ª reimpresión). Fondo de Cultura Económica.
- Ransiek, A. (2023). The Exclusionary Rule in Germany Revisited. *California Western International Law Journal*, 53(1), 115-160.
- Rojo Fernández-Río, Á. (2006). La calificación de los créditos concursales con garantía personal. *Anuario de Derecho Concursal*, 7, 517-540.
- Sánchez Yllera, I. (2013). La aparente irrelevancia de la prueba ilícita en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, 13, 230-250.
- Totten, C. y Cobkit, S. (2012). The Knock-and-Announce Rule and Police Searches after Hudson v. Michigan: Can Alternative Deterrents Effectively Replace Exclusion for Rule Violations? *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, 15(3), 414-457.

- Tribe, L. (1989). The Curvature of Constitutional Space: What Lawyers Can Learn from Modern Physics. *Harvard Law Review*, 103, 1-39.
- Villar Palasí, J. L. y Villar Ezcurra, J. L. (1993). El derecho a la certidumbre jurídica y la incertidumbre de nuestro Derecho. En *La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional): estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez* (pp. 79-104). Civitas.
- Zagrebelsky, G. (2010). *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia* (10ª ed.). Trotta.

## Leyes y jurisprudencia

### *Sentencias del Tribunal Supremo*

- Sentencia del Tribunal Supremo Federal (Alemania), de 14 de junio de 1960, BGHS 14, 358, 365.
- Sentencia del Tribunal Supremo Federal (Alemania), de 15 de agosto de 2018, 789.
- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 1239/1994 (Sala de lo Penal), de 17 de junio de 1994 (recurso 2274/1993).
- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 769/2003 (Sala de lo Penal), de 31 de mayo de 2003 (recurso 1011/2002) – ECLI:ES:TS:2003:3737.
- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 743/2007 (Sala de lo Penal), de 20 de septiembre de 2007 (recurso 11214/2006) – ECLI:ES:TS:2007:6629.
- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 91/2011 (Sala de lo Penal), de 18 febrero de 2011 (recurso 1988/2010) – ECLI:ES:TS:2011:681.
- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 79/2012 (Sala de lo Penal), de 9 de febrero de 2012 (recurso 20716/2009) – ECLI:ES:TS:2012:414.
- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 342/2013 (Sala de lo Penal), de 17 de abril de 2013 (recurso 342/2013) – ECLI:ES:TS:2013:2222.
- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 569/2013 (Sala de lo Penal), de 26 de junio de 2013 (recurso 2135/2012) – ECLI:ES:TS:2013:4009.
- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 195/2014 (Sala de lo Penal), 3 de marzo de 2014 (recurso 10575/2013) – ECLI:ES:TS:2014:1349.
- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 647/2014 (Sala de lo Penal), de 2 de octubre de 2014 (recurso 446/2014) – ECLI:ES:TS:2014:4228.
- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 752/2014 (Sala de lo Penal), de 11 de noviembre de 2014 (recurso 504/2014) – ECLI:ES:TS:2014:4737.
- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 246/2015 (Sala de lo Penal), de 28 de abril de 2015 (recurso 2083/2014) – ECLI:ES:TS:2015:1883.
- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 747/2015 (Sala de lo Penal), de 19 de noviembre de 2015 (recurso 656/2015) - ECLI:ES:TS:2015:5087.
- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 204/2016 (Sala de lo Penal), de 10 de marzo de 2016 (recurso 10633/2015) – ECLI:ES:TS:2016:1218.
- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 116/2017 (Sala de lo Penal), de 23 de febrero de 2017 (recurso 1281/2016) – ECLI:ES:TS:2017:471.
- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 282/2018 (Sala de lo Penal), de 13 de junio de 2018 (recurso 10776/2017) – ECLI:ES:TS:2018:2182.
- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 332/2019 (Sala de lo Penal), de 27 de junio de 2019 (recurso 10732/2018) – ECLI:ES:TS:2019:2205.
- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 56/2022 (Sala de lo Penal), de 24 de enero de 2022 (recurso 134/2020) - ECLI:ES:TS:2022:132.
- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 244/2022 (Sala de lo Penal), de 16 de marzo de 2022 (recurso 1214/2020) - ECLI:ES:TS:2022:959.

- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 597/2022 (Sala de lo Penal), de 15 de junio de 2022 (recurso 10705/2021) – ECLI:ES:TS:2022:2348.
- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 616/2022 (Sala de lo Penal), de 22 junio de 2022 (recurso 2686/2020) – ECLI:ES:TS:2022:2592.
- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 891/2022 (Sala de lo Penal), de 11 de noviembre de 2022 (recurso 10106/2022) - ECLI:ES:TS:2022:4755.
- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 971/2022 (Sala de lo Penal), de 16 de diciembre de 2022 (recurso 10245/2022) – ECLI:ES:TS:2022:4754.
- Sentencia del Tribunal Supremo (España) 651/2023 (Sala de lo Penal), de 20 de septiembre de 2023 (recurso 10107/2023) - ECLI:ES:TS:2023:3768.

### *Sentencias del Tribunal Supremo de EEUU*

- Boyd vs. United States*, 116 U.S. 616 (1886).
- Continental Can Company, Inc., Plaintiff-appellant, v. Chicago Truck Drivers, Helpers and Warehouse Workers Union(independent) Pension Fund*, 916 F.2d 1154, 7th Cir. (1990).
- Davis v. United States*, 564 U.S. 229 (2011).
- Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 586 (2006).
- Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U.S. 385 (1920).
- Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692 (2004).
- Weeks vs. United States*, 232 U.S. 383 (1914).

### *Sentencias del Tribunal Constitucional*

- Sentencia del Tribunal Constitucional (Alemania), de 25 de noviembre 2010, BvR 2111/09.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (España) 114/1984, de 29 de noviembre de 1984 – ECLI:ES:TC:1984:114.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (España) 109/1986, de 24 de septiembre de 1986 – ECLI:ES:TC:1968:109.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (España) 157/1993, de 6 de mayo de 1993 – ECLI:ES:TC:1993:157.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (España) 320/1994, de 28 de noviembre de 1994 – ECLI:ES:TC:1994:320.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (España) 207/1996, de 16 de diciembre de 1996 – ECLI:ES:TC:1996:207.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (España) 41/1997, de 10 de marzo de 1997 – ECLI:ES:TC:1997:41.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (España) 81/1998, de 2 de abril de 1998 – ECLI:ES:TC:1998:81.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (España) 121/1998, de 15 de junio de 1998 – ECLI:ES:TC:1998:121.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (España) 49/1999, de 5 de abril de 1999 – ECLI:ES:TC:1999:49.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (España) 111/1999, de 14 de junio de 1999 – ECLI:ES:TC:1999:111.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (España) 161/1999, de 27 de septiembre de 1999 – ECLI:ES:TC:1999:161.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (España) 225/2002, de 9 de diciembre de 2002 – ECLI:ES:TC:2002:225.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (España) 14/2003 de 28 de enero de 2003 – ECLI:ES:TC:2003:14.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (España) 22/2003, de 10 de febrero de 2003 – ECLI:ES:TC:2003:22.

- Sentencia del Tribunal Constitucional (España) 88/2003, de 19 de mayo de 2003 – ECLI:ES:TC:2003:88.  
 Sentencia del Tribunal Constitucional (España) 4/2004, de 14 de enero de 2004 – ECLI:ES:TC:2004:4.  
 Sentencia del Tribunal Constitucional (España) 184/2004, de 2 de noviembre de 2004 – ECLI:ES:TC:2004:184.  
 Sentencia del Tribunal Constitucional (España) 63/2005, de 14 de marzo de 2005 – ECLI:ES:TC:2005:63.  
 Sentencia del Tribunal Constitucional (España) 136/2006, de 8 de mayo de 2006 – ECLI:ES:TC:2006:136.  
 Sentencia del Tribunal Constitucional (España) 141/2006, de 8 de mayo de 2006 – ECLI:ES:TC:2006:141.  
 Sentencia del Tribunal Constitucional (España) 97/2019, de 16 de julio de 2019 – ECLI:ES:TC:2019:97.

### *Sentencias de otros tribunales españoles*

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (España) 55/2019 (Sección 1ª), de 26 febrero de 2019 (recurso 844/2018) – ECLI:ES:APNA:2019:25.  
 Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (España) 9/2019 (Sección 2ª), de 15 de enero de 2019 (recurso 443/2016) – ECLI:ES:APNA:2019:259.  
 Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (España) 208/2020 (Sección 2ª), de 28 de agosto de 2020 (recurso 443/2016) – ECLI:ES:APNA:2020:1368.  
 Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (España) 84/2021 (Sección 2ª), de 24 marzo de 2021 (recurso 443/2016) – ECLI:ES:APNA:2021:435.  
 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (España) 183/2022 (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª), de 13 mayo de 2022 (recurso 319/2020) – ECLI:ES:TSJM:2022:4657.  
 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (España) 14/2019 (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª), de 2 julio de 2019 (recurso 13/2019) – ECLI:ES:TSJNA:2019:321.  
 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (España) 2/2021 (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª), de 11 enero de 2021 (recurso 23/2020) – ECLI:ES:TSJNA:2021:109.  
 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (España) 1/2022 (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª), de 17 enero de 2022 (recurso 24/2021) – ECLI:ES:TSJNA:2022:28.

### *Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

- Gäfgen contra Alemania*, nº 22978/05, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 1 junio de 2010.  
*Schenk contra Suiza*, nº 10862/84, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 12 de julio de 1988.  
*Stubbings y otros contra Reino Unido*, nº 36-37/1995/542-543/628-629, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 22 de octubre de 1996.  
*Trabajo Rueda contra España*, nº 32600/12, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 30 de mayo de 2017.

### *Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*

- Peter Puškár v. Finančné Riaditeľstvo Slovenskej Republiky y Kriminálny Úrad Finančnej Správy*, asunto C-73/16, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 2a), de 27 de septiembre de 2017.

*Otras leyes, directivas y normativas*

- Code de procédure pénale (Francia). [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte\\_lc/LEGITEXT000006071154/](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006071154/)
- Codice di procedura penale (Italia). (Gazzetta Ufficiale, núm 250, de 24 de octubre de 1988). <https://www.gazzettaufficiale.it/sommario/codici/codiceProceduraPenale>
- Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). <https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/glossary/european-convention-on-human-rights-echr.html>
- Constitución Española. (BOE núm 311, de 29 de diciembre de 1978). [https://www.boe.es/eli/es/cl/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/cl/1978/12/27/(1)/con)
- Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad. DOUE L 294/1, 6-11-2013. <http://data.europa.eu/eli/dir/2013/48/oj>
- Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en material penal. DOUE L 130/1, 1-5-2014. <http://data.europa.eu/eli/dir/2014/41/oj>
- Ley de Enjuiciamiento Criminal (España). [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridical/abrir\\_pdf.php?id=PUB-DP-2023-145](https://www.boe.es/biblioteca_juridical/abrir_pdf.php?id=PUB-DP-2023-145)



Qf



Marcial  
Pons



Càtedra  
de Cultura  
Jurídica

Universitat  
de Girona



Diputació de Girona

[www.quaestiofacti.com](http://www.quaestiofacti.com)