

ESPAÑA

EPISTEMOLOGÍA, MORAL Y PRUEBA DE LOS HECHOS: HACIA UN ENFOQUE NO BENTHAMIANO

JUAN CARLOS BAYÓN

“**Proof**, *n.*: Evidence having a shade more of plausibility than of unlikelihood”

(Ambrose Bierce, *The Devil's Dictionary*)

1. Introducción

Durante un tiempo, al menos en nuestro contexto, tuvo perfecto sentido —y llegó incluso a convertirse en un tópico— comenzar cualquier trabajo acerca de la prueba en el derecho denunciando y lamentando la falta de atención prestada por la filosofía jurídica a una esfera de problemas de tanta enjundia teórica como incuestionable trascendencia práctica. Pero decididamente, y por fortuna, ese tiempo ha pasado ya. En los últimos años ha ido apareciendo entre

nosotros un cierto número de trabajos sumamente valiosos sobre los hechos en el derecho, la noción de prueba y la estructura y criterios de justificación de las inferencias probatorias¹, lo que permite hablar ya de un campo de investigación notablemente maduro. Tanto, que tal vez vaya siendo el momento de aventurar algún balance sobre lo conseguido.

Y lo conseguido es sin duda mucho, sobre todo en lo concerniente a desmontar una serie de equívocos arrastrados pertinazmente por una mala cultura jurídica basada a su vez en una mala epistemología. Como se sabe, se trataba esencialmente de dismantelar una arraigada concepción psicologista o persuasiva del juicio de hecho y de sentar en su lugar las bases de una concepción racionalista. La primera venía entendiendo el principio de libre valoración de la prueba (o de la “íntima convicción”) no en su sentido originario, esto es, como ausencia de reglas de prueba legal o tasada que predeterminen el resultado probatorio de forma vinculante para el juez, sino lisa y llanamente como ausencia de cualquier clase de criterios de control del razonamiento judicial sobre los hechos. De ese modo, la consideración de un hecho como “probado” acababa equiparada a la mera existencia de un estado mental de convencimiento o certeza del juzgador. Esa concepción quedaba apuntalada por la consideración de la inmediación como una vía de acceso a la verdad (de acceso “inmediato”, precisamente) que hacía no ya inexigible, sino en rigor imposible la motivación del juicio de hecho (puesto que el convencimiento del juez, distorsionándose también el sentido del principio de valoración conjunta de la prueba, era entendido como el producto de una “impresión global”, más que de un razonamiento analítico adecuadamente articulado). Con lo cual, de paso, se creaban obstáculos de principio poco menos que insalvables para la revisión y control por vía de recursos de las declaraciones de hechos probados de primera instancia. Y todo ello, como es notorio, asociado a ideas sumamente confusas acerca de la verdad (que tanto podían llevar a mantener,

¹ Entre todos ellos, creo que es de justicia destacar las aportaciones de P. Andrés Ibáñez recogidas ahora en ANDRÉS IBÁÑEZ 2005; GASCÓN 1999; GONZÁLEZ LAGIER 2003a y 2003b; FERRER 2002 y 2007; o IGARTUA 1995 y 2003. Como también lo es, me parece, hacer mención de la influencia decisiva que obras como FERRAJOLI 1995 [1989] y TARUFFO 2002 [1992] han ejercido entre los teóricos del derecho españoles que se han ocupado de estos temas. Las ideas que se resumen apretadamente en los dos próximos párrafos están expuestas y desarrolladas con todo el detalle necesario en los textos citados, como reconocerá con facilidad cualquier lector familiarizado con los mismos.

desde una suerte de cognoscitismo ingenuo o acrítico, que los procedimientos probatorios pueden arrojar como resultado la certeza plena e incontrovertible acerca de la verdad de los hechos, como a disociar la verdad jurídica o procesal de la verdad a secas, en un sentido que daba a entender que el objetivo central del proceso no era la búsqueda de ésta), de la naturaleza de las distintas clases de hecho que pueden ser objeto de prueba en un proceso (que llevaban a sostener, por ejemplo, que la prueba de “hechos internos” —es decir, estados mentales— era ajena a la *quaestio facti*), o de la diferencia entre “prueba directa” y “prueba indirecta” (que se traducían en el convencimiento de que mediaba entre ambas una diferencia de calidad que hacía que la primera se alcanzase sin necesidad de inferencia de ninguna clase y produjera como resultado la certidumbre plena).

Pero desde un punto de vista estrictamente teórico, todo eso ya es historia. Hoy en día nadie mínimamente informado puede poner en tela de juicio las ideas maestras de una concepción racionalista del juicio de hecho ni sus implicaciones más evidentes para la práctica jurisdiccional²: que la libre valoración de la prueba no implica ausencia de sujeción a *cualquier* clase de regla, sino sujeción *sólo* a las reglas o criterios epistemológicos que determinan la racionalidad del juicio de hecho; que la pertinencia de considerar un hecho como probado no debe conectarse entonces a la convicción del juzgador, sino a la racionalidad o justificabilidad de esa convicción a la luz de aquellos criterios; que la inmediatez no es sino un principio que preside los procedimientos de formación del material probatorio; que, por consiguiente, no sólo nada impide, sino que es inexcusable en un Estado constitucional una pormenorizada motivación del juicio de hecho que muestre (del modo y con el estilo que resulte más transparente) que han quedado satisfechos los requisitos de racionalidad que hacen justificable la decisión sobre la prueba; o que, a

² Por descontado —y por desgracia— eso no quiere decir aún que nuestra cultura jurídica las haya asimilado adecuadamente ni que la práctica de nuestros tribunales haya introducido ya, de manera habitual y generalizada, todas las correcciones que dicha asimilación requeriría, así que la insistencia en esas ideas sin duda sigue siendo oportuna como cuestión de “política de la cultura” (de la cultura jurídica, en este caso). Lo que quiero decir, tan sólo, es que en el plano de la teoría no es de esperar que la reiteración en la denuncia de la concepción persuasiva del juicio de hecho y su larga lista de corolarios pueda aportar un genuino valor añadido respecto al trabajo ya producido.

consecuencia de ello, no hay obstáculos de principio a la posibilidad de revisión del juicio de hecho en sucesivas instancias.

Y también está ya suficientemente claro, por otra parte, que todo ello se ha de sostener a la luz de dos ideas auténticamente centrales. La primera, que el proceso se orienta a la búsqueda de la verdad, si bien la naturaleza inductiva de los razonamientos probatorios hace que el resultado de la prueba no garantice la certeza absoluta³. La segunda, que, aunque el proceso se oriente a la búsqueda de la verdad, al derecho no le interesa *sólo* la averiguación de la verdad, sino también la consecución de otros fines que pueden justificar la introducción de normas sobre la actividad probatoria, sobre los medios de prueba admisibles o sobre el resultado probatorio mismo que cabría calificar como “contra-epistémicas” (en el sentido de que introducirían excepciones o desviaciones de diversos tipos respecto a lo que resultaría de seguir incondicionadamente los criterios generales de racionalidad epistémica)⁴.

Cada una de esas dos ideas centrales, no cabe duda, requiere una articulación más detallada. Así que una vez instalados, ya de manera irreversible, en los parámetros de una concepción racionalista del juicio de hecho, quedan planteados dos grandes bloques de cuestiones⁵. El primero (el

³ Lo que, de paso, mostraría la ausencia de una diferencia de calidad entre prueba directa y prueba indirecta —distinguibles sólo por el número de pasos inferenciales de que constan una y otra— y las situaría en paridad en cuanto a exigencias de motivación se refiere.

⁴ Y sólo en atención a estas dos ideas básicas podría hablarse con sentido de un hiato entre “verdad jurídica o procesal” y verdad material (o verdad a secas). Por un lado, porque la naturaleza inductiva del razonamiento probatorio hace que pueda estar justificada la creencia de que es verdadero un enunciado sobre los hechos que en realidad no lo es (y, en consecuencia, que pueda ser jurídicamente procedente declarar como hecho probado lo que no es verdad que haya acontecido). Por otro, porque la protección por parte del derecho de fines distintos de la averiguación de la verdad puede obligar al juzgador a tener por probado lo que con arreglo a criterios estrictamente epistemológicos no estaría justificado creer que es verdadero (o incluso estaría justificado creer que no lo es), o, a la inversa, a tener por no probado lo que estaría justificado creer que es verdadero de conformidad con esos criterios.

⁵ O quizá mejor tres, si se toma conciencia de la importancia de un problema que antecede conceptualmente al de la valoración racional de la prueba. Como señalan oportunamente GONZÁLEZ LAGIER 2003a, FERRER y GONZÁLEZ LAGIER 2003 y GONZÁLEZ LAGIER 2007, una concepción racionalista del juicio de hecho requiere como paso previo un análisis conceptual suficientemente refinado de las distintas clases de hechos que pueden ser objeto de prueba en un proceso. Y ello por una razón muy sencilla: cuando entran en juego conceptos altamente dependientes de nuestras interpretaciones y convenciones —como “acción intencional” o “no intencional”, “omisión” o “causalidad”, por mencionar algunos cuya relevancia para el derecho es incuestionable— hay que dilucidar con claridad qué hay de comprobación empírica y qué de adscripción en la prueba de hechos conceptuados de ese modo y cuáles serían los criterios de adecuación de los conceptos correspondientes, porque dado que “la prueba es relativa a la red conceptual con la que tratamos de comprender el mundo” (GONZÁLEZ LAGIER 2007: 5), con los mismos elementos de prueba y los mismos criterios epistémicos de valoración obtendríamos resultados probatorios distintos (p. ej., que hubo relación de causalidad o que no la hubo) dependiendo de cuál sea la definición de los conceptos que

de la “valoración racional de la prueba”) exige precisar, más allá de la afirmación genérica de su naturaleza inductiva, cuál es la estructura de las inferencias probatorias (esto es, del enlace —cuando no está determinado por el derecho— entre hechos con valor probatorio y hechos a probar) y cuáles son los criterios que determinan la aceptabilidad de las conclusiones de dichas inferencias. El segundo bloque de cuestiones es el que tiene que ver con la relación entre el fin de la averiguación de la verdad y otros fines diferentes y con los modos concretos de promover cada uno de ellos que se consideran más adecuados.

Lo que tal vez no se ha percibido aún con claridad son algunas dificultades que me parece que surgen, justamente, de la puesta en relación de esos dos bloques de cuestiones. Pero para sacarlas a la luz —que es el objetivo que persigue este trabajo— creo que es preciso comenzar explicando con más detenimiento cuáles son exactamente los problemas que se plantean en torno al segundo de ellos.

2. Los objetivos del derecho en relación con la prueba de los hechos

Me parece que esos problemas son esencialmente cuatro⁶. En primer lugar, el objetivo de buscar la verdad, cuando se es consciente de la falibilidad de los procedimientos que usamos para ello, se traduce de inmediato en el objetivo de *minimizar el riesgo de error* (o, dicho de modo más sencillo, de reducir el error). El primer problema que se le plantea entonces al derecho es el de cuál es la mejor estrategia a seguir para minimizar el riesgo de error en la prueba de los hechos. Una opción es dejar que el juzgador se guíe exclusivamente por los criterios generales de racionalidad epistémica (esto es, adoptar un sistema de completa libertad en la valoración de la prueba, flanqueado además por un principio general de admisibilidad de cualquier elemento de prueba

empleemos. Pero aun siendo consciente de lo mucho por hacer en este terreno (que tiene que ver con la demarcación entre *quaestio facti* y *quaestio iuris* o, por decirlo de otro modo, entre problemas de prueba y problemas de calificación) y del mucho interés que tendría hacerlo, en este trabajo no abordaré en absoluto esta cuestión.

⁶ Sigo aquí con cierta libertad a STEIN, 2005: 1-3; REDMAYNE, 2006: 805-806; LAUDAN, 2006: 1-2; y HO, 2008: 173-185. Y desde luego, en su estructura general, a FERRER, 2007.

epistémicamente relevante). Pero existe una opción alternativa: introducir, al menos en algunos casos —y naturalmente habría que determinar en cuáles—, una serie de normas sobre la prueba⁷ de cuyo seguimiento por los juzgadores se espera que, en conjunto y a largo plazo, resulte (en el tipo de casos cubierto por dichas normas) un número total de errores menor que el que produciría el funcionamiento de un sistema presidido por los principio de libre valoración y admisibilidad de toda prueba relevante. Es notorio que los sistemas jurídicos continentales se han inclinado decididamente por la primera estrategia —con irrupciones esporádicas y excepcionales de la segunda—, adoptando así una configuración que, por razones históricas, bien podría calificarse como “benthamiana”⁸. De todos modos, determinar cuál de las dos estrategias sirve mejor al objetivo de la reducción del error constituye un problema epistémico que, a su vez, da lugar a problemas morales⁹.

En segundo lugar, minimizar el riesgo de error conlleva en sí mismo costes (tanto de funcionamiento general del sistema jurisdiccional como, para las partes, de dilación en la obtención de una decisión) y no es razonable postular

⁷ Esto es, de normas acerca de la admisibilidad o no de ciertos elementos de prueba, del valor que el juzgador debería atribuirles o que, directamente, impongan un resultado probatorio cuando concurren determinadas circunstancias; y que en tal caso no serían en absoluto “contraepistémicas”, sino que, al contrario, de ser cierto que constituyen la mejor estrategia para la reducción del error, tendrían precisamente una justificación epistemo-lógica (además de la que eventualmente pudieran tener, como se verá más adelante, desde el punto de vista de la distribución del riesgo del error).

⁸ Como se sabe, para Bentham toda regla que interfiriera o condicionara los principios de admisibilidad de cualquier prueba relevante y libre valoración era un obstáculo inadmisibles a la búsqueda de la verdad y debería ser abolida (cfr., HART, 1982: 31 ss.; MORESO, 1992: 353-355), de manera que —como recuerda PARDO, 2005: 325— “the field of evidence” fuese simplemente “the field of knowledge”. Un punto de vista fuertemente crítico de la postura de Bentham puede encontrarse en STEIN, 2005: especialmente 183-197.

⁹ En cuanto al problema epistémico (esto es, estrictamente en términos de minimización del riesgo de error), no me parece obvio que la primera estrategia sea sistemáticamente superior y no acabo de ver claros los argumentos que esgrime Jordi Ferrer para defender el principio general de admisibilidad de toda prueba relevante. En efecto, Ferrer sostiene que la existencia de reglas de exclusión de pruebas relevantes —que pretendan contar con una justificación epistemológica, no con una basada en fines distintos de la búsqueda de la verdad— está “claramente injustificada” (epistémicamente), de modo que “o bien la prueba es irrelevante y debe ser excluida por ello, o bien es relevante y procede su admisión” (FERRER, 2007: 85). Pero, hasta donde acierto a ver, el único argumento aducido en apoyo de esa tesis es que “el aumento de información relevante aumenta, *ceteris paribus*, la probabilidad de que se adopte una decisión [en la que] se declaren probados enunciados verdaderos sobre los hechos” (FERRER, 2007: 84). Si en esa afirmación eliminamos la cláusula *ceteris paribus*, lo que se dice no es necesariamente cierto (como admite de hecho el propio Ferrer: *ibid.*); y lo que Ferrer no aclara es cuál sería el contenido de esa cláusula *ceteris paribus* (que obviamente no puede ser algo parecido a “salvo en los casos en que no es así”, en cuyo caso la afirmación sería una tautología vacua).

En el plano moral, la cuestión es si resulta admisible decidir sobre la prueba de los hechos siguiendo un procedimiento que se justificaría por sus consecuencias agregadas en términos de reducción de errores, con independencia de lo que ello suponga en cada proceso concreto para cada parte concreta (cfr. HO, 2008: 183-184).

que el derecho debe buscar la reducción del error literalmente a *cualquier* coste. Así que, si el primer problema era el de la minimización del riesgo de error, el segundo es el de la *minimización de los costes que trae consigo la minimización del riesgo de error* (que podemos denominar, por simplicidad, “costes procedi-mentales”). Determinar cuál es el *trade-off* apropiado entre riesgo de error y costes procedimentales de buscar su reducción es, desde luego, un problema no epistémico, sino de incuestionable naturaleza moral o política.

Es obvio, en tercer lugar, que el derecho persigue también *finés independientes de la búsqueda de la verdad* cuya consecución, sin embargo, puede interferir con ésta (ya se trate de la protección de determinados secretos, o de cierta clase de relaciones entre las personas, de la garantía de derechos fundamentales, etc.). La importancia de esos fines puede justificar la existencia de reglas de exclusión de ciertos elementos de prueba a pesar de que sea evidente su valor epistémico, es decir, su aptitud para acercarnos a la averiguación de la verdad¹⁰, y, naturalmente, es un problema de naturaleza moral determinar cuál de esos bienes en conflicto debe prevalecer (o si, caso de ser posible, sería preferible la admisión de esos elementos de prueba buscando de algún otro modo la protección del fin independiente de la búsqueda de la verdad que esté en juego).

Reducción del error, minimización del coste de intentar reducirlo y obtención de fines independientes de la averiguación de la verdad no son, sin embargo, todos los objetivos que persigue el derecho en relación con la prueba de los hechos. Un cuarto problema, de importancia capital, pero que me parece que no siempre ha sido considerado adecuadamente, es el de la asignación o *distribución del riesgo del error*, que está a su vez ligado a la idea fundamental de un *estándar de prueba*. Si los procedimientos que usamos para la búsqueda de la verdad son falibles, es inevitable que se produzca un cierto número de errores probatorios. Es evidente que los errores probatorios benefician a la parte del proceso cuya versión de los hechos se consideró probada siendo falsa y perjudican a la parte contraria, así que considerar probada la hipótesis

¹⁰ Aunque a veces —como explica FERRER 2007: 72-73— puede encontrarse también una justificación epistemológica indirecta para ciertas reglas de exclusión que, en principio, parecen justificables sólo en atención a fines distintos de la búsqueda de la verdad.

mantenida por una de las partes hace que sea sobre la parte contraria sobre la que recae el riesgo del error. En teoría, sería concebible un sistema jurídico que se interesase exclusivamente por la reducción del error y fuese estrictamente indiferente respecto a su distribución, esto es, no considerara más indeseables los errores que perjudiquen a una de las partes del proceso que los que perjudiquen a la otra, importándole sólo la minimización del monto total de errores. Nuestros sistemas jurídicos no son así (y hay seguramente buenas razones para que no lo sean), pero podría resultar ilustrativo preguntarse en qué sentido haría falta y en qué habría de consistir un estándar de prueba en un sistema jurídico que fuese estrictamente indiferente respecto a la distribución del riesgo del error.

Esto, por cierto, nos lleva de vuelta a lo que antes llamé el primer gran bloque de cuestiones que se planteaban en el marco de una concepción racionalista del juicio de hecho, el de la valoración racional de la prueba (es decir, el de aclarar la estructura de las inferencias probatorias y los criterios que determinan la aceptabilidad de sus conclusiones). Y aquí es preciso llamar la atención sobre lo que me parece una perturbadora ambigüedad perceptible en algunos de los trabajos más valiosos que se han producido entre nosotros en los últimos tiempos acerca del razonamiento probatorio. A veces parece que se tiende a pensar que el proceso de valoración racional puede concluir, según los casos, o bien con un resultado cierto o concluyente (porque entre las distintas hipótesis sobre los hechos sólo una ha sido “confirmada” mientras que las demás han sido “refutadas”), o bien con un resultado de duda (porque quedan en pie hipótesis alternativas, ninguna de ellas refutada)¹¹. Otras veces, en cambio, se entiende que el proceso de valoración racional no puede hacer otra

¹¹ Por ejemplo, Ferrajoli afirma que —en el proceso penal— “mientras la hipótesis acusatoria prevalece sólo si está confirmada, las contrahipótesis prevalecen con sólo no haber sido refutadas”, entrando en juego el principio *in dubio pro reo* como “norma de clausura sobre la decisión de la verdad procesal” cuando “no resultan refutadas ni la hipótesis acusatoria ni las hipótesis en competencia con ella” (FERRAJOLI 1995 [1989]: 151). Pero la idea de hipótesis “confirmadas” o “refutadas” (*sic et simpliciter*) parece difícil de conciliar con la admisión simultánea de que “ni siquiera las contrapruebas, al ser sólo probables, garantizan la falsedad objetiva de la hipótesis incompatible con ellas” (*ibid.*), de que “todas las controversias judiciales fácticas pueden ser concebidas [...] como disputas entre hipótesis explicativas contradictorias [...] pero ambas concordantes con las pruebas recogidas” (FERRAJOLI 1995 [1989]: 53) y, sobre todo, con la decidida postulación de la idea misma de que la conclusión del razonamiento probatorio tiene “el valor de una hipótesis *probabilística*” cuya verdad está “sólo *probada* como lógicamente probable o razonablemente plausible de acuerdo con uno o varios principios de inducción” (*ibid.*; las cursivas son del original). Todo esto quiere decir, a mi juicio, que aquí el lenguaje de la “confirmación” y la “refutación” debe ser evitado y reemplazado sistemáticamente por el de los “grados de confirmación”. Volveré sobre este punto más adelante.

cosa que atribuir *grados de confirmación* a cada una de las hipótesis rivales sobre los hechos, en cuyo caso o bien alguna de ellas tiene un grado de confirmación mayor o bien sus grados de confirmación son iguales. A mi modo de ver, de estas dos formas de plantear las cosas sólo la segunda es realmente coherente con la afirmación de la naturaleza inductiva del razonamiento probatorio, pero por ahora —sólo por ahora— podemos dejar esta cuestión al margen. En este momento la pregunta pendiente era en qué sentido haría falta y en qué habría de consistir un estándar de prueba en un sistema jurídico interesado sólo en la reducción del error y estrictamente indiferente respecto a su distribución.

Y la respuesta parece clara. En primer lugar, si entre las distintas hipótesis sobre los hechos sólo una ha sido confirmada y todas las demás han sido refutadas —por decirlo del primero de los modos apuntados—, o si una de las hipótesis alternativas tiene un grado de confirmación mayor que el de las demás —dicho ahora del segundo modo—, un sistema de esa clase no necesitaría en absoluto una regla o criterio de decisión *externo* o *adicional* al propio proceso de valoración racional para determinar qué debe considerarse probado¹² (es decir, no habría razón alguna para que no se limitara a tener directa e inmediatamente por probada la “única hipótesis no refutada” o la que “hubiese alcanzado un mayor grado de confirmación”). En cambio, en los casos en los que “quedaran en pie hipótesis alternativas no refutadas” o “los grados

¹² Marina Gascón y Jordi Ferrer han sostenido que aunque por supuesto un estándar de prueba sirve para distribuir el riesgo del error, *antes* que para eso sirve para indicar cuándo está justificado *aceptar como verdadera* una determinada hipótesis acerca de los hechos (cfr. GASCÓN, 2005: 129; FERRER, 2007: 80 y 83-84). Su idea sería que con criterios puramente epistemológicos sería posible determinar cuál es el grado de probabilidad de que una hipótesis sea verdadera, pero no cuándo ese grado es suficiente para aceptarla como verdadera. Eso implica asumir una posición *contextualista* acerca del conocimiento o de la justificación de creencias que efectivamente tiene sus defensores en epistemología (cfr. WEDGWOOD, 2008) y que se esgrime esencialmente como respuesta al desafío del escepticismo (e incluso, como en el caso de LEWIS, 1996, para buscar una salida a la paradoja de Gettier: sobre el éxito del intento, vid. BROGAARD, 2004). Pero no creo que en el contexto de nuestra discusión sea preciso asumir un compromiso teórico tan fuerte. Si lo que en el fondo se quiere resaltar es que “la epistemología no puede determinar los estándares de prueba” (FERRER, 2007: 80) —lo que puede concederse sin problema alguno, dado que difícilmente podrían ser razones epistemológicas las que determinaran de qué forma debe distribuirse el riesgo del error— creo que bastaría con decir que lo que la epistemología no puede hacer es determinar cuál es el grado de probabilidad de que una hipótesis sea verdadera que resulta suficiente no para “aceptarla como verdadera”, sino para “tenerla por probada” (que puede ser, si el estándar de prueba correspondiente así lo determina, *algo más* de lo que, fuera del proceso, haría falta para aceptarla como verdadera). Puede que esto obligue a hacer algún ajuste en un análisis del tipo de actitud proposicional del juzgador conectada con la afirmación de que un enunciado sobre los hechos está probado como el mantenido en FERRER 2002 y 2006.

de confirmación de las hipótesis alternativas fueran iguales”, si el sistema desea evitar el *non liquet* sí que necesitaría un criterio de decisión externo al proceso de valoración racional: pero, dados los supuestos de partida —sólo se interesa por la reducción del error y es estrictamente indiferente respecto a su distribución—, carecería de razones para decantarse por alguno que no fuese la utilización de un procedimiento puramente aleatorio.

Si en vez de hacer tal cosa articulara una “regla de cierre” a base de distribuir de un modo u otro la carga de la prueba (y, por tanto, entre hipótesis no refutadas o con igual grado de confirmación considerase “no probada” la mantenida por la parte sobre la que se ha hecho recaer dicha carga), el sistema estaría ya mostrando alguna sensibilidad respecto al problema de la distribución del riesgo del error. Pero sería todavía una sensibilidad *mínima*: estaría mostrando que no le es indiferente sobre cuál de las partes recae el riesgo del error *sólo* cuando las hipótesis rivales sobre los hechos tienen *el mismo* grado de confirmación o, si se quiere, la misma probabilidad de ser falsas. Pero el riesgo del error, si tomamos en serio el carácter inductivo de los razonamientos probatorios, existe *siempre, también* cuando las hipótesis rivales tienen probabilidades *diferentes* de ser falsas: lo que ocurre, simplemente, es que si se tiene por probada sin más la hipótesis con un grado de confirmación más alto, el riesgo del error —el riesgo de que, a pesar de todo, dicha hipótesis sea falsa— se hace recaer automáticamente sobre la parte del proceso que mantuvo la hipótesis a la que se ha atribuido un grado de confirmación más bajo, *sea quien sea* esa parte (demandante o demandado, acusador o acusado).

Podríamos decir entonces que un sistema jurídico (o un determinado sector del mismo) es *mínimamente* sensible a la distribución del riesgo del error cuando *no corrige* (porque entiende que no hay ninguna justificación para hacerlo) la asignación del mismo que resultaría de tener por probada la hipótesis con un grado de confirmación más alto, pero al menos *dirime* (no aleatoriamente) qué parte está llamada a soportar el riesgo del error cuando las hipótesis rivales tienen el mismo grado de confirmación. El estándar de la prueba prevaleciente o preponderante que según suele decirse preside el proceso civil, junto con las correspondientes reglas sobre la carga de la prueba, integraría un sistema de este tipo.

No es difícil explicar entonces en qué habría de consistir un sistema jurídico —o un sector de él— con una sensibilidad *más que mínima* a la distribución del riesgo. Será un sistema que adopte un estándar de prueba más exigente que el de la prueba preponderante a fin de corregir (porque entiende que existen razones de orden moral o político para hacerlo) la asignación del riesgo del error que resultaría del mismo. El único modo de efectuar esa corrección consiste en no tener por probada sin más la hipótesis que tenga un grado de confirmación *mayor*, sea cual sea la parte del proceso que la mantenga, sino en tener por probada la hipótesis mantenida por la parte que se entiende que debe quedar *menos* protegida del riesgo de error *sólo* a condición de que satisfaga alguna exigencia *adicional* a aquélla: por ejemplo, que además de tener un grado de confirmación mayor alcance un *quantum* de confirmación determinado; o que su grado de confirmación no sólo supere al alcanzado por la hipótesis rival, sino que lo supere además en una determinada medida o magnitud; o que no se enfrente a una hipótesis rival cuyo grado de confirmación, aun siendo menor, alcance sin embargo cierta medida o magnitud mínima. Todo lo cual, interesa sobremanera resaltarlo, requiere que entre los grados de confirmación de las distintas hipótesis no sólo pueda establecerse una relación *ordinal*, sino que también sea posible su comparación *cardinal*. Pero, sea como fuere, está claro cuál sería el efecto de correcciones como las apuntadas: considerar probada la hipótesis mantenida por una de las partes hace que sea la parte contraria la que soporte el riesgo del error; así que aumentar las exigencias para considerar probada la hipótesis que mantenga una parte determinada implicará un número menor de declaraciones de hechos probados en su favor y por consiguiente un número menor de ocasiones en los que la parte contraria (la parte a la que se pretende proteger con el estándar) habrá de soportar aquel riesgo; y, dado que el estándar conduce a tener por no probadas un cierto número de hipótesis sobre los hechos cuyo grado de confirmación es, a pesar de todo, mayor que el de la hipótesis rival, a largo plazo son de esperar más errores probatorios beneficiosos para la parte protegida por el estándar de prueba que perjudiciales para ella.

Pues bien, con todo esto comienzan por fin a estar a la vista las piezas necesarias para articular la tesis central que pretendo defender en este trabajo.

La idea básica de que la función primordial de un estándar de prueba consiste en asignar o distribuir entre las partes el riesgo del error en la determinación de los hechos tal vez no fue destacada como merecía por todos los que hace ya unos años empezaron a sentar entre nosotros las bases de una concepción racionalista del juicio de hecho, pero sí ha sido puesta decididamente en primer plano en algunas valiosas aportaciones bastante recientes¹³. Pero me parece que, al hacerlo, no se han detectado los problemas que surgen de la puesta en relación del *modo* concreto en que tendría que formularse un estándar de prueba que pretenda articular una sensibilidad más que mínima a la distribución del riesgo (algo, por cierto, que en determinadas áreas del derecho —como, prototípicamente, el derecho penal— parece irrenunciable por razones *morales*) con el *tipo* de métodos, criterios o esquemas argumentativos que al mismo tiempo, y ahora desde el punto de vista *epistemológico*, se están considerando apropiados para determinar cuándo ha quedado satisfecho dicho estándar (porque, en pocas palabras, esos métodos no consienten comparaciones *cardinales* objetivables y bien definidas entre los grados de confirmación de las distintas hipótesis en juego). Y poner de relieve esa tensión debería llevar a mi juicio, tras reconsiderar el rendimiento de esos métodos o criterios, a replantear de raíz el problema de cómo debe afrontar el derecho el problema de la distribución del riesgo del error.

3. *La formulación de un estándar de prueba y sus problemas*

Nadie discute seriamente que el razonamiento probatorio es de naturaleza inductiva, que eso implica que a través de él no puede alcanzarse la certeza absoluta acerca de la verdad de una hipótesis y que, por consiguiente, el resultado que se alcanza tras el proceso de valoración de la prueba sólo puede expresarse en términos de probabilidad. Pero es notorio que hay interpretaciones muy distintas de lo que quiere decir esto último, sencillamente porque hay varios conceptos de probabilidad (varias interpretaciones acerca de qué es y de cómo se mide). Y además no hay una taxonomía consolidada de

¹³ Tengo en mente sobre todo GASCÓN 2005 y FERRER 2007. Este planteamiento es también un eje central de LAUDAN 2006.

esos conceptos, ni una nomenclatura estable, ni siquiera un acuerdo total acerca de los requisitos mínimos que algo debería reunir para poder ser considerado una concepción de la probabilidad en sentido estricto¹⁴. Pero, para lo que aquí interesa (la formulación de un estándar de prueba), basta con apuntar que o bien se sostiene que como resultado del razonamiento probatorio se puede expresar *numéricamente* el grado de probabilidad de que una hipótesis sobre los hechos sea verdadera, o bien se mantiene que tal cosa no es posible, aunque sí se puede comparar el grado de soporte inductivo con que cuenta cada hipótesis sobre los hechos a la luz de un conjunto dado de elementos de prueba. Entre quienes recientemente se han ocupado del tema entre nosotros parece haber acuerdo en que los modelos que tratan de reconstruir el proceso de valoración racional de la prueba manteniendo lo primero —a los que se suele denominar, por influencia de L. J. Cohen, “pascalianos”, o también “bayesianos”¹⁵— son insostenibles¹⁶; y que por consiguiente la reconstrucción del proceso de valoración racional ha de hacerse con métodos que mantienen lo segundo, como son los de la inducción eliminativa o de contrastación o corroboración de hipótesis (tanto si se describen en términos de “probabilidad” —inductiva o, de nuevo siguiendo a Cohen, “baconiana”— como si se piensa que, en rigor, el vocabulario de la probabilidad está aquí fuera de lugar¹⁷).

Lo que hay que considerar ahora es qué tipo de problemas surgirían al intentar formular un estándar de prueba dependiendo de que se adopte uno u otro de los enfoques mencionados. Para considerar que un estándar de prueba

¹⁴ Una presentación clara de la cuestión que encuentro particularmente útil es la de HÁJEK, 2007.

¹⁵ Vid. COHEN, 1977. En realidad, hablar indistintamente de “pascalianos”, “bayesianos” o incluso (como hace GASCÓN, 1999: 162) de “modelo matemático-estadístico” supone manejar indiferenciadamente las ideas de probabilidad como frecuencia estadística y como probabilidad subjetiva. Pero aquí pueden pasarse por alto todas esas complicaciones.

¹⁶ Cfr. GASCÓN, 1999: 162-172, o FERRER, 2007: 98-120 (vid. una posición similar en TARUFFO 2002 [1992]: cap. III, especialmente pp. 215-220).

¹⁷ Paul Roberts y Adrian Zuckerman, por ejemplo, han escrito que “incluso un admirador de los procesos de razonamiento que describe Cohen podría preguntarse en qué sentido son ‘probabilísticos’, mas allá de la obviedad de que suponen razonar bajo incertidumbre” (ROBERTS y ZUCKERMAN, 2004: 123). Pero ello presupone justamente lo que se discute: que sólo puede hablarse con sentido de nociones de probabilidad que satisfagan los axiomas del cálculo de probabilidades. Entre nosotros, puede verse una defensa de los usos de “probabilidad” que propone Cohen en AISA MOREU, 1997: 373-383.

cualquiera es satisfactorio parece que tendría que cumplir cuatro requisitos¹⁸. En primer lugar, no debe tratarse de un estándar subjetivo, esto es, no debe ir referido a estados mentales del juzgador —como su “pleno convencimiento”, su “ausencia de duda”...—, algo simplemente incompatible con la concepción racionalista de la prueba y que nos retrotraería a la concepción persuasiva de la “libre valoración”¹⁹; y, claro está, no sólo no ha de ser subjetivo de manera expresa, sino que tampoco debe acabar siéndolo de un modo encubierto. En segundo lugar, debe estar formulado en términos que hagan posible determinar a través de procedimientos intersubjetivamente controlables cuándo ha quedado satisfecho y cuándo no. En tercer lugar, su formulación debe ser tal que de su aplicación correcta resulte exactamente la distribución del riesgo que se reputa justificada (o, dicho de otro modo, que de su aplicación correcta resulte exactamente la *ratio* entre “falsos positivos” —casos en que se da como probado lo que es falso— y “falsos negativos” —casos en que se da por no probado lo que es verdadero— que se considera apropiada). Y por último, de su aplicación debe resultar esa distribución del riesgo, pero precisamente en razón de la calidad de los elementos de prueba y de las inferencias probatorias que es preciso llevar a cabo a partir de los mismos, no de cualquier otra cosa²⁰.

La consideración de estos cuatro requisitos nos permite aceptar, creo que sin demasiada discusión, que en contra de lo que pudiera parecer a simple vista la formulación de un estándar de prueba desde presupuestos “pascalianos” o “bayesianos” tropieza con dificultades muy serias. En principio, en efecto, parecería que dar por sentada la posibilidad de expresar numéricamente el grado de probabilidad de que una determinada hipótesis sea verdadera le sitúa a uno en las mejores condiciones para formular un estándar de prueba: una vez tomada la decisión social acerca de cuál es la distribución del riesgo de error que se considera adecuada en un determinado tipo de proceso, y dado que exigir grados mayores o menores de probabilidad de que

¹⁸ Vid. LAUDAN, 2006: 87 y 81 (que sigo con alguna reelaboración). Una enumeración parecida pero no exactamente igual puede verse en FERRER, 2007: 146.

¹⁹ Esto es, el estándar debe decirle al juzgador cuándo estaría *justificado* que declarase probado un hecho, no que lo declare probado si ha alcanzado un determinado grado de convencimiento al respecto.

²⁰ Como señala Michael Pardo, decidir completamente de espaldas a los elementos de prueba y simplemente con arreglo a un procedimiento aleatorio en el que la probabilidad de obtener un resultado u otro hubiese sido adecuadamente ajustada también distribuiría los errores con arreglo a la *ratio* deseada; pero obviamente no se trata de eso (vid. PARDO 2007: 360 n. 88 y 376).

una hipótesis sobre los hechos sea verdadera para tenerla por probada producirá diferentes distribuciones del riesgo de error (esto es, diferentes *ratios* de falsos positivos y falsos negativos), todo consistiría en calcular el grado de probabilidad que habría que exigir para que de ello resulte la distribución deseada. Pero las cosas no son en absoluto tan simples²¹. En primer lugar, es difícilmente imaginable que una norma jurídica real formulara un estándar de prueba *de esa manera*²², con lo que tendríamos un serio problema en relación con el tercero de los requisitos antes mencionados. Pero sobre todo, si, en los términos de un cálculo bayesiano, la “probabilidad inicial” refleja meramente la “probabilidad subjetiva” del juzgador, entonces tampoco queda satisfecho el requisito segundo²³. Y en tal caso —como ha subrayado Laudan²⁴— desembocamos también en el incumplimiento del requisito primero: el estándar en realidad se habrá subjetivizado y acaba expresando el grado de confianza del juzgador en una hipótesis, no la medida en que dicha confianza está justificada.

Pero como señalé de entrada, en cualquier caso el enfoque que entre nosotros se considera apropiado —me atrevería a decir que sin excepciones— es el de la metodología de la contrastación de hipótesis (el de la “probabilidad inductiva”, o “baconiana”, para entendernos). Así que podemos plantearnos ya lo que aquí interesa más: con qué problemas tropieza la formulación de un estándar de prueba cuando es éste el enfoque que se adopta.

²¹ Para empezar, y aunque no sea lo más importante, porque la *ratio* final de los distintos tipos de error —falsos positivos y falsos negativos— depende no sólo del estándar de prueba adoptado sino también, por ejemplo en el contexto del proceso penal, de la proporción de inocentes y culpables que llegan a juicio: cfr. LAUDAN, 2006: 73.

²² Vid. Ho, 2008: 181.

²³ Habría que matizar mucho más si lo que se maneja es, por el contrario, la idea de probabilidad como frecuencia estadística. Se suele decir que el problema esencial de la probabilidad como frecuencia estadística es la elección de la clase de referencia, que, en la medida en que se considere arbitraria, permitiría también mantener la crítica de subjetivismo (cfr. ALLEN y PARDO, 2007a). Pero, aparte de que se podría discutir en primer lugar si el argumento no estará probando demasiado —en el sentido de que la crítica contaminaría cualquier clase de razonamiento que hiciera uso de generalizaciones (cfr. SCHMALBECK, 1986; SCHOEMAN, 1987; SCHAUER, 2003: cap. 3; TILLERS 2005), con lo que, de haber algo que objetar a los razonamientos probatorios basados en la “nuda probabilidad estadística”, sería por razones de naturaleza moral, no epistémica (cfr. THOMSON, 1986; DANT, 1988; WASSERMAN, 1991; NANCE, 2007: 142, 148 y 149-150)—, también ha de tenerse en cuenta, en segundo lugar, que puede ocurrir que lo que el derecho exige que se pruebe sea precisamente una determinada probabilidad como frecuencia estadística: cfr. TARUFFO 2002 [1992]: 220-223, o FERRER, 2007: 105-106 (y, de nuevo, será un problema de naturaleza moral determinar cuándo podría ser apropiada una exigencia semejante).

²⁴ LAUDAN, 2006: 76-81; también PARDO, 2007: 361.

Y para empezar habría que aclarar de qué tipo de esquemas argumentativos estamos hablando cuando hacemos referencia a la contrastación de hipótesis en el ámbito de la valoración racional de la prueba. Creo que con alguna frecuencia se asume que el razonamiento probatorio se desarrolla —como dice Ferrajoli— “conforme al mismo esquema nomológico-causal propio de la explicación científica”²⁵ y que ello permitiría hablar de hipótesis sobre los hechos “confirmadas” o “refutadas”. Pero me parece que el sentido de estas expresiones debe ser relativizado²⁶ y, además, que la analogía con el método de la explicación científica, supuesto que éste sea el hipotético-deductivo, tiene sus limitaciones. En términos hempelianos²⁷, la confirmación de una hipótesis pasa por contrastar si son ciertos determinados eventos o estado de cosas que, supuestas a su vez determinadas hipótesis auxiliares, habrían de serlo si es que la hipótesis es verdadera; constatar que lo son, aporta apoyo inductivo a la hipótesis (aunque no demuestra con certeza absoluta que sea verdadera, puesto que otras hipótesis alternativas podrían también dar cuenta de los mismos datos²⁸); constatar que no lo son, cuestiona la hipótesis siempre y cuando demos por sentado que las hipótesis auxiliares son correctas²⁹ (y por tanto no demuestra con total certeza que la hipótesis sea falsa, pues pueden ser las hipótesis auxiliares las incorrectas); así que, si tenemos en pie varias hipótesis distintas capaces de explicar los mismos datos, todo lo que podemos hacer es someterlas a nuevas contrastaciones para ver si así queda cuestionada alguna de ellas (y mientras tanto, por decirlo de algún modo,

²⁵ FERRAJOLI, 1995 [1989]: 53 (y 141 ss.). En sentido similar, vid. COMANDUCCI, 1999: 111-113.

²⁶ Sobre la utilización de estos términos por parte de Ferrajoli, vid. *supra*, nota 11. En GASCÓN, 1999: 179-187 se habla de los requisitos de la confirmación y la no refutación para determinar si es aceptable una hipótesis sobre los hechos (e incluso de hipótesis “verificadas”: p. 185), pero la confirmación se trata en todo momento como confirmación *suficiente* y de la refutación se dice que la producirían “hechos que —de existir— invalidarían (o harían *menos probable*) la hipótesis” (p. 185; la cursiva es mía). También GONZÁLEZ LAGIER, 2003b: 43 se refiere al requisito de la no refutación, afirmando que una hipótesis es refutada directamente “cuando su verdad resulta incompatible con otra afirmación que se ha dado por probada” (lo que, como él mismo admitiría, no quiere decir sino que el grado de probabilidad de que esa otra afirmación sea verdadera es suficiente-mente alto); y que es refutada indirectamente “cuando implica una afirmación que se demuestra que es falsa (*o poco probable*)” (la cursiva es mía).

²⁷ Como los que asume, por ejemplo, Jordi Ferrer para explicar la “metodología de la corroboración de hipótesis”: vid. FERRER, 2007: 126-138.

²⁸ Lo que no es sino recordar el principio quineano de indeterminación de la teoría por la evidencia.

²⁹ Para un tratamiento muy ilustrativo del problema de las hipótesis auxiliares como dificultad para el programa falsacionista del empirismo, vid. LEITER, 1997: 87-88.

seguir confiando en la corrección de nuestras hipótesis auxiliares, esto es, en la solidez del apoyo inductivo que a su vez hayan acumulado para sí).

Ahora bien, en el contexto de la prueba jurídica de los hechos hay que tener en cuenta dos cosas³⁰: que la posibilidad de someter las hipótesis rivales a nuevas contrastaciones no está indefinidamente abierta (como en la explicación científica), sino que, para el juzgador —a diferencia, por ejemplo, de lo que puede ocurrir en la fase de instrucción—, el conjunto de datos de los que debería dar cuenta cada una de las hipótesis rivales si es que es verdadera se presenta ya cerrado; y que aquí las hipótesis auxiliares son típicamente “máximas de experiencia” que, aunque puedan considerarse bien fundadas en el sentido de que se basan en inducciones ampliativas sólidas, establecen asociaciones entre dos fenómenos con un grado de probabilidad que no es en absoluto comparable al de las leyes naturales. Todo ello implica que en el contexto de la prueba jurídica de los hechos la situación típica —y no ya la situación excepcional que requeriría la entrada en juego, como reglas de cierre, de las normas sobre la carga de la prueba— sea la de encontrar hipótesis rivales capaces ambas de explicar el mismo conjunto de datos.

Pero a menudo entendemos, eso sí, que no de explicarlas igual de bien. En qué consiste esa diferencia, sentado que ambas son capaces de dar cuenta del mismo conjunto de datos, es lo que se intenta articular a través de la idea de “inferencia a la mejor explicación”³¹. Se ha sostenido que, como esquema argumentativo, éste es el que mejor reconstruye el modo en que debería desenvolverse el razonamiento probatorio jurídico³². La idea básica es tan

³⁰ Llama la atención sobre ellas el propio FERRAJOLI, 1995 [1989]: 145-146.

³¹ Cfr. HARMAN, 1965; LIPTON, 1991. En su trabajo seminal, Harman afirmaba expresamente que la inferencia a la mejor explicación “corresponde aproximadamente a lo que otros han llamado abducción” (y también, entre otros rótulos más, a “inducción eliminativa”: HARMAN, 1965: 88-89). En este punto la terminología no es estable. Lo que importa es distinguir con claridad entre el proceso de conjeturar o formular hipótesis y el proceso de su contrastación para establecer su grado de confirmación. Hay quien habla de “abducción” para referirse a ambos (p. ej., JOSEPHSON, 2001: 1621); quien utiliza ese término para referirse esencialmente al primer proceso (p. ej., BONORINO, 1993); y quien lo hace para aludir al segundo (p. ej., GONZÁLEZ LAGIER, 2003b: 38). Y también quien habla indistintamente de “abducción” e “inferencia a la mejor explicación” para referirse a ambos procesos (p. ej., TUZET, 2004: 279); y quien lo hace para referirse al segundo (como ocurre en el caso de Harman). Aquí se habla de inferencia a la mejor explicación haciendo referencia al proceso de contrastación de hipótesis a fin de establecer su grado de confirmación.

³² Entre nosotros, expresamente, ITURRALDE, 2003: 351. También lo han venido sosteniendo desde hace algunos años Ronald Allen y Michael Pardo: vid. ALLEN, 1991; ALLEN, 1997; ALLEN y PARDO, 2007b: 314-317; PARDO, 2007: 379-383; y, en profundidad, PARDO y ALLEN, 2008.

simple en su formulación como plagada de dificultades en su fondo: que entre varias hipótesis alternativas hay que entender que aquella que mejor explique la evidencia es la que cuenta con mayor probabilidad de ser verdadera, donde “explicar mejor” se define en términos de una serie de criterios tales como la simplicidad, la coherencia, la compatibilidad con otras hipótesis que ya consideramos contrastadas, la ausencia de hipótesis *ad hoc* (definidas como aquellas que no pueden explicar más fenómenos que aquél para cuya explicación fueron introducidas), etc. El gran problema es que ni hay acuerdo perfecto acerca de la lista de criterios que definirían qué cuenta como “explicar mejor”³³ ni tampoco, concedido que algunos de esos criterios pueden entrar en conflicto³⁴, acerca de cómo habrían de resolverse³⁵.

Pero seguramente no contamos con nada mejor. Recientemente se ha sostenido que la idea de inferencia a la mejor explicación es por completo inadecuada como estándar de prueba (y en especial, aunque no sólo, como estándar de prueba para el proceso penal)³⁶. La razón, dicho sintéticamente, sería que “la mejor explicación” puede no ser lo bastante buena desde el punto de vista del derecho como para tenerla por probada (i.e., puede ser la mejor — o, si se quiere, menos mala— de dos explicaciones insuficientemente plausibles); y también, a la inversa, que la peor de dos explicaciones puede, sin embargo, ser lo bastante plausible como para que desde el punto de vista del derecho se considere inapropiado tener por probada la hipótesis alternativa. Esto es sin duda cierto³⁷. Pero creo que la crítica por una parte yerra el blanco y por otra nos muestra algo sumamente interesante.

Yerra el blanco porque la inferencia a la mejor explicación no pretende ser un estándar de prueba: no pretende *distribuir* el riesgo del error, sino atribuir racionalmente grados de confirmación a las distintas hipótesis. Si el procedimiento es realmente racional —si de verdad está justificado epistémicamente— tener sistemáticamente por probada “la mejor explicación” servirá al

³³ Lo subraya LAUDAN, 2007: 296, que enumera varias listas de criterios sólo parcialmente coincidentes postuladas por distintos defensores de la idea de inferencia a la mejor explicación.

³⁴ Vid. THAGARD, 1978: 92; PARDO y ALLEN, 2008: 230.

³⁵ Hasta el punto de que David Schum ha afirmado que cuando hablamos de inferencia a la mejor explicación “podemos no tener ningún criterio establecido [*settled*] para decir qué es la ‘mejor’ explicación” (SCHUM, 2001: 1659).

³⁶ Cfr. LAUDAN, 2007: 297-306. Se adhiere a esa crítica FERRER, 2007: 147, n.132.

³⁷ De hecho Allen y Pardo, que son blanco directo de la crítica de Laudan, admiten sin problema que, en esto, Laudan tiene razón: cfr., p. ej., ALLEN y PARDO 2007b: 316-317; y PARDO, 2007: 381-382.

fin de la *minimización* de errores y nada más. Como intenté explicar anteriormente, si se quiere articular lo que llamé una “sensibilidad más que mínima” a la distribución del riesgo del error, el único modo de hacerlo consiste precisamente en no tener por probada sin más la hipótesis que tenga un grado de confirmación mayor, sea cual sea la parte del proceso que la mantiene (esto es, pasa por *sesgar* de algún modo el criterio para tener una hipótesis por probada respecto a la mera consideración de que es la que ha alcanzado un grado de confirmación más alto, “la mejor explicación”). No tiene sentido criticar una “metodología de contrastación de hipótesis” por no distribuir el riesgo del error de un modo que consideremos apropiado: simplemente, su función no es esa³⁸.

Ahora bien, aunque la crítica vaya desencaminada, a mi modo de ver pone de relieve algo del mayor interés. Si los métodos con los que contamos para establecer qué grado de confirmación o apoyo inductivo obtienen distintas hipótesis de un conjunto de elementos de prueba sólo nos habilitan para establecer entre ellas una relación *ordinal*, entonces cualquier intento de formular un estándar de prueba que pretenda articular una sensibilidad más que mínima a la distribución del riesgo del error —algo que nos parece irrenunciable, p. ej., para el proceso penal— está llamado a incumplir algunos de los requisitos que idealmente debería satisfacer. Por ejemplo, si consideramos que para tener por probada la hipótesis de la culpabilidad lo que se precisa es que se hayan refutado todas las demás hipótesis “plausibles”³⁹ (lo que permite tenerla por probada aunque haya quedado sin refutar una hipótesis alternativa siempre que ésta sea “implausible” o “no suficientemente plausible”), o que existan elementos de prueba “muy difíciles” de explicar si el acusado fuese inocente y a la vez no existan elementos de prueba “muy difíciles” de explicar si el acusado fuera culpable⁴⁰, el estándar de prueba resultante incumpliría los tres primeros de los cuatro requisitos reseñados en su

³⁸ En el fondo lo que estaría criticando Laudan sería un estándar de prueba que, redundantemente respecto al resultado del proceso de valoración racional (i.e., sin corregirlo o sesgarlo de ningún modo), dispusiese tener siempre por probada la hipótesis que hubiese alcanzado un grado de confirmación más alto (en suma, que fuese insensible a la distribución del riesgo del error). Pero quienes defienden la inferencia a la mejor explicación como método de valoración racional no tienen por qué proponer eso (en especial, no tienen que proponerlo para *cualquier* tipo de proceso, incluido, por ejemplo, el penal).

³⁹ Cfr. LAUDAN, 2006: 82; FERRER, 2007: 147; PARDO y ALLEN, 2008: 238

⁴⁰ LAUDAN, 2006: 82.

momento: no habría garantía de que de su aplicación resulte exactamente la distribución del riesgo que se repute correcta (tercer requisito); no la habría —y esto es lo más importante— porque no parecen estar a nuestro alcance procedimientos intersubjetivamente controlables capaces de indicarnos cuándo habría quedado satisfecho y cuándo no (segundo requisito); y precisamente porque no disponemos de ellos, y aunque el estándar no se estaría formulando en términos que vayan referidos al convencimiento del juzgador, parece inevitable que se acabase produciendo su subjetivización encubierta⁴¹. Y el problema se hace aún más visible si se admite que se necesitaría distinguir no ya entre un mero estándar de prueba prevaeciente o preponderante y el estándar más sensible a la distribución del riesgo del proceso penal, sino toda una gama de estándares de prueba diversos para distintas decisiones sobre la prueba en distintos contextos (lo que obligaría incluso a establecer gradaciones dentro de lo “no suficientemente plausible” o de lo “muy difícil de explicar”)⁴².

4. *Hacia un enfoque no benthamiano*

Pero lo que persigo no es proponer una conclusión escéptica, sino sugerir un cambio de enfoque: no que el derecho no puede distribuir adecuadamente el riesgo del error en la determinación de los hechos probados, sino más bien que tal vez debería intentar hacerlo de otras maneras. Larry Laudan ha mantenido—bajo el rótulo de “principio de indiferencia”— que una vez formulado un estándar de prueba que distribuya el riesgo del error del modo que se considere apropiado debe eliminarse cualquier regla específica sobre admisibilidad de elementos de prueba o que condicione la libre valoración de la misma que esté animada por el fin de la distribución del riesgo (esto es, que

⁴¹ Como apunta, creo que con razón, FERNÁNDEZ LÓPEZ, 2007: 3.

⁴² Que haría falta formular una pluralidad de estándares de prueba diversos, más allá de la distinción entre uno aplicable genéricamente en el proceso civil y otro aplicable genéricamente en el proceso penal, es algo que suscriben LAUDAN, 2006: 54-57; FERRER, 2007: 139-141; o HO, 2008: 213-220. Pero para hacer patentes los problemas a los que ello daría lugar —no sé si subestimados por autores como los mencionados—, basta con reparar en las dificultades en las que han incurrido quienes han tratado de explicitar el contenido del estándar probatorio de la “*clear and convincing evidence*”, que rige en algunos procesos civiles en el derecho anglosajón y se supone más exigente que el de la probabilidad preponderante aunque menos que el de la prueba “más allá de toda duda razonable”: por ejemplo, Mary Dant lo traduce en la exigencia de que la hipótesis que se declara probada sea no meramente mejor, sino “significativamente mejor” que la rival (DANT, 1988: 61); y Pardo y Allen, en que sea no simplemente más plausible, sino “suficientemente más plausible” (PARDO y ALLEN, 2008: 239). No creo que las dificultades a las que daría lugar la aplicación de estándares de prueba definidos en términos semejantes requiera mayores comentarios.

pretenda sesgar la *ratio* entre “falsos positivos” y “falsos negativos” a favor de una de las partes), porque lo contrario supondría “contar dos veces” el valor de ese fin⁴³. Pero me parece que a ese argumento se le puede dar la vuelta con facilidad: si el estándar de prueba no es capaz de distribuir adecuadamente el riesgo del error, no intentar hacerlo (cuando se piensa que hay buenas razones para ello) mediante reglas específicas —de admisibilidad de elementos de prueba, sobre la carga de la prueba, que condicionen el valor de ciertos medios de prueba a su corroboración por otro medio de prueba distinto, etc.⁴⁴— puede acabar equivaliendo a no contar el valor de ese fin ninguna vez⁴⁵.

El resultado sería un tipo de regulaciones sobre la prueba exactamente de la clase que Bentham repudiaba. Pero en realidad la posición benthamiana no era sino una vehemente defensa de la racionalidad epistémica —frente a la plétora de reglas sobre la prueba manifiestamente absurdas en el derecho de su tiempo— como forma de conseguir el objetivo de la reducción del error. El problema de la distribución del riesgo del error, por así decirlo, parecía quedar fuera de su perspectiva. Y si se le da entrada, incluso sería posible encontrar en el propio Bentham, paradójicamente, argumentos a favor de un enfoque como el que propongo: porque las decisiones sobre la distribución del riesgo del error son *decisiones morales* —no problemas epistémicos— y la cuestión es *quién* debe tomarlas. Si no es el legislador, serán los jueces⁴⁶ (cuando hagan sus interpretaciones de estándares de prueba formulados en términos de lo que es o no “plausible”, o lo que lo es más o lo es menos, interpretaciones que se traducirán en cosas tales como criterios acerca de cuándo es admisible un testimonio de referencia contra el imputado, o condenar sólo sobre la base de la declaración de la víctima, o sólo sobre la base del testimonio de un coimputado, etc.). Un resultado, desde luego, bien alejado de las simpatías benthamianas.

Discutir exactamente cómo, en qué casos concretos y por qué habría que ir asignando de un modo u otro el riesgo del error a través de normas específicas (y poniendo por tanto en manos del legislador, y no de los jueces, las

⁴³ LAUDAN, 2006: 76, 124. PARDO, 2007: 372-373.

⁴⁴ Vid. una enumeración de técnicas posibles para conseguir una determinada asignación del riesgo de error a través de normas específicas en STEIN, 2005: 133-140.

⁴⁵ Un planteamiento parecido a éste puede verse en PARDO, 2007: 372-373.

⁴⁶ Pone en primer plano este problema STEIN, 2000.

decisiones correspondientes) constituye, hasta donde yo sé, un campo de investigación prácticamente virgen. Pero si se comparten los argumentos aquí expuestos a favor de explorarlo, quizá haya llegado el momento de que los filósofos del derecho empiecen a ocuparse de la prueba no sólo desde la epistemología —algo que ya han hecho y han hecho bien, pero desde donde tal vez no pueda decirse ya mucho más—, sino desde la filosofía moral y política.

Referencias

- AÍSA MOREU, D., 1997: *El razonamiento inductivo en la ciencia y en la prueba judicial*, Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza.
- ALLEN, R. J. 1991: "The Nature of Juridical Proof", *Cardozo Law Review* 13, 373-422.
- 1997: "Rationality, Algorithms and Juridical Proof: A Preliminary Inquiry", *International Journal of Evidence and Proof* 1, 254-275.
- ALLEN, R. J. y M. S. PARDO, 2007a: "The Problematic Value of Mathematical Models of Evidence", *Journal of Legal Studies* 36, 107-140.
- 2007b: "Probability, Explanation and Inference: A Reply", *International Journal of Evidence and Proof* 11, 307-317.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P., 2005: *Los "hechos" en la sentencia penal*, México, Fontamara.
- BONORINO, P. R., 1993: "Sobre la abducción", *Doxa* 14, 207-241.
- BROGAARD, B., 2004: "Contextualism, Skepticism, and the Gettier Problem", *Synthese* 139, 367-386.
- COHEN, L. J. 1977: *The Probable and the Provable*, Oxford, Oxford University Press [reimp.: Aldershot, Gregg Revivals, 1991].
- COMANDUCCI, P., 1992: *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo* (trad. P. Larrañaga), México, Fontamara.
- DANT, M., 1988: "Gambling on the Truth: The Use of Purely Statistical Evidence as a Basis for Civil Liability", *Columbia Journal of Law and Social Problems* 22, 31-70.

- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. 2007: "La valoración de pruebas personales y el estándar de la duda razonable", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* 15 [disponible en <<http://www.uv.es/CEFD/15/fernandez.pdf>>].
- FERRAJOLI, L., 1995 [1989]: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (trad. P. Andrés Ibáñez et al.), Madrid, Trotta [orig.: *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 1989].
- FERRER, J., 2002: *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons [2ª ed., 2005].
- 2006: "Legal Proof and Fact Finder's Belief", *Legal Theory* 12, 293-314.
- 2007: *La valoración racional de la prueba*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons.
- FERRER, J. y D. GONZÁLEZ LAGIER, 2003: "Introducción", *Discusiones* 3, 7-14.
- GASCÓN, M., 1999: *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid, Marcial Pons [2ª ed., 2004].
- 2005: "Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos", *Doxa* 28, 127-139.
- GONZÁLEZ LAGIER, D., 2003a: "Hechos y argumentos (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal): Parte I", *Jueces para la Democracia* 46, 17-26.
- 2003b: "Hechos y argumentos (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal): Parte II", *Jueces para la Democracia* 47, 35-51.
- 2007: "Hechos y conceptos", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* 15 [disponible en <<http://www.uv.es/CEFD/15/lagier.pdf>>].
- HÁJEK, A., 2007: "Interpretations of Probability", *Stanford Encyclopedia of Philosophy* [disponible en <<http://plato.stanford.edu/entries/probability-interpret>>].
- HARMAN, G. H., 1965: "The Inference to the Best Explanation", *Philosophical Review* 74, 88-95.
- HART, H. L. A., 1982: *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Clarendon Press.
- HO, H. L., 2008: *A Philosophy of Evidence Law. Justice in the Search for Truth*, Oxford, Oxford University Press.
- IGARTUA, J., 1995: *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch.

- 2003: *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, Madrid, C.E.P.C.
- ITURRALDE, V., 2003: *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- JOSEPHSON, J. R., 2001: "On the Proof Dynamics of Inference to the Best Explanation", *Cardozo Law Review* 22, 1621-1643.
- LAUDAN, L. 2006: *Truth, Error and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge, Cambridge University Press.
- 2007: "Strange Bedfellows: Inference to the Best Explanation and the Criminal Standard of Proof", *International Journal of Evidence and Proof* 11, 292-306.
- LEITER, B., 1997: "The Epistemology of Admissibility: Why Even Good Philosophy of Science Would Not Make for Good Philosophy of Evidence", *Brigham Young University Law Review* 1997/4, 803-819.
- LEWIS, D., 1996: "Elusive Knowledge", *Australasian Journal of Philosophy* 74, 549-567.
- LIPTON, P., 1991: *Inference to the Best Explanation*, Routledge, London [2ª ed. revisada, 2004].
- MORESO, J. J., 1992 : *La Teoría del Derecho de Bentham*, Barcelona, PPU.
- NANCE, D. L., 2007: "Allocating the Risk of Error: Its Role in the Theory of Evidence Law", *Legal Theory* 13, 129-164.
- PARDO, M. S., 2005: "The Field of Evidence and the Field of Knowledge", *Law and Philosophy* 24: 321-392.
- 2007: "On Misshapen Stones and Criminal Law's Epistemology", *Texas Law Review* 86, 347-383.
- PARDO, M. S. y R. J. ALLEN, 2008: "Juridical Proof and the Best Explanation", *Law and Philosophy* 27, 223-268.
- REDMAYNE, M., 2006: "The Structure of Evidence Law", *Oxford Journal of Legal Studies* 26, 805-822.
- ROBERTS, P. y A. ZUCKERMAN, 2004: *Criminal Evidence*, Oxford, Oxford University Press.
- SCHAUER, F., 2003: *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, Cambridge, Mass., The Belknap Press of Harvard University Press.

- SCHMALBECK, R., 1986: "The Trouble with Statistical Evidence", *Law and Contemporary Problems* 49, 221-236.
- SCHOEMAN, F., 1987: "Statistical vs. Direct Evidence", *Noûs* 21, 179-198.
- SCHUM, D. A., 2001: "Species of Abductive Reasoning in Fact Investigation in Law", *Cardozo Law Review* 22, 1645-1681.
- STEIN, A., 2000: "Evidential Rules for Criminal Trials: Who Should Be in Charge?", en S. Doran y J. Jackson (eds.), *The Judicial Role in Criminal Proceedings*, Oxford, Hart, 128-143.
- 2005: *Foundations of Evidence Law*, Oxford, Oxford University Press.
- TARUFFO, M. 2002 [1992]: *La prueba de los hechos* (trad. J. Ferrer Beltrán), Madrid, Trotta [orig.: *La prova dei fatti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1992].
- THAGARD, P. R., 1978: "The Best Explanation: Criteria for Theory Choice", *Journal of Philosophy* 75, 76-92.
- THOMSON, J. Jarvis, 1986: "Liability and Individualized Evidence", *Law and Contemporary Problems* 49, 199-219. "
- TILLERS, P., 2005: "If Wishes Were Horses: Discursive Comments on Attempts to Prevent Individuals from Being Unfairly Burdened by Their Reference Classes", *Law, Probability and Risk* 4, 33-49.
- TUZET, Giovanni, 2004: "Le prove dell'abduzione", *Diritto e Questioni Pubbliche* 4, 275-295.
- WASSERMAN, D. T., 1991: "The Morality of Statistical Proof and the Risk of Mistaken Liability", *Cardozo Law Review* 13, 935-976.
- WEDGWOOD, R, 2008: "Contextualism about Justified Belief", *Philosophers' Imprint* 8, 1-20 [disponible en <<http://www.philosophersimprint.org/008009/>>].