

# DISCUSIONES XVIII

2 | 2016

Estándares  
de prueba



**Director**

Hernán G. Bouvier (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)

**Secretarías de redacción**

Daniela Domeniconi (UNC), Samanta Funes (UNC)

**Comité Editorial**

Macario Alemany (Universidad de Alicante, España)

Federico José Arena (CONICET)

Andrés Bouzat (Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca)

Damiano Canale (Universidad Bocconi, Milán, Italia)

Laura Clérico (Universidad de Buenos Aires, CONICET)

Sebastián Elías (Universidad de San Andrés, Buenos Aires)

Rafael Escudero Alday (Universidad Carlos III, Madrid, España)

Horacio Etchichury (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)

Paula Gaido (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)

Paul Hathazy (CONICET)

Giulio Itzcovich (Universidad de Brescia, Italia)

Juan Iosa (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)

Matías Irigoyen Testa (Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca)

Guillermo Lariguét (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)

Laura Manrique (CONICET)

Giorgio Maniaci (Universidad de Palermo, Italia)

Diego Papayannis (Universidad de Girona, Cataluña, España)

José Peralta (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)

Francesca Poggi (Universidad de Milán, Italia)

Giovanni B. Ratti (Universidad de Génova, Italia)

Andrés Rosler (Universidad de Buenos Aires, CONICET)

Rodrigo Sánchez Brígido (Universidad Nacional de Córdoba)

Hugo Seleme (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)

Aldo Schiavello (Universidad de Palermo, Italia)

Tobías Schleider (Universidad Nacional de Mar del Plata)

Sebastián Torres (Universidad Nacional de Córdoba)

Giovanni Tuzet (Universidad Bocconi, Milán)

Sección *Discusiones: Cortes*

Responsables: Sebastián Elías, Paula Gaido, Rodrigo Sánchez Brígido

Sección *Discusiones: Libros*

Responsable: Pau Luque Sánchez

Sección *Discusiones: Balance*

Responsable: Diego Dei Vecchi

*Diagramación interior y tapa:* Fabián Luzi

DISCUSIONES XVIII  
“Estándares de prueba”  
Andrés Páez (Editor)

ÍNDICE

SECCIÓN I: DISCUSIÓN

Umbrales y prototipos: introducción al debate en torno a los estándares de prueba. <i>Thresholds and Prototypes. An Introduction to the Debate on the Standards of Proof</i> .....	7
ANDRÉS PÁEZ ( <i>Universidad de los Andes – Colombia</i> )	
Los usos de los estándares de prueba: entre umbrales y prototipos. <i>The Uses of Standards of Proof: Between Prototypes and Thresholds ...</i>	23
RODRIGO COLOMA CORREA ( <i>Universidad Alberto Hurtado</i> )	
A propósito de umbrales, prototipos y usos de estándares de prueba. <i>On thresholds, Prototypes and Uses of the Standard of Proof</i> .....	59
RAYMUNDO GAMA ( <i>ITAM</i> )	
Los estándares de prueba y el <i>boom</i> editorial del discurso probatorio en castellano. <i>The Standards of Proof and the Editorial Boom of the Evidence Discourse in Spanish</i> .....	81
CLAUDIO AGÜERO SAN JUAN ( <i>Universidad Alberto Hurtado</i> )	
Algo más sobre umbrales y prototipos. <i>More about Thresholds and Prototypes</i> .....	107
RODRIGO COLOMA CORREA ( <i>Universidad Alberto Hurtado</i> )	

SECCIÓN II: **DISCUSIONES: CORTES**

Una versión racionalizada de la doctrina del margen de apreciación estatal. *A Rationalized Version of the Doctrine of the Margin of Appreciation of the State* ..... 137  
MARISA IGLESIAS VILA (*Universidad Pompeu Fabra*)

SECCIÓN III: **DISCUSIONES: LIBROS**

Lenguaje y derecho: cuando la filosofía del derecho no es suficiente. *Language and Law: When the Philosophy of Law is Not Enough* ..... 177  
ISMAEL MARTÍNEZ (*Universidad de Edimburgo*)

SECCIÓN IV: **BALANCE DE UNA DISCUSIÓN**

Relaciones jurídicas dinámicas entre necesitados e intolerantes. Balance de la discusión. *Dynamic Legal Relations Between Needy and Intolerants. Balance of the Discussion* ..... 209  
SEBASTIÁN FIGUEROA RUBIO (*Universidad Adolfo Ibáñez*)

Instrucciones para los autores ..... 259

*Sección I*  
Discusión



## Umbrales y prototipos: introducción al debate en torno a los estándares de prueba

*Thresholds and Prototypes  
An Introduction to the Debate on the Standards of Proof*

Andrés Páez\*

Recepción y evaluación de propuesta: 1/10/2016

Aceptación: 1/12/2016

Recepción y aceptación final: 4/7/2017

**Resumen:** Existen diversas perspectivas acerca de cómo se deben entender los estándares de prueba en el derecho. En el trabajo central de este número, Rodrigo Coloma sugiere que estos pueden ser entendidos como umbrales o como prototipos. Además, Coloma hace una taxonomía de los diferentes usos de los estándares de prueba que trasciende su simple función como distribuidores de errores. En sus réplicas al artículo, Raymundo Gama y Claudio Agüero hacen valiosas precisiones y serias críticas a esta forma de entender los estándares de prueba. Algunas de estas críticas dan en el blanco mientras que otras van dirigidas más a los presupuestos teóricos que a las tesis mismas de Coloma. En este artículo ofrezco un contexto más amplio para evaluar sus desacuerdos. **Palabras clave:** estándares de prueba, umbrales, prototipos, probabilidad subjetiva

**Abstract:** There are several approaches to the way in which standards of proof in law should be understood. In the central article in this issue, Ro-

\* Departamento de Filosofía, Universidad de los Andes (Colombia).  
Correo electrónico: apaez@uniandes.edu.co

drigo Coloma suggests that they should be conceived either as thresholds either as prototypes. He also offers a taxonomy of the different uses of standards of proof, which transcends their function as error distributors. In their comments on the paper, Raymundo Gama and Claudio Agüero clarify and challenge this way of understanding standards of proof. Some of their criticisms are right on target, but many others are directed more at Coloma's theoretical presuppositions than at his substantial contributions. In this paper I offer a wider context to evaluate their disagreements.

**Keywords:** standards of proof, thresholds, prototypes, subjective probability

## I. Introducción

El razonamiento probatorio en el derecho es una variedad del razonamiento inductivo, entendido este de la manera más general posible como razonamiento ampliativo. A partir de una serie de hechos básicos se formula una hipótesis que los trasciende. Los diferentes análisis del razonamiento inductivo se dividen en aquellos que poseen una regla de separación<sup>1</sup> (*detachment rule*) y los que carecen de ella. A partir de los hechos recogidos empíricamente, dicha regla nos permite no solo formular una hipótesis sino también afirmar su verdad. Cuando existen varias hipótesis en competencia, la regla de separación también nos permite escoger una de ellas debido a que es la que cumple en el más alto grado alguna propiedad epistémica preestablecida. La regla requiere el uso de criterios, estándares o umbrales que nos indiquen el grado de apoyo que la información le debe proporcionar a la generalización o a la hipótesis para poder aceptarla como verdadera. Entre los análisis del razonamiento inductivo que cuentan con una regla de separación están la inducción por enumeración, la Inferencia a la Mejor Explicación<sup>2</sup> y la teoría de la utilidad esperada<sup>3</sup>, mientras que el

<sup>1</sup> La regla de separación de los sistemas inductivos no debe ser confundida con la llamada "ley de separación", nombre que es usado en algunos contextos para hacer referencia al *modus ponens*.

<sup>2</sup> Lipton, P., *Inference to the best explanation*, segunda edición, London: Routledge, 2004.

<sup>3</sup> Levi, I., *The enterprise of knowledge*, Cambridge: MIT Press, 1980; *Hard choices*, Cam-



análisis bayesiano tradicional<sup>4</sup> y la teoría de la confirmación de hipótesis de Hempel<sup>5</sup> carecen de ella. Estas últimas no aceptan decisiones finales sobre la verdad de una hipótesis. Se limitan a rastrear los cambios en la relación de confirmación entre la hipótesis y la evidencia sin decirnos qué hacer o creer a medida que el apoyo proporcionado por la evidencia aumenta o disminuye.

Parece evidente que el razonamiento probatorio en el derecho debe corresponder al tipo de razonamiento inductivo que posee una regla de separación. Consideremos un par de ejemplos de aproximaciones teóricas que poseen una regla de este tipo. Pardo y Allen<sup>6</sup> han adoptado la Inferencia a la Mejor Explicación como el modelo más adecuado para el razonamiento probatorio. En su opinión, la aceptación de una explicación potencial de los hechos del caso depende de criterios tales como la simplicidad, la consiliencia, la coherencia, entre otros. No hay una fórmula para combinar los criterios; más bien, “cada uno de estos criterios es un *estándar* que debe ser sopesado frente a los otros”<sup>7</sup> a la luz de consideraciones teóricas y prácticas. Por su parte, Eleonora Cresto<sup>8</sup> ha combinado la Inferencia a la Mejor Explicación con funciones de utilidad epistémica para justificar las decisiones judiciales. Los estándares de prueba tradicionales son reinterpretados en términos de la utilidad esperada de la hipótesis aceptada sobre los hechos, frente a la utilidad de sus rivales. Cresto no se compromete con un umbral probabilístico único porque la utilidad epistémica y práctica de una

bridge: Cambridge University Press, 1985; Van Fraassen, B., *Laws and Symmetry*, Oxford: Clarendon Press, 1989; Maher, P., *Betting on theories*, Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

<sup>4</sup> Howson, C., Urbach, P., *Scientific reasoning: the Bayesian approach*, Chicago: Open Court, 1993; Earman, J., *Bayes or bust? A critical examination of bayesian confirmation theory*, Cambridge: MIT Press, 1992.

<sup>5</sup> Hempel, C. G., “Studies in the logic of confirmation”, *Mind*, 1945, p. 54, 1-26, 97-121.

<sup>6</sup> Pardo, M. S., Allen, R. J. “Juridical proof and the best explanation”, *Law and Philosophy*, 2008, p. 27, 223-268.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 230.

<sup>8</sup> Cresto, E., “Una teoría de la prueba para el ámbito jurídico: probabilidades inciertas, decisiones y explicación”, en Páez, A. (ed.), *Hechos, evidencia y estándares de prueba*, Bogotá: Ediciones Uniandes, 2015, pp. 89-119.

hipótesis es altamente dependiente del contexto probatorio. En ambas aproximaciones es claro que existen criterios, umbrales y estándares para dar por verdadera una hipótesis sobre los hechos, aunque estos no son absolutos —como lo serían, por ejemplo, en el caso de la prueba clínica de un medicamento— sino altamente sensibles a las particularidades del contexto probatorio.

Ambos análisis del razonamiento probatorio, sin embargo, están enmarcados en la tradición teórica que se desarrolló en torno al *common law*. Cuando examinamos lo que ha ocurrido en el derecho continental, la situación es bastante diferente. Durante mucho tiempo este operó como si la relación de confirmación entre las pruebas y la hipótesis de culpabilidad o responsabilidad en un proceso tuviera un carácter absoluto y como si el juez tuviera la capacidad intuitiva de detectar la existencia o no de dicha confirmación. No existía la conciencia de que la confirmación de una hipótesis es una cuestión de grado, ni se tenía en cuenta que hay factores epistémicos, como el poder explicativo, que pueden ser integrados a las virtudes que buscamos en las hipótesis que aceptamos en un proceso judicial.

Esta situación ha comenzado a cambiar durante los últimos años como lo revela la larga lista de libros y artículos recientes sobre el tema que nos presenta Claudio Agüero en su contribución a este número. A este “boom”, como lo llama Agüero, de literatura sobre razonamiento probatorio en español se suma ahora el artículo “Los usos de los estándares de prueba”, de Rodrigo Coloma. Consciente de que este nuevo enfoque en la filosofía del derecho aún tiene mucho trecho por recorrer, Coloma arguye que el bajo nivel de influencia que han ejercido los estándares de prueba en el razonamiento probatorio se debe, por una parte, a que los teóricos no han clarificado suficientemente los aspectos más importantes de sus usos, y por otra, a que existe un escepticismo, derivado de las críticas de Laudan<sup>9</sup>, en torno a la posibilidad de alcanzar estándares de prueba objetivos y precisos. Su objetivo, en consecuencia, es contribuir a la clarificación del sentido del concepto

---

<sup>9</sup> Laudan, L., *Truth, error and criminal law: An essay in legal epistemology*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

y mostrar que su uso y su importancia no se limitan a la distribución de errores en las decisiones probatorias, como parecen creerlo muchos teóricos que se ocupan del tema.

En este escrito presentaré las tesis principales de Coloma y algunas de las críticas de Gama y Agüero. Parte de mi objetivo es sopesar y matizar dichas críticas para poder ofrecer un panorama más equilibrado de las propuestas de Coloma y del contexto teórico en el que son presentadas.

## II. El punto de partida: el lenguaje ordinario

El punto de partida de Coloma es el análisis del uso del concepto de estándar en el lenguaje ordinario. A su juicio, este análisis puede ayudar a clarificar el sentido de “estándar de prueba” en el derecho. Coloma distingue dos sentidos predominantes: los estándares como umbrales y como prototipos. En el primer sentido, un estándar tiene un sentido puramente cuantitativo. Define un valor mínimo que se debe alcanzar para poder pertenecer a una categoría. Así, por ejemplo, uno de los estándares para clasificar un aceite de oliva como extra virgen es que tenga un nivel de acidez inferior a 1%; y el estándar para que un licor sea considerado tequila es que debe contener al menos 51% de agave azul. El segundo sentido coloquial de “estándar” es utilizado cuando queremos comparar un ejemplar no clasificado con una muestra, modelo o patrón. Coloma utiliza el ejemplo de la calidad de un libro frente al cual la calidad de todos los demás libros debe ser juzgada. Este uso requiere de un juicio de semejanza que es puramente cualitativo.

Coloma no afirma que no existan más usos comunes del término. Se me ocurre, por ejemplo, un uso que combina los dos sentidos anteriores: el famoso metro estándar de platino localizado en las afueras de París, y que Wittgenstein volvió famoso en las *Investigaciones filosóficas*. Es un estándar cuantitativo, pero a la vez es un patrón o modelo. Existen además otros usos, señalados por Raymundo Gama en su comentario al artículo de Coloma, que se acercan al concepto de umbral sin ser cuantitativos. Por ejemplo, el estándar de calidad de vida tiene en

cuenta factores no numéricos como el nivel de desarrollo personal, el grado de goce de derechos, entre otros. Los pares umbral-cualitativo y prototipo-cualitativo no parecen, por tanto, ser categorías enteramente independientes.

Aparte de las precisiones que se pueden hacer acerca del uso del término “estándar” en el lenguaje ordinario, es muy pertinente la pregunta que hace Gama acerca de la utilidad de comenzar el análisis de un concepto técnico como el de estándar de prueba en el derecho con una taxonomía de su uso no técnico. No hay ninguna garantía previa de que el sentido en el que es usada una expresión en un contexto se pueda trasladar automáticamente a otro. Yo añadiría un problema adicional. Ya sea que se entienda como umbral o como prototipo, el concepto de estándar en el uso cotidiano asume la existencia de criterios preexistentes bien definidos a partir de los cuales se hace la medición o la comparación de similitud. El contenido de agave azul, el grado de acidez, e incluso la calidad de un texto a juicio de los expertos son criterios con los que se cuenta de antemano. En contraste, en el caso de los estándares de prueba en el derecho lo que está en juego es justamente la definición de los criterios apropiados para darle contenido a dicho concepto. El desacuerdo teórico acerca de la mejor manera de analizar el razonamiento inductivo, y acerca de cómo incluir el razonamiento probatorio dentro de alguno de los modelos inductivos, es en gran parte un desacuerdo acerca de cuáles deben ser los criterios que rigen la aplicación de la regla de separación mencionada al comienzo. ¿Debemos usar el carácter explicativo como criterio para escoger una hipótesis? ¿O quizás utilizar un filtro numérico que represente la probabilidad subjetiva del determinador de los hechos? ¿O quizás la utilidad epistémica de la hipótesis? Es necesario responder estas preguntas antes de poder establecer puentes entre el concepto técnico y el concepto coloquial. En otras palabras, si queremos entender el problemático concepto de estándar de prueba en el derecho, quizás no sea buena idea comparar contextos en donde la aplicación de estándares ya cuenta con criterios y protocolos bien definidos con otros en los que no existe un consenso acerca de cuáles son los criterios más adecuados.

### III. ¿Umbrales cuantitativos?

Agüero señala un problema adicional acerca del uso no jurídico de la palabra “umbral”. El término denota un límite, el valor mínimo de una magnitud. Al ser un sentido importado de contextos científicos y técnicos, viene cargado con el presupuesto de que en el contexto probatorio en el derecho también va a ser posible cuantificar, medir la magnitud de alguna propiedad otorgada a una hipótesis por las pruebas. En su opinión, sin embargo, el término “umbral” solo puede ser usado metafóricamente, y la metáfora no es suficiente para llenar el vacío conceptual detectado inicialmente por Coloma. Lo mismo ocurre, según Agüero, con el uso corriente de la palabra “prototipo”. La palabra denota un ejemplar perfecto, un patrón cuyas medidas sirven de base para la elaboración de objetos semejantes. Pero para que la semejanza sea efectiva, es necesario, una vez más, poseer magnitudes precisas, cantidades medibles, y es esto justamente lo que se pone en duda en el contexto probatorio.

Agüero no ofrece una alternativa no metafórica para entender y explicar la relación entre los medios de prueba y la aceptación de un hecho probado. Su intención en este escrito es llamar poderosamente la atención acerca de la fragilidad conceptual de las discusiones en torno a los estándares de prueba. Me parece, sin embargo, que es necesario señalar que las rupturas entre el razonamiento jurídico, el científico e incluso el cotidiano no son tan profundas como lo sugiere Agüero. Como lo indiqué al comienzo, el razonamiento inductivo hace parte fundamental de cualquier actividad donde sea necesario comprometerse con una hipótesis y tomar decisiones en situaciones de incertidumbre. Existe una continuidad entre todos estos contextos. El problema no es que no existan conceptos para entender cómo funciona el razonamiento inductivo, ni tampoco que no sea posible pensar en magnitudes o grados de prueba. Tanto los grados de creencia como las utilidades epistémicas son ejemplos de formas de conceptualizar el razonamiento inductivo cuantitativamente. El problema de fondo es más bien determinar cuál de las teorías preexistentes acerca del razonamiento inductivo se ajusta mejor a las exigencias del ejercicio pro-

batorio en el derecho. Es válido que a Agüero no lo convenza ninguna de las teorías inductivas cuantitativas existentes, pero esa discusión trasciende los límites del derecho y se tiene que plantear como una objeción epistemológica mucho más general.

Ahora bien, cabe preguntarse si Coloma está realmente comprometido con una concepción cuantitativa de los estándares de prueba al plantear la posibilidad de concebirlas como umbrales. Ni Gama ni Agüero se atreven a atribuir esta posición a Coloma. Para Gama, Coloma “parece titubear con la posibilidad de emplear el cálculo numérico de probabilidades”. Si bien Coloma encuentra problemas en su aplicación, al mismo tiempo el uso mismo del concepto parece presuponer un *quantum* mínimo de probabilidad. Al respecto afirma Gama: “En relación con este punto, me parece que no hay margen para titubear al respecto pues nos encontramos ante una disyuntiva que no admite matices”. Ante la disyuntiva, Gama claramente adopta una posición de rechazo frente al empleo del cálculo de probabilidades y respalda su posición con el aparente consenso que existe entre muchos de los autores más conocidos en Hispanoamérica (Allen, Haack, Gascón, Ferrer, Bayón, entre otros) acerca de la inadecuación del cálculo de probabilidades para entender el estándar de prueba. El argumento no parece muy convincente, pues aunque en nuestro medio son más los que rechazan que los que aceptan una concepción probabilística de los umbrales de prueba, en otras latitudes dicha tradición persiste y goza de buena salud<sup>10</sup>.

Agüero, por su parte, describe la posición de Coloma como la de un “optimista epistémico desconfiado”. Su desconfianza radica justamente en no tener demasiada fe en las herramientas conceptuales que

<sup>10</sup> Para una revisión de la literatura más reciente sobre el uso de herramientas estadísticas y bayesianas en el razonamiento probatorio, véase Fenton, N., Neil, M. y Lagnado, D., “A general structure for legal arguments about evidence using Bayesian networks”, *Cognitive Science*, 2013, p. 37, 61-102; Fenton, N., Neil, M. y Berger, D., “Bayes and the law”, *Annual Review of Statistics and Its Application*, 2016, p. 3, 51-77. En español se puede consultar Lillquist, E., “Teoría de la utilidad esperada y variabilidad en el estándar de prueba más allá de toda duda razonable”, en Cruz Parcerro, J. A. y Laudan, L. (eds.), *Prueba y estándares de prueba en el derecho*, México: UNAM, 2010, pp. 141-165; Páez, A., “Estándares múltiples de prueba en medicina y derecho”, en Páez, A., (ed.), *Hechos, evidencia y estándares de prueba*, Bogotá: Ediciones Uniandes, 2015, pp. 123-152 y Cresto, E., *op. cit.*

utiliza para dilucidar qué es un estándar de prueba. Es decir, Agüero tampoco logra identificar un compromiso evidente por parte de Coloma con el uso del cálculo de probabilidades. Al igual que Gama, Agüero rechaza ese uso. Su argumentación hace una ingeniosa comparación entre la invención de las escalas cuantitativas para medir la temperatura y la formulación de un estándar cuantitativo en el derecho con el fin de sacar a la luz las diferencias esenciales que existen entre los dos casos. Una vez más, Agüero expresa su incredulidad de que sea posible generar un “termómetro probatorio” que mida alguna magnitud cuantificable. Sin embargo, la comparación adecuada no es realmente entre el contexto científico y el jurídico; es más bien entre el científico y el epistemológico, porque el “termómetro probatorio” tendría que funcionar en cualquier contexto en el que se use el razonamiento inductivo, no solamente en el jurídico.

A mi modo de ver, Coloma ni titubea ni desconfía. Su propósito es plantear posibilidades de interpretación y mostrar las implicaciones de cada una de esas posibilidades. Así, por ejemplo, al final del artículo Coloma muestra las consecuencias jurídicas de entender los estándares como umbrales o como prototipos, sin que esto implique un titubeo o una falta de compromiso con alguna tesis sustancial. En cuanto a su compromiso o no con el cálculo de probabilidades, es claro que la manera más común de asignarle contenido a la noción de umbral es concibiéndolo como un límite cuantitativo. Un umbral implica un “valor mínimo”, nos dice Coloma, y “la posibilidad de construir escalas de medición”. Y más adelante añade que “el cálculo probabilístico, pese a todas sus dificultades, resulta prometedor para esta perspectiva”. Coloma no ofrece detalles de cómo se debe aplicar el cálculo de probabilidades a la concepción de estándar como umbral, pero creo que deja claro que admite esa posibilidad.

## IV. Los usos de los estándares de prueba

La contribución de Coloma no se limita a clarificar el sentido de “estándar de prueba”. El cuerpo central del artículo está dedicado a hacerle ver al lector que el uso de estándares de prueba, especialmente en el *civil law*, tiene consecuencias e implicaciones que no son nada evidentes, pero que tienen una importancia capital dentro de los procesos judiciales. Generalmente, se afirma que los estándares de prueba sirven esencialmente para determinar la distribución de errores en los procesos judiciales. Un estándar muy alto generará muchos falsos negativos, mientras que un estándar muy bajo tendrá el efecto contrario. La fijación del estándar de prueba sirve entonces para decidir la proporción de falsos positivos y falsos negativos que una sociedad está dispuesta a aceptar. Coloma nos muestra que limitar el uso de los estándares de prueba a ese fin es empobrecer el concepto. A continuación discutiré algunos de los usos señalados por Coloma.

Los usos de los estándares de prueba son clasificados por Coloma en tres grandes modalidades: i) la determinación de la cantidad de errores esperables del sistema de adjudicación, II) la distribución entre las partes de los errores que produce el sistema, y iii) la forma que adoptan los hechos probados.

La primera modalidad corresponde al uso más comúnmente aceptado de los estándares de prueba mencionado anteriormente: la distribución general de errores. Coloma incluye bajo esta primera categoría la influencia que tiene el estándar de prueba en el momento de decidir si es conveniente participar, o retirarse anticipadamente de un litigio. Las partes hacen un cálculo de sus probabilidades de éxito a partir del estándar utilizado, y deciden si es conveniente proseguir. El estándar también sirve como guía para que las partes decidan cuánta prueba es necesario producir sin incurrir en costos excesivos y desproporcionados. Finalmente, Coloma también incluye aquí la influencia que puede tener el estándar sobre la clase de inferencias que es válido realizar, sobre “los saltos argumentales que resultan tolerables”. Sin embargo, como señala Gama, no es clara la relación entre el estándar de prueba y el estándar argumentativo, por llamarlo de alguna manera. ¿Por qué pensar que un



estándar de prueba bajo me otorga una cierta licencia argumentativa? Es cierto que si el estándar de prueba es, por ejemplo, la preponderancia de la prueba, las pruebas solo deberán otorgarle a la hipótesis un grado de confirmación superior al 50%, pero eso no significa que para llegar a *ese* grado de confirmación sea admisible violar reglas lógicas o argumentativas. Como afirma Gama, “el hecho de que haya un salto argumental en alguno de los tramos de la inferencia convertiría a esta en inaceptable”. En síntesis, creo que existe una confusión entre la firmeza de la hipótesis y la firmeza de los argumentos que fijan ese grado de firmeza. Asociado con lo anterior, también resulta problemática la afirmación de Coloma según la cual un estándar de prueba exigente “favorece que las decisiones adoptadas por los tribunales de justicia sean, en términos generales, más fiables que las que resultan de la utilización de estándares de prueba menos exigentes”. Un tribunal civil que se rija por un estándar de prueba bajo, como la preponderancia de la prueba, puede ser altamente fiable en las decisiones que toma debido, por ejemplo, a las bondades del diseño institucional. No existe ningún tipo de incompatibilidad entre las dos cosas.

La segunda modalidad de uso de los estándares de prueba consiste en la distribución entre las partes de los errores que produce el sistema. Aquí se incluye la distribución entre las partes de falsos positivos y falsos negativos. Coloma, al igual que la gran mayoría de los teóricos, es un poco escéptico acerca de este uso de los estándares de prueba debido a nuestra ignorancia acerca de la distribución real de errores. Otro uso que cae bajo esta modalidad es el de determinar los opuestos que compiten en la decisión probatoria. Los opuestos a los que se refiere Coloma son: i) dar por probado/no probado un hecho  $x$ , y ii) dar por probado un hecho  $x$  o su contrario. Si el estándar de prueba es muy alto, se trata del primer caso. Cuando el estándar no es alcanzado, simplemente se declara como no probado el hecho en cuestión. Pero cuando el estándar es la preponderancia de la prueba, se trata del segundo caso, pues la no prueba del hecho  $x$  implica la prueba de su contrario.

La última modalidad de uso de los estándares de prueba es la de determinar la forma de los hechos probados. Por una parte, Coloma afirma que el estándar influye en la clase de razonamiento que adoptan

las partes y los jueces. Este puede ser atomista u holista. En el primer caso se divide la hipótesis a probar en sus proposiciones constitutivas y estas se ponen a prueba independientemente, mientras que en el segundo caso se analiza la hipótesis globalmente sin entrar a considerar individualmente la fortaleza de sus componentes. Según Coloma, si el estándar es muy alto, por ejemplo, si es “más allá de toda duda razonable”, se favorece la primera aproximación porque cada proposición debe cumplir dicho estándar. La que no lo haga dará pie para una duda razonable. Gama objeta que aquí ocurre algo similar a lo que se señaló en el caso de la relación entre el estándar de prueba y la calidad de la argumentación. Así el estándar sea muy bajo, la existencia de una proposición atómica implausible o increíble tiene un efecto devastador sobre la hipótesis general. La fortaleza de las demás proposiciones no puede apalancar proposiciones carentes de todo sustento. Además, como señala Gama, no es claro que el órgano decisor en realidad tenga la opción de adoptar un enfoque u otro. La relación entre ambos enfoques es un asunto que ha sido discutido en la literatura y la pregunta es si los estándares de racionalidad del derecho probatorio permiten abandonar el enfoque atomista<sup>11</sup>.

El segundo uso de los estándares de prueba que cae bajo esta última modalidad es el de determinar el estatus doxástico de los hechos probados. Estos pueden ser concebidos o bien como creencias o bien como la aceptación de un proceso de validación. En este caso la correspondencia sería entre el cumplimiento de un estándar de prueba alto y la generación de creencias en el determinador de los hechos, y un estándar bajo y la mera aceptación del cumplimiento de los requisitos legales. Coloma deja apenas planteado el asunto, sobre el que, por lo demás, existe una amplia literatura y una falta notoria de consenso. Faltaría aclarar qué se entiende exactamente por aceptación, por creencia, y además lidiar con la diferencia entre una concepción filosófica y una psicológica de la creencia. Hay aquí, pues, una veta lista para ser explotada en futuros trabajos.

---

<sup>11</sup> Véase Accatino, D., “Atomismo y holismo en la justificación probatoria”, *Isonomía*, 40, 2014, pp. 17-59.

## V. Consideraciones finales

El artículo de Coloma termina con un interesante ejercicio en el que se analizan los diferentes pasos del razonamiento probatorio teniendo en cuenta si se trata de un estándar alto o bajo. El tipo de estándar determina, a su vez, el tipo de razonamiento, la forma de los hechos, la actitud doxástica, etc., según lo que se explicó en el apartado anterior. El análisis también toma en cuenta si el estándar es entendido como umbral o como prototipo. No entraré a analizar en detalle los pasos explicados por Coloma. Me interesa, más bien, terminar con una breve reflexión sobre la idea de prototipo, que es un concepto sobre el que hubiera sido deseable mayor claridad y profundidad.

Un primer problema al que se enfrenta esta forma de concebir el estándar de prueba es que no es en absoluto claro qué es lo que estamos buscando cuando queremos adoptar un prototipo. ¿Se trata de una decisión judicial que posea virtudes argumentativas, procesales y probatorias que la hagan sobresaliente? En tal caso, ¿qué características y virtudes debe tener? ¿Cuál debe ser la relación entre las pruebas y el hecho a probar? Dado que existen límites a la posibilidad de generalizar un caso particular, ¿qué criterios se deben seguir para no excedernos en dichas generalizaciones? Y si solo tomamos en cuenta las características más generales del prototipo, ¿no se corre el riesgo de que este resulte inservible como base para tomar una decisión?

En los sistemas que utilizan jurados se ha detectado que estos utilizan sus propios prototipos o esquemas de un crimen a la hora de juzgar la culpabilidad del imputado. Así, el acusado es juzgado culpable por un miembro del jurado cuando existe un traslape significativo entre las circunstancias del crimen y el caso prototípico que tiene en su cabeza<sup>12</sup>. No hay razón para pensar que algo similar no ocurra en los sistemas continentales en los que el juez se puede haber formado, como resultado de su práctica profesional, un prototipo altamente subjetivo de

<sup>12</sup> Ogloff, J. R. P., "Jury decision making and the insanity defense", en Castellan, N. J., (ed.), *Individual and group decision making. Current issues*, Hillsdale: Lawrence Earlbaum, 1993, pp. 167-202.

cada tipo de crimen. Si lo que se pretende al formular el estándar de prueba en términos de prototipos es eliminar el uso de probabilidades subjetivas, hay que tener en cuenta que los prototipos individuales y subjetivos también entran en juego en el momento de la decisión.

Finalmente, si existe un continuo en el razonamiento inductivo en la vida cotidiana, en la ciencia y en el derecho, como lo he planteado en esta introducción, para darle contenido a la idea de estándar de prueba debemos buscar aquellos elementos en común al razonamiento en todas estas esferas. La idea de umbral parece mucho más cercana a una práctica que se puede identificar en todas ellas. En cambio, la idea de prototipo solo es utilizada en contextos muy específicos y es menos propicia a la generalización. Es quizás por esta razón que la idea de estándar de prueba como umbral se niega a desaparecer de la literatura sobre razonamiento probatorio.

## Bibliografía

- Accatino, D., “Atomismo y holismo en la justificación probatoria”, *Isonomía*, 40, 2014, pp. 17-59.
- Cresto, E., “Una teoría de la prueba para el ámbito jurídico: probabilidades inciertas, decisiones y explicación”, en Páez, A. (ed.), *Hechos, evidencia y estándares de prueba*, Bogotá: Ediciones Uniandes, 2015, pp. 89-119.
- Earman, J., *Bayes or bust? A critical examination of bayesian confirmation theory*, Cambridge: MIT Press, 1992.
- Fenton, N., Neil, M. y Lagnado, D., “A general structure for legal arguments about evidence using Bayesian networks”, *Cognitive Science*, 2013, p. 37, 61-102.
- Fenton, N., Neil, M. y Berger, D., “Bayes and the law”, *Annual Review of Statistics and Its Application*, 2016, p. 3, 51-77.
- Hempel, C. G., “Studies in the logic of confirmation”, *Mind*, 1945, p. 54, 1-26, 97-121.
- Howson, C. y Urbach, P., *Scientific reasoning: the Bayesian approach*, Chicago: Open Court, 1993.

- Laudan, L., *Truth, error and criminal law: An essay in legal epistemology*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- Levi, I., *The enterprise of knowledge*, Cambridge: MIT Press, 1980.
- Levi, I., *Hard choices*, Cambridge: Cambridge University Press, 1985.
- Lillquist, E., “Teoría de la utilidad esperada y variabilidad en el estándar de prueba más allá de toda duda razonable”, en Cruz Parceró, J. A. y Laudan, L. (eds.), *Prueba y estándares de prueba en el derecho*, México: UNAM, 2010, pp. 141-165
- Lipton, P., *Inference to the best explanation*, segunda edición, London: Routledge, 2004.
- Maher, P., *Betting on theories*, Cambridge: Cambridge University Press, 1993.
- Ogloff, J. R. P., “Jury decision making and the insanity defense”, en Castellan, N. J. (ed.), *Individual and group decision making. Current issues*, Hillsdale: Lawrence Earlbaum, 1993, pp. 167-202.
- Páez, A., “Estándares múltiples de prueba en medicina y derecho”, en Páez, A. (ed.), *Hechos, evidencia y estándares de prueba*, Bogotá: Ediciones Uniandes. 2015, pp. 123-152.
- Pardo, M. S. y Allen, R. J., “Juridical proof and the best explanation”, *Law and Philosophy*, 2008, p. 27, 223-268.
- Van Fraassen, B., *Laws and Symmetry*, Oxford: Clarendon Press, 1989.



## Los usos de los estándares de prueba: entre umbrales y prototipos<sup>1</sup>

*The Uses of Standards of Proof: Between  
Prototypes and Thresholds*

Rodrigo Coloma Correa\*

*“Pero la certeza, generalmente, es una ilusión  
y el reposo no es el destino del hombre”*

O. W. Holmes  
*La senda del Derecho*

Recepción y evaluación de propuesta: 15/04/2016

Aceptación: 15/7/2016

Recepción y aceptación final: 4/7/2017

**Resumen:** Este texto analiza la estructura lógica y los usos de los estándares de prueba (EdP). En cuanto a lo primero, sostiene que los EdP admiten reconstruirse como umbrales o prototipos. En cuanto a lo segundo, indica que los EdP no solo se usan para distribuir falsos positivos y falsos negativos —como sostiene una posición bastante difundida—,

\* Profesor de la Universidad Alberto Hurtado, doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid, Santiago de Chile.

Correo electrónico: rcoloma@uahurtado.cl

<sup>1</sup> Esta investigación es parte de proyecto financiado por el Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico, FONDECYT 1170872, “Prueba de los hechos. Coordinación entre el lenguaje de la teoría y el lenguaje de la práctica”. Este texto se ha visto beneficiado por las observaciones de varios lectores generosos que me hicieron ver distintos problemas en las versiones preliminares. En especial, agradezco los minuciosos y certeros comentarios de Daniela Accatino, Claudio Agüero y Flavia Carbonell.

sino también, influyen en la cantidad de errores totales que produce el sistema de adjudicación, e incluso modelan la forma que adoptan los hechos probados. La operatividad de los EdP se ilustra con un ejercicio que muestra su condición tanto de prototipo como de umbral.

**Palabras clave:** decisiones probatorias, estándar de prueba, significados de la locución estándar

**Abstract:** This paper examines both the logic structure and the uses of standards of proof (SoP). On the first matter, the paper argues that SoP can be reconfigured as thresholds or prototypes. On the second matter, it states that SoP are not only used to distribute false positive and false negative type of errors—as the mainstream literature affirms—, but also can influence in the amount of total errors generated in the adjudication system, and they even can shape the way that proven facts are adopted. The functionality of SoP is illustrated with an exercise that shows their status as prototypes and thresholds.

**Keywords:** evidentiary decisions, standard of proof, meanings on the notion of standard

## I. Introducción

De los problemas que aquejan a la decisión de los hechos, el concierne a cómo deben usarse<sup>2</sup> los estándares de prueba es de los más difíciles y, a la vez, de los que más amenazan la operatividad de los sistemas de adjudicación. En consonancia con su dimensión normativa, existen expectativas de que los estándares de prueba (en adelante, los

<sup>2</sup> En este texto se habla recurrentemente de los «usos» de los estándares de prueba. Con ello refiero a que los estándares de prueba influyen, en distinta medida, en la elección de cursos de acción. La noción de aplicación—que indudablemente parece más familiar en el ámbito normativo— me ha parecido demasiado fuerte para los propósitos de lo que aquí presento. Para entender que un estándar de prueba ha sido usado bastará con que haya constituido una razón auxiliar para la adopción de un cierto curso de acción.



EdP<sup>3</sup> cumplan una función de *guía/control* sobre la toma de decisiones a cargo del adjudicador. La manera en que tradicionalmente se espera que lo hagan es por la vía de dirimir la suficiencia de las pruebas rendidas y de las argumentaciones vertidas por las partes (los EdP fijan las cargas de persuasión). En términos simples, aquello implica que si las exigencias establecidas por el EdP son superadas, los hechos debatidos en una cierta clase de procedimiento judicial debieran darse por probados; en caso contrario, no<sup>4</sup>.

Según una visión más o menos extendida, un EdP plenamente operativo<sup>5</sup> mantiene suficientemente controlada una cierta *ratio* de falsos positivos y de falsos negativos. Así, los EdP resultan claves para zanjar el problema de la distribución de errores inherentes a las decisiones probatorias<sup>6</sup>. Existe, sin embargo, la sospecha de que *en la realidad* la distribución de los errores en la fase probatoria no es un asunto que

<sup>3</sup> Para no resultar fatigoso, en ciertas ocasiones con la sigla EdP estaré también refiriendo al uso de los estándares de prueba. En relación a lo último, el contexto permitirá identificar los casos en que así ocurre.

<sup>4</sup> Los EdP fijan un parámetro de suficiencia probatoria. Si no hay claridad en ello la discrecionalidad judicial será de una amplitud tal que hará implausible sostener que el análisis de las pruebas es una tarea regulada por reglas. El problema es advertido —en términos más generales— por Allen, al indicar: “Para que el derecho probatorio pueda ser realmente regulatorio, debe normar la interacción entre lo que se aduce en el juicio y el consiguiente proceso inferencial que depende del conocimiento y de las creencias del juzgador” (Allen, R., “Los estándares de prueba y los límites del análisis jurídico”, en Vásquez, C. (ed.), *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*, Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 58). En un sentido algo distinto, pero enfatizando, de todas formas, los requerimientos de precisión mínima, dice Ferrer: “La importancia de definir con claridad todos estos estándares de prueba es crucial, puesto que sin ellos no puede pretenderse una valoración racional de la prueba ni un control de la valoración realizada” (Ferrer, J., *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 152).

<sup>5</sup> La operatividad de los EdP supone una labor relevante de especificación previa de parte de una comunidad interpretativa. Las formas en que suelen ser formulados suelen ser, en extremo, abstractas.

<sup>6</sup> Según Clermont, la reducción de los costos del error es una expectativa presente en los sistemas del *common law*. En los sistemas del *civil law*, en cambio, se busca proteger a la parte que no debe soportar la carga de persuasión: así, el problema que realmente le preocupa tiene más bien que ver con la legitimación de la decisión. Clermont, K., *Standards of Decision in Law*, Durham: Carolina Academic Press, 2013, p. 274.

dependa, en términos fuertes, de la utilización de los EdP y, en consecuencia, de poco o nada sirven<sup>7</sup>. En lo que sigue, sugeriré que los EdP son más operativos de lo que *prima facie* se les hace aparecer y que el juicio adverso que sobre ellos recae es consecuencia de una visión reduccionista de sus distintos usos.

Lo que sigue se divide en dos partes. La primera parte corresponde a un ejercicio de depuración conceptual de la locución EdP. En ella se presta especial atención a lo que se quiere decir con la partícula «estándar». Según se indicará, con la palabra «estándar» se puede referir tanto a umbrales como a prototipos. La segunda parte consiste en un ejercicio de identificación de los posibles usos de aquellos umbrales o prototipos que reconocemos como EdP. Dado que son utilizados en un contexto decisional complejo, sus repercusiones no se limitan a una función puntual, sino que inciden en variadas decisiones adoptadas durante los procesos judiciales, e involucran a distintos intervinientes. Para los efectos de controlar una lectura difusa respecto de las posibilidades de uso de los EdP, se incluye en la parte final un ejercicio que muestra cómo se puede operar con ellos, tanto si se les entiende como umbrales o bien, como prototipos.

### **I. 1. Dos significados para la partícula «estándar»**

Del análisis del lenguaje ordinario, cabe, a lo menos, extraer dos significados para la palabra estándar:

<sup>7</sup> En nuestro medio, las críticas de Larry Laudan —cuyo foco es el EdP del «más allá de toda duda razonable»— han ejercido una importante influencia en la actitud de sospecha que a nivel teórico se tiene de los EdP. Su principal preocupación radica en que las exigencias de los EdP se reducen a la producción de un cierto nivel de convicción en el adjudicador. Aquello, unido a la falta de precisión respecto de su significado, conspira en que se pueda hablar con propiedad de la aplicación de un EdP. Para esto último, se requeriría que los EdP fuesen objetivos y exigentes. Laudan, L., “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, *Doxa*, 28, 2005, especialmente p. 104 y ss. Sobre la brecha que se produce entre la teoría y la práctica en lo que concierne a los EdP, ver Dei Vecchi, D., “Tres discusiones acerca de la relación entre prueba y verdad”, *Discusiones*, XIII, 2013, pp. 252-260.

a) *Umbral que reduce*<sup>8</sup> *los problemas extensionales de una categoría.* Un acto de lenguaje constituye un estándar si define un valor mínimo (punto de quiebre) de pertenencia a una categoría<sup>9</sup>. Si en un caso concreto se iguala o supera lo que se determina en el umbral<sup>10</sup>, entonces todo ejemplar que antes habría sido calificado como dudoso, pasa a pertenecer a la categoría; en caso contrario, queda fuera. El ideal de un estándar, entendido como umbral, implica que el análisis que dirime si un ejemplar dudoso pertenece o no a la categoría, será puramente cuantitativo.

b) *Prototipo que reduce los problemas de extensión de una categoría.* La existencia de un estándar en este sentido, supone la construcción de un ejemplar que indubitadamente pertenece a una categoría y cuya función es la de resolver (algunos de) los problemas de pertenencia que afecta a casos que se sitúan en la zona de penumbra. El *modus operandi* de los estándares entendidos en este sentido se diferencia del precedente ya que el agente debe llevar a cabo un análisis de semejanzas y/o diferencias de los casos dudosos respecto del prototipo. La semejanza implica pertenencia y la diferencia implica no pertenencia. El análisis que se lleva a cabo cuando se entiende un estándar como prototipo es cualitativo.

<sup>8</sup> Es importante tener en cuenta que de los estándares se espera una reducción (no una eliminación) de los problemas extensionales. En razón de ello, son admisibles formulaciones que no operen bajo una lógica binaria (sí/no) y que, por tanto, se satisfagan con la reducción de la penumbra que afecta a las categorías sobre las que se aplica. Así, se entiende que los estándares ilustren acerca de las categorías, tal como ocurre con las definiciones ostensivas.

<sup>9</sup> La palabra categoría será utilizada con frecuencia en lo que sigue. Con ella pretendo comunicar que los significados de la partícula estándar que aquí interesan no son reducibles a escenarios puramente jurídicos. La búsqueda de estándares tiene sentido en cualquier contexto en que se aspire a alcanzar precisión o consenso en lo que debiera entenderse denotado por palabras que sirven para clasificar sujetos, objetos o fenómenos, derivándose de ello ciertas consecuencias.

<sup>10</sup> La expresión «umbral» es usada por autores que refieren al EdP. Así, por ejemplo, Páez, A., “Estándares múltiples de prueba en medicina y derecho”, en Páez, A. (coord.), *Hechos, evidencia y estándares de prueba*, Bogotá: Universidad de los Andes, 2015, p. 140 y ss. Según el Diccionario de la Lengua Española de la RAE, una de las acepciones de «umbral» es “valor mínimo de una magnitud a partir del cual se produce un efecto determinado.”

Para ilustrar lo anterior, me valdré de dos ejemplos sencillos tomados del diccionario Merriam Webster mediante los cuales se da cuenta del uso de la palabra estándar (*standard*), entendida esta como sustantivo (no adjetivo). Dice el aludido diccionario: a) “De acuerdo a los estándares modernos, la casa es demasiado pequeña”; b) “Este libro es el estándar respecto del cual todos los demás deberán ser juzgados”. Conforme al primero de los ejemplos, de un estándar se espera la elección de una serie de variables determinantes de lo que es una casa pequeña o no pequeña (por ejemplo, metros cuadrados construidos, cantidad de piezas, etc.) y la estipulación de un nivel básico de satisfacción (por ejemplo, 60 m<sup>2</sup> construidos, dos piezas, etc.). Conforme al segundo ejemplo, el estándar opera como un prototipo desde el cual es posible hacer comparaciones. A partir de cómo es “este libro”<sup>11</sup> (estilo, problemática abordada, complejidad, extensión, etc.) otros libros serán calificados como «buenos», «malos» o «regulares», «novedosos», «breves», «deficientemente escritos», o con otros calificativos por el estilo.

En los párrafos sucesivos, se demostrará que ambos significados son útiles para explicar los EdP.

## I. 2. ¿Qué implica la partícula «estándar» en los contextos jurídicos?

La discusión acerca de lo que se quiere decir con «estándares» es escasa. Aquello se explica por la circunstancia de que hasta hace algunos años, resultaba una expresión casi ausente en los discursos de jueces y abogados del *civil law*. La escasez de discusión —y, en consecuencia, de teoría— incide en que las diferencias que separan los estándares del resto de las directivas jurídicas son poco nítidas.<sup>12</sup> A continuación indicaré

<sup>11</sup> El prototipo puede expresarse mediante la identificación de un ejemplar concreto que pertenece a la categoría (como ocurre cuando se señala un libro concreto para aludir a la categoría de los libros deseados), pero también mediante el señalamiento de un ejemplar ideal como lo sería cuando se alude al “hombre medio”.

<sup>12</sup> La irrupción de los estándares de prueba en el *civil law* —podría pensarse— se debe fundamentalmente a la influencia que ha sido ejercida por el *common law* en el que, a diferencia nuestra, sí se contaba con una larga tradición en su uso. Sobre esto último, ver Clermont, K., *op. cit.*, p. 256-257.

algunas de las características más sobresalientes del uso de estándares en el mundo del derecho:

a) *El uso de estándares se produce (normalmente) en contextos en que uno o más agentes deben adoptar decisiones justificadas.* Los estándares sirven para dirimir conflictos acerca de si un caso cualquiera forma o no parte de una categoría a la que, por anticipado, se vincula una determinada reacción. De los estándares se espera, por una parte, la eliminación (o reducción al mínimo) de potenciales respuestas que no calcen con estructuras de comunicación propias de una lógica binaria<sup>13</sup>, esto es, en que solo se opera con las opciones: «este es un caso de X» y «este no es un caso de X»<sup>14</sup>. La lógica binaria excluye matices que en otros escenarios son fundamentales para enriquecer las explicaciones. Aquella merma se entiende compensada por su contribución a la disposición oportuna de respuestas para enfrentar problemas prácticos.

En contextos en que un agente no se vea forzado a tomar decisiones sino en que simplemente se espera que exteriorice sus creencias, no resulta incómodo, ni tampoco desaconsejable el uso de debilitadores discursivos como «quizás», «probablemente» u otros similares. El uso de estos permite introducir matices a las muy reducidas opciones ofrecidas por los códigos binarios<sup>15</sup>. Al contrario, en contextos que podrían llamarse

<sup>13</sup> Los estándares excluyen respuestas que, en una importante medida, propenden a que las discusiones respecto a la pertenencia a una categoría permanezcan abiertas, como ocurre cuando se recurre a expresiones tales como, «probablemente» o «quizás». La eliminación de los matices es objeto de crítica. La lógica borrosa se ha propuesto como una forma alternativa de dar cuenta del razonamiento que asuma su carácter “aproximado”, antes que preciso. Zadeh, L., “Fuzzy logic and approximate reasoning”, *Synthese* 30, 1975, p. 407.

<sup>14</sup> La aparente inevitabilidad de la lógica binaria en el campo jurídico se deriva, en gran medida, de que no se está dispuesto a graduar las penas o las indemnizaciones dependiendo del valor que sea asignado a la masa de prueba disponible.

<sup>15</sup> Los códigos binarios imponen un mayor nivel de responsabilidad sobre el agente que los usa. Al moverse solo entre opciones sí/no, se ponen en juego las competencias de razonamiento del agente. Al contrario, aun cuando no se acierte en un juicio, si se matizó con la expresión «probablemente», las eventuales críticas se suavizan. Ver Austin, J. L., “Otras mentes”, en Urmsom, J. O. y Warnock, G. J. (coomp.), *Ensayos filosóficos*, Madrid, Alianza, 1989, p. 103-108. Toulmin, S., *Los usos de la argumentación*,

decisionales (y también, en contextos tecnológicos), es indispensable simplificar la realidad por la vía de declarar relevantes algunos asuntos e irrelevantes otros.

Por otra parte, los estándares son usados bajo el entendido de que la decisión que se tome habrá de ser justificada. En ese sentido, la clausura a la que propenden es decisional y no discursiva. La aplicación del estándar no inhibe, entonces, la justificación del curso de acción adoptado.

b) *La utilidad de los estándares concierne a asuntos que prima facie se sitúan en la zona de penumbra de una categoría.* Resultan, entonces, innecesarios respecto de asuntos que tempranamente admitan ubicarse en las zonas de claridad o de obscuridad de la categoría que interesa. En estos últimos casos, basta con tener en cuenta las propiedades definitorias de la respectiva categoría.

Ante el abandono total de un encargo por parte de un mandatario —sin que se cuente con un sustituto y habiéndose derivado graves perjuicios por su falta de atención— la remisión a un estándar de diligencia, como lo es el del «buen padre de familia», no pasa de constituir una mera formalidad. Las propiedades definitorias de diligencia resultan más que suficientes para resolver el problema en términos de que «el agente ha sido negligente».

Para los efectos de hacer desaparecer (o, al menos, reducir) la penumbra en una categoría es necesario simplificar los problemas de indeterminación que aquejan la tarea interpretativa. Aquello supone declarar irrelevantes algunas de las posibilidades de uso que ofrece la categoría que interesa y/o estipular niveles de logro en otras.

Barcelona, Península, 2007, pp. 73-79. Respecto de la importancia del estándar de prueba “más allá de toda duda razonable” a los efectos de disminuir la angustia moral que históricamente se producía en los juzgadores que debían tomar decisiones de condena en contextos de incertidumbre, ver Whitman, J., *The origins of reasonable doubt. Theological roots of the criminal trial*, New Haven & London: Yale University Press, 2008, p. 10 y ss.

El problema de la responsabilidad del constructor que se encuentra obligado a operar conforme a ciertas expectativas de diligencia se zanja —por ejemplo— mediante la revisión de si cumplió o no con los estándares exigidos para la construcción de viviendas. Los estándares sustituyen el análisis de la diligencia a partir de las propiedades que ordinariamente la definen.

c) *Los estándares requieren conservar un nivel razonable de la complejidad de cada caso que se evalúa.* Para ello, los estándares toman en cuenta simultáneamente varios criterios que dirimen la pertenencia o no pertenencia a una categoría. Los objetos o conductas sometidas a evaluación pueden resultar muy satisfactorios en una cierta dimensión y escasamente en otras, lo que es relevante a los efectos de decidir su pertenencia a la categoría que interesa<sup>16</sup>.

La decisión de si un automóvil será considerado como un «automóvil seguro» debe tener en consideración variables tales como su capacidad de frenado, el nivel de deformación que se produce ante impactos a distintas velocidades, la *performance* alcanzada en situaciones de conducción anormales como ocurre cuando hay nieve en las calles, el nivel de iluminación de sus focos, etcétera. Un estándar bien formulado admite simplificarse (menos variables), bajo la condición de que no haya pérdida en ello.

d) *Los estándares consideran variables contextuales.* La diferente manera de formular e interpretar un estándar depende de las posibilidades que ofrezca el entorno (por ejemplo, tecnología disponible) y de las posibilidades de producción de prueba que tengan los sujetos concretos<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> Esta expectativa sobre los estándares enfatiza su diferencia respecto de las reglas. En lo que atañe a estas últimas, se opta por simplificar las categorías relevantes para el otorgamiento de beneficios o imposición de cargas. Ver Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995 (2.ª reimpresión de la 2.ª edición), pp. 155-159. En el sentido indicado, los estándares propenden a que se opere desde un subsistema normativo en que es posible identificar varios casos.

<sup>17</sup> A propósito de los «estándares de coherencia» de la justificación jurídica, Amalia Amaya destaca la variación que experimentan según el contexto en que se apliquen.

Aquello da lugar a que se hable de estándares modernos o tradicionales, de estándares exigentes o poco exigentes (relajados). Los estándares exigentes son especialmente útiles si se quieren evitar los riesgos de que se cuele un ejemplar indeseable en una categoría respecto de la que se discute. A la vez, son problemáticos por los altos costes en que debe incurrirse para satisfacerlos y porque dejan fuera ejemplares dudosos ubicados cerca de la zona de claridad. Su problema es la infrainclusión. Los estándares no exigentes, como contrapartida, son ineficientes para eliminar ejemplares que no cuentan con suficientes credenciales de pertenencia a la categoría y, a la vez, no generan incentivos para mejorar procesos de producción (sin necesidad de esfuerzo es muy probable que los ejemplares dudosos se acepten en la categoría). Su problema es la sobreinclusión.

Lo señalado incide, por ejemplo, en que la calificación de determinadas conductas como «diligentes» (o no) variará según si el estándar es el del «buen padre de familia» o «de las personas negligentes y de poca prudencia». Lo mismo es lo que lleva a que el carácter de probado o no probado de una cierta conducta varíe según si el estándar aplicado es el de la justicia penal o de la civil.

### I. 3. ¿Qué es un estándar de prueba?

La decisión de dar por probado (o por no probado) un hecho en contextos judiciales supone la coordinación entre un contenido (lo afirmado), una actitud (aceptación o rechazo), y un conjunto de razones que sirven

Como variables determinantes del contexto refiere, entre otras, a la importancia de las consecuencias, a las restricciones metodológicas, a los recursos disponibles e, incluso, a rasgos dialécticos. Amaya, A., “Diez tesis acerca de la coherencia en el derecho” *Discusiones X*, 2011, pp. 38-43. Respecto de los EdP, hay buenas razones para considerar las posibilidades que las partes del juicio tienen de producir prueba. Ver Larroucau, J., “Hacia un estándar de prueba civil”, *Revista Chilena de Derecho*, 39 (3), p. 797 y ss.; Coloma, R., “Estándares de prueba y juicios por violaciones a los derechos humanos”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, XXII (2), 2009, p. 225 y ss.



de soporte a la actitud que se adopta frente al contenido en cuestión<sup>18</sup>. En otras palabras, en sistemas jurídicos como los nuestros, para lograr que la conjetura formulada en la fase inicial del proceso adquiera el estatus de probado o no probado, no basta la actitud de aceptación o de rechazo, respectivamente. Se requiere también de la construcción de una narrativa que se haga cargo de la prueba rendida y de los argumentos vertidos por las partes, en términos consistentes con lo decidido.

Los contenidos posibles de un hecho probado/no probado se encuentran más o menos limitados por lo estipulado en la condición de aplicación de una o más normas jurídicas. Son las partes en un juicio las que —por regla general— soportan la carga de alegar una determinada forma de vinculación entre un pretendido episodio de la vida y aquello prescrito en el sistema jurídico. La discusión resulta más fructífera en la medida en que — en una fase temprana del proceso— se fije una conjetura definitiva de los hechos a probar. Quedarán, así, delimitados los contornos de la fase del proceso judicial conducente tanto a producir pruebas como, argumentaciones (¿de qué vamos a discutir en sede probatoria?). Para construir esa conjetura se requiere un esfuerzo interpretativo importante acerca de las relaciones posibles entre las disposiciones y los relatos ofrecidos por las partes. Al momento de definir el contenido de los hechos que se espera sean probados, los EdP no parecieran jugar un rol relevante.

Los EdP juegan un rol clave y directo para la adopción de actitudes. La manera en que operan es dirimiendo si los casos dudosos deben o no ser situados en la categoría de hechos probados en un proceso judicial. Dicho en otras palabras, los EdP contribuyen a la toma de decisiones en todos aquellos casos que se sitúan en la zona de penumbra de la conjetura. Los EdP, además, hacen posible que ante la misma conjetura —pero de la que se derivarán soluciones distintas (una pena, una indemnización)— se puedan tomar decisiones diferentes<sup>19</sup>. Así las cosas, los

<sup>18</sup> Lo expresado da cuenta de lo que ocurre con cualquier aserción que aspire a ser considerada como justificada. Pepper, S., *World Hypotheses*, Berkeley: University of California Press (impresión según demanda, año publicación 1942), pp. 11 y 12.

<sup>19</sup> La dependencia del contexto en lo que concierne a lo que llegarán a ser nuestras actitudes no es, por cierto, un asunto que se produce solo en el espacio de lo jurídico.

EdP deben dar indicaciones útiles acerca de las condiciones de las cuales se hará depender la actitud «hecho  $p$  probado: sí»; o su opuesta, «hecho  $p$  probado: no». Los EdP son construidos, entonces, con la pretensión de que operen como reglas determinativas o definatorias.

Las razones que pueden esgrimirse para calificar los hechos como probados o no probados son muy variadas. Las pruebas disponibles admiten múltiples formas de valoración y, por tanto, las razones dependen, en una importante medida, de lo que plantee cada una de las partes. Por cierto, hay razones más atendibles que otras. Las posibilidades de uso de los EdP en lo que concierne a las razones son indirectas. En otras palabras, los EdP no determinan las razones a esgrimir en un caso concreto, pero sí orientan a las partes respecto de si vale o no la pena invocar un conjunto de razones y no otro, según la actitud que se espera provocar en los juzgadores<sup>20</sup>. Se recurre para ello a las posibilidades que ofrecen los umbrales o prototipos.

Las formulaciones más consolidadas de los EdP son las de: «preponderancia de la prueba» (PP), prueba «clara y convincente» (CC) y «más allá de toda duda razonable» (MADR), siendo imaginables, por cierto, algunas otras. En principio, podría entenderse que la PP busca determinar si los hechos discutidos en un proceso judicial admiten calificarse como hechos probados, por la vía de ubicarlos en una cierta posición dentro de una escala de grados de prueba (aproximación a un umbral). En el caso del CC, la pertenencia a una categoría (de los hechos probados) pareciera lograrse por la vía de un juicio de semejanzas (aproximación a un prototipo). El MADR es más discutible ya que admite una lectura en ambas direcciones<sup>21</sup>.

Ver, por ejemplo, Nozick, R., *The nature of the rationality*, tercera edición, Princeton: Princeton University Press, 1995, p. 98.

<sup>20</sup> Esto también refiere a las razones que los jueces darán a los lectores de sus sentencias. Así, la argumentación de las sentencias está determinada, en parte, por lo que exigen los EdP. Todo esto se desarrolla a continuación al referirse a los usos de los EdP.

<sup>21</sup> Larry Laudan sostiene que es usual hallar dos clases de aproximación respecto del MADR. Por una parte, los tribunales de justicia suelen privilegiar una aproximación cualitativa (la preocupación, es por ejemplo, la clase de convicción que produce la prueba rendida) y, por la otra, los académicos están preocupados de fijar un umbral de probabilidad (bayesiana) que debe alcanzar la parte sobre la que recae la carga

Entendidos como umbrales, los EdP suponen la posibilidad de construir escalas de medición. Así, las interpretaciones buscan —a través de cifras o conceptos— reducir las variables relevantes del caso y, de esa manera, provocar consensos metodológicos. El cálculo probabilístico, pese a todas sus dificultades, resulta prometedor para esta perspectiva. Entendidos como prototipos, los EdP alientan las comparaciones con un caso cuya pertenencia a la categoría «hecho probado» no resulta dudosa. Así, por ejemplo, podría entenderse que a través del CC se busca representar un tipo de justificación que implica el uso de una narrativa que no abusa de distinciones ni del lenguaje rebuscado (clara) y, a la vez, que es apta para provocar en el interlocutor adhesión respecto de la estructura argumental utilizada (convinciente)<sup>22</sup>. La inferencia de la mejor explicación podría funcionar bien en esta sede.

de la prueba (Laudan, L., “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, *Doxa*, 28, 2005, pp. 98-99. Ver también Laudan, L., *Verdad, error y proceso penal*, Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 66-83). Aun cuando lo que preocupa a Laudan es la subjetividad y ambigüedad que puede detectarse en ambas aproximaciones redundando en que —a su juicio— el MADR no sea un EdP genuino, la distinción referida es ilustrativa de que el MADR admite ser reconstruido tanto como un prototipo (*debes estar tan convencido como en aquellos casos en que...*), o bien como umbral (*habiéndose probado un 90%, entonces...*).

Las fronteras son difíciles de delinear. Ferrer pareciera simpatizar con la concepción de los EdP como umbrales. Así, él sugiere que “es imprescindible fijar el umbral a partir del cual aceptaremos una hipótesis como probada” aclarando a continuación que no es posible una “cuantificación numérica”. Sin embargo, cuando hace una propuesta de cómo usar el MADR señala que: “1) La hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas...” aparece mucho más comprometido con una perspectiva propia de un prototipo. (Ferrer, J., *op. cit.*, p. 139, 147).

<sup>22</sup> A diferencia de lo que ocurre con el ejemplo del libro, el prototipo aquí referido tiene un alto nivel de abstracción. En rigor, un prototipo muy abstracto presenta problemas importantes para su identificación pues da amplio espacio al desacuerdo en la comunidad de intérpretes.

## II. ¿Cuáles son los usos de los estándares de prueba?

Los EdP admiten usos variados: algunos de ellos son directos y otros, indirectos. En lo que sigue se considerará, especialmente, lo que ocurre en el *civil law*, sin perjuicio de que la mayoría de los usos que se sugieren se aplican también en el *common law*<sup>23</sup>. Los EdP adquieren protagonismo no solo en la fase de la decisión probatoria, sino también en las etapas previas y posteriores de un juicio. La razón es aparentemente de Perogrullo: tanto las partes como el tribunal adaptan sus actuaciones según el impacto que, estiman, llegarán a tener en la decisión que da o no por probadas las acciones u omisiones<sup>24</sup> sobre las que se discute. La enumeración de los usos de los EdP que a continuación se hace no es exhaustiva<sup>25</sup> (no se agotan sus distintas posibilidades) y, a la vez, en varios de los casos presentados tiene un carácter meramente exploratorio (algunos de las propuestas podrían reformularse o fusionarse):

<sup>23</sup> Las diferencias obedecen, principalmente, a que en el *civil law* la decisión probatoria corresponde a jueces profesionales, y a que esta debe motivarse (Taruffo, M., “Tres observaciones sobre ‘Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar de Larry Laudan’”, *Doxa*, 28, 2005, pp. 119-122). Según Laudan, ni la participación de jueces profesionales, ni la obligación de motivar cambia mayormente la situación respecto al MADR (Laudan, L., “Una breve réplica”, *Doxa*, 28, 2005, pp. 152-155). Al observar el comportamiento de los tribunales, Laudan pareciera llevar la razón. Hay, sin embargo, algunas diferencias que es útil no diluir respecto del papel de los EdP. En el listado que se propone en este trabajo, habrá que prestar atención a las letras c) y f).

<sup>24</sup> En rigor, también se dan por probados *estados de cosas*, sobre todo, en casos en los que se persigue la responsabilidad objetiva de un sujeto. El foco en la prueba de acciones u omisiones se explica dado que a nivel de uso de EdP se pone mayor atención en el *probandum* final que en los intermedios. Anderson, T., Schum, D. y Twining, W., *Análisis de la prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 409.

<sup>25</sup> Un análisis interesante que amplía las posibilidades de uso de los EdP —tal como aquí se promueve— puede verse en Ho, H. L., *A Philosophy of Evidence Law*, Oxford: Oxford University Press, 2010 (reimpresión), p. 185 y ss. Ho llama la atención acerca de la conveniencia de adoptar una forma de análisis de los EdP, desde una perspectiva interna. Aquello implica considerar su dimensión en cuanto estándares de precaución, es decir de una actitud de resistencia a ser persuadido de la verdad de la conjetura de la que judicialmente se discute. Lo expresado redundaría en que en el EdP de la PP (aplicable para materias civiles) promueva la actitud de imparcialidad del juzgador; en cambio, el EdP del MADR (aplicable en el ámbito penal,) lo que promueve es una actitud de protección en favor del acusado.

a) *Orientan a las partes respecto de la conveniencia de participar o de retirarse anticipadamente en un litigio.* Por una parte, los EdP dan señales al demandante o al acusador acerca de cuándo conviene iniciar un proceso judicial y, a la vez, de cuándo es preferible abstenerse de hacerlo. Por la otra, los EdP estimulan o desincentivan a la demandada o acusada a transigir, a perseverar o a rendirse tempranamente. Acorde a lo indicado, un estándar poco exigente estimula la interposición de demandas y, a la vez, hace aconsejable a la parte demandada transigir para salvar parte de lo disputado, e incluso, reconocer sus responsabilidades para ahorrarse los costes de la litigación. Al contrario, un estándar altamente exigente desincentiva la interposición de demandas, insta a los demandantes a estar más llanos a negociar en caso de desacuerdo, como también, da señales a los demandantes en orden a no ser propensos a aceptar transacciones<sup>26</sup>.

b) *Orientan a las partes acerca de cuánta prueba conviene producir en un proceso judicial.* Un buen manejo de los EdP disminuye los problemas de hiper racionalidad (producción y/o análisis de prueba sobreabundante) o de irracionalidad (producción y/o análisis de prueba escasa)<sup>27</sup>. Si las demás variables se mantienen constantes, un EdP altamente exigente implica que el demandante deberá asumir elevados costos para salir victorioso y, al contrario, que la demandada no debiese invertir demasiados recursos en la producción de pruebas, ni en la construcción de argumentos. A su vez, un EdP poco exigente implica para el demandante costes reducidos de producción de pruebas y de argumentos. A la vez, para la demandada implica un esfuerzo equiparable al de este, si no quiere ser derrotada.

En la realidad, las otras variables relevantes que inciden en la cantidad de prueba a producir no permanecen inalteradas. Un EdP altamente exigente se asocia a decisiones que impactan de manera importante en la vida del acusado o demandado, por lo que este no se

<sup>26</sup> Ver Allen, R., *op. cit.*, pp. 49-50; Anderson, T., Schum, D. y Twining, W., *Análisis de la prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 284 y ss

<sup>27</sup> Elster, J., *Juicios salomónicos. Las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión*, Barcelona: Gedisa, 1991, p. 19.

arriesgará a producir poca prueba. La parte acusadora o demandante, que sabe aquello, se preocupará de producir aún mejores pruebas y argumentos si no quiere fracasar en su intento probatorio. Un EdP poco exigente no lleva necesariamente a una producción moderada o baja de pruebas y argumentos: la cuantía de lo que se encuentra en juego podría implicar un gran esfuerzo de ambas partes conducente a una producción alta de pruebas y argumentos.

c) *Modelan la clase de inferencias que es válido realizar desde las pruebas disponibles hacia las conjeturas a probar.* Los EdP definen la magnitud de los saltos argumentales que resultan tolerables, ya sea en los alegatos de las partes o en el texto de las sentencias<sup>28</sup>. Los saltos intolerables —podría decirse— son aquellos que van mucho más allá de lo que sus premisas permiten. Por cierto, las premisas en sí no fijan sus alcances, sino la respectiva comunidad de intérpretes. Los EdP asumen dicha tarea por la vía de indicar autoritativamente cuán arriesgadas (o conservadoras) se espera que sean las inferencias probatorias que se proponen, tanto en los alegatos de los abogados como en las sentencias de los jueces<sup>29</sup>.

Un EdP exigente es escasamente tolerante a la realización de inferencias arriesgadas a partir de la prueba disponible (no hay espacios para realizar saltos argumentales muy amplios). Un EdP poco exigente, en cambio, está abierto a la inclusión de inferencias que no eliminen explicaciones alternativas plausibles (las cadenas de argumentos admiten una mayor separación entre sus eslabones). Conforme a lo indicado, el texto de una sentencia condenatoria en casos que corres-

<sup>28</sup> En términos generales, los EdP se usan para evaluar la legitimidad de una red de argumentos completa, más que de distintos tramos de argumentos. Dado que las inferencias representan múltiples conexiones entre los eslabones que forman parte de la red argumental, podría pensarse que los EdP no actúan a un nivel micro como el que se sugiere. Esta objeción no vendría al caso. La red argumental puede perder mucha fuerza por solo una inferencia dudosa (como no es de extrañar que ocurra con la duda razonable). A ello se suma la circunstancia de que los EdP orientan a los participantes acerca de la rigurosidad con la que deben operar en cada paso argumental que realicen si se asume una perspectiva más atomista que holística (piénsese, por ejemplo, en el *chart method* de Wigmore).

<sup>29</sup> Coloma, R.; Agüero, C., “Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, N°2, 2014, pp. 681 – 685.

ponda aplicar un EdP altamente exigente debiese ser exhaustivo en orden a reducir, en la mayor medida de lo posible, ya sea las lagunas explicativas, o bien las contradicciones entre las distintas partes del discurso. Especial cuidado deberá tenerse en la eliminación de explicaciones alternativas que se encuentren dotadas de plausibilidad y que apunten en una dirección opuesta a la elegida. El texto de la sentencia condenatoria en que se aplique un EdP poco exigente puede no ocuparse de destruir cualquier explicación alternativa, salvo que exista prueba que fortalezca alguna de tales explicaciones alternativas. Al contrario, en sentencias absolutorias en que se aplique un estándar exigente podrá bastar con mostrar cualquier fisura argumental que haga plausible una explicación diferente a la sostenida por la parte demandante o acusadora. Por su parte, en sentencias absolutorias en que se aplique un estándar poco exigente habrá que preocuparse por dejar asentadas lagunas o contradicciones importantes en las explicaciones de la demandante o acusadora; ello en términos de que el curso alternativo que ofrece aparezca como tan plausible como el que se desecha.

d) *Distribuyen riesgos de falsos positivos y falsos negativos*. La concepción hegemónica de los usos de los EdP se focaliza en el problema de la distribución de los falsos positivos y de los falsos negativos. Se trata de una versión fuerte, ya que de lo que aparentemente se hace cargo es de la zona de discrepancia habida entre lo que se da o no se da por probado, por una parte, y aquello que realmente ocurrió en el mundo, por la otra<sup>30</sup>.

Según la formulación recién anunciada, este uso de los EdP se anticipa como inservible pues —como es de sobra sabido— no nos encontramos en la posición del “Ojo de Dios” respecto de lo que *realmente*<sup>31</sup> ha ocurrido en el mundo y, por tanto, la referida comparación parece

<sup>30</sup> La crítica de Juan Carlos Bayón en cuanto a que los EdP se limitan a establecer relaciones ordinales, siendo impotentes, en cambio, para comparaciones cardinales, es una observación que da cuenta de lleno de los problemas que aquejan a la versión fuerte de la distribución de falsos positivos y falsos negativos. Bayón, J. C., “Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano”, *Analisi e Diritto*, 2008, p. 31, 32.

<sup>31</sup> La locución “ocurrió realmente” es extraña. Aparece como una tautología, pero si analizamos cómo usamos el lenguaje no lo es. En una cierta medida, de lo que se trata es de fijar una posición de poder.

imposible de realizar. Una posible salida pasa por resignificar los términos «falso positivo» y «falso negativo» (versión débil). De lo que se trata es de exigir una determinada posición epistémica<sup>32</sup> (más/menos fuerte), ya sea en el momento de la decisión o posteriormente<sup>33</sup>. Así, por ejemplo, si habiéndose ya condenado a los acusados por un delito de homicidio aparece viva la presunta víctima, nos encontraremos en inmejorables condiciones para sostener que en la sentencia se incurrió en un falso positivo. Eso no es todo, también estaremos en una confortable posición epistémica para alegar un falso positivo, si con posterioridad a la condena se aprehende a otros sujetos respecto de los cuales se genera prueba mucho más apabullante acerca de su culpabilidad que la que, en su momento, estuvo disponible respecto de quienes fueron condenados.

Un EdP escasamente exigente establece un contexto propicio para el aumento de los falsos positivos (se dan por probados hechos respecto de los cuales las pruebas de cargo no han sido especialmente fuertes y, por tanto, no sería impensable que en el futuro se lleguen a producir pruebas que las desvirtúen), en cambio, un estándar altamente exigente establece un contexto en que no resultan infrecuentes los falsos negativos (no se dan por probados hechos respecto de los cuales las pruebas son fuertes, siendo previsible que en el futuro no sean desvirtuadas e, incluso, resulten fortalecidas). El primer escenario beneficia a los demandantes y el segundo, a los demandados.

e) *Determinan los opuestos que compiten en la decisión probatoria.* Las opciones en competición pueden ser: a) «probada la conducta *X*» v/s «no probada la conducta *X*»; o b) «probada la conducta *X*» v/s «probada la conducta *no X*». En el primero de los casos el opuesto a la decisión de dar por probada la conducta *X* es la suspensión de la deci-

<sup>32</sup> Susan Haack habla a propósito de los EdP en términos de grados de aval, lo que es consistente con la versión débil aquí presentada. Haack, S., “El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica”, en Vásquez, Carmen (ed.), *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*, Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 75-89.

<sup>33</sup> Si se asume una versión débil de la distribución de falsos positivos y falsos negativos, la satisfacción de la expectativa de establecer relaciones ordinales entre los cursos de acción no constituye un mal resultado. Aquello, por lo demás calza bastante bien con la concepción de los EdP como prototipos.



sión dar por probado  $X$  (negación ilocucionaria). En el segundo de los casos, el opuesto a la decisión de dar los hechos por probados ( $X$ ) es la decisión de dar por probada la conducta opuesta, es decir *no*  $X$  (negación locucionaria o proposicional). El asunto, por cierto, es relevante respecto de la forma en que se llevará a cabo el juicio<sup>34</sup>. La primera perspectiva pareciera ser la propia del MADR; en cambio, la segunda es la que mejor representa a la PP.

Al no considerarse la lógica propia de una competición entre puntos de vista contrarios, sino solo una determinada forma de dar cuenta de la realidad (por ejemplo: Rodión mató a Aliona), en el caso del MADR la función de la defensa se reduce a debilitar las razones por las cuales habría que aceptar dicha reconstrucción. En el caso de la PP compiten dos reconstrucciones de un evento: Montgomery pagó el precio pactado / Montgomery no pagó el precio pactado. En vista de ello, la parte sobre la que no recae el EdP debe preocuparse no solo de desvirtuar lo afirmado por la contraparte, sino también de suscitar adhesión a la versión que defiende<sup>35</sup>.

f) *Influyen en la clase de razonamiento que las partes y los jueces adoptan para conectar la prueba disponible y la conjetura que se somete a contrastación.* Los enfoques que compiten son, por una parte, de carácter atomista, lo que implica que el analista divida la conjetura en diferentes proposiciones (penúltimas) a demostrar. Cada una admite un análisis inde-

<sup>34</sup> La forma de participar en el juicio cambia considerablemente según los opuestos que compitan. En el primero de los casos presentados, a la parte sobre la que no recae la carga de la prueba le basta con debilitar la versión de la contraria en términos que no llegue a ser aceptada (actúa como un *aguafestas*: solo debe destruir); en el segundo de los casos, la parte que no soporta la carga de la prueba debe debilitar el punto de vista rival y, a la vez, construir un relato alternativo.

<sup>35</sup> Como hipótesis, cabría sostener que la PP admite reconstruirse desde la perspectiva del demandado, sin que ello provoque alteraciones en los procesos en que esta se aplica. Una fórmula podría ser la de que la demandada debe soportar un EdP de «al menos una prueba que resulte equiparable a la que presente el demandante». En la práctica sería difícil que funcione algo así, ya que la PP suele entenderse asociada a la exigencia de que la parte que debe soportar el EdP tiene la obligación de presentar un nivel de prueba que haga al menos plausible lo que sostiene. Ver Schauer, F., *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, Cambridge & London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006, p. 79 y ss.

pendiente. Cuando aquello ocurre, la cadena argumental resulta tan delgada como lo sea su eslabón más delgado. En el MARD al excluirse del estatus de probado las conjeturas respecto de las cuales se entiende que persiste una duda razonable, se favorece el desglose del análisis en tantas variables como resulte útil a la defensa a los efectos de identificar una duda razonable.

El razonamiento holístico se ocupa de abordar el problema como un todo. No importa la debilidad de algunas variables, sino lo que ocurre con el conjunto. Así, el caso no se analiza como un diagrama argumental en que se desglosan las diferentes variables, sino como una red en la que algunas partes débiles son sostenidas por las más fuertes. En la PP, en cambio, se favorecen formas de representación argumental que dejan de lado cuestiones de detalles, y el foco se dirige hacia la comparación de los distintos relatos en competición.

g) *Inciden en la elección entre una concepción de los hechos probados que los concibe como creencias, o bien como decisiones que han superado un proceso de validación.* Los EdP pueden formularse en términos de que la decisión de que un hecho está probado se haga depender de la adopción de una creencia en favor de su existencia (lo que antes era una conjetura pasa a ser una creencia que se estará dispuesto a defender) o bien, de que se le acepte como el resultado de un procedimiento de validación<sup>36</sup>, independientemente que se crea en él (lo que antes era una conjetura pasa a ser un enunciado aceptado).

Las dos opciones recién indicadas se presentan también en la cotidianeidad. Así, respecto de una determinada aserción yo puedo creerla o no creerla, aceptarla o no aceptarla; y luego es de esperar que actúe en consecuencia. Creer algo no me releva de la obligación de dar razón de mis dichos y hacerme cargo de las refutaciones que se hagan; aceptar algo provoca efectos muy parecidos. Hay, sin embargo, una diferencia insoslayable entre ambas opciones al momento de asignarle un papel a la voluntad: *no se cree a voluntad*, incluso si se reconoce

<sup>36</sup> Esto supone una concepción de los hechos como conjeturas que habiendo sido sometidas a un proceso de validación, dejan de ser problematizadas por haberse desvanecido las razones para ello (*la última palabra ya fue dicha*).

que se puede voluntariamente llevar a cabo una serie de acciones que propenden a que yo llegue a creer o a descreer de algo. Cuando, en cambio, acepto una aserción que ha cumplido con ciertas condiciones de validación es porque he tomado una decisión en tal sentido<sup>37</sup>. Las personas, por cierto, tendemos a que lo que creemos y lo que aceptamos sea coincidente, pero estamos dispuestos a hacer excepciones<sup>38</sup>.

Un EdP como el de la PP calza bien con la concepción de los hechos como un acto de aceptación derivado de la concurrencia de distintas variables (cantidad de pruebas, relevancia de las pruebas, etc.), independientemente de cuales sean mis creencias. En casos en que las pruebas disponibles favorables a la versión de la demandante sean solo ligeramente superiores a aquellas que presenta la demandada, será frecuente que más que una creencia, se produzca solo una disposición favorable hacia una creencia<sup>39</sup> (aunque se esté en condiciones de sostener que probablemente los hechos debatidos ocurrieron, el adjudicador habitualmente dejará en suspenso las creencias que vayan en ese sentido). El MADR, en cambio, al menos en algunas de sus formulaciones<sup>40</sup>, puede hacerse calzar perfectamente con la concepción de hechos probados como dependientes de la producción de una determinada creencia (creencia firme respecto de la cual no se tienen dudas razonables), pasando a un segundo plano la superación del proceso de validación

<sup>37</sup> Otra diferencia refiere a que cuando se trata de adoptar una creencia, el sujeto tiene como referente su sistema de creencias previas no teniendo que dar razones de aquello, a menos que le sea solicitado (ver Levi, I., “Pragmatism and Change of View”, en Levi, I., *Pragmatism and Inquiry, Selected Essays*, Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 30 y ss.). El sujeto considera sus creencias actuales como lo dado y el juicio sobre la potencial nueva creencia es básicamente de consistencia con dicho sistema. En el caso que lo que se pida al sujeto sea la aceptación de la creencia, se le está situando en una situación de indiferencia respecto de su sistema de creencias exigiéndole un mayor compromiso con aquello que culturalmente se acepta.

<sup>38</sup> Ver Cohen, L. J., “Belief and acceptance”, *Mind*, XCVIII, 1989, p. 368; Mosterín, J., *Lo mejor posible. Racionalidad y acción humana*, Madrid: Alianza, 2008, p. 191 y ss.

<sup>39</sup> La actitud que mejor representa ese estado de cosas será la de suspensión de creencias (¡es posible que P haya ocurrido, pero no descarto que no haya ocurrido!).

<sup>40</sup> El art. 340 del Código Procesal Penal chileno dice: “Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible”.

propriadamente tal. También es posible que simultáneamente concurren ambas aproximaciones. Aquello ocurre si para dar superado el MADR se requiere la producción de un estado de creencias (no basta la aceptación) y, en cambio, para entender que no ha sido superado basta con *aceptar* una duda razonable procedimentalmente validada, incluso si el juzgador persevera en su creencia de la culpabilidad.

## II.1. Los macro-usos de los estándares de prueba

Los usos anunciados pueden agruparse en relación a tres macro-usos esperables de los EdP. Entenderé por macro-uso un conjunto de usos que presentan características comunes relevantes.

i) *Determinación de la cantidad de errores esperables del sistema de adjudicación*. Si se tienen en cuenta los usos de las letras a), b) y c), cabe sostener que un EdP exigente favorece decisiones más fiables que las esperables de la utilización de un EdP menos exigente. Aquello ocurre en razón de que con un EdP exigente, la parte demandante o acusadora elige solo «buenos casos»; es decir, aquellos en los que vislumbra posibilidades de éxito. Dado que en ellos se debe producir un mayor número de pruebas y argumentos de partes, los jueces están en mejor posición para evitar errores al momento de tomar la decisión<sup>41</sup>. El asunto no termina ahí, pues esa clase de EdP propende a una reducción de la magnitud de los saltos argumentales en el texto justificatorio. De esta manera, los EdP no tienen un uso que solo se relaciona con la distribución de errores, sino también con la cantidad de errores tolerables.

Las investigaciones que llevamos a cabo en diferentes contextos —incluido el de los procesos judiciales— propenden, por una parte, a aumentar los conocimientos; y por la otra, a reducir los errores, tanto

<sup>41</sup> Ver Keynes, J. M., *A Treatise of Probability*, London: Macmillan and Co., 1921, pp. 78-79. Lo expresado explica una aparente paradoja que se produce en cuanto a que en juicios orales penales (en que se opera con el MADR), la proporción de casos en que se dan por probados los hechos suele ser más alta que en aquellos que se aplica la PP (los juicios civiles). No hay tal paradoja pues en los juicios penales orales hay filtros más exigentes que evitan el ingreso de casos con prueba escasa, a la vez que el esfuerzo por optimizar la prueba es mucho mayor.

en los que consideramos como nuestros saberes actuales, como en los potenciales<sup>42</sup>. Un EdP exigente afecta las pretensiones cuantitativas (habrá menor cantidad de hechos probados) pero es deferente con las cualitativas (se reconocerá que se saben menos cosas, pero serán más seguras)<sup>43</sup>. Al contrario, un EdP menos exigente aumenta los saberes, pero se verán amenazados por un mayor número de errores.

ii) *Distribución entre las partes de los errores que produce el sistema de adjudicación*. Esta categoría está conformada por los usos indicados en las letras d) y e). Según lo ya señalado, al menos en el estado actual de desarrollo, entender los EdP como herramientas que permiten distribuir los riesgos de falsos positivos y de falsos negativos —entendidos en sus términos fuertes— constituye una meta que excede las posibilidades de los EdP. Una opción más viable pasa por entender los EdP, ya sea como mecanismos que fijan un umbral de resistencia a la falsación<sup>44</sup>, o bien como prototipos discursivos que determinan cuanto soporte requiere el relato de la parte sobre la que recae la carga de persuasión.

El MADR es un EdP exigente pues implica la exclusión de cualquier duda razonable en las cadenas argumentales<sup>45</sup> que dan sustento a la acusación. Con ello se espera una menor proporción de falsos positivos que de falsos negativos, bajo la condición de que las partes

<sup>42</sup> Ver Levi, I., *The fixation of belief and its undoing. Changing beliefs through inquiry*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, pp. 10-11.

<sup>43</sup> Lo expresado se produce en la medida en que la negación que acompaña al EdP sea ilocucionaria y no proposicional.

<sup>44</sup> Los esfuerzos de los tribunales de justicia por ocultar en sus sentencias condenatorias los espacios de incertidumbre que han dado por superados —pese a las lagunas de información que afectan al caso concreto— no constituye una estrategia que favorezca un genuino uso de los EdP. Mucho más interesante es la explicitación de las razones de por qué pese a esos fallos de información se decide adecuadamente dando los hechos por probados. Ver, en un sentido acorde al indicado, Gardner-Medwin, T., “Reasonable doubt: Uncertainty in Education, Science and Law”, en Dawid, Ph., Twining, W. y Vasilaki, M. (eds.), *Evidence, Inference and Enquiry*, Oxford: The British Academy, 2011, p. 466 y ss.

<sup>45</sup> Si se trata de argumentos coordinados (interdependientes), una duda razonable en cualquiera de las líneas de argumentación será suficiente para derribar los hechos afirmados por la parte acusadora. Si, en cambio, los argumentos son múltiples (independientes) habrá que analizar la red argumental completa para llegar a sostener que la duda razonable es un impedimento para dar por probados los hechos.

se encuentren en una posición simétrica en lo que concierne a las posibilidades de producir prueba o de persuadir (o bien, cuando habiendo asimetría no afecta al acusado)<sup>46</sup>. Con un EdP menos exigente como la PP no se pretende, en cambio, provocar desequilibrios relevantes entre falsos positivos y falsos negativos, bajo condición de que las partes se encuentren en una posición simétrica.

Las opciones que se hacen competir conforme a lo planteado en la letra e) inciden en la distribución de los riesgos de error. Al operar en un sistema en que la negativa a dar por probado obedece a una suspensión del juicio (negación ilocucionaria) los falsos negativos aumentan proporcionalmente; en cambio si se opera en un sistema en que la negativa a dar por probado los hechos implica aceptar la conducta opuesta a la que se trataba de demostrar (está probado no X), entonces disminuye la proporción de falsos negativos.

iii) *Forma que adoptan los hechos probados*. Este macro-uso agrupa los usos ya indicados en las letras f) y g). Respecto de la letra g), los EdP dan espacio a concepciones en que las creencias de quienes se desempeñan en el rol de jueces son gravitantes; como también a aquellas en que lo relevante es la aceptación de una conjetura en consideración de la fortaleza de las conexiones establecidas respecto de las pruebas disponibles. Lo expresado no es obstáculo a que en el primero de los casos resultará muy difícil operar con estándares de revisión de los hechos que se han dado o no por probados, dado que lo que mediante ellos habría que poner en duda es la sinceridad de los adjudicadores. En el segundo de los casos, un tribunal superior no debiese tener dificultades —más allá de las propias de definir los alcances del estándar de revisión y del conocimiento del caso concreto— para llegar a modificar lo que fue resuelto. Sin perjuicio de lo señalado, en el primero de los casos conserva sentido sostener que los tribunales hacen depender su decisión de lo que estipulan los EdP<sup>47</sup>.

<sup>46</sup> Ver Posner, R., "An Economic Approach to the Law of Evidence", *Stanford Law Review*, Vol. 51, 1998-1999, p. 1505.

<sup>47</sup> En los casos en que resulte absurdo afirmar que se ha alcanzado una cierta creencia, el sistema jurídico y social cuentan con resguardos, tales como sanciones disciplinarias, crítica abierta a las decisiones, etc.

Los EdP pueden ser usados en términos de privilegiar (o no) hechos consistentes con lo que se encuentra aceptado en espacios de discusión que excedan lo puramente jurídico. Si a los jueces se les pide aceptar hechos que puedan también usarse fuera del espacio del discurso de lo jurídico, es más fácil lograrlo si se recurre a una forma de razonamiento holística.

En rigor, varios de los usos de los EdP se vinculan a la inexistencia de disposiciones que aluden a lo que aquellos regulan. En ese sentido, tales usos son contingentes. Así, por ejemplo, los usos b), e), f) y g) podrían independizarse de los EdP si se introdujesen disposiciones que los traten directamente. De aquello resultaría que se restringirían los usos de los EdP a los más ineludibles, como sería el caso de d) y, en menor medida, de a) y c).

### III. Un ejercicio de toma de decisiones con EdP

El desencanto aludido al comienzo de este trabajo se relaciona estrechamente con el fracaso en la reducción de los resultados del análisis probatorio a un guarismo («la conjetura X ha sido probada un 0,7 dentro de un rango de 0 a 1») o, al menos, en la construcción de textos justificantes de la decisión cuyos contornos sean muy precisos («la conjetura X ha sido sólidamente confirmada», donde «sólidamente confirmada» se diferencia de manera nítida de «medianamente confirmada» o de «levemente refutada»). Los problemas inherentes a las metodologías utilizadas y/o a las precariedades de la cultura jurídica para aplicar el cálculo probabilístico han redundado en que el uso de números no pase de ser una metáfora<sup>48</sup>, salvo, tal vez, unos pocos casos que efectivamente han resultado provechosos<sup>49</sup>.

<sup>48</sup> La dificultad para limar los contornos de los conceptos hace difícil no establecer relaciones con números si se quiere comunicar precisión. Gascón, M., “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos”, *Doxa*, 28, 2005, p. 135 y ss.

<sup>49</sup> Los intentos más evidentes en ese sentido han apuntado a la aplicación del Teorema de Bayes a los asuntos probatorios. Hay una literatura abundante tanto a favor como en contra. Hasta la fecha, hay problemas no resueltos en el cálculo probabilístico, en cuanto herramienta útil para la gestión de los problemas probatorios. Ver, entre otros,

A continuación, presentaré una secuencia de pasos que toma en cuenta los usos de los EdP previamente señalados. Las posibilidades de ordenación sugeridas pueden variar, como también se pueden añadir o eliminar pasos. Algunas de las formulaciones de los pasos se explican desde una comprensión de los EdP preferente comprometida con su dimensión de umbral y otras, con la de prototipos. En la columna de la izquierda se tendrán especialmente presentes algunas de las posibilidades que ofrece la PP y en la derecha, algunas lecturas posibles de lo que implica el MADR.

**Fase 1.** Determine cuál es la opción opuesta a la de «probada la conducta X». Luego de ello, siga los pasos señalados bajo la respectiva columna.

<i>Probada la conducta no X</i>	<i>No probada la conducta X</i>
i) Identifique las piezas de prueba (y argumentos) que fortalezcan la conjetura X.	i) Identifique las piezas de prueba (y argumentos) que fortalezcan la conjetura X.
ii) Identifique las piezas de prueba (y argumentos) que debiliten la conjetura X.	ii) Identifique las piezas de prueba (y argumentos) que debiliten la conjetura X.
iii) Identifique las piezas de prueba (y argumentos) que fortalezcan la conjetura no X.	iii) Identifique los argumentos que resulten consistentes con la suspensión de toma de posición respecto de la conjetura X*.
iv) Identifique las piezas de prueba (y argumentos) que debiliten la conjetura no X.	

\* Esta situación puede darse en el caso de desacuerdo entre los juzgadores respecto de si la conjetura X ha sido probada (o no) a partir de la prueba disponible. La sola existencia de un desacuerdo constituye una razón para ser más cautos en la decisión, aun cuando no imposibilite considerar probada la conjetura X. Ver Coloma, R., “Dos es más que uno, pero menos que tres. El voto disidente en decisiones judiciales sometidas al estándar de prueba de la ‘duda razonable’”, *Política criminal*, 9 (18), 2014, pp. 400-427.

Haack, S., “El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica”, en Vásquez, C., (ed.), *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*, Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 83-94.



**Fase 2.** Identifique la estructura de razonamiento preferente para conectar la prueba disponible y la conjetura sometida a contrastación. Luego siga los pasos señalados bajo la respectiva columna.

<i>Razonamiento holístico</i>	<i>Razonamiento atomista</i>
i) Identifique distintos relatos posibles que articulen el material probatorio disponible en términos de fortalecer la conjetura a probar (X).	i) Desglose la conjetura a ser probada X en distintas proposiciones interdependientes que, a su vez, requieran ser demostradas (penúltima probanda)**.
ii) Elija aquella opción que se muestre más útil para la validación de la conjetura X.	ii) Establezca conexiones entre la penúltima probanda y la prueba disponible que ha seleccionado en la fase previa.
iii) Identifique distintos relatos posibles que articulen el material probatorio disponible en términos de fortalecer la conjetura a probar (no X*).	iii) Identifique en las distintas cadenas de argumentos, las partes que resultan más débiles.
iv) Elija aquella opción que se muestre más útil para la demostración de la conjetura no X.	

\* Se operará de esta manera si el opuesto a «probado X» fuere «probado no X».

\*\* Ver Anderson, T., Schum, D., Twining, W., *Análisis de la prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 409.

**Fase 3.** Determine si los hechos probados deben entenderse como creencias o como conjeturas que cuentan con credenciales para ser aceptadas. Luego siga los pasos que se indican más abajo.

---

<i>Hechos probados como creencias</i>	<i>Hechos probados como conjeturas con credenciales para su aceptación</i>
<p>i) Realice un ejercicio de introspección acerca de la información relevante producida en la audiencia de prueba que le parezca digna de ser tomada en cuenta (a su juicio, es prueba fiable).</p> <p>ii) Realice un ejercicio de introspección acerca de qué argumentos que toman en cuenta la información que Ud. ha considerado fiable establecen conexiones con las conjeturas rivales en términos de fortalecerlas o de debilitarlas.</p> <p>iii) Analice los resultados obtenidos de los pasos i) y ii) desde la perspectiva de si resistirán el escrutinio del auditorio al que se dirige la sentencia*.</p>	<p>i) Analice —desde la perspectiva de una comunidad racional— las piezas de información producida en la audiencia de prueba que sean aptas para soportar una decisión que da por probada la conjetura X.</p> <p>ii.) Analice —desde la perspectiva de una comunidad racional— la fiabilidad de las pruebas rendidas.</p> <p>iii.) Analice —desde la perspectiva de una comunidad racional— las fortalezas y debilidades de posibles conexiones entre las pruebas disponibles y la conjetura X.</p>

---

\* Este paso tiene en cuenta que la decisión debe ser motivada en un texto.

**Fase 4.** Evalúe la suficiencia de la prueba y de los argumentos que ha identificado en las fases previas, a los efectos de construir un relato. Tenga en consideración tanto si el relato es más fuerte que el alternativo, o bien si es apto para superar la inercia de lo no probado.

---

<i>Fortaleza de relatos consistentes con «probado X» y los de «probado no X»</i>	<i>Fortaleza de relato de «probado X» en términos de superar la inercia de lo no probado</i>
--	--

---

Evalúe lo siguiente, tanto respecto de «probado X» como de «probado no X»:

i) Relevancia del relato (conexión suficiente con las normas abstractas que pretenden aplicarse); ii) Coherencia de la narración (compatibilidad entre sus distintas partes); iii) Completitud o cobertura del relato (magnitud de las lagunas de información habida cuenta del contexto ¿podrían haber sido menos?, ¿quién es responsable de que se hayan producido?, etc.); iv) Anclaje con un *background* de conocimientos prestigiosos; v) Anclaje con la información producida en la audiencia de prueba (extensión de los saltos inferenciales que se realizan para los efectos de hacer aparecer el relato como una derivación de las que han sido válidamente presentadas como pruebas)\*.

*Pregunta clave:* ¿Cuál de los relatos es más satisfactorio respecto de las variables identificadas?

Evalúe lo siguiente respecto de «probado X» (realice los mismos pasos de la columna de la derecha)

*Pregunta clave:* ¿Es el relato suficiente como para superar la inercia que favorece al punto de vista de lo que no se encuentra probado?

---

\* Coloma, R., “Las buenas y las malas historias. Criterios de validación del discurso de los hechos en las sentencias judiciales”, en Brunet, P. y Arena, F. (dirs.), *Cuestiones contemporáneas de teoría analítica del derecho*, Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 87 y ss.

**Fase 5.** Decida de una manera deferente con las mayores o menores exigencias asociadas al EdP<sup>50</sup>.

En esta última fase no se distinguen dos columnas, pese a que hay efectos diversos según sea el EdP que se aplique. Se asumen los límites de los seres humanos para distinguir con un cierto nivel de precisión los niveles de logro de la actividad probatoria. Bajo una comprensión de los EdP que resulta más cercana a la de umbral que a la de prototipo, Kevin Clermont ha propuesto distinguir siete niveles de demostración de los hechos: los extremos están conformados por los enunciados *existe la más leve posibilidad*, hasta *es casi cierto*<sup>51</sup>. Operar bajo ese supuesto provee una adecuada dosis de realismo<sup>52</sup>. Hay *dificultades* evidentes para comparar casos con diferentes soportes probatorios, salvo aquellos en que se persigan responsabilidades equiparables y se cuente con pruebas similares.

Ante un caso cualquiera, el tribunal que decide los hechos se pregunta si las pruebas y las argumentaciones disponibles sitúan (o no) el caso en la zona de penumbra de la locución «hecho probado». Si tanto las pruebas como los argumentos resultan apabullantes en favor de que la conjetura ha de darse por probada (zona de claridad) —o bien, si pruebas y argumentos son ínfimos como para tomar en serio la opción de que los hechos están probados (zona de obscuridad)— no será nece-

<sup>50</sup> Esta fase puede realizarse: i) además de la fase 4; ii) en lugar de la fase 4; o bien iii) omitirse si la fase 4 ha sido suficientemente satisfactoria y la concepción de EdP que se utiliza es la de prototipos.

<sup>51</sup> Clermont, K., *op. cit.*, p. 35 y ss. Con los siete niveles habrá tres sobre un estado de equilibrio y tres bajo aquel.

<sup>52</sup> Los médicos, con frecuencia, preguntan a los pacientes acerca de la intensidad de un dolor, pese a que no les resulta posible conocer de antemano su tolerancia al dolor (y eso puede variar en cada paciente). Usan, generalmente, una escala 1 a 10 y dan algunas pistas de lo que implica situarse en uno de los extremos (“1 es un dolor que si bien Ud. advierte resulta fácilmente soportable, no provocándole mayores problemas para seguir ejecutando sus labores cotidianas; 10 es un dolor extremo que Ud. considera que no podrá seguir soportando o con el que Ud. prefiere no seguir viviendo”). Los resultados que obtienen les permiten evaluar la progresión de este síntoma en un mismo paciente y así tomar decisiones acerca de los cursos a seguir.

sario siquiera plantearse el problema de la utilización de un EdP<sup>53</sup>. Si, en cambio, tanto las pruebas como los argumentos disponibles llevan al adjudicador a situar el caso concreto en la zona de penumbra de la locución «hechos probados», el tribunal debe tomar posición respecto a cuál de las siguientes tres categorías representa mejor el caso concreto:

<i>Conjetura escasamente demostrada</i>	<i>Conjetura medianamente demostrada</i>	<i>Conjetura altamente demostrada*</i>
---	--	--

\* Operar con tres niveles se asemeja a la elección de prendas de vestir: S/M/L. A ellas se van agregando XS, XL.

Luego de tomar posición, será preciso determinar si el caso queda mejor situado, ya sea en la parte inferior o bien en la superior de la categoría elegida.

<i>Conjetura escasamente demostrada</i>	<i>Conjetura medianamente demostrada</i>	<i>Conjetura altamente demostrada</i>
-                    +	-                    +	-                    +

Una vez que se ha situado el caso en una de las seis posiciones hay que considerar un EdP en concreto. Por ejemplo, si se trata del MADR se exige operar en el umbral Alto (-) o Alto (+). A su vez desde la perspectiva de la refutación se exigiría no operar en una categoría superior a escasa (+), ya que en caso contrario habría una duda razonable. Así, la combinación confirmación Alta (-) y refutación baja (+) constituye el mínimo requerido para superar el MADR. Respecto de la PP, en principio, la decisión se tomará caso a caso, pues dependerá de la posición que ocupe «probado X» v/s «no probado X». La posición vencedora será la que alcance la posición más alta, con la salvedad que —según se ha dicho— en la práctica a la posición «probado X» se le

<sup>53</sup> Las fases anteriores podrían ser omitidas.

exige un mínimo (no relacional) para que sea seriamente considerada: por ejemplo, conjetura medianamente demostrada (-).

Lo recién expresado se puede ajustar, sin grandes dificultades, a la concepción de los EdP como prototipos teniéndose en consideración la cercanía o lejanía respecto del prototipo que en concreto se defina. Un EdP exigente requerirá que en el caso concreto haya un alto nivel de aproximación al prototipo, en cambio, uno escasamente exigente hace posible una mayor distancia.

#### **IV. Conclusiones**

Los EdP son una clase de directivas de las cuales se espera que cumplan un papel clave en la configuración del razonamiento probatorio. Se sospecha —sin embargo— que aquellas expectativas no han sido, hasta ahora, suficientemente logradas. La influencia aparentemente escasa que ejercen los EdP en la toma de decisiones probatorias se debería —en una importante medida— a que la labor teórica no ha logrado clarificar algunos aspectos relevantes de su uso.

En este texto se ha sostenido que los estándares pueden reconstruirse ya sea como umbrales o como prototipos. El asunto no es menor ya que dependiendo de si se entienden en uno u otro sentido, las operaciones que deberán llevarse a cabo con los EdP serán diferentes. Concebir los EdP como umbrales privilegia formas de análisis de carácter cuantitativo. Estas suelen provocar bastantes complicaciones a los juristas, ya que —al menos por el momento— no ha podido resolverse el problema de cómo realizar mediciones. Concebir a los EdP como prototipos privilegia, en cambio, aproximaciones de carácter cualitativo. Aquellas se traducen en una evaluación de las conjeturas problematizadas desde la perspectiva de sus semejanzas y diferencias respecto a uno o más casos indubitados: habrá así un límite de que las comparaciones resultantes serán solo ordinales.

Además de la distinción conceptual precedente, se han hecho visibles distintos usos de los EdP. De esta manera, se refuerza la idea de

que si bien la distribución de los errores constituye un uso importante (aunque dudoso) de los EdP, no sería el único. Los EdP son los responsables de una serie de decisiones que adoptan las partes y los jueces en el decurso de los procesos judiciales. Así —a fin de cuentas— el principal problema de los EdP no sería su falta de operatividad, al menos en el sentido fuerte de la locución.

## Bibliografía

- Allen, R., “Los estándares de prueba y los límites del análisis jurídico”, en Vásquez, Carmen (ed.), *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*, Madrid: Marcial Pons, 2013.
- Amaya, A., “Diez tesis acerca de la coherencia en el derecho” *Discusiones X*, 2011, pp. 21-64.
- Anderson, T., Schum, D. y Twining, W., *Análisis de la prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2015.
- Arnau, J., *Arte de probar. Ironía y lógica en India Antigua*, Madrid: FCE, 2008.
- Austin, J. L., “Otras mentes”, en Urmson, J. O. y Warnock, G. J. (coomp.), *Ensayos filosóficos*, Madrid: Alianza, 1989.
- Bayón, J. C., “Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano”, *Analisi e Diritto*, 2008.
- Clermont, K., *Standards of Decision in Law*, Durham: Carolina Academic Press, 2013.
- Cohen, L. J., “Belief and acceptance”, *Mind*, XCVIII, 1989.
- Coloma, R., “Dos es más que uno, pero menos que tres. El voto disidente en decisiones judiciales sometidas al estándar de prueba de la «duda razonable»”, *Política criminal*, 9 (18), 2014, pp. 400-427.
- Coloma, R., “Estándares de prueba y juicios por violaciones a los derechos humanos”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, XXII (2), 2009, pp. 205-229.
- Coloma, R., “Las buenas y las malas historias. Criterios de validación del discurso de los hechos en las sentencias judiciales”, en Brunet,

- P. y Arena, F. (dirs.), *Cuestiones contemporáneas de teoría analítica del derecho*, Madrid: Marcial Pons, 2011.
- Coloma, R. y Agüero, C., “Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba”, *Revista Chilena de Derecho*, 41 (2), 2014, pp. 673-703.
- Dei Vecchi, D., “Tres discusiones acerca de la relación entre prueba y verdad”, *Discusiones*, XIII, 2013, pp. 233-264.
- Elster, J., *Juicios salomónicos. Las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión*, Barcelona: Gedisa, 1991.
- Ferrer, J., *La valoración racional de la prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2007.
- Gardner-Medwin, T., “Reasonable doubt: Uncertainty in Education, Science and Law”, en Dawid, Ph., Twining, W. y Vasilaki, M. (eds.), *Evidence, Inference and Enquiry*, Oxford: The British Academy, 2011.
- Gascón, M., “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos”, *Doxa* 28, 2005.
- Haack, S., “El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica”, en Vásquez, C. (ed.), *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*, Madrid: Marcial Pons, 2013.
- Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995 (segunda edición).
- Ho, H. L., *A Philosophy of Evidence Law*, Oxford: Oxford University Press, 2010 (reimpresión).
- Keynes, J. M., *A Treatise of Probability*, London: Macmillan and Co., 1921.
- Larroucau, J., “Hacia un estándar de prueba civil”, *Revista Chilena de Derecho*, 39 (3), pp. 783-808.
- Laudan, L., “Una breve réplica”, *Doxa*, 28, 2005.
- Laudan, L., “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, *Doxa*, 28, 2005.
- Laudan, L., *Verdad, error y proceso penal*, Madrid: Marcial Pons, 2013.
- Levi, I., “Pragmatism and Change of View”, en Levi, I., *Pragmatism and Inquiry, Selected Essays*, Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Levi, I., *The fixation of belief and its undoing. Changing beliefs through inquiry*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009.



- Mosterín, J., *Lo mejor posible. Racionalidad y acción humana*, Madrid: Alianza, 2008.
- Nozick, R., *The nature of the rationality*, tercera edición, Princeton: Princeton University Press, 1995.
- Páez, A., “Estándares múltiples de prueba en medicina y derecho”, en Páez, A. (coord.), *Hechos, evidencia y estándares de prueba*, Bogotá: Universidad de los Andes, 2015.
- Pepper, S., *World Hypotheses*, Berkeley: University of California Press (impresión según demanda), 1942.
- Posner, R., “An Economic Approach to the Law of Evidence”, *Stanford Law Review*, 51, 1998-1999.
- Schauer, F., *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, Cambridge & London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006.
- Taruffo, M., “Tres observaciones sobre 'Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar' de Larry Laudan”, *Doxa*, 28, 2005.
- Toulmin, S., *Los usos de la argumentación*, Barcelona: Península.
- Whitman, J., *The origins of reasonable doubt. Theological roots of the criminal trial*, New Haven & London: Yale University Press, 2008.
- Williams, B. y Nagel, Th., *La suerte moral*, Oviedo: KRK, 2013.
- Zadeh, L., “Fuzzy logic and approximate reasoning”, *Synthese* 30, 1975.



## A propósito de umbrales, prototipos y usos de los estándares prueba

*On Thresholds, Prototypes and Uses  
of the Standard of Proof*

Raymundo Gama\*

Recepción y evaluación de propuesta: 15/04/2016

Aceptación: 15/7/2016

Recepción y aceptación final: 4/7/2017

**Resumen:** En este trabajo se plantean algunos comentarios a “Los usos de los estándares de prueba” de Rodrigo Coloma. El análisis del término «estándar» en el lenguaje ordinario y en el lenguaje jurídico puede arrojar luz sobre la noción de estándar de prueba. Sin embargo, resulta problemática la propuesta de entender el estándar de prueba en el derecho como un umbral de carácter cuantitativo o como un prototipo de carácter cualitativo que permite establecer relaciones de semejanza para considerar un hecho como probado. Por otra parte, es relevante la tarea de examinar los usos de los estándares de prueba, pero encuentro algunos problemas en la formulación de algunos de los usos que detecta Coloma. Finalmente, se plantea que la discusión sobre la posibilidad de formular un estándar de prueba realmente objetivo suele presentarse en términos dilemáticos: o bien el estándar de prueba es completamente objetivo o bien no es un estándar en absoluto. Frente a esta postura se destaca la tesis de Susan Haack en el sentido de que el estándar de prueba es en parte psicológico y en parte epistemológico.

**Palabras clave:** estándares, umbral, prototipo, estándar de prueba, probabilidad jurídica

\* ITAM. Departamento de Derecho. Ciudad de México, México.  
Correo electrónico: raymundo.gama@itam.mx

**Abstract:** This paper examines Rodrigo Coloma's "The uses of the standards of proof". The analysis of the word «standard» in both ordinary and legal language may shed light on the concept of standard of proof. However, Coloma's distinction between a quantitative threshold or a qualitative prototype is problematic. I also find problematic some of the uses of the standards of proof formulated by Coloma. Legal scholars traditionally argue that a subjective standard is not a standard at all. Against this view the paper stresses Susan Haack's view that the legal standard of proof is in part psychological and in part epistemological.

**Keywords:** Standards, thresholds, prototypes, standard of proof, legal probabilism

## I. Introducción

En su artículo "Los usos de los estándares de prueba", Coloma se enfoca en el estándar de prueba, uno de los temas que más discusión ha suscitado entre quienes se ocupan del tema de la prueba<sup>1</sup>. En dicho trabajo, Coloma persigue dos propósitos. Por un lado, propone llevar a cabo una precisión conceptual de la noción de estándar de prueba en la que, junto al habitual sentido de «estándar» como umbral, identifica un segundo sentido de «estándar» como prototipo. A su modo de ver, estos dos sentidos servirían para entender mejor el estándar de prueba y los problemas prácticos que involucra su utilización en el derecho.

<sup>1</sup> Véase, entre otros, Laudan, L., "Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar", *Doxa*, 28, 2005, pp. 95-13; Gascón, M., "Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos", *Doxa*, 28, 2005, pp. 127-139; Igartua, J., "Prolongaciones a partir de Laudan", *Doxa*, 28, 2005, pp. 1412-1150; Fernández, M., "La valoración de la prueba y el estándar de duda razonable", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2007, 15; Ferrer, J., *La valoración racional de la prueba*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2005; Bayón, J. C., "Epistemología, moral y prueba de los Hechos: hacia un enfoque no benthamiano", *Análisis e Derecho*, 2008, pp. 15-34.; Accatino, D. "Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2011, pp. 483-511 e Igartua, J., "Tomando en serio la duda razonable: enseñanzas de un controvertido caso judicial", en *Derecho procesal: dilemas sobre la verdad en el proceso judicial*, 2014, Medellín: Editorial Universidad Pontificia Bolivariana, pp. 135-162.

Por otra parte, Coloma detecta una visión reduccionista en el análisis tradicional del estándar de prueba que se limita a considerarlo como un mecanismo para la distribución de errores<sup>2</sup>. A su modo de ver, el estándar de prueba tendría otros usos o funciones que sería importante identificar y examinar.

En este trabajo formularé algunas observaciones a las tesis planteadas por Coloma. Para ello presentaré brevemente las tesis que sostiene el autor y formularé algunos comentarios al respecto. Siguiendo una estructura análoga a la de Coloma, me ocuparé en primer lugar de su tesis sobre los dos sentidos de la noción de estándares de prueba. Posteriormente, me centraré en sus planteamientos sobre los usos de los estándares de prueba. Al igual que Coloma, considero que el análisis de la noción de estándar en el lenguaje ordinario y en el derecho puede arrojar luz sobre la noción de estándar de prueba. Sin embargo, soy escéptico respecto de su propuesta de entender el estándar de prueba como un umbral de carácter cuantitativo o como un prototipo de carácter cualitativo. Por otra parte, al igual que Coloma, me parece relevante examinar los usos de los estándares de prueba. No obstante, la formulación que lleva a cabo Coloma de los usos del estándar de prueba plantea algunos problemas.

## II. La noción de estándar en el lenguaje ordinario

El trabajo de Coloma parte de la base de que el análisis del término «estándar» en el lenguaje ordinario puede contribuir a clarificar la noción de estándar de prueba en el derecho. Siguiendo esta metodología, Coloma plantea que habría dos sentidos de «estándar» que resultarían relevantes para este propósito.

En un primer sentido, Coloma señala que «estándar» es entendido como un umbral que establece el valor mínimo de pertenencia a una

<sup>2</sup> Cfr. Coloma, p. 26: “En lo que sigue, sugeriré que los estándares de prueba son más operativos de lo que *prima facie* se les hace aparecer y que el juicio adverso que sobre ellos recae es consecuencia de una visión reduccionista de sus distintos usos”.

determinada categoría. De acuerdo con el autor, en esta primera acepción el estándar tendría un carácter “puramente cuantitativo”, por lo que si se iguala o supera la cifra indicada en el estándar se resuelve positivamente la pertenencia de un caso a una determinada categoría<sup>3</sup>. Por el contrario, cualquier ejemplar que se ubique por debajo del indicador establecido por el estándar quedaría excluido de una determinada categoría.

En un segundo sentido, Coloma afirma que «estándar» puede ser definido como un “prototipo que reduce los problemas de extensión de una categoría”<sup>4</sup>. En esta segunda acepción, la noción de estándar supone que se cuenta con un ejemplar o prototipo que indudablemente se considera que pertenece a una determinada categoría. De este modo, la pertenencia o exclusión a una determinada categoría se resuelve mediante un análisis de carácter cualitativo en el que se examinan las semejanzas o diferencias del caso dudoso con el prototipo.

Al respecto, Coloma parte de un presupuesto metodológico acertado al advertir que el análisis de la noción de «estándar» en el lenguaje ordinario puede arrojar luz sobre la noción de «estándar de prueba» en el derecho. En efecto, es posible que entre el uso de esa expresión en uno y otro contexto haya algún tipo de conexión que resulte ilustrativa y que permita comprender mejor el estándar de prueba en el derecho. Sin embargo, conviene advertir que del hecho de que se utilice la misma expresión en dos contextos no se sigue que en cada uno de ellos se utilice dicha expresión con el mismo significado, ni que un sentido que esté presente en un determinado contexto pueda trasladarse automáticamente a otro. Una importación de este tipo no siempre es viable y no está garantizado que conduzca, en todos los casos, a buenos resultados<sup>5</sup>.

Ciertamente, la noción de estándar en el lenguaje ordinario puede estar relacionada de algún modo con los distintos estándares utilizados en el derecho, pero esto es precisamente lo que habría que mostrar. Habría que analizar de qué modo y en qué sentido podría haber

<sup>3</sup> Vid. Coloma, *Los usos de los estándares de prueba: entre umbrales y prototipos*, artículo correspondiente a esta *Discusión*.

<sup>4</sup> Vid. Coloma, *op. cit.*

<sup>5</sup> Para una crítica en este sentido Vid. Allen, R. J., “Burdens of proof”, *Law, Probability and Risk*, 2015, 3 (3-4), pp. 195-219.

una relación o relaciones entre las nociones de estándar en el lenguaje ordinario, la noción de estándar en el lenguaje jurídico y por último la noción de estándar de prueba en el derecho.

Pero esta no es la vía que toma Coloma. Él identifica dos sentidos de «estándar» en el lenguaje ordinario para trasladarlos directamente a la noción de estándar de prueba en el derecho. Esta estrategia resulta problemática desde el inicio. Para mostrar por qué, es conveniente examinar brevemente y sin ningún ánimo de exhaustividad algunos de los significados más relevantes de los términos «estándar», «umbral» y «prototipo» en el lenguaje ordinario.

En relación con el término «estándar» en español es posible advertir un primer sentido que alude a lo que se considera que es común, habitual, usual o corriente<sup>6</sup>. Por ejemplo, cuando hablamos de la altura estándar de una mesa o un techo, del tamaño estándar de un tornillo o de la medida estándar de un póster o cartel. En un segundo sentido, «estándar» alude a algo que sirve de patrón, modelo o punto de referencia para medir o valorar cosas. En este segundo sentido se hace referencia, por ejemplo, al estándar de calidad del aire, al estándar de calidad de vida o al estándar de criminalidad. En relación con este segundo sentido, conviene advertir que los parámetros o indicadores utilizados pueden ser numéricos, pero no necesariamente es así en todos los casos. Para evaluar el estándar de vida, por ejemplo, se pueden tomar en cuenta factores numéricos como el nivel de ingreso y de gastos, pero también factores no numéricos como el nivel de bienestar personal y físico, el nivel de desarrollo personal, el grado del goce de derechos, la capacidad de autodeterminación, etc.

A su vez, el término «*standard*» en inglés es definido como “Un nivel de cualidad o de realización” y en el sentido de “Algo utilizado como medida, norma o modelo en comparaciones evaluativas”<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> *Diccionario Anaya de la Lengua*, Madrid, Anaya, 1991; *Diccionario de la Lengua Española*, España, La Academia, 2001.

<sup>7</sup> «Standard», *Oxford English Dictionary Online*, junio 2017, Oxford University Press. “1. A level of quality or attainment” y “2. Something used as a measure, norm, or model in comparative evaluations”.

Por su parte, entre los significados del término «umbral» se encuentran los siguientes: 1) “la parte inferior en el vano de una puerta”, 2) “entrada a cualquier cosa” y 3) “valor mínimo de un agente físico o estímulo capaz de producir un efecto”. Finalmente, el término «prototipo» es definido como el primer molde o modelo y como el “mejor ejemplar de una cualidad o vicio”.

Esta descripción de algunos de los significados de las expresiones anteriores no pretende ser exhaustiva, pero al menos permite poner de relieve que no hay una relación clara entre las nociones de estándar y umbral, por un lado, y las nociones de estándar y prototipo, por el otro, o al menos no hay una relación en los términos que presenta Coloma.

Coloma pone como ejemplo del uso de la noción de estándar en el sentido de umbral el siguiente enunciado: “*De acuerdo con los estándares modernos, la casa es demasiado pequeña*”. En palabras del autor:

de un estándar se espera la elección entre una serie de variables determinantes de lo que es una casa pequeña o no pequeña (por ejemplo, metros cuadrados construidos, cantidad de piezas, etc.) y la estipulación de un nivel básico de satisfacción (por ejemplo, 60 m<sup>2</sup> construidos, dos piezas, etc.)<sup>8</sup>.

Sin embargo, a diferencia de lo que señala Coloma, me parece que en este caso se está aludiendo más bien a la noción de estándar en el sentido de ciertos criterios o parámetros común o usualmente aceptados de lo que se considera una vivienda pequeña (o no), que a un valor mínimo de carácter numérico que indica la pertenencia a una determinada categoría.

Por otro lado, Coloma pone como ejemplo del uso de la noción de estándar en el sentido de prototipo el siguiente enunciado: “Este libro es el estándar respecto del cual todos los demás deberán ser juzgados”. Este segundo ejemplo me parece menos problemático, pero en este caso la noción de estándar sería más próxima a las nociones de modelo o patrón que a la noción de prototipo.



Hay, con todo, una razón adicional por la que me parece problemática la tesis de Coloma. Del hecho de que la noción de estándar de prueba en el derecho sea entendida y definida en términos de un umbral no se sigue que el término estándar en el lenguaje ordinario esté asociado también con la noción de umbral, ni mucho menos que este tenga un carácter cuantitativo<sup>9</sup>. Y a su vez, del hecho de que el término estándar sea entendido como modelo o patrón, o inclusive como prototipo como sugiere Coloma, no se sigue que el estándar de prueba pueda ser entendido como prototipo de carácter cualitativo.

Habiendo planteado estas primeras observaciones, sigamos examinando las tesis de Coloma.

### III. La noción de estándar en el lenguaje jurídico

Tras examinar el término estándar en el lenguaje ordinario, Rodrigo Coloma dedica un apartado a examinar los estándares en el derecho. La pregunta específica que se plantea es “¿qué implica la partícula «estándar» en los contextos jurídicos?”. Coloma señala que a diferencia de lo que ocurre en el *Common Law*, en el derecho continental se ha reflexionado poco sobre los estándares en el derecho. A su juicio, esta falta de atención puede atribuirse al hecho de que hasta hace algunos años el término «estándar» estaba prácticamente ausente en el discurso de los jueces y abogados de nuestra tradición jurídica.

Adicionalmente, Coloma identifica cinco razones que impulsan el uso de estándares en distintos escenarios jurídicos: 1) los estándares se utilizan en contextos de toma de decisión; 2) la función de los estándares es resolver conflictos de pertenencia a una determinada

<sup>9</sup> Un ejemplo de un umbral que no se presenta necesariamente en términos cuantitativos es el denominado umbral del dolor, el cual es entendido como la intensidad mínima de un estímulo que genera la sensación de dolor o la capacidad que tenemos los seres humanos de soportar la sensación de dolor. En algunos contextos (como en el de las pruebas aplicadas a neonatos, por ejemplo) se habla de “medir el dolor”, pero más que medirlo, como se mediría el tamaño de un techo, se estaría evaluando el dolor a partir de ciertos signos o de la práctica de ciertas pruebas o técnicas utilizadas.

categoría; 3) los estándares son útiles para resolver problemas de pertenencia de casos que se encuentran en la zona de penumbra, siendo poco útiles respecto de casos que se encuentran en la zona de claridad; 4) los estándares contribuyen a la conservación de un nivel razonable de complejidad de los casos que se evalúan y 5) los estándares consideran variables contextuales<sup>10</sup>.

En relación con este punto, el análisis que lleva a cabo Coloma se enfrenta a dos dificultades. En primer lugar, en el trabajo de Coloma se puede advertir una ambigüedad en el tratamiento de la noción de estándar en el lenguaje jurídico. En segundo lugar, Coloma parece limitar la función de los estándares a la de una herramienta que nos permite resolver problemas de pertenencia a una determinada categoría.

Respecto del primer punto, resulta pacífico que en el derecho recurrimos frecuentemente a estándares y que se trata de una noción que está presente en el lenguaje jurídico. Sin embargo, en el derecho hablamos de estándares en distintos tipos de situaciones y contextos. En algunas ocasiones hablamos de estándar en un sentido análogo al de principio, en tanto enunciados jurídicos distintos de las reglas, como cuando se contrapone la prohibición de circular a una velocidad excesiva con la prohibición de circular a más de ciento veinte kilómetros por hora<sup>11</sup>. En otras ocasiones, hablamos de estándares para aludir a ciertos parámetros jurídicos. Tal es el caso, por ejemplo, del estándar de “real malicia” o “malicia efectiva” utilizado para examinar si ciertas expresiones o discursos pueden considerarse difamatorios<sup>12</sup>. También se utiliza la noción de estándar en el sentido de un *test* o instrumento

<sup>10</sup> Vid. Coloma, *op. cit.*

<sup>11</sup> No puedo ocuparme en este punto de la distinción entre reglas y estándares ni de la discusión relativa a si los estándares son un enunciado jurídico distinto de los principios o un tipo de principio. Simplemente quiero llamar la atención de que en algunos contextos, especialmente en el *common law*, se suele hablar de «estándares» como enunciados distintos de las reglas. Al respecto, Vid. Kaplow, L. “Rules versus standards: an economic analysis”, 1992, 43, *Duke Law Journal* y Schauer, F. “The convergence of rules and standards”, *New Zealand Law Review*, 2003, p. 3.

<sup>12</sup> El estándar de malicia efectiva plantea que la imposición de sanciones civiles derivada de la emisión de opiniones, ideas o juicios está condicionada a que la información difundida se haya emitido con intención de dañar o a sabiendas de que la información era falsa.

para controlar la regularidad de las normas y que varía en función de su intensidad; tal es el caso, por ejemplo, de los estándares de escrutinio estricto (o intenso) o intermedio. Y en fin, entre estos y muchos otros estándares que se emplean en el derecho se encontrarían los estándares de prueba.

No pretendo ofrecer una presentación exhaustiva de los distintos contextos en los que operan estándares en el derecho. Tampoco pretendo sostener que la noción de estándar no esté (o pueda estar) relacionada de algún modo con alguna noción de estándar en el derecho. Al contrario, mi impresión es que la noción de estándar de prueba puede estar conectada de algún modo con la noción de estándar en el derecho y que el análisis de esta última puede arrojar luz sobre la primera. Sin embargo, me parece que habría que explorar más esta eventual conexión y mostrar los resultados a los que conduce. El planteamiento de Coloma puede ser entendido como una invitación más que bienvenida para reflexionar más sobre este punto.

Respecto del segundo punto, Coloma subraya en distintos momentos que los estándares (dentro y fuera del derecho) sirven para dirimir conflictos sobre la pertenencia de un caso dudoso a una determinada categoría. Sin embargo, al plantear de este modo la función de los estándares se corre el riesgo de perder de vista los distintos usos que se hacen de los estándares en los diferentes contextos en los que operan.

Coloma podría objetar que en muchas de estas situaciones nos encontramos precisamente con una discusión acerca de la pertenencia de un caso a una determinada categoría. Por ejemplo, si cierta información puede ser considerada calumniosa, si una norma es constitucional o no, si un hecho puede considerarse como probado. Pero, nuevamente, me parece que de este modo se obscurece la función que pueden llegar a desempeñar los estándares en distintos contextos, lo cual contrasta por cierto con su objetivo de identificar los potenciales usos de los estándares de prueba.

## IV. La noción de estándar de prueba

En el apartado relativo a qué es un estándar de prueba Coloma plantea que la decisión de considerar un hecho como probado depende de tres elementos<sup>13</sup>: i) una proposición (por ejemplo, “Dagoberto privó de la vida a Oscar Emmanuel”; “Juan sabía que se transportaba droga en el interior del vehículo en el que viajaba”), ii) una actitud, que en el trabajo de Coloma se limita a una actitud de aceptación o rechazo y iii) un conjunto de razones que sustentan la actitud adoptada. Coloma señala que el contenido de la proposición que establece los hechos a probar está determinado por las normas jurídicas. En este contexto, Coloma indica que el estándar de prueba determina si ciertos casos dudosos deben o no ser situados en la categoría de hechos probados. Para este fin, el estándar de prueba tiene como cometido “dar indicaciones suficientes acerca de las condiciones de las cuales se hace depender la actitud ‘hechos probados’ sí, y su opuesta, ‘hechos probados’ no”.

Coloma proyecta a los estándares de prueba los sentidos de estándar como umbral y como prototipo. Su tesis es que el estándar de prueba puede ser entendido ya sea como umbral o como prototipo. El ejemplo paradigmático que ilustraría a su juicio la noción de estándar como umbral sería el estándar de «preponderancia de prueba» (PP). Siguiendo la noción de umbral que había planteado al analizar la noción de estándar en el lenguaje ordinario, Coloma sostiene el estándar de prueba en el sentido de umbral supone que se pueden construir escalas de medición y que el cálculo probabilístico resultaría adecuado para ese propósito<sup>14</sup>.

Respecto del estándar de prueba como prototipo, Coloma sostiene que su utilización supone contar con un caso no dudoso que permita establecer criterios de semejanza para determinar si entra o no en la categoría de hecho probado. El estándar que a su juicio ilustraría la noción de estándar de prueba como prototipo sería el estándar de pruebas «claras y convincentes» (CC). Finalmente, plantea que el estándar

---

<sup>13</sup> Vid. Coloma, p. 34.

<sup>14</sup> Vid. Coloma, pp. 35 y 47.

de prueba «más allá de toda duda razonable» (MADR) puede ser interpretado tanto como umbral y como prototipo.

Tras esta apretada síntesis de las tesis de Coloma, me gustaría formular dos observaciones.

(i) La primera observación tiene que ver con la reconstrucción del estándar de prueba como un umbral de carácter cuantitativo que presupone la posibilidad de establecer cuantitativamente la suficiencia de prueba. A pesar de que Coloma advierte que el empleo del cálculo numérico de probabilidades en el estándar de prueba plantea algunas dificultades, acaba aceptando la noción de estándar como un umbral que establece un *quantum* determinado de probabilidad. En relación con este punto, me parece que no hay margen para titubear al respecto pues nos encontramos ante una disyuntiva que no admite matices. Como plantea Juan Carlos Bayón: “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”<sup>15</sup>. La primera opción de la disyuntiva ha sido prácticamente descartada por la mayor parte de la comunidad jurídica, incluyendo a los autores que en nuestra tradición se han ocupado de la prueba. Todos estos autores coinciden en que el cálculo de probabilidades no es adecuado para el estándar de prueba<sup>16</sup>.

Susan Haack ha planteado también este punto cuando sostiene que “no se debe *asumir* solamente porque aparezcan palabras como ‘probable’, ‘probablemente’ y ‘probabilidad’ en contextos jurídicos, que se trata de probabilidades matemáticas, en lugar de epistemológicas”. Como sostiene Haack, el cálculo matemático de probabilidades resulta adecuado en aquellos ámbitos en los que resulta aplicable. El establecimiento del grado de suficiencia del estándar de prueba en el derecho no sería uno de ellos toda vez que “no es factible asignar números pre-

<sup>15</sup> Bayón, J. C., *op. cit.*

<sup>16</sup> Gascón, M., *op. cit.*; Ferrer, J., *op. cit.*; Bayón, J. C. *op. cit.*; González Lagier, D., “Presunción de inocencia, verdad y objetividad”, en García Amado, J. A. y Bonorino, P (coords.), *Prueba y razonamiento probatorio*, Granada, 2014, pp. 85-117.

cisos a los grados de prueba y tampoco sería necesariamente deseable hacerlo, incluso si esto fuese posible”<sup>17</sup>.

Habiendo dejado a un lado la posibilidad de formular el estándar de prueba en términos numéricos, la discusión se ha centrado en establecer si es posible formular un estándar de prueba objetivo<sup>18</sup>. Hay quienes se decantan por emprender esfuerzos para formular un estándar de prueba de este tipo (por ejemplo, Larry Laudan, Ronald Allen, Michael Pardo y Jordi Ferrer)<sup>19</sup> y, por el contrario, quienes sostienen que tal empresa presenta varias dificultades (Mercedes Fernández, Juan Carlos Bayón y Daniel González Lagier). Frente a tales dificultades, los partidarios de esta última alternativa han planteado un cambio de enfoque en el que, según argumentan, debemos descartar por inviable el intento de formular un estándar de prueba completamente satisfactorio, debiendo optar más bien por el establecimiento de reglas sobre la prueba que incidan en la admisibilidad de los medios de prueba, en su valoración o en la carga de la prueba<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> Haack, S., “El probabilismo jurídico. Una disensión epistemológica”, en Vázquez, C. (ed.), *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*, Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 65 y ss.; también publicado en Haack, S., *Evidence matters. Science, Proof and Truth in the Law*, New York: Cambridge, 2014, p. 58.

<sup>18</sup> De acuerdo con Bayón, serían cuatro los requisitos que tendría que cumplir un estándar de prueba de estas características: 1. no debe tratarse de un estándar subjetivo, 2. el estándar de prueba tiene que estar formulado en términos que permitan un control intersubjetivo, 3. “su formulación debe ser tal que de su aplicación correcta resulte exactamente la distribución del riesgo que se reputa justificada” y 4. de su aplicación debe resultar la distribución del riesgo establecida”. *Vid.* Bayón, J. C., *op. cit.*, quien a su vez los retoma con alguna reelaboración de Laudan, L., *Verdad, error y proceso penal*, trad. Carmen Vázquez y Edgar Aguilera, Marcial Pons, 2013, p. 126 y ss. y de Ferrer, J., *La valoración racional de la prueba*, 2007, p. 146.

<sup>19</sup> Allen, R., “Los estándares de prueba y los límites del análisis jurídico”, en Vázquez C. (ed.), *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*, Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 65 y ss.; Pardo, M., “Estándares de prueba y teoría de la prueba”, en Vázquez C. (ed.), *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*, Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 99 y ss. y Ferrer, J., *op. cit.*

<sup>20</sup> Mercedes Fernández considera que el estándar de prueba «más allá de toda duda razonable» no puede concretarse con una regla válida para todos los casos. No obstante, considera que puede alcanzarse una mayor concreción mediante el establecimiento de reglas que establezcan los requisitos con los que tienen que cumplir determinados medios de prueba para constituir prueba de cargo suficiente

Siendo pacífico que el cálculo probabilístico no resulta aplicable para establecer el estándar de prueba en el derecho, sería interesante que Coloma planteara de qué lado de la discusión se encuentra más cercano. Esto es, si considera viable formular un estándar de prueba objetivo e intersubjetivamente controlable que exprese exactamente la *ratio* de falsos positivos/falsos negativos que estamos dispuestos a aceptar, o más bien, como argumentan Mercedes Fernández, Juan Carlos Bayón y Daniel González, si considera que tal cuestión no resulta viable, por lo que lo que debemos mirar hacia otro lado; concretamente, al momento de conformación del material probatorio y al de la valoración de las pruebas para diseñar reglas legales o jurisprudenciales de prueba que controlen el tipo de pruebas admisibles y los requisitos con los que estas deben cumplir en el momento de su valoración.

No es oportuno desarrollar en este espacio una respuesta al respecto, pero quizá sí resulte útil manifestar mi impresión con la finalidad de suscitar un diálogo con la propuesta de Coloma. Y es que, a mi modo de ver, la discusión se suele plantear en términos dilemáticos: o bien somos capaces de formular un estándar realmente objetivo que exprese con exactitud la distribución del riesgo entre falsos positivos/falsos negativos, o bien esto no es posible y entonces conviene mirar hacia otro lado. Como he dicho antes, no puedo articular una respuesta completa al respecto en este trabajo, pero me parece que nos encontramos ante un falso dilema.

Como sostiene Susan Haack, se puede admitir que el lenguaje en el que se expresa el estándar de prueba es en parte psicológico, como cuando se habla de «duda» y de «clara y convincente», pero también

para condenar. Por su parte, Juan Carlos Bayón plantea que si el estándar de prueba no es capaz de distribuir adecuadamente el riesgo de error en la determinación de hechos probados habría que intentar hacerlo mediante reglas específicas de prueba. Finalmente, Daniel González Lagier plantea que la formulación de tales reglas debe satisfacer las siguientes condiciones: “(a) Deben tener suficiente flexibilidad como para no incurrir en un nuevo sistema de pruebas rígidamente tasadas”; (b) “deben evitar un lenguaje excesivamente vago e impreciso que, de nuevo, haga imposible el control intersubjetivo de la decisión y (c) deben ser algo más que meros criterios para determinar qué hipótesis está mejor fundada”. *Vid.* Fernández, M., *op. cit.*; Bayón, J. C., *op. cit.* y González Lagier, *op. cit.*

debemos admitir que el lenguaje en el que se formula el estándar es en parte epistemológico: hablamos de duda *razonable* y de pruebas *claras y convincentes*, lo que pone el acento en la calidad de las pruebas, y de manera secundaria en la creencia que se genera con base en las mismas<sup>21</sup>. Tengo la impresión de que en este punto hemos aceptado sin más la tesis de Larry Laudan de descartar por subjetivo cualquier esfuerzo que se ha hecho en la práctica jurisdiccional para analizar el estándar de prueba, cuando la propia práctica ofrece algunos ejemplos de que no todo es subjetivo en el estándar de prueba, ni que todos los intentos que se han realizado son en vano<sup>22</sup>. En contra de lo que plantean Mercedes Fernández, Juan Carlos Bayón y González Lagier se podría argumentar que aún queda mucho por hacer en relación con el estándar de prueba. Por otra parte, trasladar la discusión de la formulación del estándar de prueba al establecimiento de otras reglas sobre la prueba no garantiza sin más que se eviten los problemas que ellos mismos advierten, con lo que se corre el riesgo de estar trasladando simplemente la discusión de un lugar a otro.

(ii) Mi segunda observación tiene que ver con la propuesta de Coloma de entender el estándar de prueba como prototipo. Coloma no establece cuál sería una formulación suficientemente clara del estándar de prueba como prototipo. Ciertamente, pone como ejemplo el estándar de prueba clara y convincente. A su juicio, este estándar indicaría “un tipo de justificación que implica el uso de una narrativa que no abusa en distinciones ni en el lenguaje rebuscado (clara) y, a la vez, que es apta para provocar en el interlocutor adhesión respecto de la estructura argumental utilizada”<sup>23</sup>. Encuentro varios problemas en este planteamiento.

(a) En primer lugar, anteriormente hemos visto que no resulta pacífico por qué habría que entender el estándar de prueba como prototipo.

<sup>21</sup> Haack, S., *op. cit.*

<sup>22</sup> Para ilustrar este punto, Susan Haack ofrece varios ejemplos de instrucciones al jurado a nivel estatal y federal en los Estados Unidos en las que se pone el acento en que la atención ha de fijarse en la calidad de las pruebas. *Vid.* Haack, S., *op. cit.*

<sup>23</sup> *Vid.* Coloma Correa, R., *op. cit.*



El que la noción de estándar en el lenguaje ordinario pueda entenderse como sinónimo de patrón, modelo o incluso como prototipo no se sigue que el estándar de prueba pueda o deba entenderse también en estos sentidos.

(b) Incluso asumiendo que la noción de estándar como prototipo sea aplicable al estándar de prueba, tengo dudas de que cumpla con la función que le atribuye Coloma. En este sentido, para que sirva como un auténtico patrón o modelo para establecer comparaciones tendríamos que contar con un ejemplar lo suficientemente claro como para evitar los problemas de incertidumbre que detecta Coloma. Esta exigencia no se cumple con la formulación del estándar de prueba clara y convincente que propone Coloma para ilustrar la noción de estándar de prueba como prototipo.

Difícilmente creo que pueda servir como prototipo una formulación del estándar que apele a una narrativa “que no abuse en distinciones” ni tenga “un lenguaje rebuscado” o que genere adhesión por parte del interlocutor. Y principalmente, la propuesta de Coloma resulta problemática porque no remite a las pruebas. A diferencia de la manera habitual en que se entiende el estándar de prueba clara y convincente, Coloma plantea que no son las pruebas las que tienen que ser claras y convincentes, sino la narración empleada por una de las partes.

(c) La propuesta de Coloma de concebir el estándar de prueba como un prototipo me parece problemática por una razón adicional: Coloma apuesta por la teoría de la inferencia a la mejor explicación. Es conveniente advertir que en su aplicación al estándar de prueba, esta teoría tiene el mérito de que pretende reconstruir la manera en que de hecho resuelve el jurado al momento de razonar con hechos. Este es un aspecto que ha sido destacado por Ronald Allen y Ronald Pardo, dos de los principales expositores de esta teoría en Estados Unidos<sup>24</sup>. Como explican estos autores, hay razones para pensar que el jurado de hecho razona y formula su veredicto en función de aquellas reconstrucciones que les parezcan mejores o más sólidas o razonables. Sin embargo, el

---

<sup>24</sup> Allen, R. *op. cit.* y Pardo, M., *op. cit.*

que esto sea así en los Estados Unidos no debe llevarnos a pensar que así razonen o así deban razonar los tribunales en nuestro contexto.

Distintos autores han señalado que la teoría de la inferencia a la mejor explicación no es un buen candidato para formular el estándar de prueba. Entre ellos, Juan Carlos Bayón ha planteado, retomando la crítica de Larry Laudan a esta teoría, que el criterio de “mejor explicación” no es un buen candidato para adoptarlo como criterio de decisión<sup>25</sup>. A pesar de que sea la “mejor” explicación puede que no resulte adecuada para basar la decisión de considerar probado un hecho en el campo del derecho. Y eso al menos por dos razones: puede tratarse de la mejor o la menos mala de dos explicaciones insuficientemente plausibles y por tanto inadecuadas para considerar probada la hipótesis en la que se basa dicha explicación. Y en segundo lugar, es posible que la peor de dos explicaciones sea lo suficientemente plausible como para considerar probada la hipótesis a la que dicha explicación se refiere. Pero la inferencia a la mejor explicación no resulta adecuada por una razón aún más fundamental. Como señala Juan Carlos Bayón: “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”<sup>26</sup>. En otras palabras, la inferencia a la mejor explicación resulta útil en la etapa de valoración de las pruebas para determinar qué hipótesis prevalece sobre otra, pero no en el momento de toma de decisión con base en el estándar de prueba, o al menos no si pretendemos que el estándar de prueba tenga una sensibilidad más que mínima frente al riesgo de error<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> Bayón, *op. cit.* y Laudan, L., “Aliados extraños. La inferencia a la mejor explicación y el estándar de prueba”, trad. Edgar Aguilera, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 2007, 1, pp. 305-327.

<sup>26</sup> Bayón, J. C., *op. cit.*

<sup>27</sup> Como señala González Lagier, también habría que tomar en cuenta además que la formulación del estándar que hacen autores como Allen y Pardo contiene expresiones cargadas de vaguedad. González Lagier, *op. cit.*, p. 114.

## V. Sobre los usos y macro-usos de los estándares de prueba

El cuarto y último apartado del artículo de Coloma está dedicado al tema de los usos de los estándares de prueba. Como se anticipó al comienzo de este trabajo, el propósito que persigue Coloma en este punto es plantear que el estándar de prueba cumple varias funciones adicionales a la de distribuir el error entre las partes en el proceso. Coloma identifica seis usos generales de los estándares de prueba que posteriormente agrupa en los tres macro-usos siguientes: i) determinación de la cantidad de errores esperables de sistema de adjudicación, ii) distribución de los errores entre las partes y iii) forma que adoptan los hechos probados.

A continuación, formularé algunos comentarios sobre alguno de los usos y macro-usos que identifica Coloma.

Concuerdo en términos generales con la tesis de Coloma. Intuitivamente, se puede aceptar por ejemplo que el estándar de prueba puede servir para orientar a las partes de la conveniencia de llevar o no un caso a juicio dependiendo de su nivel de exigencia o que la mayor o menor exigencia del estándar de prueba puede influir en los costos que para las partes supone tener que probar ciertas pretensiones o acusaciones. Este tipo de afirmaciones resultan plausibles a nivel general, pero si se pretende que tengan un alcance mayor hace falta algún sustento empírico de lo que ocurre de hecho en tal o cual práctica jurídica.

Hay otros usos de los estándares de prueba que me parecen más problemáticos y sobre los que me limitaré a formular algunos comentarios puntuales. En este sentido, Coloma sostiene que los estándares de prueba “modelan la clase de inferencias que es válido realizar”. Desde esta perspectiva, señala que los estándares de prueba “definen la magnitud de saltos argumentales que resulten tolerables”, entendiendo por “saltos argumentales” “aquellos que van mucho más allá de lo que sus premisas permiten”<sup>28</sup>. No me queda muy claro que este sea propiamente un uso de los estándares de prueba. En caso de que pudiera entenderse efectivamente como un uso, me parece que el estándar no

<sup>28</sup> Vid. Coloma, *op. cit.*

estaría cumpliendo con su principal cometido: establecer las condiciones para determinar que un hecho se puede considerar probado. No veo de qué modo un estándar de prueba pudiera incorporar entre sus requisitos para la toma de decisión de un hecho como probado el que no incurra en saltos argumentales. En caso de que se aceptara, se trataría de un requisito para la solidez de la inferencia probatoria, pero no de un requisito para la toma de decisión. El hecho de que haya un salto argumental en alguno de los tramos de la inferencia convertiría a esta en inaceptable.

Por otra parte, Coloma señala que otro de los usos de los estándares de prueba es que “influyen en la clase de razonamiento que las partes y los jueces adoptan”, señalando que habría dos enfoques en competencia: el enfoque atomista y el enfoque holista<sup>29</sup>. El primer enfoque consistiría en distinguir y analizar separadamente las distintas proposiciones clasificándolas en distintos niveles dependiendo de que se traten de hipótesis referidas a los hechos principales o secundarios. Desde este primer enfoque, el razonamiento probatorio se presenta como una cadena de inferencias que va de las pruebas a cada uno de los hechos últimos a probar<sup>30</sup>.

El segundo enfoque concibe el razonamiento probatorio como un todo unitario en el que las eventuales deficiencias o virtudes al interior del razonamiento han de ser examinadas en conjunto y no de manera aislada. Al respecto, mi comentario es similar al anterior. No veo de qué manera la elección por un enfoque atomista u holista puede considerarse como un uso de los estándares de prueba. Por otra parte, al plantear la cuestión como un enfoque atomista u holista se corre el riesgo de que se esté mandando el mensaje de que se trata de opciones igualmente disponibles para el órgano decisor, cuando habría que hacer hincapié en que debe imperar un enfoque atomista y analítico

<sup>29</sup> *Vid.* Coloma, *op. cit.*

<sup>30</sup> Para un ejemplo paradigmático de este enfoque, *vid.* Anderson, T., Twining, W. y Schum, D., *Analysis of Evidence*, segunda edición, 2005, Cambridge University Press. Trad. en castellano: *Análisis de la prueba*, trad. coordinada por Flavia Carbonell y Claudio Agüero, Marcial Pons, 2015.

del razonamiento probatorio y que el enfoque holista podría tener en todo caso un papel complementario en la valoración de las pruebas<sup>31</sup>.

Finalmente, en el primero de los macro-usos que distingue Coloma señala que los estándares de prueba influyen en la “determinación de la cantidad de errores esperables del sistema de adjudicación”<sup>32</sup>. Coloma afirma en este sentido que “un estándar de prueba exigente favorece que las decisiones adoptadas por los tribunales de justicia sean, en términos generales, más fiables que las que resultan de la utilización de un estándar de prueba menos exigente”<sup>33</sup>. La razón de ello, señala Coloma, es que “con un EdP exigente la parte demandante o acusadora elige solo «buenos casos»; es decir, aquellos en los que vislumbra que tiene posibilidades de éxito”<sup>34</sup>. Al respecto, no alcanzo a ver la conexión que plantea Coloma entre el nivel de exigencia del estándar de prueba y el grado de fiabilidad de la decisión. Las partes pueden tener distintas razones para considerar que tienen un «buen caso», sin que ello suponga que haya más probabilidad de que se produzca una decisión más fiable. En contra de lo que afirma Coloma, el estándar de prueba no incide propiamente en la mayor o menor fiabilidad de la decisión (esta sería más bien la función de los criterios de valoración racional de la prueba) sino en la manera en que se asigna y se distribuye el error entre las partes.

## Bibliografía

Accatino, D., “Atomismo y holismo en la justificación probatoria”, *Isonomía*, 40, 2014, pp. 17-59.

Accatino, D. “Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2011, pp. 483-511.

<sup>31</sup> *Vid.* en este sentido Accatino, D., “Atomismo y holismo en la justificación probatoria”, *Isonomía*, 40, 2014, pp. 17-59.

<sup>32</sup> *Vid.* Coloma, *op. cit.*

<sup>33</sup> *Vid.* Coloma, *op. cit.*

<sup>34</sup> *Vid.* Coloma, *op. cit.*

- Allen, R. J., “Burdens of proof”, *Law, Probability and Risk*, 2015, 3 (3-4), pp. 195-219.
- Anderson, T., Twining, W. y Schum, D., *Analysis of Evidence*, segunda edición, 2005, Cambridge University Press. Trad. en castellano: *Análisis de la prueba*, trad. coordinada por Flavia Carbonell y Claudio Agüero, Marcial Pons, 2015.
- Bayón, J. C., “Epistemología, moral y prueba de los Hechos: hacia un enfoque no benthamiano”, *Analisi e Diritto*, 2008, pp. 15-34.
- Diccionario Anaya de la Lengua*, Madrid, Anaya, 1991.
- Diccionario de la Lengua Española*, España, La Academia, 2001.
- Fernández, M., “La valoración de la prueba y el estándar de duda razonable”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2007, 15.
- Ferrer, J., *La valoración racional de la prueba*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2005.
- Gascón, M., “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos”, *Doxa*, 28, 2005, pp. 127-139
- González Lagier, D., “Presunción de inocencia, verdad y objetividad”, en García Amado, J. A. y Bonorino, P (coords.), *Prueba y razonamiento probatorio*, Granada, 2014, pp. 85-117.
- Haack, S., “El probabilismo jurídico. Una disensión epistemológica”, en Vázquez, C. (ed.), *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*, Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 65 y ss.
- Haack, S., *Evidence matters. Science, Proof and Truth in the Law*, New York: Cambridge, 2014.
- Kaplow, L. “Rules versus standards: an economic analysis”, *Duke Law Journal*, 43, 1992.
- Igartua, J., “Prolongaciones a partir de Laudan”, *Doxa*, 28, 2005, pp. 1412-1150.
- Fernández, M., “La valoración de la prueba y el estándar de duda razonable”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2005.
- Igartua, J., “Tomando en serio la duda razonable: enseñanzas de un controvertido caso judicial”, en *Derecho procesal: dilemas sobre la verdad en el proceso judicial*, Medellín: Editorial Universidad Pontificia Bolivariana, 2014, pp. 135-162.

- Laudan, L., “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, *Doxa*, 28, 2005, pp. 95-13.
- Laudan, L., “Aliados extraños. La inferencia a la mejor explicación y el estándar de prueba”, trad. Edgar Aguilera, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 2007, 1, pp. 305-327.
- Laudan, L., *Verdad, error y proceso penal*, trad. Carmen Vázquez y Edgar Aguilera, Marcial Pons, 2013.
- Schauer, F., “The convergence of rules and standards”, *New Zealand Law Review*, 303, 2003.





## Los estándares de prueba y el boom editorial del discurso probatorio en castellano

*The Standards of Proof and the Editorial Boom of the Evidence Discourse in Spanish*

Claudio Agüero San Juan\*

*Si alguna vez la claridad, la ciencia, la belleza abrían sus ventanas,  
era permitido gozar, entre muros de libros,  
la exquisita paz de la mansión de un letrado.*

Robert Musil  
*El hombre sin atributos*  
(1942: 14-15)

Recepción y evaluación de propuesta: 15/04/2016

Aceptación: 15/7/2016

Recepción y aceptación final: 4/7/2017

**Resumen:** Formulo un comentario al artículo “Los usos de los estándares de prueba” de Rodrigo Coloma. Resulta problemática la propuesta de entender el estándar de prueba como umbral porque no hay una magnitud mensurable. La fragilidad conceptual del discurso probatorio impide hacer más observaciones a la propuesta. Ante esta fragilidad la mejor opción es el silencio. Luego, resulta interesante observar la difusión de las investigaciones de prueba como un *boom* editorial de un discurso especializado.

**Palabras clave:** estándares de prueba, *boom* editorial, discurso probatorio

\* Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado.  
Correo electrónico: agüero.claudio@gmail.com

**Abstract:** I comment on the article “The uses of the standards of proof” by Rodrigo Coloma. The proposal to understand the test standard as threshold is problematic because there is no measurable magnitude. The conceptual fragility of the probative discourse prevents further observations on the proposal. Before this fragility the best option is the silence. Then, it is interesting to observe the diffusion of the test investigations as an editorial boom of a specialized discourse.

**Keywords:** standards of proof, editorial boom, evidence discourse

## I. Introducción

La palabra “estándar” es ajena al español. Proviene del inglés (*standard*) y se define como un adjetivo que se predica de algo que sirve como tipo, modelo, norma, patrón o referencia. También se usa como nombre masculino para referirse a un tipo, modelo, patrón, nivel. Como acción transitiva, “estandarización” significa tipificar, es decir, ajustar varias cosas semejantes a un tipo o norma común. Estos significados de la Real Academia de la Lengua Española nos permiten entender que la palabra “estándar” se refiere a una serie de conceptos que —si se es optimista— deberían ser cuidadosamente delimitados para usarlos en contextos jurídicos y probatorios.

Rodrigo Coloma es uno de esos optimistas que buscan elucidar qué significa “estándar” en el proceso de valoración de la prueba. Pero Coloma no es un ingenuo. Adhiere a un optimismo epistémico desconfiado. Coloma sabe que la palabra “estándar” y que la locución “estándar de prueba” son ejemplos de usos opacos del lenguaje, para hablar de un modo oblicuo de la racionalidad que muchos esperan se instancie en el razonamiento judicial. Coloma desconfía porque, por un lado, tiene poca seguridad sobre las herramientas que utiliza para enfrentar el problema y; por otro, porque tiene pocas esperanzas de arribar a la disolución o la resolución de los problemas implicados en la valoración de la prueba.

Es difícil criticar a un optimista desconfiado como Coloma. La razón es sencilla: no hay una tesis fuerte que cuestionar y es fácil compartir la desconfianza por las mismas razones o por otras análogas. Si se quiere compartir el punto de vista interno de quienes cultivan el derecho probatorio, las críticas podrían entonces apuntar a cuestiones de método o a la falta de tratamiento de algunos ejemplos que podrían estimarse como centrales en el proceso de adjudicación. No usaré estas estrategias. En lo que sigue, asumo un punto de vista externo a las controversias entre expertos en derecho probatorio. Voy a cuestionar la idoneidad de las metáforas al entender el uso de los estándares de prueba usando las figuras de umbral y prototipo, para intentar ilustrar el “vacío conceptual”<sup>1</sup> sobre el que se construye el discurso referido a los estándares de prueba. Luego, voy a presentar reflexiones sobre por qué este discurso ha tenido tanta difusión en los últimos años. Aquí uso la palabra *boom* en sentido literario y editorial, como éxito o auge repentino de un tema o asunto.

## II. Dos metáforas desafortunadas

La palabra “umbral” aplicada al uso de los estándares de prueba es una metáfora doble. Un umbral es la parte inferior de una puerta que opone en paralelo al dintel y, entonces, cuando se atraviesa el umbral se ingresa a un lugar. La palabra umbral también es un valor mínimo de una magnitud a partir del cual se produce un efecto determinado. La primera metáfora es espacial, la segunda es escalar. Ambas metáforas comparten la idea de que un umbral es un límite.

Entender el uso de los estándares de prueba como umbrales obedece a un espíritu científico que supedita la racionalidad a la posibilidad de hacer medible las magnitudes que gobiernan el mundo. Este espíritu fue

<sup>1</sup> La expresión “vacío conceptual” quiere significar que los teóricos de la prueba no tienen un punto de partida incuestionable (un punto fijo), es decir, una red de conceptos teóricos bien elaborados (*i. e.* que se apoyen mutuamente) que logre hacer mensurables las variables probatorias. Ahora bien, este vacío no implica que sea imposible arribar a ciertos consensos o convenciones sobre aquello que se estudia.

muy bien expresado por Galileo al referirse al trabajo científico: “medir todo lo mensurable y hacer mensurable todo lo medible”. La metáfora del umbral supone, entonces, que contamos con algo que es una magnitud y no solo una cualidad o propiedad, así la metáfora supone que lo estudiado es (o puede ser) mensurable (podemos lograr medirlo) y podemos fijar un valor a partir del cual se produce un efecto<sup>2</sup>. Así, la metáfora del umbral explica el uso de los estándares de prueba como aquel valor mínimo a partir del cual se da por probado el hecho X en el contexto de un proceso judicial.

La metáfora del umbral es desafortunada, porque en lugar de resolver o disolver el problema lo convierte en un problema mal planteado. La teoría sobre la prueba de los hechos no ha logrado modelar una cualidad o variable (o conjunto de ellas) como una magnitud (o conjunto de ellas) que pueda(n) ser individualizada(s) y medida(s) del modo en que se supone posible tras la idea de umbral.

La palabra “prototipo” es una metáfora con un objeto. Hay dos significados de prototipo. En un primer significado, prototipo refiere a un ejemplar original o primer molde con el que se fabrica un objeto. En un segundo significado, es un ejemplar perfecto, patrón o modelo de una virtud, vicio, cualidad o aparato. Dejando de lado el primer significado, la metáfora que explica el uso de los estándares de prueba con el segundo significado de la palabra prototipo también obedece al espíritu cientificista porque evoca la noción de patrón de medida<sup>3</sup>. Tras

<sup>2</sup> Según el Sistema Internacional de Unidades, existen siete magnitudes fundamentales, cada una con su patrón de medida. Ellas son: Longitud, Masa, Tiempo, Intensidad eléctrica, Temperatura, Intensidad luminosa y Cantidad de sustancia.

<sup>3</sup> Un patrón de medida (internacional) es un hecho aislado y conocido que sirve como fundamento para crear una unidad de medir magnitudes. Así, por ejemplo, un patrón para medir el tiempo es el segundo que se define como: “Un segundo es la duración de 9 192 631 770 oscilaciones de la radiación emitida en la transición entre los dos niveles hiperfinos del estado fundamental del isótopo 133 del átomo de cesio (133Cs), a una temperatura de 0 K”. Entrada ‘Segundo’ del diccionario de Lógica y Filosofía de la Ciencia de Jesús Mosterín y Roberto Torretti. Alianza Editorial, segunda edición. 2010, Madrid, España.

El patrón para medir la temperatura es el grado kelvin. Este se define: un grado kelvin es igual a la 1/273,16 parte de la temperatura termodinámica del punto triple del agua (el punto triple del agua tiene una temperatura de cero grados centígrados, 273,16 grados

la metáfora del prototipo está, nuevamente, la idea de mensurabilidad de una magnitud que influye en la valoración de la prueba, porque un patrón es un objeto que permite construir escalas de medición e instrumentos para medir cierta magnitud.

Pienso que no merece la pena continuar reformulando el problema de los estándares de prueba con estas metáforas y usando este lenguaje que se ha tomado prestado de la filosofía de la ciencia. Quizá, es mejor reconocer la carencia de conceptos que permitan describir, explicar, modelar y/o reconstruir el proceso de toma de decisiones en cuya virtud, a partir de cierto(s) paso(s) o movimiento(s), se acepta como probado un hecho X con base en un conjunto de medios de prueba C. En lo que sigue mostraré lo inadecuado de las metáforas usando un ejemplo de la física (¡otra metáfora!) para hacer más observables las diferencias entre el discurso científico y el discurso de los juristas. Luego, analizaré el modo en que se ha estructurado el discurso probatorio en los últimos años y qué papel cabe al trabajo de Rodrigo Coloma en ese discurso.

### III. Las sensaciones térmicas, el calor y la temperatura<sup>4</sup>

Medir la temperatura exige distinguir esta noción de otra que le es semejante a nivel sensorceptible: el calor. En la antigüedad, el calor (calórico) era concebido como una sustancia *sui generis*, fluida, indes-

kelvin y el patrón de medidas de la masa es: un kilogramo es igual a la masa del prototipo de Platino-Iridio conservado en el Laboratorio Internacional de Pesas y Medidas. Entrada 'Kelvin' del diccionario de Lógica y Filosofía de la Ciencia de Jesús Mosterín y Roberto Torretti. Alianza Editorial, segunda edición, 2010, Madrid, España.

Un patrón para medir la masa es el kilogramo que "es igual a la masa del prototipo de Platino-Iridio conservado en el Laboratorio Internacional de Pesas y Medidas". Entrada 'Kilogramo' del diccionario de Lógica y Filosofía de la Ciencia de Jesús Mosterín y Roberto Torretti. Alianza Editorial, segunda edición. 2010, Madrid, España.

<sup>4</sup> En toda esta sección sigo muy de cerca las entradas 'Calor', 'Calórico' y 'Temperatura' del diccionario de Lógica y Filosofía de la Ciencia de Jesús Mosterín y Roberto Torretti. Alianza Editorial, segunda edición, 2010, Madrid, España.

tructible. Solo en 1850 los resultados de Joule hicieron comprensible el calor como energía térmica.

El calor es diferente de la sensación térmica. Percibimos que algo entra a nuestro cuerpo a través de la piel cuando tenemos una sensación cálida y que sale de nuestro cuerpo cuando sentimos frío. Se llama “sensación térmica” y es una reacción de nuestro cuerpo al tocar o percibir por nuestra piel un objeto caliente o frío. La sensación térmica depende de dos ‘estados térmicos’: del estado de calor o frío de nuestro cuerpo y del estado de calor o frío del objeto. Por ejemplo, si pongo la mano derecha sobre una fogata y, al mismo tiempo, con la mano izquierda sostengo cubos de hielo y enseguida introduzco ambas manos en un cubo de agua potable, sentiré tibieza en la mano derecha y frío en la mano izquierda.

Las sensaciones térmicas son útiles para establecer una jerarquía tosca de estados térmicos. Esta jerarquía se funda en las siguientes ideas: a) Las sensaciones térmicas nos permiten afirmar que la temperatura entre dos objetos puede ser igual, mayor o menor, b) La igualdad de temperaturas es una relación de equivalencia, c) Las relaciones mayor y menor son relaciones transitivas, d) Cuando dos objetos de diferente temperatura son puestos en contacto, al cabo de un tiempo, sus temperaturas se igualan y, e) Existen cambios en los objetos que son independientes de las sensaciones térmicas (*v.gr.* la dilatación de los metales).

Antes de 1715 no existía una noción fina de ‘temperatura’ como la que tenemos hoy. La razón es sencilla: los termómetros no eran comparables entre sí. Fue Fahrenheit quien consiguió calibrar dos instrumentos con una escala común. Antes de este momento, la escala era relativa al termómetro usado para definirla. Solo en 1741 Celsius construyó su escala de medición de la temperatura basándose en el volumen de una columna de mercurio a nivel del mar<sup>5</sup>. Se fija como cero grados la medición de un recipiente con agua en vías de congelarse. Se estipula que la temperatura aumenta en un grado cada vez que

---

<sup>5</sup> Hoy los termómetros se calibran con una escala termodinámica basada en el trabajo de Lord Kelvin.

el volumen de la columna de mercurio crece en 0,01 V. Así, el punto de ebullición del agua queda fijado en cien grados.

Esta breve crónica sobre la construcción del concepto de ‘temperatura’ ilustra varias diferencias entre el estado actual del discurso científico y el discurso sobre la prueba de los hechos<sup>6</sup>. Los juristas, siguiendo a los filósofos de la ciencia, han postulado el ‘grado de creencia’ u otras nociones semejantes como ‘grado de aceptación’<sup>7</sup> o ‘fuerza probatoria’ u otras semejantes, tal y como si fuesen magnitudes que intervienen en el proceso de toma de decisiones del juez. El discurso de algunos teóricos de la prueba y juristas supone que, de algún modo, estas nociones son mensurables. A mi juicio, he ahí el principal problema del discurso probatorio en boga. Este modo de reconstruir el trabajo de los jueces supone una suerte de “termómetro probatorio” y por ello aspira a contar (y a usar) estándares de prueba para construir un modelo conceptual que haga comparables los resultados obtenidos de diferentes casos tal y como si se tratara de medir su temperatura, es decir, midiendo una variable (o un conjunto de variables) en diversos casos para compararlos, jerarquizarlos y tratar de modo semejante a quienes resultasen con mediciones equivalentes.

La *observabilidad* de una magnitud es un *resultado*, no un punto de inicio ni un dato autoevidente o incuestionable. Lo mismo ocurre con la *mensurabilidad* de una magnitud. Ambas acciones (observar y medir) son procesos prácticos que dependen de la teoría. Ello es así porque para medir una variable es necesario resolver no menos de cuatro tipos de problemas: a) *problemas cognitivos*: medir una variable genera una forma de pensar que hace cognoscible una porción de la realidad y hay capacidades intelectuales que solo se pueden ejercitarse a través de la actividad de medir. Entonces, entre la actividad y la teoría hay una

<sup>6</sup> Chang, H., *Inventing temperature. Measurement and scientific progress*, Londres, Oxford University Press, 2004.

<sup>7</sup> “Glaubensgrad, degré de croyance, degree of belief. En una interpretación personalista de la probabilidad, grado de creencia de la persona X en el enunciado p a la probabilidad de X atribuye a p. El grado de creencia de X en p se mide por la fracción de 1 que X está dispuesto a pagar a cambio de la seguridad de recibir 1 si y solo si p es verdadero”. Entrada ‘grado de creencia’ del diccionario de Lógica y Filosofía de la Ciencia de Jesús Mosterín y Roberto Torretti. Alianza Editorial, segunda edición, 2010, Madrid, España.

retroalimentación<sup>8</sup>; b) *problemas tecnológicos*: es necesario resolver cómo se construirán los instrumentos de medición; c) *problemas metodológicos*: es necesario disponer de reglas (técnicas regulativas y constitutivas) para realizar la medición y operar los instrumentos de medición y d) *problemas de justificación*: es necesario formular criterios para justificar el modo de construir y operar los instrumentos y para interpretar las lecturas de los datos obtenidos, entre otras decisiones.

Estos cuatro tipos de problemas no se discuten en el discurso probatorio que asume la metáfora del estándar de prueba como umbral. El discurso de los juristas parece olvidar que en materias de prueba judicial (todavía) no hay nociones que sean equivalentes a magnitudes. Los juristas no han conceptualizado lo suficiente la(s) magnitud(es) a estudiar (ni sus relaciones) y, entonces, desde un punto de vista externo, es poco sensato asumir que es posible tratarlas lingüísticamente como si fuesen mensurables mediante la construcción de nociones como la de estándar de prueba. Si no hay una magnitud claramente definida que mensurar se trabaja sobre una red conceptual inexistente o muy frágil<sup>9</sup>.

La fragilidad conceptual a la que hago referencia hace que sea muy interesante analizar la progresiva difusión del discurso de quienes participan en la investigación de los problemas de prueba. Hay que recordar que toda ciencia normal es dogmática en relación al paradigma que la sustenta y, entonces, solo la filosofía y la sociología pueden analizar el proceso de construcción de consensos y la paulatina aceptación del discurso científico como conocimiento nuevo. La cuestión no es solo analizar la coherencia argumental de quienes participan en el discurso

<sup>8</sup> Es posible sostener que los instrumentos de medición operan como una extensión de la mente humana. Meli, D. B., *Thinking with Objects: The Transformation of Mechanics in the Seventeenth Century*, Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 2006.

<sup>9</sup> Dei Vecchi señala al respecto: “La cuestión ocuparía un lugar central en la agenda epistemológico-jurídica de los años sucesivos a Discusiones 3. Sin embargo, la epistemología empezaría a mostrar sus limitaciones. En particular, su relativa falta de idoneidad para ofrecer unidades de medida de la prueba, y su consecuente impotencia para determinar criterios de suficiencia concluyentes”. Dei Vecchi, D., “Tres discusiones acerca de la relación entre prueba y verdad”, *Discusiones* 13, 2, 2013, p. 233-264.



probatorio, sino también determinar si esa coherencia es un paradigma o solo una confluencia de intereses individuales<sup>10</sup>.

#### IV. El discurso sobre el derecho probatorio

El ejemplo (la metáfora) expuesto en la sección anterior muestra que usar (de modo directo o indirecto) las nociones que estudian el trabajo científico para investigar el trabajo de los jueces produce distorsiones. ¿Por qué ha tenido éxito un discurso que puede distorsionar aquello que estudia? Desde el punto de vista externo a quienes cultivan el derecho probatorio, parece poco razonable el intento de construir un concepto de estándares de prueba sobre el vacío. La fortuna de discursos científicos sobre conceptos vacíos ha sido profusamente investigada en la filosofía de la ciencia con el auxilio de herramientas históricas. Los trabajos sobre el ‘calórico’, el ‘flogisto’ y el ‘éter’ son ejemplos clásicos<sup>11</sup>. No puedo abordar una tarea semejante en estas líneas. Solo aventuro una conjetura.

El éxito de la analogía (parcial e indirecta) entre el juez y el científico mediante el uso de terminología como ‘estándares’, ‘umbrales’, ‘prototipos’, ‘hipótesis probatoria’ o ‘hechos indiciarios’ puede explicarse por su utilidad para quienes participan del discurso: los investigadores. Echar mano al diccionario de la filosofía de la ciencia, por un lado, es económico, porque ahorra el trabajo de construir un léxico para la prueba de los hechos en el derecho diferenciado de la dogmática tradicional y de la filosofía del derecho tradicional y; por otro, resulta muy provechoso, porque permite una rápida asociación entre

<sup>10</sup> Bloor, D., *Knowledge and social imaginery*, Londres: Routledge and Kegan, Paul, 1976. Bloor, D., “The strenghs of the strong programme”, *Philosophy of the social sciences*, II, 2, 1981, pp. 199-213.

<sup>11</sup> Todos estos ejemplos se pueden revisar en el Diccionario de Lógica y Filosofía de la Ciencia de Jesús Mosterín y Roberto Torretti. Alianza Editorial, segunda edición. 2010, Madrid, España. Para una crítica histórico-filosófica a la sustitución que hace Lavoisier del flogisto por el calórico ver Chang, H., *Inventing Temperature. Measurement and Scientific Progress*, Londres: Oxford University Press, 2004.

el discurso probatorio y la tradición de la filosofía de la ciencia. Se genera así un efecto social positivo: la distinción entre quienes investigan ‘prueba’, y quienes hacen ‘dogmática’ o ‘teoría del derecho’<sup>12</sup>.

Sobre la base de esta conjetura creo que hay no menos de cinco razones que explican por qué algunos juristas y teóricos del derecho han comenzado a participar en el discurso probatorio y por qué se ha generado un *boom* editorial.

a) *Las fuentes sobre la prueba son extravagantes.* Las disposiciones normativas que el legislador formula al regular la prueba en contextos judiciales son peculiares. Listaré algunas de estas características: (a) las disposiciones son fragmentarias y su ubicación en la legislación es poco sistemática, (b) los textos normativos usan locuciones y expresiones que carecen de una sólida tradición en la cultura jurídica del *civil law*, (c) muchas de las disposiciones pueden considerarse cláusulas generales de disposición, norma explícita y norma implícita en terminología de Chiassoni<sup>13</sup> y (d) el modo en que son escritas las disposiciones no permite ejercitar de forma más o menos automática una interpretación correctora con códigos hermenéuticos similares a los usados para crear, prevenir o resolver lagunas y antinomias en otros sectores del ordenamiento jurídico. Entonces, parece que las normas que resultan de la actividad interpretativa no dialogan fácilmente con las normas sustantivas.

b) *El discurso de las fuentes sobre la prueba posee un lenguaje peculiar.* Las expresiones sobre la prueba de los hechos que usa el legislador son opacas. Es un lenguaje en donde abundan conceptos jurídicos indeterminados, cláusulas generales, remisiones y reenvíos entre otras figuras. Además, combina un léxico informal con uno técnico. Expresiones como ‘valoración’, ‘sana crítica’, ‘hecho’, ‘relevancia’, ‘máximas de la experiencia’, ‘principios de la lógica’, ‘hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos’, ‘racionalidad’, ‘verdad material’, ‘prudente criterio’, ‘razonable’, etcétera son usadas por el legislador, la dogmática, la jurisprudencia y la teoría del derecho de forma relativamente opaca. Ade-

<sup>12</sup> Sobre el concepto de distinción ver Bourdieu, P., *La distinción*, Madrid, Taurus, 2012.

<sup>13</sup> Chiassoni, P., “Las cláusulas generales, entre teoría analítica y dogmática jurídica”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad del externado de Colombia, 21, 2011, p. 89-106.

más, existen muy pocas convenciones lingüísticas sobre su definición y, las que existen, tienen un campo de aplicación muy reducido o son incapaces de reducir la ambigüedad de las palabras o de redefinir los conceptos reduciendo su vaguedad.

Creo que esta terminología dota a los discursos sobre la prueba de un halo de reflexión perspicua y de progreso científico. Un progreso que es capaz (o al menos eso intenta) de construir un *continuum* entre la toma de decisiones en situaciones cotidianas por personas comunes y corrientes y el modo en que los jueces operan (o debiesen hacerlo).

c) *La racionalización del trabajo judicial es una ideología en boga.* En el discurso de los juristas circula una tesis de política del derecho (probatorio) que defiende las bondades de la racionalidad en la decisión de los hechos. Esta ideología sustenta, a mi juicio, expectativas jurídicas y científicas un tanto desmesuradas. El legislador, los jueces, los juristas y alguna proporción de los teóricos del derecho pretenden controlar el arbitrio judicial usando el discurso probatorio. En este sentido, por ejemplo, la noción de estándar de prueba connota la posibilidad de estandarización del trabajo judicial y, en alguna medida, con ello se cifran esperanzas en la universalización de los juicios probatorios<sup>14</sup>. Las expectativas científicas también son altas. Ejemplo de esto es el uso de las expresiones ‘epistemología jurídica’ y ‘epistemología judicial’ en libros, artículos y seminarios sobre derecho probatorio<sup>15</sup>. Tras el uso de estas locuciones sospecho no menos de dos funciones ideológicas: por un lado, la distanciamiento lingüístico de la dogmática, para lograr distinción y reconocimiento<sup>16</sup>, y, por otro, algún grado de confianza en la construcción de un discurso que evite la fragmentación del mundo y

<sup>14</sup> Las expectativas sobre el control de errores judiciales parecen engarzarse con estas ideas. Un ejemplo de ello es Malem, quien señala: “Además, en la apreciación de la prueba se producen errores cuando se aplican estándares de prueba inadecuados. Los estándares de prueba son los criterios o pautas que se utilizan para determinar si una hipótesis probatoria ha recibido o no suficiente apoyo como para ser corroborada”. Malem, J., *Error judicial y formación de jueces*, Barcelona: Gedisa, 2008.

<sup>15</sup> Es probable que este uso editorial de las locuciones en cuestión se deba al título que Marcial Pons dio al libro de Larry Laudan *Verdad, error y proceso penal: un ensayo sobre epistemología jurídica*, que fue publicado en 2013.

<sup>16</sup> Sobre las nociones de distinción y reconocimiento ver Bourdieu, P., ídem.

que explique y/o justifique de forma integradora muchas actividades diferentes sobre la prueba de hechos.

d) *El discurso académico se presenta como una tecnología para los operadores.* Vinculada a la idea anterior hay una ideología tecnocrática en el discurso jurídico sobre la prueba. Progresivamente, se ha instalado una idea sobre la especialización que reclaman las investigaciones sobre “el-problema-de-la-prueba”. Los artículos sobre la prueba son cada vez más técnicos (y más oscuros para el lego o semilego que cultiva otras disciplinas) y esta forma de tratar el problema les reviste de un halo de cientificidad que sostiene la confianza del lector.

e) *La supuesta utilidad de las investigaciones.* El discurso de muchos dogmáticos y teóricos del derecho se ha presentado como un aporte a la solución del “problema-de-la-prueba”. Creo que esta estrategia permite que el discurso tenga un impacto editorial más extenso (y, entonces, el producto editorial resulta más masivo). La masividad es fácilmente explicable: la nociones como “hecho probado”, “estándar de prueba” y otras semejantes son muy dúctiles ya que no se vinculan directamente a las fuentes del derecho permitiendo a los litigantes, a los jueces y a los juristas de diferentes países construir interpretaciones correctoras de sus disposiciones y elaborar discursos para justificar y excusar sus decisiones.

f) *Los editores comprendieron que el discurso probatorio es transnacional.* Todos los rasgos listados dotan a los autores del *boom* de una importante cualidad editorial: el discurso probatorio no es local, sino que se desatienden las fuentes del derecho que limitan el alcance de los trabajos típicamente jurídicos. Así, los textos del *boom* plantean los problemas probatorios con un nivel de abstracción y generalidad que les permite ser leídos en muchos ordenamientos jurídicos diversos.

## V. El *boom* del discurso probatorio

La palabra inglesa '*boom*' se usa en el marketing para referirse a una brusca alza en las ventas de un producto. En literatura ha sido usada, por ejemplo, para etiquetar el incremento en la literatura latinoamericana entre la década de los sesenta y hasta principios de los ochenta. Aquí uso la palabra *boom* en este sentido puramente literario y editorial. Entiendo por *boom* un fenómeno de aumento de la difusión, el reconocimiento y la influencia de quienes investigan sobre la prueba<sup>17</sup>.

Aunque hace falta una investigación profunda para asegurarlo, creo que es posible sostener que desde el año 1999, de forma creciente, las investigaciones sobre la prueba se han incrementado<sup>18</sup>. Creció su volumen de producción, su ámbito de circulación y su tasa de consumo por parte de los dogmáticos, de los abogados y de los jueces. Aunque es difícil de delinear, creo que hay tres conjuntos que son clave para delimitar quiénes han sido parte de este movimiento: un cierto grupo de escritores, investigadores o autores; un conjunto de textos, artículos, revistas y libros principalmente; y un conjunto de ideas sobre cómo *es* y cómo *debería ser* la prueba judicial<sup>19</sup> y su investigación. En las próximas páginas intentaré justificar con datos la existencia del referido *boom*.

### V.1. La invención del “derecho probatorio” en el catálogo librero español

Clasificar los libros según la materia que tratan no es un asunto puramente científico o de interés para la gestión bibliotecaria. Se trata de un

<sup>17</sup> Es importante dejar en claro que la expresión *boom* no dice nada sobre el contenido de las publicaciones, es decir, no implica una evaluación de su importancia, novedad, utilidad, impacto académico o científico. En este sentido, se trata de una categoría que atiende solo al fenómeno editorial: la divulgación de un discurso.

<sup>18</sup> Es verdad que hay textos importantes que fueron publicados con anterioridad. Un ejemplo se encuentra en un antiguo artículo de Perfecto Andrés. Ver: Perfecto Ibañez, A, “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, *Doxa*, 12, 1992, pp. 257-299. Es claro que un análisis bibliométrico detallado debería considerar este tipo de textos, pero ese no es el propósito de este artículo.

<sup>19</sup> Vale la pena señalar que un conjunto de ideas no es un ideario.

problema comercial. Según explica el sitio de DILVE (Distribuidor de información del libro español en venta)<sup>20</sup>, el catálogo IBIC (*International Book Industry Categories*) es un sistema de calificación internacional de libros por materias con una orientación comercial. El sistema es análogo a BIC (*Book Industry Communication*) usado en Reino Unido, Australia y Nueva Zelanda y a BISAC (*Book Industry Study Group*) de uso en Estados Unidos y Canadá. Señala el sitio de DILVE:

El sistema IBIC se basa en unos 2.600 códigos de materias, agrupados jerárquicamente en 18 categorías (Artes, Lengua, Literatura y estudios literarios, Ficción y temas afines, Derecho, Medicina...). Del mismo modo, propone 900 códigos denominados ‘calificadores’ para indicar, si se desea, la localización geográfica, las lenguas de la obra, los períodos históricos, los fines didácticos y la edad de interés [...]<sup>21</sup>.

En España, el comité de gestión del IBIC está integrado por varios agentes de la industria del libro. En el área jurídica, las editoriales Wolters Kluwer y Marcial Pons tienen la tarea de revisar la clasificación<sup>22</sup>.

La configuración comercial del IBIC permite entender por qué al consultar la base de datos de los libros editados en España se presentan

<sup>20</sup> [https://www.dilve.es/dilve/dilveweb/dilve\\_IBIC.jsp](https://www.dilve.es/dilve/dilveweb/dilve_IBIC.jsp)

<sup>21</sup> Continúa el sitio web de DILVE: “En 1998 se hizo pública la primera versión del estándar, en cuya elaboración participaron representantes destacados del sector. La última versión (v 2.1), que ha sido la referencia para su adaptación a España, se hizo pública en diciembre del 2010. En octubre de 2011, la clasificación BIC pasa a denominarse IBIC para recoger las adaptaciones del sistema a diferentes mercados como los de Italia, España, Alemania, Noruega, Suecia, Portugal, etc.” “En España, la elección del sistema de clasificación de materias IBIC para el mercado del libro ha sido fruto de un acuerdo entre representantes de todo el sector comercial (editoriales, distribuidoras, librerías y Agencia del ISBN), coordinados por la Federación de Gremios de Editores de España por medio de DILVE” ([https://www.dilve.es/dilve/dilveweb/dilve\\_IBIC.jsp](https://www.dilve.es/dilve/dilveweb/dilve_IBIC.jsp))

<sup>22</sup> Según informa el sitio DILVE, “En estos momentos se está llevando a cabo un análisis más detallado del ámbito jurídico y del científico-técnico, con la colaboración de algunas de las editoriales y librerías más significativas así como en coordinación con el Comité Internacional IBIC” ([https://www.dilve.es/dilve/dilveweb/dilve\\_IBIC.jsp](https://www.dilve.es/dilve/dilveweb/dilve_IBIC.jsp))

ciertas paradojas<sup>23</sup>. En el periodo entre 1990 y 2000 el resultado de la búsqueda de los libros cuya materia es derecho<sup>24</sup> y que usan la palabra “prueba” en el título<sup>25</sup> tiene como resultado solo dos títulos. Uno de ellos es el libro *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba* de Marina Gascón Abellán. Este libro fue publicado en 1999 en la colección *Mono-grafías jurídicas* de la editorial Marcial Pons<sup>26</sup>.

Cuando, usando los mismos criterios, la búsqueda incluye el periodo entre 2000 y 2010 el número de libros publicados crece a ocho<sup>27</sup>. Y cuando se busca entre 2011 y 2017 (usando los mismos dos parámetros) no hay títulos publicados. Si, en cambio, la materia “derecho” se reemplaza por “procedimiento civil: derecho probatorio”, surgen ocho títulos publicados en el periodo<sup>28</sup> y si se elimina el requisito de la palabra

<sup>23</sup> La base de datos está disponible en el sitio web: <https://www.mecd.gob.es/cultura-mecd/areas-cultura/libro/bases-de-datos-del-isbn/base-de-datos-de-libros.html>

<sup>24</sup> En el buscador he fijado como índice la materia derecho sin ninguna adjetivación adicional.

<sup>25</sup> *Manual práctico de la prueba pericial médica* cuyos autores son Martínez María Francisca y García-Blázquez Manuel de la editorial Comares y *La prueba y medios de prueba, de Roma al derecho moderno* cuyos autores son Camacho Fermín, Bello, Silvestre y Domínguez Paula de la editorial Servicio de Publicaciones de la Universidad Rey Juan Carlos. Con otros criterios de búsqueda es posible encontrar obras como, por ejemplo, *La prueba en el procedimiento de gestión tributaria* de Ana Pita publicado en 1998 por Marcial Pons.

<sup>26</sup> La primera edición de este texto figura clasificado en dos materias: derecho comparado y proceso civil, en cambio, la segunda y la tercera ediciones fueron clasificadas solo como derecho comparado.

<sup>27</sup> Esos libros, ordenados por título y excluidos los impertinentes para la investigación jurídica incluyen: *La carga de la prueba en la jurisprudencia romana clásica: (exégesis de 22.3)* de José Miguel Piquer editado por Edisofer (2006), *Disposiciones generales sobre la prueba* de Francisco López Simó de editorial La ley (2001), *Empresa y prueba informática* (sin autor) de Bosch (2006), *Manual práctico de la prueba pericial médica* de María Francisca Martínez y Manuel García-Blázquez de editorial Comares (2000), *La prueba pericial en el proceso civil* de Pilar Ledesma editado por el Consejo General del Poder Judicial (2006), *La prueba y los medios de prueba, de Roma al derecho moderno* de Fermín Camacho, Silvestre Bello y Paula Domínguez editado por el Servicio de Publicaciones de la Universidad del Rey Juan Carlos (2000), *La prueba* de Michele Taruffo de Marcial Pons (2008) y, *Valoración del daño corporal: legislación, metodología y prueba pericial médica* de César Borobia de la editorial Elsevier Mansson (2007).

<sup>28</sup> El listado incluye los siguientes títulos. *Análisis de la prueba* de Terence Anderson, David Schum y William Twining editado por Marcial Pons (2016); *La prueba de reconocimiento judicial*, sin autor, editado por Bosh (2012); *La prueba pericial contable en*

“prueba“ en el título y se mantiene la materia “procedimiento civil: derecho probatorio” el resultado es treinta títulos publicados en el periodo. No deja de ser curioso que, la misma búsqueda en el periodo 1990 a 2000 da como resultado cero y en el periodo 2000 a 2010 el resultado es solo cuatro libros.

Los resultados de las búsquedas nos permiten lanzar una hipótesis: la clasificación IBIC “procedimiento civil: derecho probatorio” surgió en algún momento posterior al año 1999 con el objetivo de catalogar mejor las obras de derecho de prueba con fines comerciales, porque IBIC tiene esos fines. Ahora bien, los editores no saben muy bien qué cosas deben poner bajo esa etiqueta.

Algunos datos adicionales para sustentar esta apuesta. La traducción del libro *Verdad, error y proceso penal: un ensayo sobre epistemología jurídica* de Larry Laudan es clasificado como Filosofía del Derecho al igual que el libro *Debatiendo con Taruffo*<sup>29</sup>. Asimismo, *La motivación de la sentencia civil*<sup>30</sup> es categorizado como derecho civil, derecho procesal y filosofía del derecho y *La prueba de los hechos*<sup>31</sup> es clasificado como derecho procesal, filosofía del derecho y procedimiento civil: derecho probatorio. En cambio, *La valoración racional de la prueba* de Jordi Ferrer (2013) es clasificado por Marcial Pons en Filosofía: epistemología y teoría del conocimiento y Filosofía: lógica. Finalmente, una editorial pequeña como Bubok Publishing, en el año 2013, clasifica como Criminología el libro *Decidir sobre los hechos: un estudio sobre la valoración racional de la prueba judicial* de Evanilda Godoi.

*las jurisdicciones civil, penal, contencioso-administrativa y laboral*, de José Carlos Balagué (2012); *Recomendación técnica 4 refor-CGE: la prueba pericial contable y económica en el proceso judicial español*, sin autor, editado por el Consejo General de Economistas (2013); *La valoración de la prueba de interrogatorio* de Cristian Contreras editado por Marcial Pons (2015); *La valoración de la prueba en el proceso civil* de Xavier Abel, de editorial La Ley (2014) (en dos formatos, archivo de internet y en papel).

<sup>29</sup> Libro colectivo publicado el año 2016 por Marcial Pons.

<sup>30</sup> Esta es la clasificación de la primera edición del año 2011.

<sup>31</sup> Esta es la clasificación de la primera edición del año 2002.



## V.2. Los autores del *boom*

Hacer un listado exhaustivo de autores que participaron del *boom* desde principios de la primera década de este siglo hasta hoy, es una tarea que no puedo abordar aquí. Una mirada rápida a los textos publicados permite aventurar que la lista podría extenderse, quizá, hasta dos docenas de nombres distribuidos por Ítalo-Iberoamérica. Se trata, entonces, de un número reducido de participantes.

Todo *boom* tiene un canon<sup>32</sup>. En las líneas que siguen no es posible (ni deseable) fijar la lista de autores canónicos del *boom*. Simplemente, hago un listado de autores sin pretensiones de exhaustividad.

En España el conjunto de autores que inicia el *boom* son tres figuras: Marina Gascón, Jordi Ferrer y Daniel González. De modo estipulativo, podemos fijar el inicio del *boom* en el año 1999. En ese año Marina Gascón publicó *Los Hechos en el Derecho*<sup>33</sup>, creo que por ese libro ella merece el título de pionera del discurso de prueba en habla hispana<sup>34</sup>. Luego de este primer paso, son los trabajos de Jordi Ferrer los que consolidan y aumentan el impacto del discurso probatorio y lo transforman en un *boom*. Además, es Ferrer quien convierte a Taruffo en una figura editorial en lengua castellana. Las investigaciones de Daniel González, aunque son centrales en el discurso probatorio que se analiza, están más atrás en cuanto a su impacto editorial<sup>35</sup>.

Los tres autores defienden (y discuten) dentro de un conjunto compartido de ideas: el racionalismo en materia de prueba. Este rasgo no

<sup>32</sup> Aquí uso la palabra 'canon' en el sentido en que la usan los teóricos de la literatura. Bloom, H., *El canon occidental*, Barcelona: Anagrama, 1995.

<sup>33</sup> Gascón Abellán, M., *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Barcelona: Marcial Pons, 2004. En forma previa, se había publicado otro libro que influye indirectamente en el *boom*, ya que pese a tener su foco en cuestiones normativas, pone mucho énfasis en la determinación de los hechos. Me refiero a Ferrajoli, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, primera edición, Valladolid: Editorial Trotta, 1995. El texto en italiano es de 1989.

<sup>34</sup> El trabajo de Ferrer en relación a constituir a Taruffo en un referente para el mercado hispano parlante merece una investigación particular.

<sup>35</sup> La expresión 'impacto editorial' no tiene que ver con el contenido de los textos, sino con su capacidad para llegar al público.

los convierte en un grupo, es solo uno de otros varios rasgos comunes. Algunas de esas otras propiedades compartidas que vale la pena considerar son las siguientes: a) cada uno de ellos ha publicado textos para discutir ideas provenientes del *common law*, b) los tres comparten (aproximadamente) los canales de comunicación, es decir, las editoriales y las revistas. En España funcionan la editorial Trotta, Marcial Pons y, en menor medida, la Fundación Coloquio Jurídico Europeo. En Italia, Il Mulino y Giuffrè cuando editaba *Analisi e diritto* son sus casas editoras. Los artículos también se publican en un listado muy acotado de revistas. Las principales son *Discussiones*, *Doxa* e *Isonomía*.

Para analizar la posibilidad de que estemos frente a un *boom* editorial el número de publicaciones anuales sobre prueba es un dato interesante de observar. Luego del libro de Gascón, en el año 2002 la editorial Trotta publicó la traducción de Jordi Ferrer del libro *La prueba de los hechos* de Michele Taruffo<sup>36</sup>. En el mismo año, Jordi Ferrer publicó *Prueba y verdad en el derecho* por la editorial Marcial Pons y al año siguiente, el tercer número de la revista *Discussiones* se dedicó al problema de la prueba de los hechos. El subtítulo de la revista es claro: *Prueba, conocimiento y verdad*<sup>37</sup>. La revista inicia con una presentación de Jordi Ferrer y Daniel González. En ella, cuatro investigadores debaten sobre un texto de Taruffo que es el artículo inicial<sup>38</sup>. Los tres artículos que siguen son de Marina Gascón Abellán<sup>39</sup>, Perfecto Andrés Ibáñez<sup>40</sup>

<sup>36</sup> El libro original de Taruffo fue publicado el año 1992 por la editorial Giuffrè. La editorial Trotta, con meridiana claridad, fijó tres materias para la traducción de Taruffo: Derecho Procesal, Filosofía del Derecho y Procedimiento civil: derecho probatorio. En cambio, Marcial Pons clasificó la primera edición del libro de Gascón como derecho comparado y proceso civil. En tanto que la segunda edición (2004) y la tercera (2010) fueron catalogadas como derecho comparado.

<sup>37</sup> El impacto de esta revista ha sido amplio. Una reciente publicación de Juan Mococho da cuenta de la influencia de ese debate más de diez años después. Mococho, J., “Breves comentarios sobre prueba y verdad”, *Inciso, Revista de investigaciones en Derecho y Ciencias Políticas*, 18 (1), 2016. Disponible en: <http://revistas.ugca.edu.co/index.php/inciso/article/view/469/903>

<sup>38</sup> El trabajo en cuestión se titula *Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad*.

<sup>39</sup> El artículo se titula “Concepciones de la prueba. Observación a propósito de *Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad*, de Michele Taruffo”.

<sup>40</sup> El artículo se titula “Sobre prueba y proceso penal”.

y Andrés Bouzat junto a Alejandro S. Cántaro<sup>41</sup>. La revista termina con un artículo en donde Taruffo replica a sus críticos<sup>42</sup>.

En el año 2004, Jordi Ferrer publica *Prova e verità nel diritto* en la editorial italiana Il Mulino. En el 2005 Trotta inicia las ventas de la segunda edición de *La prueba de los hechos*<sup>43</sup> y Marcial Pons publica *Carga de la prueba y sociedad del riesgo* de Guillermo Ormazábal y la segunda edición del libro *Prueba y verdad en el derecho* de Jordi Ferrer<sup>44</sup>. Otras editoriales como Bosch también se suman a la publicación de textos sobre prueba<sup>45</sup>. En el año 2007 Marcial Pons publica el libro *La valoración racional de la prueba* de Jordi Ferrer<sup>46</sup> y Tirant lo Blanch publica *La prueba y el control de los hechos por la jurisdicción contencioso administrativa* de David Blanquer. Creo que está bastante claro que, a ocho años del libro de Gascón, las palabras ‘prueba’ y ‘hecho’ son ya etiquetas que las editoriales usan para posicionar títulos en los anaqueles de las librerías.

En el año 2008<sup>47</sup> Marcial Pons vuelve a editar a Michele Taruffo, esta vez en conjunto con Jordi Ferrer, se trata del libro titulado *La prueba*<sup>48</sup> y la editorial del Coloquio Jurídico Europeo no se queda atrás y publica *Consideraciones sobre la prueba judicial* de Michele Taruffo. El 2009 es importante porque podría fijarse ahí el inicio del impacto del fenómeno editorial del discurso probatorio a este lado del Atlántico. Ese año, en Argentina la editorial Hammurabi publica *Prueba y convicción judicial en el proceso penal* de Perfecto Andrés Ibáñez. En Perú

<sup>41</sup> Este trabajo se titula “Verdad y prueba en el proceso acusatorio”.

<sup>42</sup> Este trabajo se titula “Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba”.

<sup>43</sup> Ese año la editorial peruana Palestra y la colombiana Temis publican *Questio facti: ensayos sobre prueba, causalidad y acción* de Daniel González Lagier.

<sup>44</sup> La segunda edición de la traducción española fue clasificada en Proceso civil.

<sup>45</sup> Ese año la mencionada editorial publica *La prueba de los hechos en el proceso: aspectos de ley aplicable* de Joaquim-Joan Forner i Delaygua.

<sup>46</sup> La base de datos de libros editados en España consigna como autor a Jordi Ferrer. El sitio worldcat.org, en cambio, consigna como coautor a Larry Laudan. La materia de este libro es Filosofía: epistemología y teoría del conocimiento y Filosofía: lógica.

<sup>47</sup> Ese año ingresa a la discusión Juan Carlos Bayón con un capítulo titulado “Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano”. El artículo está publicado en el libro *Análisis e diritto* del año 2008, pp. 15-34.

<sup>48</sup> Son coautores Michele Taruffo y Jordi Ferrer. La materia del libro es Derecho.

ARA publica *Proceso, prueba y estándar* de Marina Gascón y, en Chile, la editorial Metropolitana edita una compilación de trabajos de Michele Taruffo titulada *La prueba: artículos y conferencias*. En España, Trotta lanza la tercera edición de *La prueba de los hechos*.

En el año 2010<sup>49</sup>, el Instituto de Investigaciones Jurídica-UNAM publicó un libro colectivo bajo el título *Estudios sobre la prueba* cuyos autores principales son Jordi Ferrer, Marina Gascón y Daniel González Lagier. Ese mismo año, Marcial Pons publicó la traducción de otro libro de Michele Taruffo; *Simplemente la verdad: el juez y la construcción de los hechos*<sup>50</sup> y el libro *La valoración de la prueba* de Jordi Nieva<sup>51</sup>. Además, se lanza la tercera edición del título *Hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba* de Marina Gascón.

Al año siguiente, en 2011, Trotta editó *La motivación de la sentencia civil*, que es la traducción española del original italiano de Taruffo<sup>52</sup>. Marcial Pons edita *La prueba: un análisis racional y práctico*<sup>53</sup> de Rodrigo Rivera y ese año Trotta comienza la venta de la cuarta edición de *La prueba de los hechos*<sup>54</sup>. En 2012 la editorial chilena Metropolitana volvió a publicar a Taruffo bajo el título *Consideraciones sobre la prueba y motivación de la sentencia civil*. En Colombia la Universidad del Externado publica *Cuestiones probatorias* de Marina Gascón. En Argentina ese año la editorial Hammurabi publicó a Larry Laudan con el título *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*. Quizá aquí hay un giro en el boom. El foco de la discusión fue modificado por la traducción de Laudan al español. Esta es una hipótesis. Mi única fuente para hacer tal apuesta es

<sup>49</sup> En Chile, ese año se defiende la primera tesis en derecho probatorio del país. La obra del profesor Jorge Larroucau Torres se tituló *La prueba en el proceso civil*. El tribunal de la investigación estuvo integrado por Michele Taruffo. Información disponible en: <http://www.derecho.uchile.cl/postgrado/doctorado-en-derecho/53073/tesis-defendidas>

<sup>50</sup> La editorial clasificó este libro como Derecho comparado.

<sup>51</sup> Este libro fue clasificado por la editorial como Proceso civil.

<sup>52</sup> El original en italiano fue publicado el año 1975 por la editorial CEDAM.

<sup>53</sup> Este libro fue catalogado como Proceso civil.

<sup>54</sup> En México, Fontamara publicó el libro *Estudios sobre la prueba*. Obra colectiva que cuenta con la participación de Jordi Ferrer; Marina Gascón; Daniel González y Michele Taruffo entre otros.

el balance que hizo Dei Vecchi en Discusiones XIII<sup>55</sup>. En la nota 61 de este trabajo, Dei Vecchi dejó constancia de un hecho muy elocuente: la expresión “estándar de prueba” solo figura en la página 93 de la revista Discusiones que dio uno de los primeros pasos del *boom*<sup>56</sup>.

En el año 2013 Marcial Pons publicó un libro colectivo coordinado por María del Carmen Vázquez bajo el título *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*<sup>57</sup>, un libro de Larry Laudan con el título *Verdad, error y proceso penal: un ensayo de epistemología jurídica*<sup>58</sup> y un libro de Michele Taruffo y Jordi Nieva titulado *Neurociencia y proceso judicial*<sup>59</sup>. Ese mismo año, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación de Estados Mexicanos publicó la serie cuadernos de divulgación con el título *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*.

En el año 2015 la Universidad de Los Andes (Colombia) publicó un libro colectivo titulado *Nuevas tendencias del derecho probatorio* en donde participaron Michele Taruffo y Jordi Ferrer, entre otros autores. Marcial Pons lanzó al mercado el libro de Carmen Vázquez: *De la prueba científica a la prueba pericial*<sup>60</sup> y el libro *La valoración de la prueba de interrogatorio* de Cristian Contreras y Jordi Nieva<sup>61</sup>. En América Latina, Andrés Páez publicó *Hechos, evidencia y estándares de prueba. Ensayos de epistemología jurídica* por la Universidad de los Andes. Desde Chile, Flavia Carbonell, Rodrigo Coloma y yo mismo coordinamos la traducción del libro *Analysis of evidence* de Terence Anderson, David Schum y William Twining, que lanzó Marcial Pons con el título *Análisis de la*

<sup>55</sup> Dei Vecchi, D., “Tres discusiones acerca de la relación entre prueba y verdad”, *Discusiones*, 13, 2, 2013, pp. 233-264.

<sup>56</sup> Aunque no se puede desconocer que hay trabajos previos de Gascón, Ferrer y Bayón, entre otros, que tratan los problemas de los estándares de prueba, el punto no es ese. Se trata de determinar cuándo la locución “estándar de prueba” pasó a ser central en el *boom* editorial del discurso probatorio.

<sup>57</sup> La editorial clasificó este libro como Filosofía del Derecho.

<sup>58</sup> La editorial clasificó este libro como Filosofía del Derecho.

<sup>59</sup> La editorial clasificó este libro como Derecho Procesal.

<sup>60</sup> La editorial clasificó este libro como Filosofía del Derecho

<sup>61</sup> La editorial clasificó el libro como Derecho Procesal: derecho probatorio.

*prueba*<sup>62</sup>. En 2016 Marcial Pons publicó el libro colectivo *Debatiendo con Taruffo*<sup>63</sup>, bajo la coordinación de Carmen Vázquez y Jordi Ferrer.

A la fecha de la publicación de este texto también integra el *boom* la reciente traducción de Perfecto Andrés Ibáñez del libro de Giulio Ubertis *Elementos de epistemología del proceso judicial*, publicado por editorial Trotta<sup>64</sup>.

## VI. ¿Qué posición ocupa el trabajo de Rodrigo Coloma en el *boom* del discurso probatorio?

Todo *boom* es solo una burbuja a punto de estallar. Los editores, esos “empresarios de la ideología” o “mercaderes de la cultura” siempre tienen dos caras, como Jano, una de ellas mira al comercio y otra al arte<sup>65</sup>. Entonces, si se acepta que hay un *boom*, parece sensato no apresurarse. Hay que tener cuidado con lo que se compra, con lo que se lee y con lo que se cita. Todo *boom* pasa de moda. Al pasar la moda hay dos opciones: se ha formado una cultura dominante (*mainstream*) o se desaparece<sup>66</sup>. Antes de formular juicios categóricos, es razonable esperar que el tiempo pase y ver quiénes (qué trabajos) resisten su paso y quedan en pie dentro de las comunidades jurídicas de nuestros países (hablo de y para Latinoamérica). Es prudente observar qué sucede con las ventas de libros. ¿Trotta lanzará una quinta o una sexta edición de *La prueba de los hechos* de Michele Taruffo? ¿Con el tiempo, la traducción de *Analysis of evidence* modificará el panorama de la enseñanza del derecho probatorio en Latinoamérica? Si hechos como estos ocurren,

<sup>62</sup> La editorial clasificó este libro como Derecho Procesal: derecho probatorio.

<sup>63</sup> La editorial clasificó este libro como Filosofía del Derecho.

<sup>64</sup> Hay que notar que las materias IBIC de este libro, según la información suministrada por la editorial es: Derecho y procedimiento penal, Filosofía del Derecho y Filosofía: epistemología y teoría del conocimiento.

<sup>65</sup> Las frases corresponden a John Thompson y a Gary Stark y la referencia a Jano es de Baskhar. Todos están citados por Baskhar, M., *La máquina de contenido*, Fondo de Cultura Económica, 2014, p. xvii.

<sup>66</sup> Martel, F., *Cultura Mainstream. Cómo nacen los fenómenos de masas*, Madrid: Taurus, 2011.

es seguro que editores como Marcial Pons y otras pequeñas editoriales latinoamericanas seguirán apostando por el discurso probatorio como un producto cultural; el *boom* continuará por algunos años más.

El mercado editorial es solo una de las variables a considerar. Hay que observar también qué ocurre con las fuentes del derecho. Si el *boom* se transforma en derecho legislado en algunos países de nuestra región hay que ver cómo el legislador usa o (re)interpreta las nociones construidas por el *boom*. Si, en cambio, el *boom* solo influye en los sistemas jurídicos mediante la jurisprudencia y la doctrina es necesario saber cómo los jueces y los dogmáticos usan y/o (re)interpretan estas nociones para crear derecho de manera extralegislativa.

Ahora bien, si se acepta que hay un *boom* vale la pena intentar posicionar el trabajo de Coloma en ese *boom*. El trabajo de Coloma desde principios de la década del 2000 en materia de prueba de los hechos es periférico. Coloma participa desde lejos del ruidoso desarrollo del auge por la investigación sobre la prueba. La periferia es un rasgo geográfico, conceptual, metodológico y estilístico. La periferia geográfica es un hecho: el autor trabaja desde Chile y no desde Europa o Estados Unidos.

La periferia conceptual, metodológica y estilística son decisiones autorales. La red conceptual y el método usados por los trabajos de Coloma solo participan y se yuxtaponen por fragmentos a las nociones y métodos que son de uso corriente en la literatura del *boom*. Coloma es menos analítico, es decir, sigue menos de cerca las convenciones de los defensores de la filosofía analítica; su forma de trabajo es más tópica y mucho más narrativa; su modo de usar la terminología de la filosofía de la ciencia es más desencantada; tiene menos fe en el potencial explicativo y/o justificativo del léxico proveniente de la filosofía de la ciencia. Finalmente, su estilo de escritura es más literario y fácil de leer para el lego en filosofía. A mi juicio, el trabajo de Coloma que usted puede leer en esta revista participa de estas cualidades.

## VII. Palabras de cierre

Cuando imagino a los jueces en tanto lectores de varios de los textos que han sido publicados en el marco del *boom* del discurso probatorio se me viene a la cabeza el pobre hombre rico de Loos<sup>67</sup>. A principios del siglo XX, el arquitecto austriaco Adolf Loos escribió una breve fábula sobre un pobre hombre rico que quería vivir en una vivienda diseñada hasta el más mínimo detalle por un arquitecto. La complejidad de la obra llegó a tal extremo, que en un momento el arquitecto reconviene a su mandante, porque se había puesto las pantuflas (también diseñadas por el arquitecto) en la sala y no en el dormitorio. El color de los calcetines destruía la armonía de la sala. Al final, el dueño de la casa no puede recibir ningún regalo, porque todos destruyen la casa y se siente extraño, avergonzado y muerto en su propia casa. Creo que una buena parte de los escritores del *boom* tienen pretensiones similares a las que inspiraban al arquitecto de la fábula; pretenden diseñar modelos y conceptos tan finos y detallados que impiden hacer con ellos lo más básico: usarlos. En este sentido, el trabajo de Coloma parece ser más *usable* por los operadores del sistema jurídico que las investigaciones de algunos de los miembros del *boom*.

Casi lo olvidaba. Si usted, querido lector, acepta que hay un *boom* de investigaciones sobre prueba, sospeche de lo que acaba de leer, de la revista que tiene entre sus manos y del próximo libro sobre prueba que las editoriales le querrán vender.

---

<sup>67</sup> Loos, A., "The Poor Little Rich Man (April 26, 1900)", *Spoken into the Void: Collected Essays 1897-1900*, 1900. Translated by Jane O. Newman and John H. Smith (Cambridge, MA, MIT Press, 1982).



## Bibliografía

- Baskhar, M., *La máquina de contenido*, Fondo de Cultura Económica, 2014.
- Bayon, J. C., *Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no Benthamiano*, 2008. Ponencia presentada al XIV Congreso Ítalo-Español de Teoría del Derecho celebrado en Girona los días 14 y 15 de noviembre de 2008, p. 10. Disponible en: <http://www.udg.edu/areas/FilosofiaDelDret/Noticies/tabid/10083/p/10469/language/es-ES/Default.aspx>].
- Bloom, H., *El canon occidental*, Barcelona: Anagrama, 1995.
- Bloor, D., *Knowledge and social imaginery*, Londres: Routledge and Kegan, Paul, 1976.
- Bloor, D., “The strengths of the strong program”, *Philosophy of the social sciences*, II (2), 1981, pp. 199-213.
- Bourdieu, P., *La distinción*, Madrid: Taurus, 2012.
- Chang, H., *Inventing temperature. Measurement and scientific progress*, Londres: Oxford University Press, 2004.
- Chiassoni, P., “Las cláusulas generales, entre teoría analítica y dogmática jurídica”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad del Externado de Colombia, 21, 2011, pp. 89-106.
- Dei Vecchi, D., “Tres discusiones acerca de la relación entre prueba y verdad”, *Discusiones*, 13, 2, 2013, pp. 233-264.
- Ferrajoli, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, (primera edición), Valladolid: Editorial Trotta, 1995.
- Ferrer Beltrán, J., “Los estándares de prueba en el proceso penal español”. Disponible en: <http://www.uv.es/cefd/15/ferrer.pdf>
- Ferrer Beltrán, J., *La valoración racional de la prueba*, Barcelona: Marcial Pons, 2007.
- González Lagier, D., “Presunción de inocencia, verdad y objetividad”, en García Amado, J. A. (coord.), *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho*, Granada, 2014, p. 109 y ss.
- Gascón Abellán, M., *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Barcelona: Marcial Pons, 2004.

- Laudan, L., “Porqué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, *Doxa*, 28, 2005, pp. 95-113.
- Laudan, L., *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica* (traducción de Carmen Vázquez y Edgar Aguilera), Madrid: Marcial Pons, 2013.
- Loos, A., “The Poor Little Rich Man (April 26, 1900)”, *Spoken into the Void: Collected Essays 1897-1900*, 1900. Translated by Jane O. Newman and John H. Smith (Cambridge, MA, MIT Press, 1982).
- Malem, J., *Error judicial y formación de jueces*, Barcelona: Gedisa, 2008.
- Martel, F., *Cultura Mainstream. Cómo nacen los fenómenos de masas*, Madrid: Taurus, 2011.
- Meli, D. B., *Thinking with Objects: The Transformation of Mechanics in the Seventeenth Century*, Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 2006.
- Mocoroa, J., “Breves comentarios sobre prueba y verdad”, *Inciso, Revista de investigaciones en Derecho y Ciencias Políticas*, 18 (1), 2016. Disponible en: <http://revistas.ugca.edu.co/index.php/inciso/article/view/469/903>.
- Perfecto Ibáñez, A., “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, *Doxa*, 12, 1992, pp. 257-299.

## Algo más sobre umbrales y prototipos

*More about thresholds and prototypes*

Rodrigo Coloma Correa<sup>1</sup>

*Y te contuviste: las lágrimas no pasaron  
del umbral de tus ojos.*

Jorge Edwards  
*El Inútil de la Familia*

*El prototipo popular de la obstinación es  
la mula, animal muy inteligente.*

Ambrose Bierce  
*Diccionario del Diablo*

Recepción y evaluación de propuesta: 15/04/2016

Aceptación: 15/7/2016

Recepción y aceptación final: 4/7/2017

**Resumen:** El texto responde a las críticas realizadas por Claudio Agüero y Raymundo Gama al texto “Los usos de los estándares de prueba: entre umbrales y prototipos”, presente en esta revista.

**Palabras clave:** decisiones probatorias, estándares de prueba, significados de la locución estándar

<sup>1</sup> Esta investigación es parte de proyecto financiado por el Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico, FONDECYT 1170872 “Prueba de los hechos. Coordinación entre el lenguaje de la teoría y el lenguaje de la práctica”.

**Abstract:** This article responds to the critics made by Claudio Agüero and Raymundo Gama to the essay “The uses of standards of proof: between prototypes and thresholds”, content in this issue.

**Keywords:** evidentiary decisions, standard of proof, meanings on the notion of standard

## I. Réplica a mis comentaristas

Los comentarios de Claudio Agüero y Raymundo Gama son agudos. La presentación de Andrés Páez, iluminadora. Todo ello constituye un acicate para transparentar lo obscuro, corregir lo erróneo y profundizar lo superficial.

Las críticas de las que me haré cargo en este espacio para réplicas se organizan en cuatro acápites. Confío resulten suficientemente representativos de lo que a mis comentaristas preocupa. Los acápites son: a) tránsito desde el lenguaje ordinario hacia el lenguaje técnico; b) uso de metáforas; c) imposibilidad de construir escalas de medición; y d) reconstrucción de la prueba/narración clara y convincente como prototipo.

### I.1. El tránsito desde el lenguaje ordinario hacia el lenguaje técnico (y algunas notas sobre el MARD)

Las primeras críticas de Raymundo Gama refieren a la transferibilidad de los significados de «estándar» en el lenguaje ordinario hacia el lenguaje de los juristas. No tiene sentido negarlo. Gama tiene razón cuando sostiene que la reconstrucción de los significados atribuidos a una palabra en contextos no especializados, a veces, no aclara lo que sucede en comunidades especializadas. En consecuencia, la indagación del uso de una palabra en un contexto *A* no siempre es útil para dar cuenta de lo que ella misma provoca en un contexto *B*.

En lo que sigue, haré precisiones acerca de por qué el uso de la partícula «estándar» en contextos extrajurídicos constituye una buena estrategia para aclarar lo que con su uso pretende comunicarse entre los juristas. El argumento principal que ofrezco en favor de que lo que ocurre en el lenguaje ordinario sirve para reconstruir significados y

usos en el lenguaje de los juristas descansa en la circunstancia de que la palabra «estándar» no ha adquirido en este último una *fisonomía* propia. Distinta es su situación en otras disciplinas, como es el caso de la estadística o de la economía. En ellas, la palabra «estándar» es utilizada con frecuencia y de una manera bastante desenvuelta. Así, si quienes aspiran a formar parte del *mundo de los estadísticos o de los economistas* tienen dificultades para comprender o usar la palabra «estándar» sería de esperar que consulten textos de estadística o de economía, o bien que pregunten a sus profesores o a estudiantes de cursos superiores acerca de cuál es su significado<sup>2</sup>. Buscar en los diccionarios no especializados sería insuficiente para disipar sus dudas<sup>3</sup>. Si, en cambio, quien tiene dudas acerca de lo que se quiere decir con la palabra «estándar» fuere un estudiante de derecho, encontrará un apoyo muy escaso en los textos disciplinarios, en los estudiantes más avanzados e, incluso, en sus profesores, a los efectos de aprehender significados medianamente precisos de la aludida palabra. Más le valdrá consultar un diccionario, cuestión que, por lo demás, hemos hecho distintos participantes de esta discusión para reforzar nuestros puntos de vista.

De lo recién dicho, cabría objetar que —incluso— reconociendo que sobre la palabra «estándar» ha habido una escasa labor de depuración conceptual por los juristas, pudiese ser el caso de que a lo que con su uso se apunta en contextos jurídicos diste bastante de sus significados en el lenguaje ordinario. En el fondo, es posible que cuando se usa la palabra «estándar» en la cotidianidad se haga de una manera

<sup>2</sup> Lo que pasa con la palabra «estándar» en dichas disciplinas podría asemejarse a lo que ocurre en el derecho cuando se intenta precisar lo que significan palabras como «regla», «principio», «nulidad» o «responsabilidad». Estas, pese a que también se ocupan con relativa frecuencia en otros contextos, en el lenguaje de los juristas tienen un nivel de depuración que incide en que el uso del diccionario provoca, en ocasiones, más confusión que claridad.

<sup>3</sup> Lo expresado no obsta a que, de vez en cuando, sea útil tener en cuenta el significado que a esas palabras se atribuye en el lenguaje ordinario o en el de otra disciplina. A veces los tecnicismos alejan de los aspectos generales de una palabra o locución y, por ende, es útil volver sobre aquellos. La manera de hacerlo, sin embargo, será siempre desde la sospecha de que lo que ocurre en estos otros contextos pudiese no coincidir con lo que realmente interesa a la cultura de los especialistas.

distinta a si se opera en el contexto del derecho, incluso si en este último no resulte del todo claro lo que quiere hacerse significar con ella. Para disipar esta objeción invertiré la trayectoria seguida en mi primer texto. Es decir, en vez de transitar desde el lenguaje ordinario hacia el lenguaje de los juristas, iré desde el análisis de los usos u ocurrencias de la palabra «estándar» en el *mundo de los juristas* hacia la noción de «estándar» en el lenguaje ordinario. Si el resultado difiriese considerablemente al de umbral y prototipo, la crítica de Gama daría en el blanco<sup>4</sup>. En caso contrario, el análisis del lenguaje ordinario conservaría sentido. Usaré como ejemplo el contexto chileno pues, además de ser el que mejor conozco, la reducida cantidad de años en que la discusión sobre EdP<sup>5</sup> ha estado sobre el tapete, simplifica el análisis.

Si Ud. busca la palabra estándar en los códigos chilenos perderá su tiempo. Se trata de una palabra que no se usa en esos textos<sup>6</sup>. Por cierto, hay leyes especializadas en que aquello ocurre. Es el caso, por ejemplo, de la Ley General de Educación en la que se habla de «estándares de aprendizaje», «estándares de desempeño» y «estándares de calidad». El asunto es que lo que allí pudiere querer decirse con la palabra «estándar» no ilustra el significado que tiene para los juristas, pues el lenguaje que allí realmente interesa es el de los educadores<sup>7</sup>. La falta de uso de la palabra «estándar» en los textos legislados constituye un buen argumento para sostener que (parte de) la comunidad de los

<sup>4</sup> Esta afirmación podría ser algo injusta con Gama. Lo que a él realmente le preocupa es que en mi primer texto no resultaría transparente dicha relación y, por tanto, yo debiera hacerme cargo de aquella.

<sup>5</sup> Entre los juristas chilenos no ha habido discusión sobre el significado de «estándar».

<sup>6</sup> Es importante hacer notar que en el proceso de tramitación del código procesal chileno (año 2000) se ha dejado constancia de que “La Comisión Mixta tuvo presente que el estándar de convicción “más allá de toda duda razonable” es propio del derecho anglosajón, y no del europeo continental, por lo que resulta una novedad también para el ordenamiento jurídico chileno [...] Historia de la Ley N° 19.696 que establece Código Procesal Penal (p.2005).

<sup>7</sup> Los intérpretes de la ley debiesen preferir prima facie el significado que dan los educadores por sobre el que le dan los juristas, si pretenden ser deferentes con una presunta intención del texto o del legislador. Si Ud. entra al sitio web: <http://www.curriculumenlineamineduc.cl/> encontrará los estándares de aprendizaje de distintas asignaturas que conforman el currículum definido por el Ministerio de Educación chileno.

juristas es quien ha decidido que su léxico se enriquecería si se *apropia* de dicha palabra. La pregunta es ¿por qué?

El uso más indiscutido de la palabra «estándar» entre los juristas chilenos corresponde, precisamente, a la locución EdP. Así, los juristas cuando leen el artículo 340 del Código Procesal Penal —que habla de *duda razonable* pero no usa la palabra «estándar»<sup>8</sup>— recurren a tal etiqueta bajo el entendido de que facilita la comunicación y, por cierto, su aplicación en casos concretos<sup>9</sup>. Los juristas no recurren a nomenclaturas tales como *regla de la duda razonable* o *principio de la duda razonable*, a pesar de que son frecuentes al referir a otras clases de asuntos. La negativa al uso de las palabras «principio» o «regla» —es de presumir— ocurre, en primer lugar, porque si lo hicieran se alejarían del lenguaje normal de los juristas extranjeros (quienes desde hace un buen tiempo hablan de EdP<sup>10</sup>) y, en segundo lugar, porque las nociones de regla y de principio, resultan *incómodas* para dar cuenta de lo que puede hacerse con el aludido artículo 340. Exploremos brevemente la segunda de las razones.

La comprensión del artículo 340 del Código Procesal Penal como una regla constituye un proyecto escasamente viable. Cuando se usan reglas no resulta tolerable un nivel elevado de abstracción. Aquello se explica porque el uso de las reglas no se lleva bien con el traspaso *velado* —ya sea a la doctrina o a los jueces— de responsabilidades que el legislador usualmente se reserva para sí<sup>11</sup>; en especial de la responsabilidad de condenar o absolver en los casos *de frontera*.

<sup>8</sup> En su inciso 1° se dice “Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley”.

<sup>9</sup> En Chile es el único EdP estipulado por el legislador.

<sup>10</sup> A los juristas les interesa homologar su lenguaje y, de esa manera, no cerrar las puertas a la realización de intercambios comunicativos.

<sup>11</sup> En la práctica, la técnica legislativa es insuficiente para inhibir la función creativa de jueces y dogmáticos lo que puede constituir una experiencia frustrante para la autoridad normativa. En el caso del EdP la frustración del legislador tal vez venga desde un carril opuesto, esto es que la doctrina y la jurisprudencia no se hagan suficientemente cargo de dotar de contenido a las respectivas disposiciones.

La idea de operar como si se tratase de principios tampoco resulta atractiva. La abstracción del MADR no obedece a una aspiración de que cada caso requiera tener en cuenta otros principios en competición. Tampoco se debe a la circunstancia de que haya asuntos especiales de contexto de los que no se pueda desentender el intérprete en ciertos casos. La abstracción en la formulación obedece simplemente a que no se sabe cómo (o es inútil) formular, en términos más o menos precisos, los contornos entre lo que es constitutivo de duda razonable y lo que no lo es<sup>12</sup>. Sobre lo último, es útil llamar la atención en un punto insuficientemente explicitado en el texto inicial y que vale la pena tener en cuenta para los efectos de diferenciar los estándares de las reglas. Una característica relevante de los estándares es su adaptabilidad a cambios contextuales<sup>13</sup>. De un estándar se espera una rápida adaptación ante cualquier cambio tecnológico, económico, social, etc. Así, los cambios frecuentes en los estándares son vistos como inevitables e, incluso, aconsejables si se opera en entornos cambiantes. Al contrario, los cambios frecuentes en las reglas son mirados desde la sospecha.

Hay un asunto interesante en que repara Andrés Páez y que puede aclarar algo más las cosas. Dice Páez:

el concepto de estándar en el uso cotidiano asume la existencia de criterios preexistentes bien definidos a partir de los cuales se hace la medición o la comparación de similitud [...]. En contraste, en el caso de los estándares de prueba en el derecho lo que está en juego es justamente la definición de los criterios apropiados para darle contenido a dicho concepto<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Es interesante tener en consideración que el aludido texto de la Historia de la ley (supra 6) continúa indicando: “Sin embargo, [el más allá de toda duda razonable] es un concepto útil, toda vez que está suficientemente decantado y elimina las discusiones relativas al grado de convicción que se requiere, dejando en evidencia que no se trata de una convicción absoluta, sino de aquella que excluya las dudas más importantes”.

<sup>13</sup> Ver 2d) en “Los usos de los estándares de prueba: entre umbrales y prototipos”.

<sup>14</sup> En rigor, no creo que lo que dice Páez dé cuenta de que los estándares en el lenguaje ordinario y en el de los juristas sean algo muy distinto. De lo que sí podría dar cuenta es que en la cotidianeidad no solemos hablar de un estándar (o de aplicar un estándar), sino a partir de que se encuentra socialmente aceptado. Los juristas hablan de estándar



Páez está en lo cierto, al menos cuando nos referimos a los EdP. Las fórmulas a las que recurrimos parecen vacías.

Según ha sido anticipado, hay razones para entender que la doctrina y la jurisprudencia son las responsables de dotarlas de contenido. La pregunta que cabe hacerse es —parafraseando a Laudan—: ¿contamos o no con un EdP mientras no se *dote de contenido* a sus formulaciones originarias? La respuesta debiera ser negativa (e imagino que Páez opina igual). Lo que sucede es que el estándar solo opera como tal (existe) si es posible usarlo en las distintas tareas identificadas en el texto inicial de esta discusión<sup>15</sup>.

Volvamos al parco art. 340 que dice: “Nadie *podrá ser condenado* por delito sino *cuando* el tribunal que lo juzgare *adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción* de [...]”<sup>16</sup>. Tal como allí aparece, se trata de una disposición que requiere de una intensa labor interpretativa para hacerla operativa. Por de pronto, aquella admite reconstruirse ya sea como un permiso, un deber o una prohibición. Es habitual que se elija este último operador deóntico<sup>17</sup>. Lo que es prohibido, permitido u obligado —dependiendo de la posición que se adopte— es la acción de condenar al acusado. Del texto no es arriesgado sostener que la posición deóntica del juez —entendido como destinatario de la disposición<sup>18</sup>— se hace depender de la *adquisición* de una convicción de que se ha cometido una conducta punible y que al acusado participó en ella. Lo propiamente constitutivo del estándar refiere a una propiedad predicable de la convicción; esto es su intensidad<sup>19</sup> o su clase<sup>20</sup>.

desde el momento en que consideran existe una obligación de definirlo —mediante la interpretación— a partir de lo que diga el legislador. Es decir, poco les importa que no se haya avanzado en su depuración.

<sup>15</sup> En tal sentido, lo que dice el legislador constituye una formulación que, es de esperar, sea utilizada como un estándar. Tal pretensión podría resultar fallida.

<sup>16</sup> Las cursivas, evidentemente, son mías.

<sup>17</sup> Tal elección —creo— está más determinada por razones valóricas antes que técnicas.

<sup>18</sup> También podría considerarse como destinatario al acusado si la interpretación apunta a entenderlo como una inmunidad.

<sup>19</sup> Aquello ocurre si se reconstruye la convicción como un estado subjetivo.

<sup>20</sup> Aquello alude a perspectivas que ponen la atención en el uso de cierta metodología, en la elaboración de una cierta clase de discurso, etcétera.

Una interpretación deferente con el texto del art. 340 (suponiendo que aquello fuere posible) debiese asumir que para condenar no es exigible la ausencia de dudas razonables, sino su neutralización. No olvidemos que se habla de “más allá de” y aquello no implica necesariamente la eliminación o ausencia de dudas más razonables. En otras palabras, se podría plantear algo así como: *las dudas razonables planteadas no son de una magnitud suficiente como para inhibir una decisión que las entienda como superadas. Así, a pesar de esas dudas, estoy convencido de que/estoy autorizado a operar como si [...].*

El análisis precedente resulta frustrante. Con lo dicho hasta este momento es presumible que ante un mismo caso habrá para algunos juzgadores un estado de todas-las-dudas-razonables-neutralizadas y para otros, de no-todas-las-dudas-razonables-neutralizadas. Esto constituye una invitación a dotar creativamente de contenido al texto. Si se opta por la técnica de transformar la disposición en un estándar se podrá seguir el camino ya sea de los umbrales o de los prototipos.

Apartémonos ahora del art. 340 del Código Procesal Penal. Tengamos en cuenta solo la locución «más allá de toda duda razonable», sin encorsetarla en el caso chileno. Según he enfatizado, las disposiciones del legislador solo resultan operativas en la medida en que la doctrina y la jurisprudencia realicen una importante tarea (re)constructiva de los EdP. La teoría del derecho y, más tímidamente la dogmática, algo han hecho al respecto. Así, por ejemplo, Jordi Ferrer<sup>21</sup> realiza un ejercicio de atribución de significado al MADR<sup>22</sup> en que se invita a prestar atención<sup>23</sup> a la hipótesis de la culpabilidad, en cuanto explica los datos (pruebas) disponibles y predice nuevos datos, como también, a

<sup>21</sup> Ferrer, J., “La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamista”, en Vázquez, C. (ed.), *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*, Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 36.

<sup>22</sup> Ver la crítica a las propuestas de Ferrer y Laudan que se realiza en Allen, R., “Los estándares de prueba y los límites del análisis jurídico”, en Vázquez, C. (ed.), *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*, Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 50-56.

<sup>23</sup> Estos serían criterios relevantes de identificación de lo constitutivo de dudas razonables. Lo que no se menciona queda fuera del abanico de posibilidades de dudas razonables. Sobre criterios y estándares, ver el texto de Páez aquí publicado.

las hipótesis plausibles de inocencia del acusado que den cuenta de los datos generados en el proceso judicial<sup>24</sup>. A lo indicado, él propone añadir enunciados sustitutivos de la función del «más allá de» y que serían la integración coherente, la confirmación y la refutación<sup>25</sup>, respectivamente. Dicho en otras palabras, el estado del MADR se alcanza si, copulativamente: i) se logra una explicación que integre coherentemente —y en clave de culpabilidad del acusado— los datos disponibles, ii) se confirman los datos predichos por la conjetura de culpabilidad y iii) se refutan las explicaciones compatibles con la inocencia del acusado.

La reconstrucción del estado de toda-duda-razonable-neutralizada o de su complemento de no-toda-duda-razonable-neutralizada es una tarea que se aborda, también, desde los tribunales de justicia<sup>26</sup>. Aquello ocurre con algunas sentencias —por ejemplo, *R v. Smith (George Joseph) [1914-1915]*<sup>27</sup> o el asesinato de Emilienne Gerard (1917)<sup>28</sup>— en que el estado de toda-duda-razonable-neutralizada se depura de una manera suficientemente precisa como para servir de referente a futuros casos. Por su parte, casos de frontera como *People v. Simpson* (1995), *Commonwealth v. Sacco and Vanzetti* (1921) o *R v. Bywaters and Thompson* (1922)<sup>29</sup> dan cuenta de estados de no-toda-duda-razo-

<sup>24</sup> Aunque Ferrer no lo dice, podría agregarse: [...] “según la hipótesis de la defensa”.

<sup>25</sup> De la exigencia de refutación se excluyen las hipótesis *ad hoc*.

<sup>26</sup> En cuanto a algunas ventajas de reconstruir el EdP como prototipo considérese el siguiente fragmento que, por lo demás, es consistente con las críticas de Agüero y de las que me hago cargo en el tercero de los problemas que he anunciado: “[...] los juicios deben pasar el test de la duda razonable —esto es, jurados o jueces no deben dudar sobre la consistencia, adecuación o plausibilidad de la interpretación que incrimina a los acusados. Estos estándares normativos de juicio parecen bastante obvios cuando son vistos implícitamente como cosas que cualquiera de nosotros somos capaces de hacer sin reflexión. Cuando son examinados por sus reglas formales o la lógica, estos estándares de juicio pasan a ser más bien formidables y misteriosos”. Bennett, W. L., Feldmann, M. S., *Reconstructing reality in the courtroom. Justice and Judgment in American Culture*, New Brunswick, Rutgers University Press, 1984, pp. 9-10.

<sup>27</sup> Conocido también como “Las novias en la bañera”.

<sup>28</sup> McCormick, N., “The coherence of a case and the reasonableness of doubt”, *The Liverpool Law Review: Spring-Autumn*, 1980, pp. 45-50.

<sup>29</sup> Un análisis minucioso puede verse en Anderson, T., Schum, D., Twining, W., *Análisis de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2015, pp. 205-276.

nable-neutralizada. Todos ellos hacen posible evaluaciones desde la perspectiva de sus semejanzas o diferencias, en casos futuros.

La propuesta de Ferrer previamente aludida aspira a fijar un valor mínimo de pertenencia a una categoría. Si así fuere, la comprensión de los EdP sería la propia de un umbral (y así, lo entiende él mismo)<sup>30</sup>. Por su parte, la atención en sentencias como las recién indicadas<sup>31</sup> sirve para hacer comparaciones y, así, es más fácil resolver problemas de pertenencia en casos situados en la zona de penumbra de la categoría de los hechos probados. Nos enfrentamos, entonces, a un prototipo.

Vamos ahora brevemente a lo que implica usar estándares en ámbitos no especializados con miras a arrojar algo de luz acerca de sus significados en el uso ordinario. Para ello consideraré la toma de decisiones respecto de asuntos que presentan cierta complejidad y en los que no se recurre a estándares, aun cuando haya situaciones que linden con sus fronteras. Amos Tverski y Daniel Kahneman han planteado ideas interesantes al respecto<sup>32</sup>. Uno de sus focos apunta hacia el papel que desempeñan distintas heurísticas en nuestras elecciones. Las heurísticas constituyen vías rápidas de adopción de decisiones al saltarse varios de los pasos que serían requeridos en un análisis minucioso. Las heurísticas resultan de mucha utilidad, aun cuando en ocasiones nos conduzcan a errores que el actuar meticuloso podría haber evitado. Las heurísticas a las que los autores aludidos prestan especial atención son las de la representatividad, disponibilidad y anclaje. La primera (representatividad) consiste en tomar decisiones según la semejanza de un caso dudoso respecto a un estereotipo<sup>33</sup> que se construye sobre la

<sup>30</sup> En lo personal, pienso que una propuesta como la de Ferrer admite también una reconstrucción como prototipo.

<sup>31</sup> Es particularmente importante cuando esos casos son incorporados en manuales o libros de texto.

<sup>32</sup> Uno de los textos más importantes al respecto es *Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases* publicado el año 1974 en la revista *Science* (vol. 185). Hay versión castellana disponible: Tversky, A. y Kahneman, D., “El juicio bajo incertidumbre: heurísticas y sesgos”, en Kahneman, D., *Pensar rápido, pensar despacio*, Buenos Aires: Debate, 2012 (primera edición), pp. 545-567.

<sup>33</sup> Sobre estereotipos, ver Schaufers, F., *Profiles, probabilities and stereotypes*, Cambridge & London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2003.

categoría de cuya pertenencia se trata de dirimir. La segunda (disponibilidad) es aquella que impulsa decisiones a partir de los datos que se encuentran más fácilmente disponibles para quien decide (casos recientes o casos de alto impacto). La tercera (anclaje) es la que se produce al no hacer ajustes suficientes a los primeros datos que se han tenido en consideración y que fijan un punto de partida del razonamiento.

Quien opera bajo el influjo de una heurística, en principio, no usa estándares. Los estándares constituyen una buena coraza para evitar errores a los que las heurísticas suelen conducir<sup>34</sup>. No se crea que actuar con estándares necesariamente trae aparejado un actuar lento (¡lo que sí puede ser lento es definir el estándar!). Los estándares ya constituidos podrían conducir a una tarea equiparable a completar una *check list*.

Veamos un ejemplo: debemos elegir a los once jugadores que participarán en un torneo internacional de fútbol. Es posible que tengamos una inclinación espontánea a elegir a quienes tuvieron el mejor desempeño en el último partido del torneo pasado, pues se trata de la información más fresca (heurística de la disponibilidad). También es posible que fijemos distintos criterios, como lo serían el número de goles anotados, los pases correctos, las expulsiones, etcétera y luego fijemos cantidades mínimas o máximas. Con ello estaremos aplicando un estándar en el sentido de umbral. Otra posibilidad sería identificar un equipo que en el pasado haya tenido un desempeño especialmente destacado y elegir a quienes tengan características similares a los que formaban parte de dicho equipo. Con ello estaremos aplicando un estándar en su sentido de prototipo. De esta manera, cuando resolvemos problemas de la cotidianidad mediante la construcción de estándares, lo hacemos de manera parecida a cuando operamos en el mundo de los juristas. Las opciones que en ambos casos tenemos a la vista son las de los umbrales y de los prototipos.

<sup>34</sup> Tverski y Kahneman ofrecen un listado de doce errores a los cuales comúnmente lleva el uso de heurísticas. Tversky, A. y Kahneman, D., “El juicio bajo incertidumbre: heurísticas y sesgos”, en Kahneman, D., *Pensar rápido, pensar despacio*, Buenos Aires, Debate, 2012 (primera edición), pp. 547-562. En rigor, la construcción de estándares no los elimina pero al obligar a una forma de análisis más guiado debiera reducirlos.

## I.2. El uso de las metáforas

Claudio Agüero pone en tela de juicio el uso de metáforas para comunicar lo que se quiere decir con la palabra «estándar» y, por cierto, con la clase más específica de los EdP. En su opinión, tanto la palabra umbral como palabra prototipo —que, a mi juicio, dan cuenta de lo que se quiere decir con la voz «estándar»— funcionan de una manera inadecuada. El uso de ambas palabras se vincularía a un espíritu cientificista, pues con ellas se evoca la noción de patrón de medida. El problema, entonces, sería algo así como *se trata de hablar con términos científicos en un campo en el que los asuntos tratados no resultan reducibles a dicho lenguaje*. En términos de Agüero, sería “mejor reconocer la carencia de conceptos que permitan describir, explicar, modelar y/o reconstruir el proceso de toma de decisiones en cuya virtud, a partir de cierto(s) paso(s) o movimiento(s), se acepta como probado un hecho X con base en un conjunto de medios de prueba C”.

El uso de metáforas, en ocasiones, esconde confusiones. Si hay que tomarse en serio a Agüero —cuestión que se encuentra fuera de discusión— se requiere revisar dicha práctica con detenimiento<sup>35</sup>. Como contrapartida, debe señalarse que las metáforas son útiles para evitar una excesiva formalización del lenguaje utilizado en un contexto, lo que no siempre constituye una ganancia<sup>36</sup>. El uso adecuado de las metáforas incide en que con menos palabras puedan decirse más cosas. Sin metá-

<sup>35</sup> El problema que se aborda evoca de manera casi inevitable el prólogo del *Tractatus*: “[...] lo que en cualquier caso puede decirse, puede decirse claramente; y de lo que no se puede hablar, hay que callar la boca”. Wittgenstein, L., *Tractatus logicus-philosophicus*, Madrid: Tecnos, 2008 (tercera edición reimpresión), p. 103.

<sup>36</sup> Al respecto me tomaré ciertas licencias saliéndome ligeramente del género narrativo esperable para unos comentarios en una revista como *Discusiones*. Citaré las siguientes palabras de Jorge Luis Borges para ilustrar acerca del exitoso uso de la metáfora en otros contextos: “Cristo es la figura más vívida de la memoria humana [...] No usó nunca argumentos; la forma natural de su pensamiento era la metáfora. Para condenar la pomposa vanidad de los funerales afirmó que los muertos enterraran a sus muertos. Para condenar la hipocresía de los fariseos dijo que eran sepulcros blanqueados”. Borges, J. L., *Prólogo de Evangelios Apócrifos I. Biblioteca Personal de Jorge Luis Borges*, Buenos Aires: Hyspamérica, 1985, p. 9.

foras se reducen los puentes que facilitan el contacto entre lenguajes de distintas comunidades de hablantes.

Para no desviarme más de la cuenta de las que —me imagino— son las genuinas preocupaciones de Agüero, me referiré en lo que sigue a la utilidad de hablar de umbrales y de prototipos. Es cierto que en contextos jurídicos resulta algo extraño el uso de términos como los recién señalados. Umbral es un término asociado principalmente a la arquitectura. Sin perjuicio de ello, es también utilizado sin resquemores en otros ámbitos como es el caso de la política, la historiografía o el periodismo<sup>37</sup>. En la primera, su significado resulta bastante preciso; en los segundos, se usa con mayor laxitud<sup>38</sup>. El significado que aquí interesa es el que resulta propio del segundo contexto, según han dejado de manifiesto Agüero y Gama. Así, la definición del Diccionario de la Lengua Española de la RAE que daría mejor cuenta de la palabra umbral sería la de “valor mínimo de una magnitud a partir del cual se produce un efecto determinado”<sup>39</sup>. El problema es que aquella definición comunica más precisión que la que, en términos generales, es posible operar en el mundo del derecho y en los otros ámbitos recién señalados. Cabe, entonces, explorar otras posibilidades como las que sugiere el Diccionario del uso del español de María Moliner cuando en la voz umbral señala: “Punto en que se está casi dentro de cierta cosa: «Eso está en los umbrales de lo prohibido»”<sup>40</sup>. Así las cosas, las pretensiones de científicidad no están determinadas necesariamente por el uso de la palabra «umbral».

Con la palabra «prototipo» ocurre algo solo parcialmente similar. Antes de referirme a ello es importante hacer una aclaración. En el texto inicial el significado que se tuvo en cuenta es el de ejemplar que calza de lleno en una categoría. En lo que atañe a los EdP, el prototipo que interesa corresponde, entonces, a casos no dudosos en cuanto a

<sup>37</sup> Su uso está rodeado de un aura de cultismo o incluso, de poesía.

<sup>38</sup> Hay, por cierto, otros ámbitos en que la palabra umbral es usada con precisión. Así, ocurre, por ejemplo, en la psicofísica cuando se habla de «umbral de percepción» o de «umbral del dolor».

<sup>39</sup> Tanto en el texto de Agüero como en el mío se alude a esta definición.

<sup>40</sup> *Diccionario del uso del español* de María Moliner (cuarta edición), Madrid: Gredos, 2016.

que los hechos discutidos se han (o no) probado. El prototipo sirve para determinar —mediante la evaluación de semejanzas y diferencias— si los hechos sobre los que se discute en un caso actual deben o no darse por probados. Un prototipo puede, también, ser entendido como un modelo para generar productos similares. Para hacerme cargo de las objeciones de Agüero tendré en cuenta esta posibilidad. La palabra prototipo se encuentra estrechamente asociada al diseño de productos. En dicho ámbito se cuenta con un significado lo suficientemente preciso como para evitar equívocos respecto a lo que se entiende por tal. La palabra también se usa en otros ámbitos con mayor soltura<sup>41</sup>. El ámbito del diseño de producto, sin embargo, no es equivalente al de la arquitectura, pues resulta más transversal. Así no solo se diseñan productos en el espacio de la ingeniería, sino también en el campo de la medicina, de la agricultura, de la informática o del arte. La concepción de prototipo que se usa en ellas no se aparta de la que se tiene en cuenta para el mundo del derecho.

Cuando se habla de prototipo —a propósito de los EdP— se tiene en consideración el diseño de un producto lingüístico, esto es, la narrativa sobre hechos, ya sea que se entiendan probados o no probados. Por supuesto, el prototipo que es posible visualizar para tales efectos —y que algunas líneas atrás vinculé, a modo de ejemplo, con algunas sentencias dictadas en casos famosos— constituye un ejemplar mucho más borroso que el que se espera en la ingeniería o en la medicina. Podría decirse, entonces, que los prototipos de los que disponemos no son lo suficientemente precisos como para servir de guía eficiente a un proceso productivo, pero eso no implica que sean inútiles para la construcción de productos lingüísticos<sup>42</sup>.

<sup>41</sup> Al respecto téngase en consideración uno de los significados que se le atribuye en el diccionario de María Moliner: “Ser que reúne en sí el más alto grado las características de cierto tipo de cosas y puede representarlas: «Es el prototipo del egoísta»”. *Diccionario del uso del español* de María Moliner (cuarta edición), Gredos, Madrid, 2016.

<sup>42</sup> Con la palabra «umbral» ocurre algo similar. En la medida en que al hablar de EdP como umbrales se identifiquen distintos criterios de evaluación e indicadores de logro que sean aplicables de manera más o menos homogénea por los jueces —cuestión de la que por cierto aun nos encontramos lejanos— los EdP pasan a ser determinantes



Haré una consideración final antes de cerrar este punto acerca del uso de las metáforas. Si aceptamos el carácter convencional del significado de las palabras podemos acordar que aquello que inicialmente pudo haber sido una metáfora, tiempo después podrá dejar de serlo. Aquello ocurre cuando a la comunidad interpretativa deja de importarle el significado originariamente considerado para la construcción de la metáfora y opte por asociar la palabra directamente con su nuevo significado. Hay ámbitos en los que las palabras «umbral» o «prototipo» han perdido progresivamente su significado metafórico. De esta manera, lo que en un primer momento era una metáfora, ahora podría haber dejado de serlo. Si decimos que los EdP admiten dos significados, siendo uno de ellos el de *umbral del que se hace depender que una conjetura debatida en un juicio sea dada (o no) por probada*, y el otro, *prototipo discursivo de cuyas semejanzas y diferencias se hace depender que una conjetura debatida en un juicio sea dada (o no) por probada*, lo que estamos diciendo no opera como metáfora, al menos en su sentido más fuerte<sup>43</sup>. Esto, por cierto, dependerá de la manera en que jueces, abogados, académicos y funcionarios, a fin de cuentas, usen los EdP.

### I.3. La imposibilidad de construir escalas de medición

En el texto de Agüero se aborda —sin escasear en profundidad— el problema de la construcción de las escalas de medición en el ámbito científico. La razón para hacerse cargo de un asunto interesante, pero en apariencia tan lejano a lo que habitualmente preocupa a juristas y teóricos, obedece a que, en su opinión, “se aspira a contar (y a usar) *estándares de prueba* para construir un modelo conceptual que haga comparables los resultados obtenidos de diferentes casos tal y como si se tratara de medir su temperatura [...]”.

en la construcción de productos lingüísticos. La circunstancia de que aquello todavía no ocurra no impide reconstruir, desde ya, los EdP como umbrales; aunque nos obliga a hablar con precaución.

<sup>43</sup> Al leer la oración de Jorge Edwards en el epígrafe es fácil concluir que con ella no se aspira a abandonar la metáfora. El valor de lo que se dice está determinado en una importante medida por su sentido metafórico.

Agüero nos previene que hay una dificultad importante en el uso de un lenguaje matematizado, incluso si se concibe como una metáfora. El problema —a su juicio— es que no contamos con un trabajo de conceptualización suficiente para adoptar un método de trabajo que recurra a abstracciones como las arrojadas por balanzas, termómetros o huinchas de medir. Dicho en otras palabras: *antes de ponernos a medir debiésemos tener claridad acerca si nuestros conceptos son posibles de medir*. Estoy de acuerdo con esta objeción, aun cuando sospecho que el universo de autores que tratan los EdP bajo la lógica propia de las escalas de medición es más reducido del que, en principio, pareciera. En lo que no estoy de acuerdo con Agüero es que concebir los estándares como umbrales constituye una manifestación de un *espíritu de cientificidad* que nos hace caer en la trampa de pedir a los EdP más de lo que pueden darnos. Me referiré en primer lugar al punto de acuerdo y luego, al punto de desacuerdo.

Las escalas de medición —al menos en un sentido fuerte— suponen matematizar la realidad<sup>44</sup>. La matematización de la realidad nos autoriza para dejar de lado asuntos de detalle, lo que, en algunos ámbitos de la vida, ha facilitado grandes progresos. Los números que aparecen en las escalas de medición permiten hacer comparaciones y ordenar los resultados de nuestras evaluaciones de una manera que minimiza los desacuerdos potenciales. Afirmaciones tales como “¡tienes 37,8° de temperatura!” o “¡pesas 72 kg!” son reconocidas como una descripción. De ellas —cuando mucho— se pone en duda si el termómetro o balanza están bien calibrados. Sin escalas de medición habría que conformarse con afirmaciones como “¡te siento algo afiebrado!” o “me parece que estás un poco más gordo”, las cuales podrán ser fácilmente controvertidas y, en consecuencia, harán más difícil decidir, por ejemplo, si tomaremos un analgésico o iniciaremos una dieta.

La construcción de escalas de medición es una aspiración que asoma en distintos ámbitos de la vida (podríamos incluso estar obsesionados con saber, por ejemplo, cuánto nos quieren nuestros hijos). Conforme dice Agüero, es importante tener claridad acerca de qué es

---

<sup>44</sup> Koyré, A., “Del mundo del ‘aproximadamente’ al universo de la precisión”, en Koyré, A., *Pensar la ciencia*, Barcelona: Paidós, 1994, pp. 117-145.

lo que se va a medir (o comparar) y cuáles son los límites a los que nos vemos enfrentados. En ese sentido deben ser entendidas sus palabras en cuanto a que: “La *observabilidad* de una magnitud es un *resultado*, no un punto de inicio ni un dato autoevidente o incuestionable. Lo mismo ocurre con la *mensurabilidad* de una magnitud.” De otra manera, sería fácil incurrir en un problema de sustitución de las preguntas que pretendíamos fuesen respondidas al momento de iniciar nuestras exploraciones sobre posibles escalas de medición<sup>45</sup>.

En los asuntos de prueba los números han sido históricamente utilizados a costa de *sobresimplificar* las tareas probatorias. Aquello ha ocurrido en modelos de prueba tasada en que —como se sabe— se ha contado el número de testigos y de otras pruebas<sup>46</sup>. Es interesante advertir que hubo un momento de la historia en que la experiencia dejó de ser satisfactoria y, en consecuencia, los números fueron abandonados<sup>47</sup>. Parece de Perogrullo que la insatisfacción con el uso de los números no tuvo que ver con cuestiones aritméticas, sino con la circunstancia de que lo que ellos medían no era útil para tomar buenas decisiones. Dicho en otras palabras, se construyó una técnica, pero se carecía de una tecnología<sup>48</sup>. Para alcanzar una tecnología se requería de una ciencia que determinase aquello en lo que debía prestarse atención para dar cuenta de manera satisfactoria de la conducta humana

<sup>45</sup> Sobre el problema de la sustitución de preguntas ver Kahneman, D., *Pensar rápido, pensar despacio*, Buenos Aires: Debate, 2012, pp. 132-135.

<sup>46</sup> Ver una apretada síntesis en Ferrajoli, L., *Derecho y razón* (segunda edición), Madrid: Trotta, 1997, nota 28 del capítulo 3, pp. 28-29. Pese a la minuciosa regulación establecida en relación con la evaluación de las pruebas, no se redujeron todos los espacios de discrecionalidad de los jueces. Ver Tomás y Valiente, F., *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, Madrid: Tecnos, 1992, pp. 180-182, 199; Nobili, M., *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano: Dott. A Giuffrè, 1974, p. 113.

<sup>47</sup> Ver Cohen, L. J., “Freedom of proof”, en Twining, W. y Stein, A. (eds.), *Evidence and Proof*, Aldershot: Dartmouth, 1992, pp. 8-9.

<sup>48</sup> En otro orden de cosas dice Koyré: “La ciencia griega, decía, no creó una verdadera tecnología, porque no elaboró física. Pero, una vez más ¿por qué no lo hizo? Según todas las apariencias porque no trató de hacerlo. Y fue, sin duda, porque no creía que fuera factible”. Koyré, A., “Del mundo del ‘aproximadamente’ al universo de la precisión”, en Koyré, A., *Pensar la ciencia*, Barcelona: Paidós, 1994, p. 118.

en el pasado. Agüero reclama, entonces, que sin esa ciencia carece de sentido la búsqueda de una tecnología<sup>49</sup>.

Las investigaciones de frontera que intentan matematizar el mundo del derecho son interesantes y, en la medida de lo posible, deben ser promovidas. Lo importante es evaluar adecuadamente sus resultados. En cuanto a esto último, los resultados alcanzados hasta el momento no se han revelado como especialmente útiles y, por lo tanto, no queda si no resignarse a esperar nuevos avances. La pregunta que debemos hacernos, entonces, es ¿qué es lo que podemos hacer con los EdP si la medición de las pruebas o esquemas argumentales solo resulta posible *trastornando* lo que cabe esperar de un modelo probatorio que aspira a un estatus de razonabilidad?

Vamos, entonces, al punto de desacuerdo. Las escalas de medición que estarían siendo aludidas con el término «umbral» serían aquellas que hacen posible identificar un punto o, mejor dicho, un conjunto borroso de puntos. Dependiendo del lugar donde se ubiquen, los ejemplares dudosos serán considerados dentro de la categoría o fuera de ella. Es importante aclarar que los términos en que se formulan los umbrales no aspiran a niveles de depuración equivalentes al provisto por unidades de medida como los grados Celsius, para usar el ejemplo que desarrolla Agüero. Lo máximo a lo que cabe aspirar en la actualidad —para seguir con la metáfora— sería a la construcción de termómetros que aún no logran ser calibrados entre sí<sup>50</sup>.

<sup>49</sup> Dice Agüero que para medir una variable es necesario resolver no menos de cuatro tipos de problemas: “a) Problemas cognitivos [...], b) Problemas tecnológicos [...], c) Problemas metodológicos [...] y d) Problemas de justificación [...]”. Pienso que en los problemas metodológicos y de justificación contamos con avances interesantes. Mucho más atrasados estamos en los problemas cognitivos y tecnológicos. Por cierto, el atraso en los dos primeros problemas podría hacer que tengamos que replantearnos lo ya avanzado en los dos últimos cada vez que realicemos nuevos hallazgos en aquellos.

<sup>50</sup> Las escalas de medición, en ocasiones, conducen a resultados menos espectaculares que aquellos que *prima facie* parecieran ofrecerse. Las escalas se presentan como exactas pero la medición es problemática. Al respecto, nos dice Kuhn: “Casi siempre en la aplicación de una teoría física hay aproximación [...] y por lo tanto, no se espera que la teoría produzca resultados exactos”. Kuhn, T., “La función de la medición en la física moderna”, en Kuhn, T., *La tensión esencial* (segunda reimpresión), México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 208. Con la reconstrucción de los EdP

¿Es, entonces, incorrecto hablar de «umbrales» para dar cuenta de lo que se intenta hacer con algunos estándares y en especial, con los EdP? Pienso que no. Imaginemos que en un juicio se discute si Fulano manifestó (o no) su consentimiento en un contrato oral de arrendamiento. Si se aplica un EdP como el de la preponderancia de la prueba y la demandante presenta tres testigos que dicen que Fulano manifestó su voluntad de obligarse al decir: «estoy de acuerdo con los términos del contrato que acaba de ser expresado en voz alta por Zutano»; a la vez que la demandada presenta un testigo que dice que Fulano no manifestó su voluntad en obligarse, pues lo que en realidad dijo fue: «no estoy de acuerdo con los términos del contrato que Zutano acaba de expresar en voz alta». Si careciéndose de otras variables se resuelve que está probada la existencia del contrato, podría decirse que el EdP ha operado como un umbral. En este caso, el análisis ha sido puramente cuantitativo. Se me objetará, con razón, que las cosas no ocurren así, pues las declaraciones de los testigos se encuentran llena de matices<sup>51</sup>. Lo relevante es que los tribunales —de alguna manera— simplifican lo que se declara en juicio en búsqueda de poder hacer comparaciones como la recién indicada. En esos casos, se evalúan declaraciones *prima facie* inconmensurables al igual que ocurre, por ejemplo, con los estudiantes, cuyas respuestas —salvo pruebas de alternativas o de reproducción textual— suelen ser no estrictamente comparables. Para ellos la nota de aprobación que se fija constituirá un umbral<sup>52</sup> que al igual que en las cuestiones probatorias no se asocia a un espíritu de cientificidad.

Una aclaración final respecto a este punto. Las dificultades de comprender los EdP como umbrales cuando no contamos con escalas de

como umbrales a fin de cuentas podría no estar aspirándose a más que —utilizando un término kuhniano— una concordancia razonable con un punto que se pre-define con un cierto nivel de abstracción.

<sup>51</sup> En el ejemplo —hay que reconocerlo— los límites entre valorar la prueba y aplicar un EdP resultan borrosos.

<sup>52</sup> Aquel umbral, para que resulte operativo, supone definir ciertos criterios y niveles de dominio que, a fin de cuentas, sirvan para decidir si el estudiante ha demostrado saber lo suficiente como para no ser reprobado.

medición, cuestión que he tratado de sortear en las líneas precedentes, me llevan a sostener que es más fácil reconstruirlos como prototipos. ¡Nótese que Agüero no reclama que su uso esconda un eventual espíritu de cientificidad! Para realizar un juicio de semejanza no es necesario disponer de escalas de medición. Cuando hablamos de «parecerse a», «ser semejante a», rara vez esperamos que se nos precise numéricamente cuánto se parece o se asemeja una situación a otra. Nos basta con que se nos diga que «se parece bastante», o «se asemeja mucho», donde «bastante» y «mucho» no resultan medibles mediante aparatos que funcionen como las balanzas o como los termómetros. Para operar con prototipos basta con una técnica<sup>53</sup>.

#### **1.4. El caso de la prueba/narración clara y convincente**

Raymundo Gama reclama que la consideración de clara y convincente (CC) como un caso de prototipo padece de un problema. A su juicio, no es la narración la que debe ser clara y convincente sino la prueba rendida. Gama tiene un punto a su favor. En el *Common Law* se suele hablar de *clear and convincing evidence*. Agradezco la observación, pues hay un paso no explicitado en mi texto inicial. A continuación, daré algunas pistas de por qué me he apartado de la literalidad de la formulación del CC<sup>54</sup>.

La palabra prueba padece de varias ambigüedades. Hacerme cargo de todas ellas me desviaría del propósito de este texto. Me limitaré, entonces, a hacer unas pocas precisiones. Entre sus posibles significados, se cuenta el de prueba como soporte de un razonamiento probatorio, es decir, como la base de una cadena argumental o relato probatorio. Un cuchillo ensangrentado, un papel firmado o las palabras pronunciadas por un testigo son, entonces, pruebas. Dicho significado es importante pues daría cuenta de lo que se quiere decir con la locu-

<sup>53</sup> Sobre diferencias entre técnica y tecnología, ver Von Wright, G. H., *Ciencia y razón. Una tentativa de orientación*, Valparaíso: Universidad de Valparaíso, 1995, pp. 31-32.

<sup>54</sup> Sobre distintas formulaciones que ha recibido el EdP del CC ver Clermont, K., *Standards of Decision in Law*, Durham: Carolina Academic Press, 2013, pp. 23-26.

ción *clear and convincing evidence*. Cabe preguntarse, entonces, ¿qué es lo que podría estar comunicándose al sostener que un cuchillo ensangrentado, un papel firmado o las palabras de un testigo son prueba(s) clara(s) y convincente(s)? Una posibilidad apunta a que, por ejemplo, el mensaje<sup>55</sup> del que da cuenta la prueba es comprensible (claro) y sirve para persuadir de algo (convincente). Dicho en otras palabras, la declaración del testigo es clara si no hay dificultades en el canal de comunicación (el auditorio escucha lo mismo que pronunció el emisor) y lo que se dice es inteligible (las palabras usadas pertenecen al diccionario básico del auditorio, la gramática que se sigue no es defectuosa y hay una adecuada relación entre la dimensión locutiva e ilocutiva del lenguaje utilizado<sup>56</sup>). A su vez, la aludida prueba será convincente cuando, por ejemplo, su emisor —quien no se ha mostrado dubitativo ni ha incurrido en contradicciones<sup>57</sup>— ha comunicado un mensaje útil para aceptar una cierta conjetura<sup>58</sup>.

Según lo que precede, de la prueba podría predicarse que es clara, sin necesidad de referir a lo que trata de demostrar. Lo que, en cambio, no puede decirse es que es convincente sin vincularla a lo que se quiere demostrar<sup>59</sup>. Pero hay un punto adicional: la claridad también podría referirse a las conexiones entre lo que se quiere probar y su soporte probatorio, es decir apuntaría a una trayectoria argumentativa y, en consecuencia, a un relato. Si así fuere, lo que he señalado no presentaría mayores fisuras. Se me podrá objetar que mi reconstrucción de la prueba clara y convincente no considera que el estatus de prueba depende, precisamente, de su utilidad para demostrar o refutar ciertos hechos y, por tanto, las propiedades de ser clara y convincente deben tener en cuenta

<sup>55</sup> El foco lo pongo en el caso de los testigos, pues en los restantes casos resulta especialmente evidente que los adjetivos claro y convincente no refieren al cuchillo ni al documento.

<sup>56</sup> No hay discrepancias, por ejemplo, de que lo que se está tratando de hacer es describir y no provocar emociones.

<sup>57</sup> Más que dar cuenta de que se es convincente, con ello se da cuenta de que se es creíble.

<sup>58</sup> El Diccionario de la Lengua Española de la RAE define convincente como “Que convence”. Sobre este punto ver Van Eemeren, F. y Grootendorst, R., *Los actos de habla en las discusiones argumentativas*, Santiago: Universidad Diego Portales, 2013, p. 164 y ss.

<sup>59</sup> Podría decirse, entonces, que la crítica de Gama funciona respecto de la propiedad de la prueba de ser clara, pero no respecto de ser convincente.

tal relación<sup>60</sup>. Estoy de acuerdo con la objeción y creo que ella anuncia, precisamente, que lo que debe ser claro y convincente es el relato o esquema argumental propuesto para hacer explícita tal conexión.

Tomemos como ejemplo un caso célebre como el de *Las novias en la bañera*<sup>61</sup>. George Joseph Smith es acusado de haber matado a su cónyuge Bessie Mundy. La habría ahogado en la bañera de una casa arrendada. La defensa sostiene que ella se había ahogado durante un ataque de epilepsia. Las pruebas acerca de cómo se produjo la muerte son indirectas. Así, se había rendido prueba en orden a que George Joseph Smith estuvo casado tres veces y sus tres esposas murieron ahogadas en una bañera. A ello se sumaban otras pruebas que apuntaban, por ejemplo, a que las tres víctimas habían testado en favor de Smith y poseían propiedades o un seguro de vida, y que en los tres casos Smith había presentado como coartada que —al momento de la muerte— él estaba fuera de casa comprando pescado, huevos o tomates. Se carecía de prueba, en cambio, de que se hubiese ejercido alguna forma de violencia sobre las víctimas y, por cierto, nadie había visto ni registrado el momento en que Bessie Mundy se había ahogado.

¿Qué es determinante para que el conjunto de pruebas disponibles superen el EdP, es decir, qué hace que sean convincentes? A mi juicio, lo que lo hace posible es una teoría del caso (un relato) que atribuya significado al conjunto de las pruebas en relación con aquello que se trata de probar. En este caso el alegato de clausura del abogado de la acusación —Archibald Bodkin— cumple dicha función. En su discurso plantea que la similitud entre los tres casos hace insostenible plantear que se trató sencillamente de coincidencias o —en palabras más moder-

<sup>60</sup> En un caso importante para la comprensión del EdP del CC se preguntó al jurado: “1. Basado en prueba clara, inequívoca y convincente, ¿Frank O’Neal Addington está enfermo mentalmente? 2. Basado en prueba clara, inequívoca y convincente, Frank O’Neal Addington requiere hospitalización en un hospital psiquiátrico para su propio bienestar y protección o para la protección de otros?”. *Addington v. Texas*, 441 U.S. 418, 422-25 (1979).

<sup>61</sup> En este caso, el EdP aplicado era el del MADR. Dado que se trata de un EdP más exigente que el CC no hay problemas en usarlo como ejemplo.



nas— que lo que mejor explica el conjunto de pruebas rendidas fue que George Joseph Smith planificó fríamente la muerte de sus tres esposas<sup>62</sup>.

Una última afirmación al respecto: la afirmación de que el EdP del CC es un caso de prototipo se enfrenta a la dificultad de que —al menos entre nosotros— no se dispone de una formulación canónica. Es decir, no hay un texto respecto del cual haya consenso de que el razonamiento probatorio es claro y convincente. Aquello no implica que el EdP del CC no pueda ser usado como un prototipo, sino más bien un desafío para identificar casos nítidos de superación del aludido EdP. Así, será posible ilustrar suficientemente acerca de qué *relatos/ teorías del caso* son claras y convincentes<sup>63</sup>.

## II. Palabras de cierre

En la base de los discursos probatorios se advierte una tensión. Aquella conduce hacia posiciones aparentemente irreconciliables. Lo que se encuentra en juego no es del todo claro y, por ello, se recurre a múltiples etiquetas. Así, se habla de binomios rivales tales como: cognoscitivismo v/s decisionismo; atomismo v/s holismo; verdad como correspondencia v/s verdad como coherencia; o no-narrativismo v/s

<sup>62</sup> Se dice en las conclusiones del alegato de clausura: “El motivo del prisionero ha sido demostrado, la oportunidad admitida, y la exclusión del accidente, probada. Ustedes están autorizados para analizar la prueba de las otras dos muertes para ver si la muerte de la señora Mundy fue un accidente o un hecho planeado, y si fue planeado, ¿para el beneficio de quién? [...] Los tres casos son de tales características que tan numerosa cantidad de semejanzas no pueden haber ocurrido sin un diseño. En cada caso el prisionero se casó con la víctima; en cada caso el dinero en efectivo de la mujer fue sacado desde cualquier tipo de depósito bancario en el que se encontrase; en cada caso [...]”. Nota: se indican once semejanzas. Anderson, T., Twining, W. y Schum, D., *Análisis de la prueba*. Marcial Pons, 2015, pp. 51-52. El archivo completo del juicio está en [https://archive.org/stream/trialofgeorgejos015895mbp/trialofgeorgejos015895mbp\\_djvu.txt](https://archive.org/stream/trialofgeorgejos015895mbp/trialofgeorgejos015895mbp_djvu.txt) (última visita: 7 de agosto de 2017).

<sup>63</sup> El asunto, en todo caso, no es sorprendente pues el EdP del CC ha sido muy escasamente problematizado entre nosotros. A diferencia de lo ocurrido con el MADR los ordenamientos jurídicos del sistema del derecho continental no han estado abiertos a su incorporación como EdP.

narrativismo. Los conflictos a los que apunta cada una de dichas parejas no son exactamente los mismos, y —más importante aún— no se reducen a cuestiones presentes solo en el mundo de los juristas<sup>64</sup>, ni se zanján fácilmente. Tal vez, solo puedan atemperarse. A pesar de ello, pertenecen a esa clase de problemas a los que vale la pena prestar atención.

En lo que a mí respecta, no logro convencerme de que asuntos tales como el compromiso con el garantismo procesal o la finura en el tratamiento de cuestiones epistémicas se sitúe, decididamente, en un bando u otro. Más aún, creo que un cierto nivel de tensión entre los binomios aludidos le hace mucho bien al desarrollo del razonamiento probatorio<sup>65</sup>. En tal sentido, pienso que la comprensión de los EdP como umbrales<sup>66</sup> representa un desafío y una oportunidad interesante, sobre todo a las perspectivas situadas en el primer lugar de cada binomio. Tomarse en serio la idea de que algunos EdP operan como umbrales obliga a una reflexión mucho más profunda en asuntos tales como la epistemología del testimonio o de la prueba pericial. Por su parte, la comprensión de los EdP como prototipos, también, constituye un desafío y oportunidad interesante, sobre todo a las perspectivas

<sup>64</sup> Escribía von Wright en el año 1986, a propósito de los intentos de algunos autores de escapar del modelo clásico de la física: “El pensamiento tiende a liberarse de la visión merística [atomista] y cosificante de la naturaleza y se mueve en dirección de una visión que dé mayor importancia a las totalidades, una visión holística, donde el hiato entre el sujeto y el objeto ya no divide a la realidad en dos partes estancas. No sabemos aún qué consecuencias producirá esta nueva orientación en la visión científica del mundo y en las formas de racionalidad que el pensamiento científico constituye”. Von Wright, G. H., *Ciencia y razón. Una tentativa de orientación*, Valparaíso: Universidad de Valparaíso, 1995, pp. 84-85.

<sup>65</sup> Hayden White, siguiendo una clasificación propuesta por Stephen Pepper, clasifica a cuatro historiadores muy importantes del siglo XIX según cuál fue su aproximación a la verdad (formistas, contextualistas, mecanicistas y organicistas) en los textos por ellos construidos. Desde su perspectiva, aquello no incide en que uno haga mejor las cosas que los restantes, sino, simplemente, en que no hacen exactamente lo mismo. White, H., *Metahistoria. La imaginación histórica en la Europa del siglo XIX* (quinta reimpresión), México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 2014.

<sup>66</sup> Sobre la articulación de los EdP con las teorías de la prueba, ver Pardo, M., “Estándares de prueba y teoría de la prueba”, en Vásquez, C. (ed.), *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*, Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 99-118.

indicadas en el segundo lugar de los binomios. Hablar de prototipos obliga a explorar decididamente en asuntos tales como el análisis de la coherencia del discurso o la distinción entre lenguajes ficcionales y no ficcionales.

Restando solo unas líneas para finalizar, Ud. se preguntará: ¿que hay con el *boom* del que habla Agüero? ¿Qué debemos hacer para que no sea un fenómeno puramente editorial y pasajero? Los autores del *boom* han logrado un éxito interesante —entre otras cosas— en la instalación de algunas palabras. Una muestra de ello lo constituye —precisamente— que estemos hablando de EdP en lugar de convicción o certeza moral. El desafío a futuro es que la sustitución de conceptos que ha venido operando, no se vea reducida puramente a un cambio de etiquetas. Dicho en otras palabras, el desafío es aprovechar las posibilidades ofrecidas.

Pienso, entonces, en Martin Waldseemüller, quien fue el primero en darse cuenta de que las tierras a las que arribó Colón eran un nuevo continente, pese a que —en su caso— nunca llegó a pisarlas.

“¿Qué le permitió llegar a esa extraordinaria deducción?”, se pregunta Todorov. A su juicio, una de las claves fue su integridad intelectual, pues le impedía ajustar los datos que recibía con las ideas *a priori* instaladas en su época.

Tiene una idea aproximada de la circunferencia de la Tierra y de la geografía de Asia, recibe las informaciones sobre los nuevos territorios y se da cuenta de que la hipótesis asiática es imposible [...]. Solo la existencia de un océano desconocido entre América y Asia permitiría dar coherencia a esas informaciones y Waldseemüller no intenta ajustar los datos, sino que se inventa esa existencia<sup>67</sup>.

---

<sup>67</sup> Todorov, T., “El descubrimiento de América”, en Todorov, T., *Vivir solos juntos*, Barcelona, Galaxia Gutenberg, 2011, p. 55.

## Bibliografía

- Anderson, T., Schum, D., y Twining, W., *Análisis de la prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2015.
- Bennett, W. L. y Feldmann, M. S., *Reconstructing reality in the courtroom. Justice and Judgment in American Culture*, New Brunswick: Rutgers University Press, 1984.
- Borges, J. L., *Prólogo de Evangelios Apócrifos I. Biblioteca Personal de Jorge Luis Borges*, Buenos Aires: Hyspamérica, 1985.
- Clermont, K., *Standards of Decisión in Law*, Durham: Carolina Academic Press, 2013.
- Cohen, L. J., “Freedom of proof”, en Twining, W. y Stein, A. (eds.), *Evidence and Proof*, Aldershot: Dartmouth, 1992.
- Van Eemeren, F., Grootendorst, R., *Los actos de habla en las discusiones argumentativas*, Santiago: Universidad Diego Portales, 2013.
- Ferrajoli, L., *Derecho y razón* (segunda edición), Madrid: Trotta, 1997.
- Ferrer, J., “La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana”, en Vázquez, C. (ed.), *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*, Madrid: Marcial Pons, 2013.
- Koyré, A., “Del mundo del ‘aproximadamente’ al universo de la precisión”, en Koyré, A., *Pensar la ciencia*, Barcelona: Paidós, 1994.
- Kuhn, T., “La función de la medición en la física moderna”, en Kuhn, T., *La tensión esencial* (segunda reimpresión), México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1993.
- Maccormick, N., “The coherence of a case and the reasonableness of doubt”, *The Liverpool Law Review*, Spring-Autumn, 1980.
- Moliner, M., *Diccionario del uso del español* (cuarta edición), Madrid: Gredos, 2016.
- Nobili, M., *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano: Dott. A Giuffrè, 1974.
- Pardo, M., “Estándares de prueba y teoría de la prueba”, en Vázquez, C. (ed.), *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*, Madrid: Marcial Pons, 2013.

- Schauer, F., *Profiles, probabilities and stereotypes*, Cambridge & London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2003.
- Todorov, T., “El descubrimiento de América”, en Todorov, T., *Vivir solos juntos*, Barcelona: Galaxia Gutenberg, 2011.
- Tomás y Valiente, F., *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)* (segunda edición), Madrid: Tecnos, 1992.
- Tversky, A. y Kahneman, D., “El juicio bajo incertidumbre: heurísticas y sesgos”, en Kahneman, D., *Pensar rápido, pensar despacio*, Buenos Aires: Debate, 2012.
- Von Wright, G. H., *Ciencia y razón. Una tentativa de orientación*, Valparaíso: Universidad de Valparaíso, 1995.
- White, H., *Metahistoria. La imaginación histórica en la Europa del siglo XIX* (quinta reimpresión), México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 2014.
- Wittgenstein, L., *Tractatus logicus-philosophicus* (tercera edición), Madrid: Tecnos, 2008.

