

Sobre el impacto judicial de la concepción racionalista de la prueba

On the judicial impact of the rationalist conception of evidence

Por aparecer en: *Revus-Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*

Por favor citar la versión impresa

Rodrigo Coloma

Jorge Larroucau

Andrés Páez

“¿Y ahora qué?”

Buscando a Nemo

Resumen

La literatura sobre razonamiento probatorio busca incidir en la determinación de los hechos en los procesos judiciales. Para alcanzar dicho propósito, no basta con dirigir la mirada hacia disciplinas extrajurídicas exitosas e integrar lo que de ellas pueda extraerse a las teorías jurídicas de la prueba y a la práctica judicial. Es necesario, además, considerar el tipo de hechos a probar, los roles de las reglas jurídicas aplicables, y asumir que litigantes y jueces, actuando en un contexto institucional, podrán ser más o menos agudos en la discusión fáctica, entre otras cosas. Minimizar la influencia de tales factores expone a los estudios probatorios a tener un bajo rendimiento práctico. Algo de esto ha ocurrido con la llamada concepción racionalista de la prueba. Su innegable aporte al debate académico en español no ha ido a la par de su impacto judicial. Para explicar esta brecha entre teoría y práctica, identificamos tres creencias-obstáculo que afectan a su discurso sobre la prueba y que deben ser sorteadas si lo que se busca es influir en la forma en que se juzgan los hechos en un sistema judicial realmente existente.

Palabras clave: Concepción racionalista de la prueba, creencia-obstáculo, hecho y derecho, hechos descritos o constituidos, ciencia sin valores, derecho probatorio

Abstract

The literature on evidential reasoning aims to shape the determination of facts within judicial processes. Simply turning attention to successful non-legal disciplines and incorporating relevant insights into legal theories of evidence and judicial practice is insufficient for achieving this goal. It is also necessary to evaluate the type of facts to prove, the roles of applicable legal rules, and to recognize that litigants and judges, acting in an institutional context, may vary in their acumen regarding fact-finding. Minimizing the influence of these factors exposes studies in evidentiary reasoning to a diminished

practical impact. This phenomenon is evident in the so-called rationalist conception of evidence. Despite its undeniable contribution to the academic debate in Spanish, it falls short in terms of its judicial influence. To bridge the gap between theory and practice, we identify three obstacle-beliefs that affect its discourse on evidence and must be overcome if the goal is to influence how facts are adjudicated in a real-world judicial system.

Keywords: Rationalist conception of evidence, obstacle-belief, fact and law, described and constituted facts, science without values, evidential law

Outline

1 Introducción

2 La entrada en escena de la concepción racionalista de la prueba

2.1 ¿Por qué “racionalista”?

2.2 ¿Simplemente la verdad?

3 Las creencias-obstáculo

3.1 Primera creencia-obstáculo: La in(ter)dependencia entre hecho y derecho

3.1.1 El derecho (civil y penal) en los hechos

3.2 Segunda creencia-obstáculo: Los hechos son descritos, no constituidos

3.2.1 Sobre estándares y precedentes

3.3 Tercera creencia-obstáculo: La ciencia sin valores

3.3.1 Más allá del *iudex peritus peritorum*

4 Conclusiones

1 Introducción

El derecho probatorio –o, si se prefiere, el razonamiento probatorio circunscrito por una regulación legal– ha concitado un interés elevado en las últimas décadas, tanto en Latinoamérica como en algunos países europeos. Aquello se ha visto reflejado –entre otras cosas– en la publicación de numerosos libros y artículos, así como en la organización de congresos y seminarios con un nivel de participación e interés que hacen mirar con optimismo el desarrollo de esta disciplina jurídica emergente. Este éxito, sin embargo, no ha tenido un correlato en la práctica judicial. Si bien ahora contamos con una literatura mucho más vasta y profunda acerca de una serie de conceptos y métodos poco tratados en el pasado (como podrían serlo el estándar de prueba, por ejemplo), no se observa un cambio relevante en las prácticas cotidianas ante los tribunales de justicia¹; ni

¹ Como un número elevado de quienes participan en el derecho probatorio son filósofos del derecho, podría pensarse que esta pretensión no viene al caso. Habida cuenta de dicha condición, algunos podrían reclamar (con razón) que no está entre sus propósitos influir en las prácticas, sino sólo describirlas. Sin perjuicio de

de parte de los jueces², ni de los litigantes³. Tampoco se aprecian modificaciones significativas en la metodología de enseñanza de los futuros juristas al momento de tratar estos temas en los currículos de las escuelas de derecho⁴, ni en otros ámbitos de educación jurídica⁵.

Este desajuste entre la teoría y la práctica debe tener alguna explicación. Al margen de las dificultades propias de acoplar un objeto de estudio tan singular –los hechos y las pruebas– con el entramado institucional de los procesos judiciales, nos parece que una de las causas de esta distancia entre la teoría y la práctica hay que buscarla en ciertos métodos de análisis promovidos a la hora de abordar el problema de cómo se prueban los hechos en los procesos judiciales. Para demostrar esta hipótesis, tomamos como caso a la denominada concepción racionalista de la prueba, la que, a pesar de sus esfuerzos, parece seguir atrapada en las preguntas que hiciera el fiscal prusiano Julius von Kirchmann a mediados del siglo XIX:

¿A quién de los juristas prácticos no sobreviene algunas veces el sentimiento evidente del vacío y de la insuficiencia de su ocupación? ¿Qué otra clase de literatura posee, al lado de obras buenas, un semejante cúmulo de libros carentes de espíritu y de gusto, como lo posee la literatura jurídica? (Kirchmann 1847/2015: 22)

Este artículo ofrece un análisis crítico de un cierto tipo de literatura jurídica que, a pesar de ofrecer muchas páginas que destilan espíritu y gusto, no alivia el sentimiento de vacío en los juristas prácticos enfrentados a la prueba de los hechos en un proceso judicial. Y no lo hace, en nuestra opinión, porque se enfrenta a lo que llamamos creencias-obstáculo, que le impiden abreviar la distancia entre la teoría de la prueba y la práctica judicial.

ello, los textos suelen comenzar lamentándose de la falta de operatividad de ciertas disposiciones o conceptos, proponiendo, luego, formas de superar dicho déficit (Twining 2009). Tampoco se debe pasar por alto que, al momento de reconstruir los presupuestos de las teorías que aquí interesan, los textos enfatizan el compromiso de quienes les redactan de reducir los errores en la toma de decisiones, usualmente por la vía de habilitar a los jueces para que recurran a la epistemología general al valorar la prueba (Aguilera 2016).

² No se trata de jueces desinteresados en textos recientemente producidos en el ámbito del derecho probatorio. Lo que más bien parece suceder es que existe una brecha entre los problemas abordados por jueces y académicos, como también, en los destinatarios aparentes y reales de los textos académicos (Pino y Coloma 2020: 105-106).

³ En el mismo estudio aludido en la nota precedente un abogado litigante señala a propósito de la literatura probatoria, en general: “Esa es la principal crítica: alejado de la realidad”. (Pino y Coloma 2020:106).

⁴ Por supuesto, hay algunas experiencias aisladas de formación a nivel de pregrado que intentan hacerse cargo de este auge en la literatura probatoria. Un ejemplo de ello es el uso de una metodología consistente con las categorías conceptuales que se formulan (Coloma et. al 2019: 144-151).

⁵ Los cambios curriculares, por lo demás, tampoco son una garantía de que esta falta de diálogo entre la formación académica y la práctica judicial se supere a corto o mediano plazo. Un ejemplo de este divorcio lo brinda México, cuya Escuela Federal de Formación Judicial, por ejemplo, publicó en 2022 un *Manual de prueba pericial*, que sigue el punto de vista de la concepción racionalista de la prueba, al mismo tiempo que su nueva codificación procesal civil insiste en la creencia judicial para que los jueces tomen decisiones probatorias. Véase el *Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares* mexicano de 2023, entre otros preceptos, cuando dispone que “son admisibles como medios de prueba, todos aquellos elementos que puedan producir convicción en el ánimo de la autoridad jurisdiccional acerca de los hechos controvertidos” (art. 261 inciso 2°).

2 La entrada en escena de la concepción racionalista de la prueba

Los contornos de la concepción racionalista de la prueba no son fáciles de trazar. No se trata solo de un problema de designación, esto es, de insuficiencia o imposibilidad de depuración de sus propiedades definitorias, sino también de denotación, esto es, de desacuerdos acerca de quiénes entran y de quienes quedan fuera de la categoría. Por supuesto, hay participantes que podríamos entender que sostenidamente se encuentran adentro y otros que pueden quedar fuera. Aquello no obsta a que la zona de penumbra sea amplia y movable.

Esta falta de nitidez, sin embargo, no nos impide recurrir a esta categoría para ilustrar algunos asuntos que parecen de gran relevancia. Así las cosas, cumplimos con aclarar que lo que reconstruiremos como concepción racionalista de la prueba representa una versión posible, más no la única, de una manera de concebir la prueba judicial. Quizá su nota distintiva sea el optimismo respecto a lo que puede exigirse de las prácticas probatorias. Dicho optimismo, a su vez, parece reflejar un malestar con el modo en que antes se abordó el debate fáctico.

El tema que nos ocupa, por lo mismo, no es nuevo. Bajo el título “Teoría de la prueba: ¿Somos todos ‘racionalistas’ ahora?”, Daniela Accatino indagó sobre algunas creencias aparentemente compartidas por los estudios probatorios a inicios de este siglo en el ámbito latino⁶. Según su argumento, el origen de la autodenominada concepción racionalista de la prueba se remonta a la publicación de algunos libros sobre la prueba en el cambio de siglo en la cuenca del Mediterráneo⁷. No se trata de una reflexión surgida a propósito de una práctica judicial concreta, como en el ámbito de influencia anglosajón, o bien, de ciertas decisiones legislativas. Lo que realmente importa para la concepción racionalista de la prueba es la síntesis de un conjunto selecto de libros, entre los que se cuenta *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, de Marina Gascón, publicado en 1999, las traducciones al castellano de las obras de Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione*, en 1995, y de Michele Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, en 2002 o la aparición, en ese mismo año, de *Prueba y verdad en el derecho*, de Jordi Ferrer⁸.

2.1 ¿Por qué “racionalista”?

Los trabajos recién citados describieron su orientación como racionalista, que es un rótulo que se presta para múltiples interpretaciones. Claramente no se trata de un racionalismo filosófico, opuesto al empirismo, porque justamente estos libros de derecho quieren apelar a las ciencias naturales y sociales para darle una base científica a su análisis. El significado del término pretendía ser cercano al que William Twining había usado para referirse, en términos generales, a la doctrina probatoria moderna en el ámbito angloamericano, desde Gilbert y Bentham en el siglo XIX, a Thayer y Wigmore en el siglo XX. Más concretamente, Twining usó el término racional como parte del rótulo “tradición racionalista de la prueba” –inventado por él mismo, cabe añadir–, para referirse

⁶ Accatino 2019.

⁷ Edgar Aguilera prefiere llamarla vertiente latina o iberoamericana de la tradición racionalista de la prueba. (Aguilera 2016: 164). Es importante tener en consideración que lo que aquí presentamos como concepción racionalista de la prueba es una etiqueta que aúna a un conjunto de sujetos que comparten (o afirman compartir) una serie de ideas comunes. Así, nuestro foco no pretende depurar qué es lo que debiera entenderse como una concepción racionalista de la prueba o del razonamiento probatorio. En este último sentido, ver Navarro y Rodríguez 2024.

⁸ Previo a ello se publicaron artículos que ejercieron no poca influencia, como es el caso de Andrés 1992.

al uso correcto de la capacidad decisoria de la razón y la evaluación racional de la evidencia para determinar los hechos del caso⁹.

Hasta aquí no hay nada controversial en la adopción contemporánea del adjetivo “racionalista”, si se entiende que la alternativa sería la solución irracional de los conflictos jurídicos, por ejemplo, a través de duelos u ordalías. Pero la tesis de la concepción racionalista va más lejos. Su idea de racionalidad también incluye el debate acerca de si las decisiones judiciales justas deben propender a ser verdaderas en lo que atañe a los hechos¹⁰.

2.2 ¿Simplemente la verdad?

La concepción racionalista ha dedicado muchas páginas a debatir lo que implica juzgar hechos ocurridos en el pasado. Al respecto, no hay una posición única. Se debate, por ejemplo, si basta una creencia coherente con los datos disponibles¹¹, o bien, si fuera preferible otro esquema de toma de decisiones, como la verosimilitud de lo establecido en el juicio¹².

Para atemperar la tesis fuerte que postula a la verdad como el fin hegemónico de la prueba, los esfuerzos se han concentrado en determinar el grado de apoyo que la evidencia le proporciona a la hipótesis fáctica¹³. Este ajuste le da un claro tinte epistemológico de amplio alcance a su noción de racionalidad, ligándose con la lógica inductiva.

⁹ Twining 2006: 36-75.

¹⁰ Accatino 2019, 89-98. Una muestra de lo señalado puede verse en Ferrajoli, cuando sostiene en un pasaje de *Derecho y Razón*: “Sin una adecuada teoría de la verdad, de la verificabilidad y de la verificación procesal, toda la construcción ilustrada del derecho penal que aquí he llamado «cognoscitiva» o «garantista» termina apoyada en la arena; y terminan descalificadas en cuanto puramente ideológicas, las funciones civiles y políticas asociadas a ella. Sin embargo, a falta de alternativas epistemológicas adecuadas, el descrédito científico que acompaña a esta concepción ha generado en la cultura jurídica una difusa desconfianza hacia el mismo concepto de «verdad» en el proceso, alimentando actitudes escépticas y tentaciones decisionistas [...] Y, sin embargo, forma parte del sentido y del uso común decir que un testigo ha dicho la verdad o ha mentado, que es verdadera o falsa la reconstrucción de una situación proporcionada por una acusación o por un alegato de la defensa y que una condena o absolucón son fundadas o infundadas ante todo según sea verdadera o falsa la versión de los hechos en ella contenida y su calificación jurídica.” Ferrajoli 1997: 46-47. Un repaso analítico acerca de las aproximaciones teóricas al papel de la verdad en la prueba judicial puede verse en Dei Vecchi 2023.

¹¹ Taruffo, por ejemplo, se preocupa de aclarar que la coherencia narrativa solo comunica “correspondencia de la historia relatada con los modelos de narraciones [...] de [una] cultura”. Taruffo 2007: 255 y ss. A propósito de la teoría del *story-telling*, afirma: “Pero esta teoría –así como cualquier teoría de la verdad que se base en la coherencia del texto– se enfrenta a una objeción destructiva: las narraciones coherentes y persuasivas pueden ser completamente falsas. Basta con pensar en un testimonio que puede ser narrativamente coherente, pero falso, o también en una decisión judicial que puede también justificada en forma consistente, pero que no corresponde a las pruebas y por lo tanto a la realidad de los hechos” Taruffo 2007: 265.

¹² En la misma línea que Dei Vecchi, no pretendemos con esto negar que importantes partidarios de la concepción racionalista de la prueba sostienen que la falsedad de las premisas no es impedimento para que las decisiones puedan calificarse como justificadas bajo la condición de cumplir con ciertas exigencias procedimentales. Lo que queremos enfatizar es que hay un sentido en que estos autores, a partir de la circunstancia que las premisas sean falsas, entienden que la decisión es errónea. Dei Vecchi (2023): 143-145 (nota 16). Comanducci ilustra bien tales aproximaciones al hablar de las discrepancias que pueden producirse entre la *justificación de la decisión de condena como acto* y la *justificación de la decisión de condena como resultado* Comanducci 2007: 97-98.

¹³ Ferrer, por ejemplo, en un texto temprano en que entra de lleno en las relaciones entre prueba y verdad sostiene: “... a diferencia de lo que ocurre en las concepciones subjetivistas o irracionistas de la prueba,

La búsqueda de la verdad es considerada, entonces, el valor prioritario de la actividad probatoria y de la regulación de la prueba¹⁴. Esto, por supuesto, no tiene nada de original, sino que responde a una constante histórica. Ella se puede rastrear, por ejemplo, tanto en las Siete Partidas del derecho castellano medieval como en la codificación estadounidense de 1975¹⁵. Es por ello por lo que en las escuelas de derecho y en los tribunales de justicia se habla de prueba judicial, y no simplemente de prueba.

La noción de verdad que emplean las y los autores de la concepción racionalista es la de verdad como correspondencia¹⁶. Aquella no depende de las creencias del juzgador, sino de una relación que se da entre las hipótesis y el mundo. De este modo, la íntima convicción del juez o la duda razonable en su vertiente subjetiva pierden la relevancia que se le suele reconocer en la dogmática procesal, puesto que la relación de correspondencia entre la proposición y el mundo es independiente de las creencias de cualquier persona, incluida la autoridad de quien juzga. Por lo mismo, esta concepción de la verdad se desliga de la distinción de la dogmática procesal entre verdad material y verdad formal: la verdad es una sola y el proceso judicial debe intentar encontrarla.

La concepción racionalista resulta atractiva al —vincularse con otras disciplinas prestigiosas, especialmente con la epistemología. Ello ha servido de aliciente para que el interés en las cuestiones probatorias crezca en la literatura en castellano. Sin embargo, dada su tendencia hacia la idealización de los procesos inductivos que constituyen el razonamiento probatorio y su asunción de la búsqueda de la verdad como fin primordial, ha terminado por exacerbar, en vez de atemperar, la distancia entre la literatura probatoria y la práctica judicial.

A diferencia de la concepción racionalista de la prueba, el discurso dogmático se ocupa de la prueba judicial con una atención prioritaria del contexto institucional en el que ella se desarrolla. El acervo de esta disciplina jurídica en lo que respecta a la prueba judicial de los hechos en el derecho continental —aunque con muchos puntos bajos si uno se queda con los manuales que se limitan a parafrasear lo que se dice en los códigos procesales— no es desdeñable. Basta con revisar los trabajos de la dogmática procesal alemana o italiana del siglo XX, entre los que se pueden citar, solo a modo de ejemplo y dejando a un lado los textos utilizados con mayor frecuencia, *Las pruebas civiles* de Michele Spinelli¹⁷, o *La prueba, su práctica y apreciación. La investigación del estado de los hechos en el proceso* de Erich Döhring¹⁸, para apreciar el modo en que el enfoque dogmático continental articula un discurso probatorio asumiendo los límites y necesidades de una práctica judicial concreta.

Por supuesto, esto no quiere decir que la dogmática procesal haya tenido rendimiento en todas las cuestiones probatorias. Un ejemplo de su déficit se encuentra en los estándares de prueba. No obstante, la dogmática procesal del siglo XX sí logró modelar, al menos parcialmente, la práctica judicial. Así lo ilustra el trabajo de Emilio

la verdad de un enunciado probatorio (...) no depende de lo que resuelva el juez, un tribunal o un jurado. Ellos pueden decidir tener por probado p , declararlo probado. Pero la verdad del enunciado probatorio depende exclusivamente de su correspondencia con el mundo”. Hasta aquí aparece como una afirmación muy fuerte relativa a las relaciones entre enunciado-mundo. Sin embargo, inmediatamente a continuación agrega que: “En este caso, depende de que efectivamente existan o no elementos de juicio suficientes a favor de p que hayan sido aportados al proceso”. Ferrer 2005: 78.

¹⁴ Accatino 2019: 92.

¹⁵ Benfeld y Larroucau 2018: 621-632.

¹⁶ Ferrer 2021: 17 - 18.

¹⁷ Spinelli 1966/1973: 52.

¹⁸ Döhring 1964/1996: 6-15.

Rioseco, *La prueba ante la jurisprudencia. Derecho civil y procesal civil*, cuyas cuatro ediciones son permanentemente citadas por la Corte Suprema chilena a la hora de resolver cuestiones tan importantes como la carga de la prueba o el valor probatorio de los medios de prueba.

Esta fidelidad con el derecho –banalizada al extremo en el polémico brocardo “lo que no está en el proceso no existe en el mundo”– le ha dado a la literatura procesal un cierto rendimiento práctico que a la literatura probatoria se le suele escapar, sobre todo cuando esta última adopta un énfasis conceptualista alejado de los límites institucionales de la práctica judicial. Esto es algo que la teoría de la prueba, en general, debería evitar, sobre todo si no quiere terminar siendo una teoría jurídica de filósofos (o de científicos), en vez de juristas¹⁹. Una forma de lograrlo es enfrentar tres creencias-obstáculo que se interponen entre la teoría y la práctica.

3 Las creencias-obstáculo

Una creencia-obstáculo es una idea insuficientemente justificada y que, pese a ello, es compartida por un número amplio de participantes de una disciplina. Se caracteriza porque clausura un cierto problema, a costa de restringir posibilidades explicativas o de crecimiento disciplinario. De esta manera, una creencia-obstáculo ahonda la brecha entre la teoría y la práctica. No se trata de creencias necesariamente erróneas, sino de creencias que no resultan aptas para integrar de un modo coherente los elementos que son relevantes para describir una práctica, y que, por lo mismo, redundan en que las soluciones o caminos a seguir resulten equívocos.

Por cierto, hay creencias-obstáculo en casi cualquier disciplina y no necesariamente son perniciosas. Es más, pueden constituir, incluso, un acicate para quienes adhieren a las creencias rivales, ayudándoles a explorar mejores argumentos. El problema surge cuando asumen un rol preponderante, llegando a negar o minimizar otras creencias que podrían acotar la brecha entre la teoría y la práctica²⁰.

En el campo del derecho probatorio, en concreto, nos parece útil este sintagma de creencia-obstáculo para revisar algunos presupuestos teóricos y metodológicos en lo que respecta a la prueba de los hechos. Sin perjuicio de reconocer los excelentes logros alcanzados en el plano académico a partir de los postulados que cuestionamos, lo que nos interesa a continuación es revisar algunos de sus déficits principales en lo que respecta a los sistemas de justicia contemporáneos.

Para quien desee afinar un poco más esta noción de creencia-obstáculo podría ser útil considerar una creencia-obstáculo que suscitó interés entre los historiadores de la ciencia: la de por qué los (antiguos) griegos, a pesar de los enormes avances que alcanzaron a nivel teórico no crearon una tecnología avanzada. Las respuestas entre los expertos del siglo XX fueron variadas. Para algunos, los griegos consideraban que lo tecnológico era un asunto de escasa importancia. Para otros, en tanto, lo que pensaban es que no era posible lograr una tecnología a partir de los postulados que habían planteado. Esta última postura es la que sigue Alexandre Koyré, quien la asocia a la creencia de que la realidad es tan compleja que se resiste a ser reducida a regularidades, cuestión necesaria para el desarrollo tecnológico²¹. Se trataba, luego, de una creencia-obstáculo.

¹⁹ Solari y Pinto 2023: 116-119.

²⁰ Agüero y Coloma 2019: 21-23.

²¹ Koyré 1981/1994: 118 y 129.

Las tres creencias-obstáculo que presentamos las hemos elegido porque son las que exacerbaban el desajuste entre teoría y práctica en el ámbito probatorio. Ellas son – parafraseando a Lakatos– parte del cinturón protector de hipótesis auxiliares en la concepción racionalista de la prueba, esto es, afirmaciones ampliamente compartidas y que suscitan apoyo, pero cuya revisión no pone en riesgo a la teoría²².

3.1 Primera creencia-obstáculo: La in(ter)dependencia entre hecho y derecho

La primera creencia-obstáculo de la que nos haremos cargo concierne a la relación entre hecho y derecho. En específico, nos preocupa la idea de que los hechos en los procesos judiciales son presentados de un modo superficialmente dependiente del derecho aplicable, sin desplegar todas las consecuencias que se siguen de la convergencia que hay entre hechos principales u operativos (*ultimate facts*) y hechos probatorios o secundarios (*evidential facts*)²³. Se trata de una creencia-obstáculo típica del enfoque analítico, la cual surge, nos parece, del interés de que las limitaciones del diseño institucional en la prueba judicial no le quiten espacio a otras disciplinas o saberes asentados en algunas comunidades no jurídicas, en lo que respecta al modo en que se determinan los hechos en un caso determinado.

Esta creencia-obstáculo se presenta como epistémicamente comprometida y, por contrapartida, desvinculada de algunos de los límites institucionales típicos del derecho. Así, cuando se habla de los hechos dentro de la concepción racionalista se plantea como propósito la descripción del mundo, entendiendo que esto justificaría adscribir a ciertos sujetos la realización de conductas jurídicamente relevantes. En cambio, cuando hablamos de cuestiones jurídicas, el foco estaría dirigido hacia la determinación de cómo debemos comportarnos según lo que se plantea en las fuentes del derecho y con base en ciertos métodos de interpretación que se abordan mediante pretensiones de validez. Una separación radical entre ambas categorías²⁴, sin embargo, genera una reacción pendular, en el sentido de que propende a que el análisis del razonamiento probatorio tienda a desentenderse de lo que dicen las reglas jurídicas, las que, a lo sumo, constituyen orientaciones o límites para resguardar valores no epistémicos²⁵. Esta separación radical

²² Lakatos 1978/1983: 230.

²³ Larroucau 2017: 162-166.

²⁴ La separación radical entre hecho y derecho se asocia a la reconstrucción del razonamiento jurídico bajo la idea del silogismo, según se señala en la siguiente nota. Cuando aquello obedece a propósitos analíticos, pareciera no haber problemas en la medida que solo se trate de evaluar las prácticas judiciales. Si, en cambio, de lo que se trata es de presentarlo como un modelo prescriptivo es algo más complicado porque tenderá a llevar a quienes se ciñan a aquel a separar de una manera más o menos fuerte las tareas a realizar. Esto, tal vez, podría explicar el problema de la abducción clasificatoria que advierte Tuzet, según la cual “se trata de llevar a cabo la “calificación jurídica” de los hechos, determinando así el concepto jurídico bajo el que subsumir un suceso”. Tuzet 2014: 126-127.

²⁵ Robert Alexy, en su influyente teoría de la argumentación, reconstruye el razonamiento judicial bajo la estructura silogística recurriendo a la ya clásica (aunque discutible) distinción entre justificación interna y justificación externa. Al tratar de esta última, diferencia entre: “(1) reglas de Derecho positivo, (2) enunciados empíricos y (3) premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas de Derecho Positivo”. A continuación –y dejando en claro que hay una separación fuerte entre hechos y derecho– señala que: “La fundamentación de una regla en tanto regla de Derecho positivo consiste en mostrar su conformidad con los criterios de validez del ordenamiento jurídico. En la fundamentación de premisas empíricas puede recurrirse a una escala completa de formas de proceder que va desde los métodos de las ciencias empíricas, pasando por las máximas de la presunción racional, hasta las reglas de la carga de la prueba en el proceso [...]”, Alexy 1978/2008: 222. Aunque Alexy no sea un representante de la concepción racionalista, su punto

constituye un obstáculo para el derecho probatorio, pues oculta la dimensión constitutiva que tienen muchas de las reglas probatorias²⁶.

La creencia de una división relativamente estable entre hechos y derecho trivializa a las teorías, tanto probatorias (hechos) como interpretativas (derecho), las que pasan a operar bajo la lógica de casilleros que no se entrecruzan²⁷. Esto es fácil de observar, por ejemplo, en el protagonismo reconocido al modelo de la subsunción, el cual, si bien es útil para el análisis desde una cierta clase de lógica, supone pagar el precio de no describir el modo en que los litigantes y los jueces operan realmente.

Para desmontar esta creencia-obstáculo es preciso asumir que la distinción entre hecho y derecho es puramente funcional. Esto implica que lo relevante es preguntarse por las razones que llevan a calificar a un asunto como legal o fáctico dentro del proceso judicial, en vez de describir una práctica pensando que hay hechos brutos, por un lado, y hechos institucionales, por el otro²⁸. En la litigación judicial estas consideraciones funcionales suelen estar ligadas al reparto de la carga de trabajo: entre el tribunal (derecho) y el jurado (hechos), tal como ocurre en el Common Law, o bien, entre las cortes (derecho) y los tribunales de primera instancia (hechos y derecho), como es el caso de los sistemas jurídicos continentales. Por lo mismo, buena parte de la distinción entre hecho y derecho está guiada por la pregunta sobre quién y bajo qué estándar se decide tal cuestión²⁹.

3.1.1 El derecho (civil y penal) en los hechos

Para lidiar con esta primera creencia-obstáculo es preciso reconocer la importancia de una distinción presente en los ordenamientos jurídicos vigentes: la separación de los juicios entre procesos civiles y penales. La concepción racionalista pareciera encontrarse a sus anchas en los procesos penales, porque poco ha dicho sobre los procesos civiles³⁰.

de vista refleja las distinciones propias de esta teoría, al menos en su versión estándar. Así, por ejemplo, Ferrer indica que la decadencia de la estructura silogística obedece a su insuficiencia, pero no a su inutilidad. A su juicio, si se toma más en serio el control de las premisas a nivel de justificación externa (tal como parece hacerlo Alexy) dicha aproximación que supone una separación radical entre hechos y derecho resulta perfectamente operativa para guiar/evaluar el razonamiento de las sentencias, Ferrer 2011: 94-96, 103-107. Un análisis agudo siguiendo tal separación, pero buscando simetrías en la lógica del razonamiento normativo y probatorio puede verse en Canale y Tuzet 2021.

²⁶ Fernando Atria, por ejemplo, ha sostenido que las reglas de inferencia probatoria son reglas típicamente constitutivas (y no solo regulativas), debido a que “especifican lo que cuenta como una evidencia para la existencia de un hecho institucional como un contrato o un testamento”, aunque, en su propio argumento, los sistemas de reglas modernos (esto es, aquellos que no se componen sólo por normas primarias) se caracterizan por el hibridaje de algunos de sus preceptos, los que “constituyen en orden a regular”, en tanto que “otros regulan en aras a constituir”, Atria 2002: 18 y 23. Este hibridaje podría ser el que describa de mejor manera una parte importante, sino todo, el derecho probatorio.

²⁷ Benfeld 2021: 127-143.

²⁸ Allen y Pardo 2003: 1793.

²⁹ Un caso ilustrativo de que el estatus de un problema puede fácilmente transitar desde asuntos de hecho a cuestiones de derecho es *Cooper Industries, Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc.* (532 U.S. 424), resuelto por la Corte Suprema estadounidense en 2001. Véase al respecto, Thornburg 2009/2020: 153-156.

³⁰ Como se sabe, un autor clave como Michele Taruffo era especialista en derecho procesal civil. Sin perjuicio de ello, en su obra se advierte cierta incomodidad al establecer lazos entre aquella disciplina y la concepción racionalista de la prueba. Un ejemplo de ello se observa en Taruffo 2008: 129-151. Una comparación interesante entre ambos tipos de procesos, en cuanto al tipo de problemas genera cada uno de ellos desde la perspectiva del razonamiento probatorio, se encuentra en Tuzet 2021: 97-117.

Las razones que explican dicho apego –que relega a un segundo plano los aprendizajes probatorios civiles– cabe agruparlas en dos niveles.

El primero apunta a que la clase de hechos con los que hay que enfrentarse en los procesos penales suelen ser más próximos a los que podríamos llamar hechos brutos, no institucionales³¹. Así, no parece necesario dominar un conjunto de reglas constitutivas que den sentido a una experiencia, si de lo que se trata es de narrar las circunstancias que demuestran que el acusado, por ejemplo, cometió un homicidio. En los procesos civiles, en cambio, la mayoría de los casos supone tratar con contratos, deberes de cuidado, propiedad, y otras cosas por el estilo, en que los hechos dependen fuertemente de la institucionalización de nuestras experiencias cotidianas. En el derecho penal la separación entre hechos y derecho parece, entonces, ‘más natural’.

El segundo nivel, al menos en el derecho continental, es que las reglas probatorias del proceso penal son más próximas a la forma de razonar propia en otros espacios de nuestras vidas, de modo que las restricciones a la admisibilidad son más bien escasas y la valoración de la prueba es libre, lo que podría entenderse como una remisión a prácticas culturales asentadas. En cambio, en el derecho civil la regulación suele ser más estricta y puede parecer, incluso, contra intuitiva, tal como lo enseñan ciertas figuras como la prueba preconstituida, en donde las partes contratantes acuden a una notaría para firmar una escritura pública en la que vierten todas aquellas declaraciones que son relevantes para el negocio que les interesa. La conexión entre los fines del proceso judicial –una decisión correcta, oportuna y eficiente del caso– y los fines de la prueba explica los límites institucionales en que se deciden los hechos en un juicio. Este es el motivo por el cual en los juicios no penales se tiende a priorizar un tipo de pruebas (por ejemplo, la escritura pública en la compra de un inmueble o el peritaje de ADN en la filiación), se anticipa el acceso a la información (mediante la exhibición prejudicial de un documento en poder de un tercero) o se limitan las diligencias probatorias (el número de testigos que pueden declarar en una audiencia), y no todo queda entregado a los intereses de las partes o del juez.

Abordar la práctica judicial sin esta primera creencia-obstáculo tiene un rendimiento práctico indubitado. Esto es así porque lo que se debe acreditar en un litigio es un hecho jurídicamente relevante que se configura, desde el inicio, a partir de una normatividad establecida en fuentes formales y cuyo significado es objeto de un trabajo profundo a cargo de comunidades interpretativas asentadas en lo que conocemos como disciplinas jurídicas. Así, por ejemplo, en un juicio civil de rebaja de precio en una compraventa, lo que el ejercicio de dicha acción edilicia propone en el procedimiento judicial no es una discusión sobre qué pensó el comprador que estaba adquiriendo, qué es lo que el vendedor olvidó mencionar a su contraparte, en qué rincón de la casa estaban las termitas que la hacen inhabitable, sino un caso en que este tipo de preguntas cobran sentido desde la institucionalidad y se resumen en la cuestión de si hubo o no un vicio redhibitorio. Entender el derecho probatorio desde un punto de vista dogmático, entonces, implica partir de la premisa de que lo que se busca es establecer, en un proceso judicial, la concurrencia o no de un hecho jurídicamente relevante (un hecho sustancial, pertinente y controvertido, dice la ley procesal civil chilena de 1903) y no, retratar ciertos hechos tal como ocurrieron. Solo lo primero cuenta como una aplicación del derecho a un caso concreto, que es la definición estándar de la función jurisdiccional reservada a los tribunales en la modernidad.

³¹ Anscombe 1958/2015: 47-50.

La distinción entre la prueba judicial en sede penal y en el ámbito civil, entonces, nos ayuda a entender que las estrategias probatorias no versan sobre hechos brutos o institucionales ‘a secas’³². Lo que hay en la litigación civil, en particular, es una tipología de hechos poco o nada explorada por las teorías de la prueba. Varios de ellos, por lo demás, forman parte del derecho vigente (la ley procesal civil chilena, por ejemplo, considera al hecho sustancialmente relacionado y al hecho indispensable, entre otros) y su objetivo es garantizar que el conflicto se resuelva aplicando derecho³³.

3.2 Segunda creencia-obstáculo: Los hechos son descritos, no constituidos

Raymundo Gama acierta al señalar que, lo que marca la distancia entre la concepción racionalista en lengua castellana y la doblemente centenaria tradición racionalista del Common Law, es el esfuerzo de esta última por reconstruir prácticas judiciales realmente existentes a lo largo de varias generaciones³⁴. La tradición racionalista siempre ha reconocido que la prueba judicial no tiene fines independientes del proceso judicial que la cobija³⁵, de modo que la verdad es solo uno de los elementos para tener en cuenta. Esto es lo que revela, de forma elocuente, la regla 102 de las Federal Rules of Evidence estadounidenses de 1975, al disponer que “estas reglas deben interpretarse para administrar todo procedimiento de manera justa, eliminar gastos y retrasos injustificados, y promover el desarrollo del derecho probatorio, con el fin de establecer la verdad y asegurar una decisión justa”.

Esta perspectiva amplia de la tradición racionalista de la prueba libra de caer en la segunda creencia-obstáculo que nos interesa: la idea de que los hechos son descritos, en vez de interpretados o constituidos. Una perspectiva útil para discutir esta creencia es la de los estándares de prueba. En efecto, el resultado de la actividad probatoria constituye una pieza de discurso –un dispositivo, si se quiere– que adopta la forma de hechos probados o no probados, y que puede reconstruirse como: “Este es un caso sobre el que corresponde aplicar una cierta solución normativa”, en donde *caso* no significa la realidad o *lo que está allí afuera*, sino simplemente discursos sobre hechos –usualmente conductas humanas– que han sido objeto del proceso judicial³⁶. El punto es importante, pues, nos salva del espinoso problema de hacer que las cosas permanezcan abiertas más tiempo del aconsejable y, por tanto, de que se mantenga en suspenso la imposición de cargas u otorgamiento de beneficios sobre los participantes.

Lo interesante del asunto, sin embargo, es que no solo el estándar de prueba revela la dimensión constitutiva de la pregunta por los hechos, sino que ella está presente en absolutamente todo el fenómeno probatorio. El modelo de la “prueba libre” en que se basa la concepción racionalista de la prueba invisibiliza este punto, en la medida en que se funda en la “premisa de la separación”, en donde hay una escisión entre las cuestiones epistemológicas y las cuestiones morales³⁷. Para Alex Stein, este supuesto es insostenible³⁸, porque al describir los juicios civiles y penales queda de manifiesto que

³² Larroucau 2022: 199-201.

³³ Bayón 2008: 15-34.

³⁴ Gama 2021: 37-39.

³⁵ Benfeld y Larroucau 2018: 618-621.

³⁶ Coloma 2017: 77-86.

³⁷ Stein 1997/2013: 249-255.

³⁸ Stein 1997/2013: 249-255.

toda valoración de la prueba da cuenta de preferencias de valor que deben ser abordadas por el derecho probatorio.

Un ejemplo –entre muchos– es el caso “Zapata y De la Fuente con Sociedad Comercial Marín Limitada”, primer fallo que aplicó la ley de discriminación en Chile (Ley N° 20.609 de 2012), ante la acción ejercida por una pareja de mujeres lesbianas a quienes se le negó el ingreso a una habitación de un motel. En dicha ocasión, la prueba se limitó a las declaraciones de los testigos de ambas partes. Los testimonios fueron contradictorios. La jueza, sin embargo, prefirió a quienes declararon por las actoras –la pareja que había coincidido con las demandantes en la entrada del motel–, en lugar de los testigos de la demandada, ya que estos últimos eran sus trabajadores³⁹. En otras palabras, ante un empate en el número de testigos, la jueza prefirió a aquellos que parecen ser más imparciales y cuyos testimonios calzan mejor con lo expuesto en el juicio, dos criterios contenidos en la codificación procesal civil chilena⁴⁰. La valoración de la prueba, entonces, fue guiada por criterios legales.

La creencia-obstáculo de que los hechos solo son descritos en los procesos judiciales, en cambio, impide reconocer esta dimensión constitutiva de la función jurisdiccional en cuanto a los hechos. Si analizamos la conducta estratégica de las partes y el problema recurrente de los tribunales de justicia de tomar decisiones con menor cantidad de información y de tiempo de reflexión del que hubieran necesitado, o con un mayor nivel de contradicciones de lo que sería deseable, pareciera existir claridad en orden a que los hechos probados o no probados corresponden a decisiones y no a hallazgos⁴¹.

El problema al que se ve expuesto el razonamiento probatorio cuando se inclina hacia la abstracción y a un diálogo abierto con disciplinas científicas en las que los problemas se pueden reabrir una y otra vez, es que lo decisional de la función jurisdiccional queda fuera de foco. Ello ha dado pie a la propuesta de situaciones relativamente ideales en las que se trata de encontrar una metodología funcional destinada a desentrañar lo sucedido y no, simplemente, a decidir el caso de acuerdo con el derecho vigente. Es por esto por lo que esta segunda creencia-obstáculo favorece una separación entre responsabilidad y seguridad cognitivas en el marco de los litigios⁴².

3.2.1 Sobre estándares y precedentes

Al negar que la valoración de la prueba implique preferencias de valor, la concepción racionalista de la prueba ha buscado otro lugar para situar las elecciones en el juicio de hecho. El primer sitio que consideró propicio para ello es el de los estándares de prueba. Entre los distintos estándares, el que más literatura ha producido ha sido el del más allá de toda duda razonable, que rige en la justicia penal. Por cierto, los estándares de prueba son un punto importante para cualquier teoría de la prueba, pero no más que la admisibilidad, pertinencia o relevancia de la prueba. El motivo por el cual la concepción racionalista entiende que, si no se resuelve adecuadamente el problema de los estándares

³⁹ Tercer Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, 5 de diciembre de 2012, Rol N° 17.314-2012, considerandos 14° y 19° (redacción de la jueza Soledad Araneda).

⁴⁰ Muñoz 2013: 217-218.

⁴¹ Fantl & McGrawth 2002 plantean que la justificación epistémica de una proposición depende lógicamente de la racionalidad de actuar a partir de ella. Esto plantea una forma interesante de analizar la conexión entre la justificación de los hechos y la toma de decisiones en el derecho. Agradecemos a un evaluador anónimo esta sugerencia, cuyo desarrollo dejamos para trabajos posteriores.

⁴² Coloma 2017: 83-84.

de prueba, toda su teoría tambalea es que no sería capaz de lidiar con la dimensión constitutiva que ronda al juicio de hecho⁴³.

El texto en castellano que puso el tema en el centro de la discusión fue “¿Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar?”⁴⁴, de Larry Laudan, publicado en 2005⁴⁵. Dicho artículo denunciaba su formulación en clave subjetiva (estar convencido “más allá de toda duda razonable”) y destacaba el rol de los estándares de prueba como una pieza clave para la clausura de las discusiones probatorias en los procesos judiciales. Ya sea en forma explícita o implícita, son los estándares de prueba los que hacen posible la toma de una decisión cuando los juzgadores no están seguros o convencidos de la adopción de un cierto punto de vista en lo que a los hechos concierne. Sin un estándar de prueba, los juzgadores podrían prolongar más allá de lo aconsejable la decisión de si los hechos se encuentran o no probados.

En lo que aquí interesa, debe tenerse en cuenta que de acuerdo a lo que propone Laudan, si de lo que se trata es de contar o de medir, la subjetividad desaparecerá de la escena y la comprensión de los hechos como descripciones no se verá amenazada. La metáfora de los estándares de prueba como umbrales a la que recurre la concepción racionalista, entonces, muestra su utilidad en este sentido. El problema es que si queremos salir a medir o a contar debemos tener claridad acerca de qué es lo que vamos a medir o a contar. Este cruce entre suficiencia probatoria y objetividad o unidades de medidas aceptables desde el punto de vista jurídico, es el que los estándares de prueba aún no logran resolver. En otras palabras, si el juicio de hecho es descriptivo el problema de los estándares de prueba se vuelve realmente serio: la aplicación de un estándar de prueba redundante en que lo probado, a fin de cuentas, ceda su carácter descriptivo priorizándose su carácter constitutivo⁴⁶.

Esto nos lleva, finalmente, a un segundo desafío que ronda a la creencia de que los hechos se describen judicialmente: la imposibilidad de vincular los hechos al precedente. En *The anatomy of tort law*, Peter Cane observó que en los libros de derecho ha habido poco espacio para los hechos, por la sencilla razón de que estos últimos no sientan precedentes. Su propia investigación sobre la responsabilidad civil extracontractual muestra una especial atención sobre el problema de la competencia para crear las reglas en materia de daños. A propósito del famoso caso *Donoghue v. Stevenson* y el surgimiento, en 1932, del deber de no dañar al prójimo —o hecho ilícito de negligencia— en la litigación inglesa, Cane sostuvo que The House of Lords asumió como “un punto preliminar de derecho” que en aquel caso la actora se enfermó por beber una botella de cerveza de jengibre fabricada por el demandado en la cual había restos descompuestos de un caracol. Si estas circunstancias, en cambio, hubiesen sido sometidas

⁴³ Dei Vecchi 2022: 340-371.

⁴⁴ Laudan 2005: 95-113.

⁴⁵ Taruffo 2005: 115-126.

⁴⁶ Como se sabe, para el reconocimiento de que un enunciado es descriptivo se suele recurrir a la metáfora de las direcciones de ajuste de Anscombe 1991: 109-111. En un razonamiento bien estructurado y siempre que no apliquen restricciones normativas, el enunciado sobre los hechos es el que debe ajustarse a las pruebas rendidas y, también, a las generalizaciones acerca de cómo funciona el mundo cuya validez depende, precisamente, de que se acepte que *dan cuenta del mundo*. Los estándares de prueba entrarían en escena cuando dicha operación no es suficiente para que el tribunal se pronuncie por una de las opciones probado/no probado. El estándar de prueba permite así, salvar tal indeterminación estableciendo una nueva dirección de ajuste, esto es, la decisión a tomar debe ajustarse a las palabras (normatividad) del estándar de prueba. El acto de habla probado/no probado pierde su estatus *prima facie* puramente descriptivo y pasa a ser constitutivo. No obsta a esto último que se haya exigido operar con deferencia a las pruebas que, por lo demás, también tienen un componente constitutivo, al exigirse que sean válidas.

a prueba en el juicio, como una cuestión de hecho, “el tribunal habría estado preocupado de las partes en su calidad de individuos y no como representantes”⁴⁷. Es decir, el tribunal no habría podido crear un deber de cuidado para todos los fabricantes de bebidas (“representante”), sino únicamente para el demandado en el juicio (“individuo”).

Esta observación es importante para la función descriptiva del juicio de hecho. Solo cuando los litigantes son vistos como representantes de una cierta clase de persona (fabricantes, médicos, consumidores, por ejemplo), la litigación civil puede participar en la evolución del derecho. Es por esto por lo que Peter Cane advirtió que, en su investigación, solo se ocupa “del primer aspecto del derecho de daños, esto es, de aquellos elementos de las decisiones judiciales que conciernen a las partes en las acciones de daños, consideradas como representantes de otras”, ya que en la litigación actual “las respuestas a las cuestiones de hecho ‘no crean precedentes’”⁴⁸. Es útil añadir que la explicación que da el derecho procesal civil sobre la manera en que las personas comparecen a juicio y el modo en que introducen sus relatos en la fase de debate del procedimiento judicial, coincide con la preocupación de Cane acerca de los alcances del fallo. Nuevamente es el entramado institucional pensado para la solución de un conflicto en un Estado de derecho contemporáneo el que define los alcances de la discusión sobre los hechos, y no al revés. En otras palabras, si no asumimos el carácter constitutivo que requiere la determinación de los hechos en un proceso judicial, difícilmente podrá la decisión judicial servir a los efectos de contribuir a la adaptación del sistema jurídico a nuevos desafíos por la vía de la construcción de precedentes⁴⁹. Esto no parece algo a lo cual los participantes estén dispuestos (ni convenga) renunciar en favor de la pretensión de que los hechos están siendo descritos.

Una alternativa a esta segunda creencia-obstáculo para abordar la relación entre los hechos, los estándares de prueba y el precedente, es el de la prueba de los hechos como una demostración de casos. La distinción analítica entre describir y constituir es demasiado rígida para capturar la práctica judicial en la forma en que ella se presenta en los tribunales de justicia. De allí que la prueba judicial “no puede limitarse a la mera prueba de proposiciones empíricas sobre hechos brutos sino más bien [...] la ocurrencia de un caso comprendido en la norma”⁵⁰. La distinción entre hechos brutos y hechos institucionales puede tomarse como el punto de partida para un estudio de la prueba judicial como una demostración de casos, lo que, a su vez, permite discutir la posibilidad de establecer un precedente en materia de hechos⁵¹. Si el hecho es constituido, más que descrito, y da cuenta de un debate general, en donde las partes comparecen como representantes de todo aquel que puede tener el mismo problema, entonces la sentencia definitiva puede aspirar a tener un efecto general en la solución del caso.

⁴⁷ Cane 1997/2011: 42.

⁴⁸ Cane 1997/2011: 40.

⁴⁹ Grant Gilmore, reconstruyendo la teoría de O. W. Holmes que tiende hacia la objetivación de las situaciones de las que se hace cargo, sostiene lo siguiente: “Si («en el contrato, como en cualquier otro lugar») el estado psicológico real de las partes fuera relevante, entonces cada caso litigado debería convertirse en una extensa investigación fáctica respecto de lo que se «entendió», «pensó», «creyó», etc. Sin embargo, si podemos limitarnos a los aspectos «externos» (lo que las partes «dijeron» o «hicieron»), entonces la investigación fáctica será mucho más simple y con el tiempo completamente prescindible ya que los tribunales acumularán precedentes acerca de reiterados tipos de «conducta» permisible y no permisible. Mediante este proceso, las cuestiones, originalmente percibidas como cuestiones de hecho, se convertirán en cuestiones de derecho.” (Gilmore 2017: 92-93). Las ideas de Holmes pueden verse en *The Common Law*, especialmente 199-200.

⁵⁰ Benfeld 2021: 131.

⁵¹ Núñez 2018: 61-76.

3.3 Tercera creencia-obstáculo: La ciencia sin valores

La búsqueda de sentencias judiciales que describan hechos se conecta con el auge de la prueba pericial. Los expertos, sin embargo, a veces no son más que unos “útiles dadores de encantos”, como dice un estudio semiótico y realista de las Federal Rules of Evidence estadounidense, ya que hacen que los demás intervinientes y partes se sientan bien con su opinión, aunque en algunos casos lo que ellos entregan en el juicio podría tratarse de algo más parecido al efecto placebo⁵². Acorde a ello –y a modo de ejemplo– en la reforma alemana de 2002 al derecho de las obligaciones se estableció en el Libro II del Código Civil un supuesto específico de responsabilidad en el caso del daño causado por un peritaje judicial incorrecto (§ 839a BGB), aunque solo si se actúa con dolo o culpa grave.

Veamos algunas presuposiciones relacionadas con este desbordante optimismo respecto de los aportes que puede ofrecer la ciencia y la tecnología en la decisión de los hechos en un proceso judicial. La concepción racionalista de la prueba aspira a encontrar modos de evaluar epistémicamente las hipótesis sobre los hechos a la luz de las pruebas sin la intervención del aparato doxástico y conceptual de los individuos institucionalmente encargados de hacer esa evaluación. Al tratar de evitar la arbitrariedad en las decisiones debido a factores exógenos al proceso probatorio, la alternativa propuesta se compromete con una polémica concepción de los hechos, muy cercana al positivismo filosófico. En su afán de alcanzar un alto grado de objetividad y neutralidad en el razonamiento probatorio, la concepción racionalista de la prueba ha intentado modelar su proceder en una concepción del razonamiento científico que dista mucho de la manera en que los filósofos de la ciencia conciben la práctica científica hoy en día.

Desde la década de los años sesenta del siglo pasado, los filósofos de la ciencia se han alejado del ideal de una práctica científica libre de valores e independiente del aparato conceptual de los agentes involucrados. No se trata de adoptar una postura antirrealista o un construccionismo social al estilo de las corrientes posmodernas. Tampoco se trata de apelar a valores no epistémicos como razones justificatorias en la toma de decisiones. Se trata, más bien, de reconocer que la percepción, la atención, la memoria y los conceptos utilizados para reportar cualquier hecho científico están cargados de valores no epistémicos. Se trata de las inevitables cargas teóricas y valorativas (*theory and value-laddeness*) del razonamiento científico⁵³.

El origen de este alejamiento de la concepción positivista de los hechos comienza con los trabajos seminales de Kuhn⁵⁴ y Hanson⁵⁵ en los años sesenta, quienes mostraron cómo el marco teórico e institucional en el que es percibido y reportado un hecho afecta radicalmente nuestra percepción de este. Elementos como el entrenamiento profesional y el paradigma científico dominante generan expectativas psicológicas acerca del mundo, y éstas a su vez estructuran y organizan lo que se percibe. Posteriores estudios en psicología de la memoria, de la atención y del razonamiento han mostrado que no hay neutralidad posible en nuestro acceso a la realidad⁵⁶. No se trata de diferencias individuales, que son obvias e inevitables, sino de elementos biológicos, culturales y contextuales que atraviesan toda nuestra vida mental.

⁵² Miller et al. 2011.

⁵³ Brown 2013.

⁵⁴ Kuhn 1962.

⁵⁵ Hanson 1965.

⁵⁶ Brewer 2012: 289-334.

Existen muchos esfuerzos contemporáneos por separar la inevitable carga teórica y valorativa de la ciencia de los sesgos sociales⁵⁷ y cognitivos⁵⁸ que pueden afectar negativamente todo razonamiento probatorio. Holman y Wilholt, en particular, han llamado a este reto de distinguir los valores legítimos de los ilegítimos el “nuevo problema de la demarcación”⁵⁹. El derecho probatorio es un campo fértil para un estudio semejante. Los análisis recientes de los sesgos sociales y cognitivos en el derecho han proporcionado un diagnóstico inicial acerca de un cierto tipo de distorsiones indeseables del razonamiento probatorio, pero aún hace falta abrir la discusión acerca de los valores y cargas teóricas inevitables que entran en juego en el momento de intentar establecer la relación epistémica entre las pruebas y los hechos. En particular, hace falta un reconocimiento más claro de que los desacuerdos entre expertos no siempre se deben a factores exógenos como haber sido contratados por una de las partes, sino a factores internos a la práctica científica misma. En muchos casos no habrá ‘una’ prueba científica sino dos, ambas con la misma legitimidad, simplemente porque cada una encarna una serie de principios metodológicos y teóricos perfectamente aceptable dentro de la comunidad científica.

En consecuencia, la pureza epistémica que se presupone o que se persigue en el razonamiento probatorio en su versión racionalista se convierte en una creencia-obstáculo para entender en qué sentido preciso el trabajo judicial se aleja de ese ideal. En las ciencias naturales hay una conciencia muy clara acerca de la diferencia entre un modelo idealizado y el fenómeno que se quiere representar. Si la concepción racionalista de la prueba quiere ser fiel al espíritu científico, puede comenzar reconociendo que el modelo probatorio que propone es una idealización en donde las pruebas son simples comodines lógicos que deben ser reemplazados por pruebas concretas generadas en contextos particulares. A este respecto, el análisis psicológico y filosófico tiene mucho que aportar para entender las cargas valorativas y teóricas involucradas en lo que podríamos llamar un razonamiento probatorio situado. Al mismo tiempo, dichas disciplinas tienen mucho que aprender de la manera en que el derecho aborda este tipo de circunstancias.

3.3.1 Más allá del *iudex peritus peritorum*

El reconocimiento de la existencia de cargas teóricas y valorativas en el razonamiento científico afecta tremendamente nuestra comprensión de la prueba pericial en el derecho. Nos interesa entender qué ocurre cuando dos expertos igualmente competentes y honestos, situados en el mismo contexto, se ven enfrentados a la misma evidencia y llegan a conclusiones diametralmente opuestas *por razones científicas*. Hasta donde sabemos, este tipo de escenarios no ha sido discutido en la literatura de la concepción racionalista de la prueba porque todo el énfasis se ha puesto en las razones exógenas asociadas a la valoración de la prueba pericial, como la imparcialidad aparente del perito, la confiabilidad o el rango de error de sus técnicas y métodos, la calidad de su argumentación, su uso de conocimiento generalmente aceptado en la comunidad científica, entre muchas otras⁶⁰.

Cuando se introduce una prueba pericial en un proceso, se asumen dos tipos diferentes de riesgo inductivo y ambos tienen un elemento valorativo incorporado. Por

⁵⁷ Arena 2017; Páez y Arcila-Valenzuela 2023; Páez y Matida 2023.

⁵⁸ Kahneman et al. 1982; Páez 2021

⁵⁹ Holman y Wilholt 2022.

⁶⁰ Vázquez 2016.

una parte, sabemos que la decisión sobre los hechos siempre está sometida al riesgo de error propio de todo razonamiento empírico-inductivo⁶¹. El elemento valorativo reside en el estándar de prueba utilizado, que refleja el riesgo de error que la sociedad está dispuesta a aceptar en las decisiones judiciales. Por otra parte, las pruebas periciales también son el producto de un razonamiento empírico-inductivo falible, pero el elemento valorativo es diferente. Ya no se trata de una evaluación social del riesgo de error, sino de diferencias individuales. Dos peritos pueden llegar a conclusiones muy diferentes frente a la misma información, especialmente cuando se trata de la evaluación de evidencia de tipo estadístico, dependiendo del nivel de riesgo de error que cada uno esté dispuesto a aceptar. Más concretamente, cuando se está valorando una hipótesis científica de tipo estadístico también existen estándares de prueba que determinan cuándo la hipótesis es aceptable. La fijación de ese estándar de prueba no depende de criterios puramente epistémicos, sino de desacuerdos legítimos sobre otros aspectos metodológicos. Heather Douglas resume algunos de ellos:

- (1) ¿Es la metodología utilizada lo suficientemente sensible para detectar el fenómeno de interés o es demasiado sensible a las interrupciones y el ruido?
 - (2) ¿Los datos están siendo caracterizados discriminando suficientemente entre el rango de posibles resultados o están siendo clasificados de manera demasiado fina?
 - (3) ¿Es la muestra lo suficientemente grande para detectar el resultado o es tan grande que el fenómeno de interés se va a perder en el dataset (particularmente si el dataset no es lo suficientemente representativo)?
- Estas no son estrictamente hablando relaciones inversas entre falsos positivos y falsos negativos, pero requieren del juicio del científico en su toma de decisiones: si arriesgar el error en una dirección o en otra⁶².

En síntesis, las pruebas periciales están atravesadas por elementos valorativos inevitables, así el proceso se desarrolle bajo los más estrictos estándares epistémicos.

En los llamados “toxic torts” –las demandas por daños causados por el efecto de sustancias nocivas para la salud en el derecho estadounidense– se presentan este tipo de desacuerdos legítimos sobre los estándares de prueba en la práctica científica. Algunas jurisdicciones, como el distrito de Columbia en los Estados Unidos⁶³, exigen que el demandante demuestre tanto causalidad general como causalidad particular, es decir, que la sustancia es tóxica para el público en general, y que la sustancia fue la causa del daño del demandante. Establecer causalidad general depende de pruebas periciales de carácter estadístico. El problema al que se enfrenta el derecho es que el nivel de significación de una prueba estadística para establecer relaciones de causalidad no se rige por criterios puramente epistémicos, ni siquiera por prácticas comúnmente aceptadas dentro de la comunidad científica –como lo señalan los estándares Frye y Daubert–, sino por el nivel de riesgo inductivo aceptable para cada científico, como advierte Douglas⁶⁴.

En cuanto a la causalidad particular, se tiene que probar que la sustancia tóxica fue una condición *sine qua non*. Durante algún tiempo se pensó que, con avances científicos

⁶¹ Laudan 2006: 63-88.

⁶² Douglas 2017: 85.

⁶³ *Arias v. Dyncorp* (2014), 752 F. 3d 1011.

⁶⁴ Esta práctica se diferencia del llamado “p-hacking” en donde hay un intento malintencionado de forzar un resultado positivo.

como la información genómica y la epidemiología molecular, se lograría probar causalidad tóxica en casos particulares⁶⁵. Sin embargo, estas pruebas adicionales solo aumentaron la incertidumbre en la demostración de causalidad particular, por exactamente las mismas razones asociadas al riesgo inductivo que hemos señalado anteriormente. Aunque se apliquen a casos individuales, las bases teóricas y experimentales de la genómica y la epidemiología molecular están sometidas al problema de la diversidad de grados de tolerancia frente al riesgo de error.

Se podría pensar que el problema del riesgo epistémico y la injerencia inevitable de valores no epistémicos en el razonamiento científico solo ocurre en casos de causalidad general y particular en el derecho de daños, pero no es así. El grado de confiabilidad de cualquier prueba pericial está basado en estudios de carácter estadístico. El grado de confiabilidad de la memoria, de la visión o de una prueba de balística dependen de experimentos y estudios que incluyen elementos no epistémicos que afectaron los juicios y decisiones de quienes los elaboran. En muchos casos el desacuerdo entre expertos no es grave. Si dos expertos están en ligero desacuerdo sobre la confiabilidad de una prueba, pero en ambos casos la confiabilidad supera un estándar de prueba establecido, el desacuerdo es irrelevante. Pero cuando el desacuerdo lleva a juicios muy diferentes sobre la confiabilidad de las pruebas periciales, ya no es posible evadir el hecho de que el desacuerdo ocurre dentro del seno mismo de la práctica científica.

Naturalmente, abandonar la creencia-obstáculo de una ciencia sin valores no genera automáticamente una nueva forma de valorar la prueba pericial, pero sí permite entender que en muchos casos el asunto no depende meramente de los factores comúnmente señalados en la literatura como amenazas a la objetividad de la prueba. Ser consciente de que las opiniones periciales incluyen cargas teóricas y valorativas inevitables puede contribuir a socavar la confianza excesiva que muchos agentes judiciales ponen en ellas. Quizá la manera más efectiva de que los agentes judiciales entiendan la naturaleza de la prueba pericial como un producto humano cargado de valores es educarlos acerca del funcionamiento de las prácticas científicas reales⁶⁶. Pero el modelo de la educación también tiene sus límites⁶⁷, y es en aquellos ámbitos en donde la discrepancia se agudiza en donde las reglas legales tienen un rol importante que cumplir, ya que ese es el papel del derecho: poder decidir disputas entre personas libres e iguales.

4 Conclusiones

Un cuarto de siglo después del libro escrito en lengua española que inauguró la concepción racionalista de la prueba, *Los hechos en el derecho* de Marina Gascón, la distancia entre la teoría y la práctica probatoria sigue presente en nuestros sistemas de justicia. En lo que respecta a dicha literatura, en particular, pensamos que esto se debe a que ella adolece de algunas creencias-obstáculo. En este artículo hemos dado cuenta de tres de ellas: la distinción entre asuntos de hecho y de derecho, el debate sobre los hechos como algo descriptivo, y la idea de una ciencia sin valores.

Si se pudiera buscar un común denominador entre estas creencias, este sería doble: su inclinación por pensar las cuestiones probatorias desde el resultado, en vez de la actividad, y en asuntos penales, en lugar de civiles. Una comunidad disciplinaria cada vez más compleja como la del derecho probatorio, interesada como está en reducir la brecha

⁶⁵ Gold 2013: 237.

⁶⁶ Miller & Allen 1993; Vázquez 2015

⁶⁷ Herdy 2020

entre la teoría y la práctica judicial, no puede quedarse en estas trincheras. Es necesario tomar nota de estas creencias-obstáculo y buscar un equilibrio entre la investigación de la actividad y del producto de la prueba. Esto implica, por cierto, una mayor atención a las estrategias probatorias de los litigantes, al modo en que los jueces toman sus decisiones durante la tramitación del juicio y la pluralidad de conflictos que tienen lugar cada día en los tribunales de nuestros países.

Cabe destacar que hemos dado ejemplos del derecho de daños o responsabilidad civil extracontractual, así como de la tutela judicial de los derechos fundamentales, justamente porque, al no responder al sistema de acciones heredado del derecho romano (típico de la propiedad y los contratos en el derecho civil moderno), sino que al ser materias –la de los accidentes y los derechos fundamentales– que pivotan en una zona intermedia entre lo civil y lo penal, sirven para ilustrar el horizonte que se abre al derecho probatorio una vez que se supera la fascinación inicial con la justicia penal.

Las expectativas, por supuesto, deben ser moderadas, en lo que se refiere a mejorar el rendimiento práctico de las teorías probatorias, incluso cuando las creencias-obstáculos que se acaban de mencionar hayan quedado atrás. Una vez superadas las trampas del positivismo, es muy probable que otros desafíos ocupen su lugar.

Agradecimientos

Queremos agradecer a dos evaluadores anónimos por sus comentarios y sugerencias, que contribuyeron a mejorar el texto. Este artículo está asociado a *Imputatio*: Centro de Análisis sobre la atribución de intenciones y la imputación de responsabilidades, de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado. Es parte de un proyecto Fondecyt Regular (N° 1230049: “Hechos institucionales y valoración de la prueba judicial conforme a la sana crítica”, 2023-2025) cuyo investigador responsable es el profesor Johann Benfeld y del cual Jorge Larroucau es investigador asociado.

Referencias

- Accatino, D. (2019). Teoría de la prueba: ¿Somos todos 'racionalistas' ahora? *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 39. <https://journals.openedition.org/revus/5559>. Reimpreso en F. Carbonell, & J. Valenzuela (Eds.) (2021), *Fundamentos filosóficos del derecho procesal* (pp. 261-292). Santiago: Tirant Lo Blanch.
- Agüero, C., & Coloma, R. (2019). ¡Ponga atención en los obstáculos epistémicos de los estudiantes! Una clave para enseñar derecho probatorio. *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Valdivia*, 32, 17-34.
- Aguilera, E. (2016). Jordi Ferrer y la tradición racionalista de la prueba jurídica: Una mirada crítica. *Isonomía*, 44, 163-189.
- Alexy, R. (2008). *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Obra publicada originalmente en 1978).
- Allen, R., & Pardo, M. (2003). The myth of the law-fact distinction. *Northwestern University Law Review*, 97(4), 1769-1807.

- Andrés, P. (1992). Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal. *Doxa*, 12, 257-299.
- Anscombe, G. E. M. (1991). *Intención*. Barcelona: Paidós (Obra publicada originalmente en 1957).
- Anscombe, G. E. M. (2015). Sobre hechos brutos. *Revista de Derecho de la Universidad Austral*, 28(2), 47-50. (Obra originalmente publicada en 1958).
- Arena, F. (2017). The pragmatics of stereotypes in legal decision-making. En F. Poggi & A. Capone (Eds.), *Pragmatics and law: Perspectives in pragmatics, philosophy & psychology* (pp. 379-399). Cham: Springer.
- Atria, F. (2002). *On law and legal reasoning*. Portland: Hart Publishing.
- Bayón, J. C. (2008). Epistemología, moral y prueba de los hechos: Hacia un enfoque no benthamiano. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 2(4), 6-30.
- Benfeld, J., & Larroucau, J. (2018). El sistema de derecho probatorio bajo medieval de las Siete Partidas y las *Federal Rules of Evidence* de 1975: Dos estrategias para un mismo propósito. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 40, 613-643.
- Benfeld, J. (2021). De la prueba de los hechos a la verificación del supuesto normativo. Hechos institucionales y sana crítica. *Revista Chilena de Derecho*, 48(2), 125-147.
- Brewer, W. (2012). The theory ladenness of the mental processes used in the scientific enterprise: Evidence from cognitive psychology and the history of science. En R. Proctor & E. J. Capaldi (Eds.), *Psychology of science: Implicit and explicit processes* (pp. 289-334). New York: Oxford University Press.
- Brown, M. (2013). Values in science beyond underdetermination and inductive risk. *Philosophy of Science*, 80(5), 829-839.
- Canale, D. & Tuzet, G. (2021). *La justificación de la decisión judicial*. Lima: Palestra.
- Cane, P. (2011). *Anatomía del derecho de daños*. Santiago: Editorial Flandes Indiano. (Obra originalmente publicada en 1997).
- Coloma, R. (2017). Bases de un modelo conceptual para decidir hechos. *Doxa*, 40, 69-92.
- Comanducci, P. (2007). Algunos problemas conceptuales relativos a la aplicación del Derecho. En Comanducci, P. et al., *Constitución y teoría del derecho*, México D.F., Fontamara.
- Dei Vecchi, D. (2022). *Prueba sin convicción* en su justa medida. *Doxa*, 45, 337-373.
- Dei Vecchi, D. (2023). Sentencia judicial, prueba y error. El rol de la verdad de las premisas fácticas en la aplicación de normas jurídicas y en la justificación de decisiones judiciales. *Isonomía*, 58, 107-158.
- Döhring, E. (1996). *La prueba, su práctica y apreciación: La investigación del estado de los hechos en el proceso*. Buenos Aires: Librería El Foro. (Obra originalmente publicada en 1964).
- Douglas, H. (2017). Why inductive risk requires values in science. En K. C. Elliott & D. Steel (Eds.), *Current controversies in values and science* (pp. 81-93). New York: Routledge.

- Fantl, J., & McGrath, M. (2002). Evidence, pragmatics, and justification. *The Philosophical Review*, 111(1), 67-94.
- Ferrajoli, L. (1997). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. 2ª ed. Valladolid: Editorial Trotta.
- Ferrer, J. (2005). *Prueba y verdad en el derecho*. 2a ed., Madrid: Marcial Pons.
- Ferrer, J. (2011). Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales *Isonomía*, 34, 87-107.
- Ferrer, J. (2021). *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*. Madrid: Marcial Pons.
- Gama, R. (2021). En búsqueda de El Dorado. La concepción racional de la prueba y la formulación de estándares de prueba precisos y objetivos. *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 41. <https://doi.org/10.4000/revus.6773>
- Gold, S. C. (2013). When certainty dissolves into probability: A legal vision of toxic causation for the post-genomic era. *Washington & Lee Law Review*, 70, 237-339.
- Hanson, N. (1965). *Patterns of discovery: An inquiry into the conceptual foundations of science*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Herdy, R. (2020). Ni educación, ni deferencia ciega. Hacia un modelo crítico para la valoración de la prueba pericial. *Discusiones*, XXIV(1), 87-112.
- Holman, B., & Wilholt, T. (2022). The new demarcation problem. *Studies in History and Philosophy of Science*, 91, 211-220.
- Kahneman, D., Slovic, P., & Tversky, A. (Eds.). (1982). *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases*. New York: Cambridge University Press.
- Kirchmann, J. von. (2015). *La jurisprudencia no es ciencia. El carácter a-científico de la llamada ciencia del derecho*. Lima: Instituto Pacífico. (Obra originalmente publicada en 1847).
- Koyré, A. (1994). Del mundo del ‘aproximadamente’ al universo de la precisión. En *Pensar la ciencia* (pp. 117-145). Barcelona: Paidós. (Obra originalmente publicada en 1981).
- Kuhn, T. (1962). *The structure of scientific revolutions*. Chicago: University of Chicago Press.
- Lakatos, I. (1983). *La metodología de los programas de investigación científica*. Madrid: Alianza. (Obra originalmente publicada en 1978).
- Larroucau, J. (2022). El complemento entre la prueba tasada y la sana crítica en la justicia de familia chilena. *Ius et Praxis*, 28(1), 195-215.
- Larroucau, J. (2018). Las *Federal Rules of Evidence* norteamericanas y la codificación de las leyes reguladoras de la prueba. En J. Benfeld & J. Larroucau (Eds.), *La sana crítica bajo sospecha* (pp. 115-137). Valparaíso: Ediciones Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.
- Larroucau, J. (2017). Razonamiento hermenéutico y «hechos sustanciales controvertidos». *Revista Chilena de Derecho*, 44(1), 159-183

- Laudan, L. (2005). Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. *Doxa*, 28, 95-113.
- Laudan, L. (2006). *Truth, error, and criminal law: An essay in legal epistemology*. New York: Cambridge University Press.
- Miller, J. S. y Allen, R. (1993). The common law theory of experts: Deference or education? *Northwestern University Law Review*, 87(4), 1131-1147.
- Miller, N., Benson, C., & Hastings, C. (2011). The symbolism of the *Federal Rules of Evidence*—The created, the fallen, and the redeemed. *Thomas Cooley Law Review*, 1-26.
- Muñoz, F. (2013). No a ‘separados pero iguales’ en Chile: Un análisis del derecho antidiscriminación chileno a partir de su primera sentencia. *Estudios Constitucionales*, 11(2), 201-228.
- Navarro, P., & Rodríguez, J. L. (2024). Apuntes para una lógica de la prueba en el derecho. *Quaestio Facti. Revista Internacional Sobre Razonamiento Probatorio*, (6), 77–100.
- Núñez, Á. (2018). Precedente en materia de hechos. *Revista de Derecho de la Universidad Austral*, 31(1), 51-78.
- Páez, A. (2021). Los sesgos cognitivos y la legitimidad racional de las decisiones judiciales. En F. Arena, P. Luque, & D. Moreno Cruz (Eds.), *Razonamiento jurídico y ciencias cognitivas* (pp. 187-222). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Páez, A., & Arcila-Valenzuela, M. (2023). Los problemas probatorios de la injusticia testimonial en el derecho. *Isonomía*, 59, 199-228.
- Páez, A., & Matida, J. (2023). Epistemic injustice in criminal procedure. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 9(1), 11-38.
- Pino, M., & Coloma, R. (2020). Desencuentros entre teorías y prácticas probatorias. Insumos para repensar la formación de abogados y jueces. *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho* 7 (1), 91 – 118.
- Rioseco, E. (2002). *La prueba ante la jurisprudencia. Derecho civil y procesal civil*, 4ª edición, tomos 1 y 2 (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- Solari, E., & Pinto, A. (2023). Realismo, teoría jurídica y enseñanza universitaria del derecho. *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, 10(1), 113-142.
- Spinelli, M. (1973). *Las pruebas civiles*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. (Obra originalmente publicada en 1966).
- Stein, A. (2013). Contra la “prueba libre”. *Revista de Derecho de la Universidad Austral*, 26(2), 245-261. (Obra originalmente publicada en 1997).
- Taruffo, M. (2005). Tres observaciones sobre “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, de Larry Laudan. *Doxa*, 28, 115-126.
- Taruffo, M. (2007) Narrativas judiciales. *Revista de Derecho de la Universidad Austral*, 20 (1), 231-270.

- Taruffo, M. (2008). ¿Verdad negociada? *Revista de Derecho de la Universidad Austral*, 21(1), 129-151.
- Thornburg, E. (2020). Derecho, hechos y poder. *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, 248, 149-167. (Obra originalmente publicada en 2009).
- Tuzet, G. (2014). Usos jurídicos de la abducción. En J. A. García Amado & P. Bonorino (eds.). *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho. Debates sobre abducción*, Comares, Granada, pp. 121-147
- Tuzet, G. (2021). *Filosofía de la prueba jurídica*. Madrid: Marcial Pons.
- Twining, W. (2009). De nuevo, los hechos en serio, *Doxa*, 32, 317-340 (Obra originalmente publicada en 2005).
- Twining, W. (2006). *Rethinking Evidence. Exploratory Essays* (2nd ed.). Cambridge: Cambridge University Press.
- Vázquez, C. (2015). *De la prueba científica a la prueba pericial*. Madrid: Marcial Pons.
- Vázquez, C. (2016). La prueba pericial en la experiencia estadounidense. El caso Daubert. *Jueces para la Democracia*, 86, 92-112.

Sobre los autores

Rodrigo Coloma: Profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado, Chile. rcoloma@uahurtado.cl. ORCID No. 0000-0003-3347-7625.

Jorge Larroucau: Profesor de Derecho Procesal Civil, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. jorge.larroucau@pucv.cl. ORCID No. 0000-0001-9893-5450.

Andrés Páez: Profesor titular del Departamento de Filosofía e Investigador del Centro de Investigación y Formación en Inteligencia Artificial (CinfonIA) de la Universidad de los Andes, Colombia. apaez@uniandes.edu.co. ORCID No. 0000-0002-4602-7490.