

RONALD J. ALLEN

**LA PRUEBA
COMO EXPLICACIÓN
Y OTRAS
EXPLORACIONES**

Traducción de
Diana Veleda
Revisada por
Carmen Vázquez

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2025

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PREFACIO DEL AUTOR A LA EDICIÓN CASTELLANA	13
UN DIÁLOGO CON LA CONCEPCIÓN SOBRE LA PRUEBA DE RONALD J. ALLEN DESDE NUESTROS SISTEMAS JURÍDICOS, por Carmen Vázquez	23
1. LA AVERIGUACIÓN DE LA VERDAD Y LA EFICIENCIA DE LOS PROCESOS JUDICIALES.....	25
1.1. La verdad, la prueba y diferentes cuestiones en torno a ellas.....	27
1.2. La búsqueda de la verdad en sociedades litigiosas.....	32
2. LA PRUEBA COMO EXPLICACIÓN.....	38
2.1. La prueba y las probabilidades.....	40
2.2. La teoría explicacionista y algunas teorías desarrolladas en nuestro ámbito cultural.....	44
3. SOBRE EL NIVEL DE SUFICIENCIA PROBATORIA Y SU ROL ESTRUCTURADOR DE DIVERSOS MECANISMOS PROCESALES.....	54
4. SOBRE LAS REFORMAS PROBATORIAS.....	64
5. BIBLIOGRAFÍA.....	76

PRIMERA PARTE ALGUNOS TEMAS CENTRALES EN EL DEBATE SOBRE LA PRUEBA EN EL DERECHO

CAPÍTULO I. EL MITO DE LA DISTINCIÓN ENTRE HECHO Y DERECHO	83
1. INTRODUCCIÓN.....	83
2. LA DISTINCIÓN ENTRE «HECHO» Y «DERECHO».....	86
2.1. <i>Cooper Industries, Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc.</i>	86
2.1.1. Los antecedentes del caso Cooper.....	86

	Pág.
2.1.2. La decisión del caso Cooper.....	88
2.2. La teoría de la dicotomía hecho-derecho: caprichos y vicisitudes	94
2.2.1. La Séptima Enmienda	95
2.2.2. Responsabilidad extracontractual vs. Contratos: dos visiones sobre la distinción.....	98
2.2.3. Patentes.....	101
2.2.4. Recursos	102
2.2.5. Cuestiones constitucionales.....	103
2.2.6. La Primera Enmienda.....	104
2.2.7. Otros contextos.....	105
3. LA DISTINCIÓN ENTRE HECHOS Y DERECHO APLICADA Y EXPLICADA	108
3.1. La ontología de las cuestiones de hecho y de derecho	109
3.2. La epistemología de las cuestiones de hecho y de derecho	116
3.3. ¿Una distinción conceptual?.....	119
4. CONCLUSIONES Y ACLARACIONES.....	126
5. BIBLIOGRAFÍA	127
CAPÍTULO II. LA VERDAD Y SUS RIVALES	131
CAPÍTULO III. CÓMO PENSAR ACERCA DE ERRORES, COSTOS Y SU DISTRIBUCIÓN.....	143

SEGUNDA PARTE
LA PRUEBA COMO EXPLICACIÓN

CAPÍTULO I. LA NATURALEZA DEL RAZONAMIENTO PROBATORIO: LA PROBABILIDAD COMO HERRAMIENTA PARA UN RAZONAMIENTO PLAUSIBLE.....	157
CAPÍTULO II. LA PRUEBA COMO EXPLICACIÓN, DE INICIO A FIN	173

TERCERA PARTE
MECANISMOS PROBATORIOS

CAPÍTULO I. LAS CARGAS DE LA PRUEBA	185
1. LA TEORÍA TRADICIONAL SOBRE LAS CARGAS DE LA PRUEBA... ..	186
2. EL IMPACTO DE LA TEORÍA DE LAS CARGAS DE LA PRUEBA EN LAS PRESUNCIONES Y LOS HECHOS NOTORIOS	201
2.1. Hechos notorios	201
2.2. Presunciones	203
3. PROBLEMAS EN EL PARAÍSO Y UN NUEVO MUNDO: LOS LÍMITES DE LA TEORÍA TRADICIONAL DE LAS CARGAS DE LA PRUEBA Y LA EXPLICACIÓN PROBABILÍSTICA DE LA PRUEBA DE LA QUE DEPENDE.....	206

	Pág.
3.1. Problemas internos y contradicciones en la teoría tradicional de las cargas de la prueba	207
4. LA SOLUCIÓN: LA INFERENCIA A LA MEJOR EXPLICACIÓN	214
5. BIBLIOGRAFÍA	218
CAPÍTULO II. ESTRUCTURANDO LA DECISIÓN DE LOS HECHOS EN CASOS PENALES: UNA APROXIMACIÓN UNIFICADA Y CONSTITUCIONAL A LOS MECANISMOS PROBATORIOS	221
1. EL PROBLEMA Y SU EXTENSIÓN	221
2. EL PARECIDO FUNCIONAL DE LOS MECANISMOS PROBATORIOS	226
2.1. Defensas afirmativas: traslados explícitos de la carga de persuasión	226
2.2. Cargas de producción: una función de las cargas de persuasión	227
2.3. Comentarios judiciales sobre la prueba al jurado: traslados implícitos de las cargas de persuasión.....	229
2.4. Presunciones e inferencias: más traslados en las cargas relativas de persuasión.....	231
2.5. Una síntesis sobre el traslado de cargas de persuasión.....	236
3. UN ANÁLISIS CONSTITUCIONAL UNIFICADO DEL PROCEDIMIENTO PARA TENER POR PROBADOS LOS HECHOS	238
3.1. Un efecto favorable.....	240
3.2. La necesidad constitucional de probar el hecho disputado.....	241
3.3. Comentario judicial preciso sobre las pruebas	246
3.3.1. La manera de presentar la información al jurado	248
3.3.2. La independencia del jurado con respecto al comentario judicial.	250
3.3.3. Ambigüedad en el comentario judicial.....	250
4. LA MALENTENDIDA MODIFICACIÓN DE LAS CARGAS DE PERSUASIÓN. CONSIDERACIONES SOBRE ALGUNOS PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE	252
4.1. Presunciones y defensas afirmativas.....	253
4.2. Cargas de producción.....	256
4.3. Comentario judicial sobre la prueba	258
5. PALABRAS FINALES	263
6. BIBLIOGRAFÍA	265
CAPÍTULO III. REPENSANDO LAS PRESUNCIONES EN MATERIA CIVIL	269
1. LOS USOS DE LAS PRESUNCIONES	271
1.1. Construyendo reglas de decisión	272
1.2. Adjudicando la carga de persuasión.....	275
1.3. Instruyendo a los jurados sobre una relación entre hechos.....	281
1.4. Atribuyendo cargas de producción de pruebas	286
2. HACIA UN ENFOQUE MÁS RACIONAL	288
3. BIBLIOGRAFÍA	293

CUARTA PARTE
LAS REFORMAS PROBATORIAS Y EL TRABAJO COMPARADO
DE SISTEMAS JURÍDICOS

CAPÍTULO I. O.J. SIMPSON, REFORMA PROCESAL Y BALAS DE PLATA	297
1. INTRODUCCIÓN.....	297
2. SISTEMAS DE EVOLUCIÓN ESPONTÁNEA VS. SISTEMAS PLANIFICADOS	302
3. LA VENTAJA ALEMANA.....	306
4. ENTONCES, ¿QUÉ PODEMOS HACER?	312
4.1. El juez	316
4.2. Revisar o derogar la protección contra la autoincriminación en la Quinta Enmienda.....	320
5. CONCLUSIÓN.....	327
6. BIBLIOGRAFÍA	328
CAPÍTULO II. REFORMANDO LA LEGISLACIÓN PROBATORIA DE TANZANIA: PANORAMA TEÓRICO Y MEDIDAS PRÁCTICAS	331
1. INTRODUCCIÓN.....	331
2. PANORAMA TEÓRICO SOBRE LA PRUEBA Y EL DERECHO PROBATORIO	335
2.1. Verdades universales.....	336
2.2. Contingencias del estado y su sistema jurídico	337
2.3. La importancia de las cuestiones políticas relacionadas con la prueba	340
2.3.1. Búsqueda de una correcta determinación de los hechos	341
2.3.2. El valor de los incentivos	342
2.3.3. Consideraciones generales de equidad.....	343
2.3.4. El riesgo de error.....	344
2.3.5. Reglas vs. discrecionalidad en la admisibilidad de la prueba	345
2.3.6. Reglas vs. discrecionalidad en la distribución del poder de decisión	345
2.3.7. Los efectos sociales de las reglas vs. la discrecionalidad	347
2.3.8. Reglas vs. discrecionalidad y seguridad jurídica	348
2.3.9. La influencia de legislación internacional comparada y de otras legislaciones tanzanas	349
2.4. Consideraciones generales para la redacción de códigos	352
2.4.1. El derecho «en el papel»; el derecho en acción	352
2.4.2. La relación entre el derecho sustantivo y el derecho procesal	355
2.4.3. Economía.....	358
2.4.4. Juicios como ideal vs. juicios como encarnación de la ruptura social.....	360
2.5. Conclusiones en torno a los fundamentos conceptuales y las implicaciones de la prueba	361
3. LA LEY PROBATORIA DE TANZANIA DE 1967.....	363
3.1. Relevancia y materialidad.....	364
3.2. Autenticidad.....	367

	Pág.
3.3. Hearsay	370
3.4. Cargas de la prueba y presunciones	371
3.5. La « <i>best evidence rule</i> »	372
4. PRINCIPIOS PARA GUIAR LA REFORMA DE LA LEGISLACIÓN PROBATORIA	374
5. UN ESBOZO TEÓRICO SOBRE UNA LEGISLACIÓN PROBATORIA SUGERIDA	376
6. CONCLUSIÓN	382
7. BIBLIOGRAFÍA	383

PREFACIO

Hacer un prefacio para una colección de ensayos que fueron escritos a lo largo de cuarenta años tiene sus aspectos interesantes. En primer lugar porque evoca una reflexión sobre la faceta más satisfactoria de mi carrera académica: ver a mis estudiantes progresar. He tenido el enorme placer de supervisar a la persona que inspiró este volumen, y que ha estado íntimamente involucrada con su producción, durante su estadía como Profesora Invitada en la *Pritzker School of Law* de la Universidad de Northwestern. Me refiero a Carmen Vázquez, quien es hoy una distinguida Profesora de Razonamiento Probatorio en la institución que se ha convertido en el centro de la investigación sobre derecho probatorio y epistemología en Europa: la Universidad de Girona. Además, uno de los artículos de esta colección comenzó a gestarse junto con un estudiante que realizaba una instancia de investigación en la Universidad de Northwestern, tarea que derivó en una fructífera relación profesional a lo largo de muchos años. Michael Pardo ocupa hoy la *Scott G. Ginsburg Professor of Evidence Law Chair* en la Universidad de Georgetown. Los menciono solo a ellos, dentro un vasto universo de estudiantes, en razón de su relación con este proyecto, pero podría rellenar todas las páginas que me han adjudicado para este prefacio con muchos otros estudiantes a los que he tenido el placer de ver desarrollar todo su potencial, tanto en el ámbito académico como en la práctica profesional privada o la función pública.

Otra reflexión que me despierta este prefacio implica la evolución misma del razonamiento probatorio. A lo largo de doscientos años, la prueba fue un asunto casi exclusivo del *common law*, reservado a Gran Bretaña, Estados Unidos y un puñado de otros países de habla inglesa. Si bien existieron tempranamente algunos intentos por teorizar y racionalizar la materia, como los trabajos de Bentham y Thayer (y algunos otros pocos autores), por lo general

la prueba languideció en el letargo de las reglas del *common law* hasta que tuvo lugar su primera revolución transformadora: la publicación del tratado de Wigmore que sistematizó el derecho probatorio. Esta obra fue un gran logro y en las décadas que siguieron a su publicación los académicos pensaron que no había mucho más por hacer. Para ponerlo en los términos claramente displicentes con los que solía mencionarse el tema, solo quedaba seguir debatiendo sobre la «la centésimoprimer excepción a la regla del *hearsay*».

Pero la solución se convirtió en el problema. Wigmore efectivamente sistematizó el derecho probatorio, pero había demasiadas piezas en movimiento y precedentes para seguirles el paso, lo que condujo a la siguiente revolución en Estados Unidos: las *Federal Rules of Evidence*. Uno de los propósitos explícitos de las reglas fue eliminar buena parte de las ingobernables reglas probatorias del *common law*, contenidas en los diez volúmenes del tratado de Wigmore, y sistematizar las lecciones más valiosas que surgieron de ese desorden en un código breve y relativamente fácil de comprender.

Esta evolución tuvo profundos efectos en el derecho estadounidense, donde prácticamente todos los Estados cuentan hoy con legislaciones probatorias inspiradas en las *Federal Rules*. Su impacto tuvo una importancia similar en la enseñanza del derecho probatorio, liberándola del reinado de los tratados y abriendo las puertas a nuevos horizontes de investigación. Lo apasionante de ese tiempo pudo ser capturado por dos conferencias, una en 1986, el «Seminario sobre Probabilidad y Derecho Probatorio» de la Universidad de Boston, y la otra en 1991, la «Conferencia Cardozo sobre Decisión e Inferencias en la Litigación». Estas conferencias generaron una energía muy especial y parecieron anunciar el comienzo de una nueva era para el razonamiento probatorio.

Sin embargo, esa energía comenzó a disiparse relativamente rápido y, mirándolo en retrospectiva, por una razón obvia. Los debates giraban casi exclusivamente en torno de la teoría de la probabilidad y, al servicio de esta, algunas aproximaciones al razonamiento probatorio desde las teorías de la decisión. De esa manera, recayeron en discusiones interminables sobre la utilidad de la teoría de la probabilidad y de su derivado, el teorema de Bayes, para comprender y explicar el derecho probatorio —discusiones en las que contribuí con frecuencia y entusiasmo—. Estos debates eran importantes en sí mismos, ayudaron a aclarar muchos problemas del razonamiento probatorio y, de hecho, abrieron las puertas del campo a avances más novedosos que mencionaré enseguida. Pero no hay tanto que decir sobre esos temas, y lo que había que decir ya se dijo, una y otra vez.

Justo cuando ese estallido de energía estaba por disiparse, se estaba encendiendo otro lentamente por los avances que recién mencioné. Bajo la influencia que tuvo el éxito de las *Federal Rules of Evidence* y los intensos debates sobre la teoría de la probabilidad, el foco se trasladó desde el estudio de reglas

particulares a problemas más generales y profundos, filosóficos, sociales, políticos, económicos y de la psicología. Los epistemólogos profesionales descubrieron el campo del derecho probatorio y empezaron a verter sus ideas allí. Así, comenzaron a formularse algunos interrogantes normativos que habían sido largamente ignorados (quizás más desapercibidos que ignorados), tales como los posibles impactos discriminatorios de un derecho probatorio que, a primera vista, parecía neutral, ya sea por razones de raza, género u otras variables cuya consideración debiera ser irrelevante en el contexto de una práctica diseñada para alcanzar resultados correctos —un objetivo condicionado por otras variables, por supuesto, como se analiza en «Reformando la legislación probatoria de Tanzania. Panorama teórico y medidas prácticas»—. También comenzaron a estudiarse los límites del pensamiento humano, las implicaciones del «razonamiento de sentido común» y otros campos en plena expansión, como el de los sesgos cognitivos o la heurística, entre múltiples asuntos ya bastante alejados de la «centésimoprimera excepción a la regla *hearsay*», o de la importancia del teorema de Bayes para la comprensión del derecho probatorio.

Durante ese tiempo, el trabajo sobre las bases del razonamiento probatorio que estaba desarrollándose en Europa fue subestimado, en parte por el idioma —las contribuciones más importantes habían sido estimuladas por un académico suizo, Per Olof Ekelöf, y sus estudiantes—. Pero existían otros dos factores: Internet no había sido inventada y la academia angloamericana de razonamiento probatorio estaba algo ensimismada. Y con algo de razón. El derecho probatorio era visto por muchos como un «hijo del juicio por jurados» —según la famosa frase de Thayer—, y lo cierto era que la mayor parte del mundo no hacía juicios por jurados. Es posible también que los académicos angloamericanos hayan pasado por alto el poder explicativo de las investigaciones realizadas en otros ámbitos, tal como ocurre en la lógica y en la teoría de la decisión. La primera obvia a la teoría de la argumentación y la segunda suele no incorporar los guiones y los escenarios como nociones importantes.

Por una multiplicidad de razones, aquellas barreras y desintereses llegaron a su fin. La impresionante disponibilidad de la información en internet ha derribado las limitaciones disciplinarias y aquellas impuestas por el lenguaje. Paralelamente, fuera del ámbito angloamericano, el mundo comenzó a enfocarse en la realidad (es decir, no solo en la teoría) de la toma de decisiones fácticas en contextos jurídicos. El sur y el centro de Europa pasaron de ser indiferentes al derecho probatorio —al menos en el sentido angloamericano de la materia— a ser la fuente de enormes contribuciones que, en buena parte, fueron estimuladas por Michele Taruffo y sus discípulos. Entre los muchos ejemplos que podrían darse, se encuentra en primer lugar la institución desde la que se ha promovido este libro, la Universidad de Girona, en la que están desarrollándose e incentivándose importantes estudios. La trienal *Michele Ta-*

ruffo Girona Evidence Week se ha convertido en el congreso sobre razonamiento probatorio más importante del mundo. Sin dudas, es el congreso sobre razonamiento probatorio más importante que el mundo ha visto. La segunda edición, agendada para el mes de junio de 2025, contará con una representación robusta de los seis continentes más importantes. Y para no quedarse atrás, el norte de Europa también está haciendo sus propias contribuciones a través de las investigaciones del *North Sea Group*. Estos trabajos involucran académicos de distintas partes del mundo y se han convertido en el principal mostrador de la evolución de la academia escandinava.

No solamente en Europa ha habido cambios. En el año 2002, un ciudadano chino entró a mi oficina y me pidió que fuera su maestro. Luego de los estragos de la Revolución Cultural, el conocimiento sistemático del razonamiento probatorio y la epistemología jurídica no existían en China, y ninguna facultad de derecho ofrecía un curso sobre prueba. Por cierto, en este terrible periodo de la historia china fueron cerradas todas las facultades de derecho, menos una, y los libros que tenían alguna «influencia occidental» fueron literalmente quemados. Este caballero fue enviado a explorar si China necesitaba ponerse al día en la construcción de su sistema jurídico. Veinte años después, como resultado de esos esfuerzos y los de muchos otros, Derecho Probatorio es un curso recomendado y, en muchas universidades, obligatorio en la carrera de Derecho, y además ha existido una avalancha de investigaciones académicas sobre el tema. Sudamérica también está explorando y contribuyendo al campo del razonamiento probatorio y varios países de África están considerando desechar su desafortunada dependencia en la *Indian Evidence Act* de 1872 como modelo para su propia legislación probatoria (el artículo que se refiere al proyecto para Tanzania en esta obra es producto de esa dinámica).

Hoy siento otra vez el entusiasmo que sentí a finales de los ochenta y comienzos de los noventa y creo que esta vez perdurará. El mundo le ha dado la bienvenida a la idea de que la correcta determinación de los hechos —significativamente condicionada por el derecho probatorio— es tan importante como los derechos, pues sin una correcta determinación de los hechos los derechos pierden sentido. Si los derechos pierden sentido, también la vigencia misma del derecho. Por más dramático que pueda sonar, el derecho probatorio es una de las plataformas decisivas para la fundación de los modernos Estados liberales, post-ilustración. La enseñanza de la prueba ha comprendido también que el derecho probatorio se deriva del más amplio campo del razonamiento fáctico y, con él, de todas las maneras en las que las personas construimos conocimiento y formulamos inferencias. Estos dos avances, es decir, el reconocimiento de la importancia de la tarea, por un lado, y la disponibilidad de todas las herramientas del conocimiento, las inferencias y el razonamiento para llevarla a cabo, por el otro, han convertido al derecho probatorio en uno de los campos de estudio jurídico más fructíferos.

No tengo en claro cuánto ha contribuido a todo esto mi trabajo, aunque forma parte de mis más profundos anhelos que haya tenido un impacto positivo. Sea como fuere, mirando atrás en estos cuarenta años, puedo ver que un tema dominante atraviesa mis investigaciones y que apenas recientemente he logrado reconocer explícitamente, y que tal vez pueda contribuir a mantener y desarrollar este campo de estudio. En los últimos años, mi trabajo se ha visto fuertemente influenciado por la teoría de la complejidad, y el tema que ha emergido explícitamente es cómo manejar la complejidad, es decir, estudiar la manera en la que el sistema jurídico estadounidense lidia con la inmanejable condición humana para producir resultados que contribuyan al desarrollo de la humanidad. Se trata de una teoría que abraza la complejidad de la condición humana como una realidad con la que debemos lidiar, más allá de las posibilidades de control que pueden ofrecernos otras herramientas deductivas más simples —es decir, unas reglas con bordes afilados—.

A medida que reflexiono sobre la evolución de este programa de investigación, puedo notar que estaba persiguiendo objetivos muy parecidos en el comienzo, aunque quizás desde una perspectiva diferente. A diferencia de mis últimos trabajos, orientados a analizar la inmanejable complejidad de la realidad y su impacto en los sistemas jurídicos, estaba entonces mirando lo inmanejable de la regulación jurídica para intentar simplificarla analíticamente. El sistema jurídico estadounidense, si bien ensalza públicamente el valor de un sistema de jurados, nunca ha querido dejarlos razonar naturalmente, por sí mismos, y ha desarrollado un conjunto absurdamente complicado de teorías, ya sea sobre cargas de la prueba, presunciones e inferencias, para controlar indirectamente sus decisiones. Conseguí demostrar que las cargas de persuasión funcionaban como un hilo conductor que atravesaba esas regulaciones, que racionalizaba y organizaba las distintas teorías, e incluso permitía sistematizar los igualmente problemáticos precedentes de la Suprema Corte sobre estos asuntos. En esta obra, ejemplos de ello son los trabajos agrupados en la sección «Mecanismos probatorios».

«El mito de la distinción entre hecho y derecho», en coautoría con Michael Pardo, tiene una cualidad similar. Tal vez el único rival para la confusión generada por las teorías de la carga de la prueba y las presunciones sea aquella generada por la pretensa distinción entre derecho y hechos en el mundo jurídico. Aunque todos reconocen la importancia crítica de esta distinción, nadie ha explicado de qué se trata realmente. Nosotros logramos demostrar que este fracaso se debe a que no existe ninguna diferencia relevante más que una de etiquetas. Los asuntos «de derecho» son un subconjunto de los asuntos «de hecho» y la única diferencia está dada por la distribución del poder de decisión sobre cada uno de ellos. En el sistema estadounidense, un tribunal decide las cuestiones de derecho y el jurado las cuestiones de hecho. Si pretendes que un tribunal decida algo, entonces debes catalogarlo como una cuestión de

derecho, y si quieres que lo decida el jurado, entonces como una cuestión de hecho. Fin de la historia.

En algún sentido, mi programa de investigación ha ido evolucionando y cambiando a través del tiempo, pero también ha seguido un objetivo consistente. Incluso esos tempranos esfuerzos analíticos para simplificar estaban aproximándose a la complejidad en otro sentido. Esos esfuerzos unificadores sobre las cargas de la prueba evolucionaron en la demostración de que muchas de las creencias convencionales sobre los efectos de las cargas de persuasión eran falsas y que, a fin de cuentas, solo por casualidad podría alcanzarse el objetivo pretendido con su distribución. La evolución *complejizadora* de este programa de investigación puede verse también si se comparan los dos artículos sobre mecanismos probatorios con aquel que aparece en tercer lugar y que, algo engañosamente, se titula «Las cargas de la prueba». Este artículo muestra que las teorías supuestamente bien organizadas sobre los distintos mecanismos probatorios guiaban a resultados que resultaban bastante impredecibles en el mundo real. Por otra parte, mientras que el artículo sobre la distinción entre hechos y derecho apuntaba a la complejidad en la creación del derecho, «Cómo pensar acerca de errores, costos y su distribución» dio un poco más de profundidad al análisis, al demostrar que los estudiosos del derecho no pueden enfocarse únicamente en los errores y, para el caso, tampoco en las decisiones correctas o incorrectas, sino que tienen que considerar todos los efectos interactivos en el comportamiento humano primario y aquel que tiene lugar en el contexto de la litigación judicial.

Incluso cuando pensaba que estaba ordenando analíticamente el mundo, yacía latente un esfuerzo por anticipar la complejidad. Un notable ejemplo es «Estructurando la decisión de los hechos en casos penales: una aproximación unificada y constitucional a los mecanismos probatorios», en el que identifiqué el fenómeno de las cargas relativas de persuasión que, a mi modo de ver, permitía unificar y simplificar la argumentación constitucional. Pero un cambio en las cargas relativas de persuasión también muestra la inexorable complejidad de la tarea de decidir sobre los hechos en los diferentes sistemas jurídicos existentes. Considérese una regla simple de decisión como puede ser el estándar de preponderancia de la prueba o el de la duda razonable. El significado de estas palabras cambiará no sólo como resultado de desacuerdos conceptuales, sino también en razón de las características de cada sistema probatorio. Compárese un caso juzgado en los Estados Unidos con uno juzgado en Alemania. Alemania tiene muchos más privilegios probatorios que los Estados Unidos. Esto quiere decir que las reglas de decisión alemanas imponen obligaciones muy diferentes sobre las partes con respecto a «las mismas» reglas de decisión, ya que existen largas listas de elementos de prueba que, de acuerdo con la legislación alemana, son inutilizables. En la otra cara de la moneda, los Estados Unidos tienen otros tipos de reglas de exclusión probatoria

más robustas. En definitiva, la idea de que los estándares de preponderancia de la prueba o de la duda razonable son «cosas» que tienen características cognoscibles y efectos predecibles no es más que un mito.

Estos avances *complejizadores* también me condujeron a comprender que la mirada tradicional sobre los juicios como procesos que involucran la prueba de determinados elementos o de su negación malinterpreta radicalmente su naturaleza. Resulta sencillo comprender el origen de esta confusión. Retrocedamos hasta la teoría de la probabilidad. La probabilidad es una herramienta heurística útil, que ayuda en la exploración de conceptos muy importantes como el de relevancia, así como para capturar uno de los sentidos de las cargas de persuasión, como afirmaciones sobre la probabilidad de determinados hechos. Por cierto, las propias *Federal Rules of Evidence* adoptan el lenguaje de la probabilidad al definir la relevancia de la prueba. Pero por más útil que fuera la probabilidad como heurística, su utilización como explicación del fenómeno probatorio ha fracasado rotundamente. Sucede que los juicios no son eventos probabilísticos, sino eventos *explicativos*. Las partes no intentan probar los elementos de un derecho o de un delito, o bien sus defensas, de acuerdo con un determinado nivel de probabilidad, sino que intentan mostrar que su explicación de la prueba es más plausible que aquella ofrecida por sus oponentes, o bien, en casos penales, que la explicación de la fiscalía es la más plausible, y que además no existe ninguna explicación plausible compatible con la inocencia del acusado (ni siquiera una menos plausible que aquella propuesta por la acusación).

Y lo cierto es que los juicios no son eventos probabilísticos porque esto es algo imposible dadas las limitaciones propias del razonamiento humano. Este programa de investigación, que comenzó con un esfuerzo por domar la complejidad en términos analíticos sencillos, terminó observando la complejidad a través de un par de lentes completamente diferente, más orientado a la gestión que a la resolución de esa complejidad.

A lo largo del camino, adentrarme en el estudio del derecho comparado contribuyó sustancialmente en este viaje, así como haber tenido que poner todos esos conocimientos a prueba a la hora de escribir un código probatorio para Tanzania y llevar adelante una tarea similar en China. Y otra vez la complejidad: una de las primeras lecciones que aprendí a partir de mi aproximación al sistema jurídico alemán está reflejada en «O. J. Simpson, reforma procesal y balas de plata». La simple comparación entre sistemas probatorios diferentes no tiene ningún sentido y las «balas de plata» en una reforma procesal pueden ser tan destructivas como útiles. Los sistemas jurídicos son complejos y adaptativos y, para compararlos, debemos conocerlos de arriba abajo, conocer su realidad y no basarse únicamente en la investigación teórica. Además, siempre existen razones que explican por qué los sistemas son de una

determinada manera y cambiar una de entre muchas variables puede generar una reacción en cadena impredecible que nos lleve a quién sabe dónde.

Todos los asuntos a los que hice referencia más arriba fueron decantando, por decirlo de algún modo, cuando el gobierno de la República Unida de Tanzania (e incluiría aquí también el trabajo realizado en China) me solicitó que los ayudara a pensar la posible reforma de su legislación probatoria. Para seguir con las metáforas, la «hora de la verdad» llega cuando tomas nota de que estás tratando con transformaciones que pueden afectar las vidas de millones de personas. La tarea fue abrumadora y aleccionadora, pero también estimulante y transformadora de mi manera de pensar. Muchas de las ideas sobre la complejidad de los sistemas jurídicos se perfeccionaron con esos esfuerzos. Me ayudaron a transformar mi aproximación al campo de la prueba, que pasó desde la perspectiva de un académico intrigado por ciertos asuntos y problemas, a una comprensión de sus profundas consecuencias para el bienestar de las personas. También abrió mis ojos a muchas de las funciones que la prueba cumple más allá del objetivo puramente epistemológico de alcanzar decisiones correctas, tales como la organización de los juicios, la creación de incentivos para el comportamiento humano primario y la distribución de poderes decisorios y de discrecionalidad entre las partes y los jueces, así como entre los tribunales de las diferentes instancias. Estoy profundamente agradecido a la República Unida de Tanzania (y a China) por haberme dado la oportunidad de observar al derecho probatorio no solo como un académico que puede publicar y criticar sin ataduras, sino como alguien con una responsabilidad funcional, cuyas decisiones pueden afectar la vida de personas reales.

También estoy profundamente agradecido a un sinnúmero de personas que desearía tener el espacio para enumerar, colegas y estudiantes, que han estimulado y refinado mi pensamiento sobre muchos temas. Las instituciones en las que comencé mi carrera, *SUNY Buffalo* y la Universidad de Iowa, me dieron un apoyo excepcional y fueron fundamentales en los primeros pasos de mis investigaciones. Un agradecimiento especial está dirigido a la Universidad de Northwestern por el extraordinario apoyo que me ha dado a lo largo de los años, y también a mis colegas en la universidad, que conforman una comunidad académica propicia para la investigación seria. Y por supuesto nunca podré saldar la deuda que tengo con Carmen Vázquez por la organización de este proyecto, y con Diana Veleda, de la Universidad de Buenos Aires, quien ha traducido estos artículos escritos en un pobre inglés a un español impecable. También quiero transmitir un reconocimiento especial a mi mentor y amigo desde hace ya cincuenta años, Yale Kamisar, quien lamentablemente falleció poco tiempo atrás y que, en su clase de derecho penal de primer año en la Universidad de Michigan, abrió mis ojos a la asombrosa profundidad y trascendencia del derecho. Por último, y más importante todavía, tengo una

deuda imposible de pagar con mi esposa, Julie Allen, una abogada de tiempo completo en Chicago que, aun así, siempre encuentra tiempo para los demás.

Ronald J. ALLEN
Chicago, 1 de octubre de 2024

UN DIÁLOGO CON LA CONCEPCIÓN SOBRE LA PRUEBA DE RONALD J. ALLEN DESDE NUESTROS SISTEMAS JURÍDICOS

Carmen VÁZQUEZ
*Universitat de Girona*¹

«La prueba como explicación y otras exploraciones» muy seguramente será un libro de referencia para todas aquellas personas interesadas en los problemas probatorios de los hechos en el derecho, más aún para aquellas que buscan saber sobre su abordaje en otros sistemas jurídicos, particularmente en el estadounidense. Una simple lectura del índice permite observar que en este libro se abordan temas fundamentales en el debate sobre la prueba de forma comprensiva, lo que se hace, además, por uno de los mayores referentes a nivel internacional en este ámbito, Ronald J. Allen.

Ronald J. Allen es Profesor John Henry Wigmore en la *Northwestern University* en Chicago². Su perfil, desafortunadamente, es una rara *avis* en

¹ Para la realización de este trabajo he contado con el apoyo del proyecto de investigación «sesgos en la producción y aplicación del derecho. Racionalidad legislativa, razonamiento probatorio e inteligencia artificial», PID2023-152057NB-I00; y de la financiación a la Unidad de excelencia María de Maeztu del Barcelona Institute of Analytic Philosophy (BIAP), CEX2021-001169-M.

Agradezco a Jordi Ferrer Beltrán, Giulia Fardim, Livia Moscatelli y Diana Velela por su atenta lectura y comentarios tan enriquecedores a un borrador de este estudio.

² John Henry Wigmore (1863-1943), en el ámbito estadounidense es el principal referente histórico en el ámbito probatorio. Bien conocido por los volúmenes de su *Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law* y el primero en desarrollar la idea de una «*science of proof*».

Una referencia obligada para conocer las ideas del autor, además de sus obras, es TWINING, 1985.

nuestros sistemas jurídicos, pues estamos ante un académico que aborda un tema sin presuponer áreas de conocimiento estancas. Es decir, no trata las cuestiones probatorias exclusivamente desde el punto de vista del derecho procesal o de la filosofía del derecho o de las garantías constitucionales, etc. Es un académico que sabe que los problemas complejos tienen distintas aristas que involucran diferentes áreas del ámbito jurídico (y también fuera de ellas) y da buena cuenta de esto al tratar la prueba en el derecho en sus más de siete libros y casi dos centenares de artículos publicados en revistas especializadas de primer nivel internacional y en Estados Unidos.

En la trayectoria de Ronald J. Allen destaca también su trabajo en el ámbito de la creación de legislación probatoria, pues durante muchos años colaboró como asesor en la formulación de propuestas de reformas al derecho probatorio en China y en Tanzania. Y, a diferencia de lo que un académico extranjero podría tender a hacer en otros países (*i.e.* simplemente trasladar las reglas que ya conoce a una tradición distinta a la suya), el trabajo que coordinó el prof. Allen conllevó un análisis sobre el derecho sustantivo que sería aplicable mediante las reglas probatorias que se tenían que sugerir y también las dinámicas sociales locales que pudieran dar fundamento a ciertas instituciones y no a otras. Su trabajo entonces vuelve a mostrar una mirada amplia para abordar cuestiones complejas como, sin duda, es desarrollar un conjunto normativo que tiene como objetivo regular los aspectos probatorios en los procesos judiciales.

El título del libro *La prueba como explicación y otras exploraciones* alude, en primer lugar, a la concepción que el profesor Allen sostiene sobre la institución probatoria. Como se verá, es una teoría que busca dar cuenta del modo en que de hecho deciden los jurados en Estados Unidos, por lo que puede decirse que no es un proyecto netamente normativo, sino también descriptivo. Un «detalle» que también caracteriza su trabajo, pues permanentemente está interesado en la búsqueda de datos empíricos que pudieran sostener o derrotar ciertos presupuestos teóricos³.

En esta compilación de trabajos también se abordan instituciones probatorias concretas, algunas de ellas compartidas con nuestros sistemas de tradición romano-germánica y otras más particulares del *common law*, pero cuyo análisis resulta ilustrativo porque tiene la virtud de mostrar sus efectos en la práctica, más allá de la teoría. Este es otro de los sellos del trabajo de Ronald Allen: sistemáticamente busca los potenciales efectos de las piezas que componen el derecho probatorio estadounidense.

Con todos los mimbres antes reseñados, se abordan en este libro muy diversos aspectos sobre la prueba en el derecho, clasificados en cuatro grandes exploraciones: (i) algunos temas centrales en el debate de la epistemología jurí-

³ Al respecto, véase, por ejemplo, ALLEN y LEITER, 2001.

dica; (ii) la concepción explicacionista de la institución probatoria; (iii) diversos instrumentos que tienen un impacto en la distribución de los riesgos de error y de los roles de las partes; y, (iv) finalmente, cuestiones a tomar en consideración en los procesos o sugerencias de reformas probatorias. En lo que sigue haré algunas reflexiones sobre distintos temas que se analizan en cada uno de esos apartados, sin pretensión de resumir el contenido del libro, sino de tender una especie de puente entre los argumentos del prof. Allen y la experiencia y los problemas de los sistemas de nuestro entorno jurídico cultural, el llamado *civil law*⁴.

1. LA AVERIGUACIÓN DE LA VERDAD Y LA EFICIENCIA DE LOS PROCESOS JUDICIALES

En el primer apartado del libro se abordan cuestiones tan complejas como la distinción entre hechos y derecho, la verdad de las proposiciones fácticas y los costos y la distribución de los errores. Todas estas nociones, en sí mismas, ya dan cuenta de que la prueba en el derecho es claramente una cuestión epistemológica, no solo jurídica.

En nuestro ámbito cultural solo recientemente se ha ido moldeando una concepción racionalista de la prueba que, al igual que Allen, defiende que la institución probatoria tiene como objetivo la averiguación de la verdad. Los trabajos de Michele TARUFFO, 1992⁵ y, posteriormente, en España, de Juan IGARTUA, 1995; Marina GASCÓN ABELLÁN, 1999; Jordi FERRER BELTRÁN, 2002; Daniel GONZÁLEZ, LAGIER, 2005, entre otros, han contribuido enormemente a ello y a cuestionar la idea de que la prueba solo debería lograr la convicción de la persona juzgadora⁶. Al contrario, se ha sostenido que las personas juzgadoras deben ofrecer razones epistémicas que justifiquen sus decisiones probatorias y no simplemente que expliquen parte de su *iter* mental o incluso hagan razonamientos entimemáticos que no permitan saber por qué decidieron como decidieron. Dadas las nociones en juego y sus implicaciones, no es de extrañar que este haya sido un movimiento cultural iniciado por filósofos del derecho, vinculados con los debates de la epistemología general⁷.

⁴ Como seguramente el lector ya lo habrá notado, desde el título y en el resto del trabajo me refiero a «nuestros sistemas jurídicos» o «nuestro entorno jurídico cultural» y, por supuesto, estoy pensando en el *civil law* en contraposición al *common law*, en los sistemas de tradición romano-germánica. No obstante, mis referencias en ese entorno son más acotadas, pues no pretendo dar cuenta de lo que sucede en cada uno de los países que conforman esa tradición, sino centrarme en la experiencia iberoamericana y con algunas menciones también a la doctrina italiana.

⁵ *La prova dei fatti giuridici* fue publicado en castellano (bajo el título *La prueba de los hechos*) en 2002: una traducción de Jordi Ferrer Beltrán que ha marcado un antes y un después en los debates probatorios en nuestra tradición.

⁶ Cualquier interesado en ahondar sobre el desarrollo de la concepción racionalista de la prueba en nuestra cultura jurídica puede ver ACCATINO, 2019.

⁷ Estoy hablando de la situación en el ámbito jurídico cultural iberoamericano. También se ha dado un movimiento al menos llamativo: epistemólogos generales que han entrado al debate sobre la

La denominación «concepción racional de la prueba» fue propuesta por TWINING, 1982, al dar cuenta de algunos presupuestos epistemológicos y lógicos compartidos por varios teóricos de la prueba en el *common law*, todos ellos comprometidos con una determinación racional de los hechos. Entre los presupuestos mencionados por Twining es central el objetivo de la averiguación de la verdad. Más recientemente, LAUDAN (2006: 23) acuñó la etiqueta «epistemología jurídica» para dar cuenta del área de estudio que podría dedicarse a analizar las reglas probatorias de nuestros sistemas jurídicos a la luz, precisamente, de la averiguación de la verdad⁸. En nuestra tradición cultural, en estos últimos años ha ido adoptándose la noción de «razonamiento probatorio» para aludir a los retos que se enfrentan a partir de asumir que el objetivo de la institución probatoria es la averiguación de la verdad y que ello exige que las decisiones fácticas se justifiquen con razones epistémicas. Y es que asumir como verdadero un hecho cuando se declara probado dadas las razones epistémicas que se tienen, supone una cadena de inferencias que van desde las afirmaciones fácticas contenidas en los elementos de juicio ofrecidos y practicados en un proceso judicial hasta la decisión probatoria. Para todo ello, se exige justificar la fiabilidad de cada una de las pruebas y también el grado de corroboración que el conjunto probatorio aporta a las hipótesis en litigio⁹.

Hablar, pues, de «razonamiento probatorio» es poner el énfasis en cómo razonamos y en cómo debemos razonar sobre los hechos. Ahora bien, el diseño normativo en el que se desarrolla toda la actividad probatoria es muy relevante: las normas jurídicas que regulan la institución probatoria pueden incentivar u obstaculizar la determinación correcta de los hechos y/o las inferencias que supone esa actividad. Por ello, el razonamiento probatorio como disciplina no se agota en las inferencias implicadas en esta tarea, sino que abarca el análisis del derecho probatorio.

prueba de los hechos en el derecho al encontrar en él un campo repleto de ejemplos para sus concepciones. Las dos figuras más relevantes a nivel internacional que se pueden citar con este perfil son Larry LAUDAN (2006) y Susan HAACK (2020).

⁸ Para LAUDAN (2006: 23), «en términos generales, la epistemología aplicada es el estudio orientado a determinar si los diversos sistemas de investigación que pretenden estar buscando la verdad (en diferentes ámbitos) cuentan o no con un diseño apropiado que les permita generar creencias verdaderas a cerca del mundo».

⁹ Los diversos capítulos de este libro enfatizan las cuestiones atinentes a la declaración de hechos probados y varios presupuestos que configuran la institución probatoria, pero no se adentran en la valoración de la fiabilidad de los distintos tipos de pruebas. No obstante, vale la pena decir que Allen ha sido un referente en el debate sobre la prueba pericial en Estados Unidos. En uno de los momentos más significativos del debate estadounidense en materia de prueba pericial lideró la cuestión al plantearse si su sistema jurídico debería optar por un modelo deferencialista o, por el contrario, por un modelo educativo en la interacción entre decisores de los hechos y expertos. Me refiero a todo el debate generado en el contexto de la decisión de la Corte Suprema estadounidense en el caso *Daubert*. En ese mismo año, ALLEN y MILLER (1993) publicaron su famoso artículo «The Common Law Theory of Experts: Deference or Education?». Véase también ALLEN, 1994.