

DANIEL R. SALGADO

METAPRUEBA

**Su perfil conceptual y funcional
y el control racional de la fiabilidad
de la prueba en el proceso penal**

TRADUCCIÓN
LAURA CRIADO SÁNCHEZ

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2025

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PRÓLOGO	13
INTRODUCCIÓN	21
CAPÍTULO I LA VERDAD Y LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL	25
1. LAS RELACIONES ENTRE LA VERDAD, EL PROCESO Y LA PRUEBA ...	25
1.1. Las teorías sobre la verdad como correspondencia.....	27
1.1.1. La concepción semántica de Alfred Tarski.....	29
1.2. Teorías pragmatistas y coherentistas de la verdad	30
1.2.1. Algunas perspectivas pragmáticas	31
1.2.2. Algunas perspectivas coherentistas	35
1.3. El escepticismo fáctico	37
1.4. El significado y los criterios de la verdad: la verdad de un enunciado fáctico	38
1.4.1. Limitaciones probatorias y su influencia en la investigación de la verdad en el proceso penal	43
2. LA PRUEBA COMO JUSTIFICACIÓN EPISTÉMICA	50
2.1. La función de la prueba jurídica	52
2.2. La formación de la prueba jurídica	54
2.2.1. El derecho a la prueba y los contextos de la actividad probatoria.	58
2.3. El objeto del proceso y el objeto de la prueba	77
2.3.1. La fiabilidad y la credibilidad probatoria: sus significados y alcance.....	81
2.3.2. La presunción de fiabilidad probatoria.....	101
3. RECAPITULACIÓN	103

	Pág.
CAPÍTULO II PERFIL CONCEPTUAL Y FUNCIONAL DE LA METAPRUEBA Y LA REGRESIÓN INFINITA DE LA CADENA DE PRUEBAS	107
1. METAPRUEBA: CONCEPTUACIÓN, OBJETO Y FINALIDAD	107
1.1. Aspectos introductorios.....	107
1.2. Aspectos conceptuales y las diversas denominaciones del fenómeno probatorio: la elección de la expresión «metaprueba»	109
1.2.1. El objeto y la finalidad de la metaprueba	112
2. LA METAPRUEBA Y EL PROBLEMA EPISTEMOLÓGICO DE LA REGRESIÓN <i>AD INFINITUM</i> DE LA CADENA DE PRUEBAS	114
2.1. El fundacionalismo	115
2.2. El coherentismo	117
2.3. Las críticas al fundacionalismo y al coherentismo: el fundherentismo de Susan Haack	119
2.4. El papel de las máximas de experiencia y la regresión <i>ad infinitum</i>	124
2.5. Otros cortes que impiden la regresión <i>ad infinitum</i> y la actividad metaprobatoria.....	130
3. LA METAPRUEBA, OTROS MÉTODOS DE DETERMINACIÓN DE LA FIABILIDAD PROBATORIA Y LAS DEMÁS ESPECIES DE PRUEBA	136
3.1. La metaprueba y el control <i>in fieri</i>	137
3.2. La metaprueba, la prueba negativa y la contraprueba.....	138
3.3. La metaprueba y la <i>riprova</i>	139
3.4. La metaprueba y los <i>elementi di riscontro</i>	140
3.5. La metaprueba, los elementos practicados en un procedimiento de investigación y el testimonio indirecto	146
3.6. La metaprueba y el indicio.....	150
3.7. La metaprueba y la ilicitud de la prueba.....	152
3.8. La metaprueba y la prueba sobre las máximas de experiencia	155
3.9. La metaprueba y el proceso de formación de la prueba	156
4. LA METAPRUEBA, EL PRINCIPIO DE MISMIDAD Y LA CADENA DE CUSTODIA: ¿LA PRUEBA DE LA CADENA DE CUSTODIA ES METAPRUEBA?	164
5. RECAPITULACIÓN	169
CAPÍTULO III LA ACTIVIDAD METAPROBATORIA Y SUS CONTEXTOS: EL CONTROL RACIONAL DE LA FIABILIDAD DE LA PRUEBA	173
1. LA ACTIVIDAD METAPROBATORIA	173
2. EL CONTEXTO DE LA CONFORMACIÓN DEL CONJUNTO DE PRUEBAS: LA ADMISIÓN Y LA PRÁCTICA DE LA METAPRUEBA	177
2.1. Semejanzas y diferencias entre la admisión de la metaprueba y la prueba en general.....	177
2.1.1. Restricciones lógico-racionales del derecho a la admisión de la prueba.....	178
2.1.2. El derecho a la admisión de la metaprueba	184
2.1.3. La contradicción en la admisión de la prueba	192

	<u>Pág.</u>
2.2. Consideraciones acerca de la facultad de iniciativa del juez: reflexiones dogmáticas sobre los límites de la actuación de oficio del juez en materia de prueba	195
2.2.1. Las facultades de iniciativa judicial en materia de prueba y metaprueba	199
3. EL CONTEXTO DE LA VALORACIÓN DE LA METAPRUEBA	203
3.1. La teoría holista y atomista de la inferencia probatoria.....	204
3.2. La estructura del razonamiento probatorio y los criterios de valoración de la prueba.....	208
3.2.1. El análisis de la fiabilidad de la prueba y la metaprueba	217
4. LA METAPRUEBA Y EL ESTADO DE INOCENCIA	222
4.1. Los estándares de prueba y la carga de la prueba	222
4.1.1 La carga objetiva de la prueba en el proceso penal	224
4.2. El <i>in dubio pro reo</i> y su aplicación en caso de duda sobre la fiabilidad de la prueba.....	228
5. RECAPITULACIÓN	231
CONCLUSIONES	233
BIBLIOGRAFÍA	235

PRÓLOGO

En las últimas décadas, los investigadores brasileños han mostrado un interés especial en el estudio de la prueba. Sin embargo, aunque la fiabilidad de la prueba sea una cuestión central del razonamiento probatorio, el tema de la metaprueba —prueba sobre prueba o prueba de segundo orden— era inédito en la bibliografía nacional. No existía una monografía y ni siquiera un artículo científico acerca de este tema. Incluso entre los autores extranjeros, son raras las monografías dedicadas a esta delicada cuestión. Solo esto ya justificaría una investigación, en la que se traten en profundidad el concepto, la función y los criterios de admisión, práctica y valoración de la metaprueba, sin renunciar a una exposición clara y comprensible.

No obstante, en el libro que ahora se presenta al público hispanohablante, el lector encontrará un contenido que va más allá del tema de la metaprueba en sí. Para justificar su posición, el autor analiza y explora varios y relevantes aspectos de la epistemología judicial y la prueba penal.

En el capítulo 1, aunque se dedica a los conceptos de fiabilidad y credibilidad probatoria, también se expone un correcto y bien fundamentado análisis de premisas sobre la verdad y la prueba en el proceso penal, para lo que se adopta la concepción racionalista de la prueba. Los conceptos de credibilidad y fiabilidad se estudian a fondo. La fiabilidad también se distingue de la noción de validez, sobre todo vinculada al conocimiento científico, con relación a la exactitud o precisión de un determinado análisis.

El aspecto más relevante es la distinción que se hace entre la fuerza inferencial, es decir, el valor probatorio, por un lado, y la fiabilidad de la prueba, por otro. Cabe destacar que la premisa adoptada es que la inferencia probatoria tiene tres elementos: i) los datos probatorios; ii) una máxima de expe-

riencia; iii) la hipótesis probatoria. Así, la «fuerza inferencial» es el grado de justificación epistémica de la hipótesis probatoria, pues, afirma el autor: «[L]a probabilidad de un enunciado fáctico se apoya en una conexión lógico-racional de cariz no matemático-cuantitativo con las pruebas a partir de reglas generales de experiencia». Existe, por tanto, una relación entre la fiabilidad —a mi juicio, del medio o elementos de prueba— y la fuerza inferencial de la hipótesis probatoria. Si la prueba no es fiable, no tendrá ninguna fuerza inferencial. Sin embargo, advierte correctamente el autor que lo contrario no es verdadero. O mejor dicho, que la prueba sea fiable, aunque lo sea en un grado elevado, no garantiza, por sí solo, su fuerza probatoria, pues esta dependerá de otros elementos, en este caso, sobre todo, de la máxima de experiencia utilizada. Por consiguiente, que el elemento de prueba sea fiable es solo el primer paso y no el punto de llegada de la valoración de la prueba.

En cuanto a la dinámica probatoria, tema que después retoma en el último capítulo, el autor enfrenta la delicada cuestión del momento del análisis judicial de la fiabilidad de la prueba. ¿Debe considerarse un filtro de admisión de la prueba o, en cambio, un elemento para la valoración del medio de prueba practicado? Concluye, correctamente, que la fiabilidad debe determinarse en el contexto de la valoración y afirma que se trata de una cuestión de grado, para cuya evaluación no existen métodos definitivos e infalibles.

En el análisis concreto de la fiabilidad, Daniel Salgado defiende que el punto de partida debe ser la presunción de fiabilidad probatoria. La solución que propone es correcta y cabe añadir algunas puntualizaciones.

Ante la premisa de que la fiabilidad es gradual, si no hay razón para dudar de una determinada prueba, el autor afirma que «en general, esta ha de considerarse mínimamente fiable». No se discrepa de que, por norma, los medios de prueba relevantes que el juez haya admitido y se hayan practicado durante el proceso tendrán algún grado de fiabilidad. Es difícil que su fiabilidad sea nula. Si no existe una razón específica para dudar de un determinado medio de prueba, considerarlo «mínimamente fiable» impedirá que se practique la metaprueba, pero no resolverá el problema de la valoración del medio de prueba que no fue objeto de metaprueba. Al ser la fiabilidad una cuestión de grado, considerar las pruebas, en principio, mínimamente fiables, no es lo que importa. Para que un medio de prueba tenga una fuerza probatoria elevada y permita una justificación epistémica fuerte de la hipótesis fáctica, una posición apriorística de mínima fiabilidad no ayuda demasiado a solucionar el problema. Lo relevante serán los criterios para evaluar la fiabilidad de cada medio de prueba y que permitan concluir que su fiabilidad es baja, suficiente o fuerte.

Por ello, el autor señala los siguientes atributos generales que miden la fiabilidad de las pruebas: en las fuentes de pruebas reales, la autenticación,

la precisión y la consistencia; en las fuentes personales, la honestidad, la objetividad y la sensibilidad o precisión observacional. También ha de acogerse la posición de que, al adoptarse una concepción racionalista de la prueba, el juicio de fiabilidad no puede basarse en impresiones meramente subjetivas del juzgador.

En el capítulo 2, se analizan los perfiles conceptual y funcional de la metaprueba. Se reconoce que la metaprueba es una especie del género prueba, se sitúa como instrumento al servicio del control de la fiabilidad probatoria y no versa directamente de los enunciados fácticos que integran la imputación penal. Su finalidad es influir en el análisis que hace el juez de una determinada prueba, aumentando, reduciendo o eliminando su valor.

Cabe señalar el cuidadoso estudio y la distinción que hace entre la metaprueba, por un lado, y temas conexos, como la prueba negativa y la contraprueba, la riprova, los elementi di riscontro, los elementos practicados durante la investigación, el testimonio indirecto, el indicio y la prueba sobre la ilicitud de otro medio de prueba, por otro. Todas estas cuestiones se abordan desde una sólida base doctrinal y cuidado conceptual. De este modo, además de la conceptualización y la descripción de la funcionalidad de la metaprueba, el lector encontrará un riquísimo material sobre otros temas conexos e importantísimos en la teoría general de la prueba.

Destaco el tratamiento que se da al límite lógico de la relevancia, como criterio de admisión de la metaprueba. Partiendo de la premisa de que «la relevancia procesal de la metaprueba deriva de la relevancia de otra prueba», afirma que «la evaluación de la relevancia y, en consecuencia, de la admisibilidad de la metaprueba en juicio, a diferencia de lo que sucede con la prueba, debe ser más rigurosa en cuanto a su necesidad. Por consiguiente, el juez debe considerar, desde una visión prospectiva, su potencial valor y relevancia específica para aumentar o disminuir, en términos de probabilidad, la fiabilidad de otra prueba directamente enlazada a la cadena de razonamiento».

Por último, en el capítulo 3, hay un análisis dinámico del fenómeno de la metaprueba, situada en los contextos probatorios de la práctica y la valoración, a fin de posibilitar el control racional de la fiabilidad de las pruebas.

En lo que respecta a los límites de admisión de la metaprueba, el tema es particularmente difícil porque el legislador brasileño no señala un momento procedimental específico para la práctica de la metaprueba. Basándose en el análisis de ordenamientos jurídicos extranjeros y destacando las similitudes y diferencias entre la admisión de la metaprueba, por un lado, y las pruebas en general, por otro, el autor trata con profundidad el límite lógico relacionado con el juicio de relevancia de la metaprueba. Este es el punto culminante del estudio. No sería exagerado decir que acaba construyendo, a partir de las especificidades propias de la metaprueba, un concepto de metarrelevancia

probatoria: «[L]a admisión de la metaprueba —en particular, cuando su supuesta necesidad surge una vez practicada la prueba sobre las proposiciones fácticas en las que descansa la demanda de los autos— es excepcional, restrictiva, eventual y específica. Y cabe, en general, cuando, atendidas las circunstancias del caso concreto, haya desestabilización de una prueba específica y se plantee una duda concreta y plausible sobre su fiabilidad».

También destaca la posibilidad defendida en el libro de que se efectúe una valoración provisional de la prueba, realizada in itinere, durante su práctica, como mecanismo para justificar la necesidad de practicar la metaprueba. Afirma el autor que, hay una valoración previa del medio de prueba en sí, para después valorarse el resultado de la metaprueba: «El resultado de esa valoración provisional de la prueba directamente relevante puede tener la consecuencia práctica de plantear un cierto grado de incertidumbre sobre su fiabilidad, que sirve, en caso de que se produzca, para admitir una actividad metaprobatoria». Con otras palabras, para admitir la metaprueba será necesario evaluar provisionalmente la prueba.

Presuponiendo que el juez solo admitirá la práctica de pruebas pertinentes o relevantes, deberá valorarse todo el resultado derivado de la práctica de los medios de prueba. Luego, si hay dudas sobre su fiabilidad y siendo la fiabilidad de los medios de prueba uno de los factores que se tienen en cuenta para definir el nivel de justificación epistémica que se reconoce a la hipótesis que se quiere probar, es razonable defender que, primero se defina su fiabilidad para, después, valorar el medio de prueba en sí.

Sin embargo, se puede añadir un nivel de control previo. Con independencia de la fiabilidad, es necesario que el contenido mismo del experimento probatorio sea adecuado para funcionar como un enunciado probatorio para justificar la hipótesis que se pretende probar. Pues, no siempre el resultado de los experimentos probatorios concretos es un dato útil para demostrar o refutar el enunciado probatorio. El experimento probatorio puede tener un resultado nulo, en el sentido de que no aporte nada en términos de elemento de justificación que, directa o indirectamente, permita inferir la realización o no del enunciado fáctico que se quiere probar. Por ejemplo, si se toma declaración a alguien en juicio, como testigo presencial de los hechos, pero durante la declaración este afirma que no vio nada el día de autos, sería exagerado valorar primero la fiabilidad de la prueba (por ejemplo, su agudeza visual o la calidad de su memoria) para, solo después, una vez definida la fiabilidad de la prueba, valorar el contenido de la declaración. Sería justamente lo contrario, el contenido de la declaración haría que fuera innecesario valorar su fiabilidad y, en consecuencia, que no fuera necesario practicar la metaprueba, aunque hubiera dudas sobre su fiabilidad.

Por último, en el contexto de la valoración, el autor, defiende que primero se valore la metaprueba y, después, los medios de prueba propiamente dichos, pues, como la metaprueba es uno de los elementos que aporta fiabilidad a los medios de prueba, su valoración precede lógicamente a la valoración de aquellos. Y, a continuación, al analizar la metaprueba y el estado de inocencia, defiende que su corolario del in dubio pro reo también se aplique a la fiabilidad probatoria. Concluye: «[N]o solo los elementos fácticos que integran el corte histórico considerados relevantes para la aplicación típica, sino, también, enunciados periféricos o auxiliares se subordinan al axioma in dubio pro reo».

Sobre este aspecto, no puedo estar de acuerdo con el autor, aunque la divergencia no haga que la presente obra sea menos brillante. El tema merece más ahondamiento y precisión y, con esa intención, justificamos nuestra divergencia.

Primero, hay que diferenciar la duda sobre la fiabilidad probatoria de un medio o fuente de prueba en sí de la duda acerca de la fiabilidad probatoria derivada de la práctica y la valoración de la metaprueba.

Por ejemplo, una testigo joven y sana relata haber presenciado la comisión de un delito y describe su dinámica, los hechos se produjeron en un lugar con buena luminosidad y la testigo se encontraba a una corta distancia. Los elementos probatorios resultantes de su narración tendrán un buen grado de fiabilidad, darán un buen apoyo a la hipótesis (esto es, a la proposición que se quiere probar), en función de la calidad de la regla de inferencia que los conecte. En cambio, la declaración de contenido equivalente de un octogenario, que normalmente tiene problemas de vista, tendrá un apoyo epistémico bastante menor, pues la calidad de los elementos de prueba es de baja fiabilidad. Si este anciano, además, tiene problemas de memoria, la fiabilidad aún será más reducida. Por su parte, un vídeo de la escena del delito que tenga buena calidad, una luminosidad adecuada, se haya grabado desde un ángulo favorable y se haya registrado la cadena de custodia, a fin de garantizar la autenticación y la integridad de dicho medio de prueba, será más fiable que una prueba testifical, por todos los problemas derivados de las pruebas que dependen de la memoria humana.

El juicio de fiabilidad siempre es gradual, por lo que puede realizarse en una variedad de niveles. Estos grados podrán ser en cantidades distintas. Por ejemplo, un autor puede usar una escala triple: bajo, medio o alto; otro, un esquema con niveles quíntuplos: muy bajo, bajo, medio, alto y muy alto.

Volviendo sobre los ejemplos anteriores, en la valoración de la prueba, el juez podría considerar que el testimonio de la joven tiene una fiabilidad alta; el del octogenario, una fiabilidad baja y, si además, tuviera problemas de memoria, sería muy baja. Por otro lado, la grabación de vídeo tendría una

fiabilidad muy alta. Hasta aquí, se ha valorado la fiabilidad de las pruebas en sí, sin practicar metaprueba.

Una cuestión distinta es si, en caso de duda relevante sobre la fiabilidad de cualquiera de estos medios de prueba y ordenada la práctica de metaprueba sobre la agudeza visual del testigo, cómo ha de interpretarse el resultado de esa prueba sobre prueba. Si, por ejemplo, en el supuesto de la testigo joven se demostrara la mala calidad de su visión, se reduciría la fiabilidad de su declaración, de elevada a baja. En el caso del testigo anciano, si se demuestra que goza de buena vista, la fiabilidad de su testimonio podría aumentar a alta.

Además, con o sin la práctica de la metaprueba, el juez podría dudar de la fiabilidad de cualquiera de las declaraciones. En ese caso, in dubio pro reo significaría, a lo más, que si el juzgador dudara de si la fiabilidad es media o alta, tendría que considerarla media. O si no identifica, correctamente, si es alta o muy alta, tendrá que definirla tan solo como alta. Pero el in dubio pro reo no se suele usar en este sentido, como regla de juicio, en el momento de la sentencia. Este sirve para definir cómo juzgar, si al final, con relación a cualquiera de los enunciados fácticos que integran la imputación acusatoria, no se alcanza el estándar de prueba necesario para condenar: en virtud de la presunción de inocencia, se absuelve al acusado.

Además, en el caso de metapruebas que persigan demostrar la fiabilidad de la fuente o medio de prueba en la que se base una inferencia probatoria favorable a la acusación (por ejemplo, el único testigo presencial del homicidio, de cuya capacidad de memoria haya una duda fundada), partiendo de las premisas del autor, se podría llegar a resultados más satisfactorios y de mejor control de la valoración de la prueba.

Si hay una «presunción de fiabilidad» probatoria, por la que el límite lógico para la práctica de la metaprueba exige que haya una «duda concreta y plausible sobre su fiabilidad», es innegable que, cuando se practica una metaprueba sobre la prueba que sostiene un enunciado probatorio necesario para que la acusación demuestre la imputación, su fiabilidad ya era baja o, como dice el autor, hubo una «desestabilización de una prueba específica», lo que genera una «duda concreta y plausible sobre su fiabilidad». Así bien, para poder dictar una sentencia de condena, esa metaprueba tiene que producir un resultado que refuerce sustancialmente la fiabilidad del medio de prueba desestabilizado, que elimine la duda concreta y le permita alcanzar un grado bastante elevado de fiabilidad. Y no parece que sea una objeción válida, que la comprobación de la hipótesis acusatoria podría derivar no de la solidez individual de dicho medio de prueba en sí, sino de su «superposición con otras pruebas directamente relevantes», puesto que en este caso, al haber otras pruebas que amparan la misma hipótesis, no se admitiría la metaprueba, por superflua.

Distinta será la situación en el caso de un testigo que sirva de apoyo a una hipótesis alternativa de la defensa, pues para que dicha hipótesis debilite la hipótesis acusatoria rival e impida que esta alcance el estándar de prueba para la condena, no será necesario que su fuerza probatoria sea muy elevada. Una hipótesis defensiva alternativa, con una justificación epistémica aunque sea débil —en el caso de quien adopta el criterio de más allá de toda duda razonable, apta para generar una duda razonable—, es suficiente para impedir que la hipótesis acusatoria alcance el estándar de prueba necesario para la condena, con lo que debe absolverse al acusado.

No obstante, el retoque propuesto no apaga en absoluto el brillo de esta obra, que con seguridad va a servir, en mucho, para fortalecer los instrumentos teóricos necesarios para reconstruir el sistema probatorio, a partir de una base racional y que permita un control intersubjetivo del juicio de hecho en el proceso penal. Hay que revisar los diversos temas que, durante décadas, solo se han estudiado a la luz de la regulación legal de la prueba penal. La metaprueba, ni siquiera, es objeto de una regulación general expresa en el ordenamiento jurídico brasileño. De todos modos, el estudio de la prueba exige mucho más que la mera interpretación de los textos legales sobre los medios de prueba. El fenómeno probatorio tiene carácter interdisciplinario, por lo que exige dominar otros saberes que, desafortunadamente, aún no se enseñan en las facultades de Derecho.

Por último, me gustaría aclarar que el libro que ahora tengo el placer de presentar, La metaprueba. Su perfil conceptual y funcional y el control racional de la fiabilidad de la prueba en el proceso penal es fruto de la tesis de máster de Daniel Salgado presentada en el marco del programa de posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo. Tuve el privilegio de dirigirla y presidir el cualificadísimo tribunal examinador, integrado por los profesores Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Jordi Ferrer Beltrán y Vitor de Paula Ramos. Basta decir que, aunque formalmente sea una tesis de máster, sustancialmente se trata de una auténtica tesis sobre este tema tan difícil y poco explorado. El entonces candidato aprobó y recibió los merecidos elogios del tribunal, así como la recomendación para su publicación.

Mucho más que tan solo «despertar el interés» o fomentar debates sobre el tema de la metaprueba, que prácticamente ignora la doctrina nacional, Daniel Salgado presenta, en este excelente libro, un camino muy claro y bien pavimentado, para que lo sigan y amplíen quienes pretendan desarrollar estudios en este rico e importantísimo tema.

En São Paulo, a 22 de enero de 2024.

Gustavo Henrique Badaró

Catedrático de Derecho Procesal Penal de la
Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo

INTRODUCCIÓN

En el proceso penal pueden identificarse, al menos, dos fenómenos probatorios que se distinguen por su finalidad y objeto: a) el que pretende destacar la verdad o la falsedad de los enunciados sobre los hechos que formulan tanto la acusación como la defensa; b) el que pretende poner de manifiesto la mayor o menor fiabilidad de la prueba utilizada en el apartado *a*, de modo que recaer sobre proposiciones fácticas secundarias.

El fenómeno probatorio señalado en la letra *b* se denomina *metaprueba* y se entiende, desde un punto de vista epistemológico, como los datos periféricos que ayudan a dirigir la función institucional de la actividad probatoria en el proceso penal, es decir, conocer la verdad sobre las hipótesis fácticas, con base en un procedimiento dialéctico y controlable. Dicho de otra forma, el elemento que se practica para aumentar, disminuir o hacer desaparecer la solidez individual o la calidad epistémica de una determinada prueba, en el contexto de valoración de la actividad probatoria, puede entenderse como *metaprueba*.

La importancia de la metaprueba ha ido en aumento, pues, en otras épocas, en el proceso solo se debatía la existencia del enunciado fáctico principal. Sin embargo, en la actualidad, por ejemplo, gracias a imágenes de alta resolución, que demuestran donde se encontraba una persona en un determinado momento, hay casos en los que resulta cada vez más improbable cuestionar el contenido de determinadas proposiciones fácticas. Con ello, las partes han pasado a debatir aspectos relacionados con la práctica y la integridad de determinados aspectos periféricos de la prueba¹.

¹ En esta línea, CABRAL, 2020: 94.

Sin embargo, la metaprueba no es el único medio para establecer la fiabilidad de la prueba. Esta no se confunde con otros métodos probatorios con la misma finalidad. Además, a diferencia de la utilización de parámetros subjetivos por parte del juez para analizar la credibilidad, la constatación de la fiabilidad de la prueba mediante la práctica de la metaprueba puede posibilitar el control de la conformidad del proceso valorativo del juez con la estructura racional de su motivación, que aumenta la tutela de la presunción de inocencia y la seguridad jurídica, en la medida en que puede ayudar a mitigar la arbitrariedad y el decisionismo judicial.

Por otro lado, a pesar de que el estudio de la prueba tiene una importancia fundamental, aún es incipiente una doctrina brasileña que desarrolle por completo la imbricación de los aspectos epistemológico y jurídico del tema. En efecto, el interés en un planteamiento epistemológico del fenómeno probatorio empezó a crecer en ámbito brasileño a raíz de la influencia de la llamada *new evidence scholarship* angloamericana, inspirada en el objetivo de establecer modelos racionales de valoración de la prueba mediante operaciones lógicas controlables, así como de la rápida expansión de esta tendencia teórica en el mundo latino.

Haack, para seguir con su ejemplo, aborda la importancia de la epistemología en el ámbito jurídico e, incluso, recoge las aportaciones de epistemólogos al Derecho y de estudiosos del Derecho, desde Bentham a Blackmun, sobre diversas cuestiones epistémicas. Concluye la profesora de la Universidad de Miami que tanto el Derecho puede ser útil a la epistemología, como la epistemología al Derecho². Esta interconexión ha ganado terreno y adeptos. A modo de ejemplo, la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo creó, en 2018, una línea de investigación específica, de corte epistemológico, orientada a la prueba y la verdad en la persecución penal.

Pese al aumento de la elaboración teórica de la actividad probatoria desde una perspectiva epistemológica, aún no han sido suficientemente exploradas cuestiones relativas a la admisibilidad, la práctica y la valoración de la metaprueba como medio de control de la fiabilidad de la prueba. Son raras las obras brasileñas que se ocupan, en profundidad y con interés, de la metaprueba. Como esta modalidad de prueba se orienta a proposiciones fácticas secundarias, esta característica alejaría el interés de los estudiosos del Derecho sobre el tema, quienes, en ocasiones, consideran que tiene poca relevancia. Es decir, la inmensa mayoría de los estudios de la prueba, que —insisto— son cada vez más, se centra en los datos probatorios que recaen de forma directa sobre los enunciados fácticos objeto del proceso. Sin embargo, no se puede negar que la posibilidad de que la metaprueba sea un tipo distinto de prueba allana el camino que posibilita el estudio de este fenómeno probatorio.

² HAACK, 2014a: 26.

Desde un punto de vista más pragmático, los actores del proceso tampoco dan tanta importancia al derecho a la metaprueba como a las actividades que tienen relación directa con el contenido del hecho punible. De este modo, la metaprueba queda relegada a un segundo plano, muchas veces en virtud de las restricciones que se imponen a la búsqueda de la mejor prueba.

A su vez, parece que la legislación brasileña se preocupa de la práctica de los medios de prueba solo en relación con los denominados *hechos directamente importantes*. El art. 209.2 del Código de Proceso Penal (CPP) brasileño³, por ejemplo, corrobora la percepción de que el título procesal, al menos respecto a la prueba testifical, desincentiva la práctica de la metaprueba, pues dispone que no se tendrá como testigo la «persona que no sepa nada de interés para la resolución de la causa». Esta disposición puede llevar, bajo una interpretación restrictiva, a concluir que ese «interés» es aquel directamente relacionado con los enunciados fácticos objeto del proceso y no con las proposiciones fácticas secundarias. La falta de una disposición normativa más detallada también induce a los jueces y demás operadores jurídicos a dar poca importancia a la metaprueba y su estudio.

Como consecuencia de esta laguna, intento hacer una aportación modesta al estudio de esta subespecie de prueba. A grandes rasgos, pretendo: i) delimitar el perfil de la metaprueba partiendo del carácter polisémico de la prueba; ii) investigar sus elementos diferenciadores, que permiten concluir su autonomía conceptual y diferenciarla de las demás formas de evaluación de la corrección probatoria; iii) averiguar en qué consiste y qué caracteriza a la metaprueba dentro de la manifestación del fenómeno probatorio, así como valorar, partiendo de premisas y fundamentos garantistas, los presupuestos sobre los que se regulan las actividades que se reconducen a la noción de metaprueba, a fin de demostrar su importancia para el análisis de la fuerza inferencial de la prueba, es decir, su capacidad de apoyar, de alguna forma, la solidez individual o la calidad epistémica de los datos que llevan a aceptar el contenido proposicional de la hipótesis fáctica como verdadero; iv) establecer, de forma clara, la finalidad de la metaprueba, su estructuración y su objeto y, con ello, determinar sus límites dentro del derecho a la prueba; v) identificar los contextos de la actividad metaprobatoria, como, por ejemplo, los límites de la admisibilidad y la práctica de la metaprueba, las facultades de iniciativa del juez, los postulados de su proceso de valoración y compararlos con los que se establecen para las pruebas sobre los enunciados fácticos objeto del proceso.

Para cumplir su objetivo, la presente obra se divide en tres partes. El primer capítulo se ocupa de las relaciones entre la *prueba*, la *verdad* y el *proceso*,

³ Art. 209. 2. «El juez, cuando lo estime necesario, podrá tomar declaración a otros testigos, además de los señalados por las partes. 2. No se tendrá como testigo a la persona que no sepa nada de interés para la decisión final de la causa».

para establecer algunas premisas que parten de un periplo por las más relevantes teorías epistémicas que analizan los influjos de la verdad, sus conceptos y criterios. Después, se ponen de relieve los principales aspectos de la prueba como método para la confirmación o la refutación de las hipótesis fácticas y destaca su eminente función cognitiva basada en una incursión en el proceso dialéctico de formación que se revela en los denominados contextos de la actividad probatoria. De este modo, se entabla el debate acerca del lugar en el que se sitúa y el alcance de una prueba sobre otra prueba. El primer capítulo es el más largo del estudio. Fue tentador dividirlo en dos para lograr una proporción equilibrada. Sin embargo, no parecía aconsejable puesto que todos sus apartados están interconectados y han de mantenerse así para su continuo desarrollo.

En el segundo capítulo, se aborda, de forma específica, el perfil conceptual y funcional de la metaprueba, que se diferencia de las demás formas de prueba y de otros mecanismos de apreciación de la fiabilidad probatoria. También, con base en aportaciones epistémicas, trato del espinoso tema de la regresión infinita, el papel de las máximas de experiencia y su relación con la metaprueba.

Por último, el tercer capítulo se ocupa de la correspondencia de aquellos contextos de la actividad probatoria en los que puede practicarse la metaprueba, sus límites lógico-epistemológicos, los postulados de su proceso valorativo y decisorio y los comparo, en algunos aspectos, con aquellos que se establecen mediante la actividad probatoria directa relacionada con las proposiciones fácticas principales que se manifiestan en el proceso.

El estudio se estructura con base en el sistema procesal penal brasileño. Cabe señalar que, a lo largo de la obra, recorro a la experiencia dogmática y jurisprudencial extranjera, consciente del riesgo de importar criterios que no respeten por completo las tradiciones de nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, no se hace con la finalidad simplista de trasladarlos al sistema procesal penal brasileño, sino, sobre todo para, guiados por un parámetro descriptivo y desde un planteamiento dialógico entre los sistemas, hacer reflexiones útiles sobre el modo de construir determinados aspectos relacionados de alguna forma con la materia objeto de estudio, a fin de que el planteamiento y la comprensión del tema sean más sofisticados.

CAPÍTULO I

LA VERDAD Y LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

1. LAS RELACIONES ENTRE LA VERDAD, EL PROCESO Y LA PRUEBA

Es imprescindible que el proceso penal, como camino hacia la pena¹ (*nulla poena sine iudicio*), lleve, sin perjuicio de sus otras funciones institucionales², a una decisión sobre la posibilidad de que el enunciado fáctico derivado de un fragmento de la experiencia histórica con relevancia jurídica, llevado al proceso mediante la imputación³, se *accepte* como verdadero⁴.

Cabe señalar, desde un primer momento, que, dado que el discurso jurídico está compuesto por expresiones lingüísticas, no es adecuado hablar de *verdad sobre los hechos*. Resulta evidente que no es la verdad de los hechos lo que debe ser objeto de la prueba, pues los hechos existieron o no en el pasado.

¹ LOPES JUNIOR, 2002: 117.

² BADARÓ (2017a: 517), apoyándose en las enseñanzas de Taruffo, afirma que «la justicia de una decisión está condicionada no solo a la verdad de los enunciados que ampararon el juicio de hecho, sino también a la correcta elección e interpretación de las reglas jurídicas, así como al uso de un procedimiento válido».

³ PRADO, 2014: 36.

⁴ BADARÓ, 2017a: 517. HAACK (2008a: 324) es perentoria al respecto: «[...] la verdad realmente es relevante para los procedimientos legales porque no queremos simplemente resoluciones, sino resoluciones *justas*; y la justicia sustancial exige verdad factual». Según GUZMÁN (2018: 46): «La verdad constituye un valor fundamental sobre el que se afirma el sistema normativo, y ella no puede ser dejada a un lado en el ámbito del proceso penal para la aplicación de una condena».

Lo que se puede expresar en términos de verdadero o falso son *las afirmaciones, las proposiciones, los enunciados o las hipótesis* acerca de la existencia de un hecho⁵.

Con base en estas premisas, se constata que una de las dimensiones institucionales del proceso es la epistémica⁶. En efecto, el proceso también es un conjunto de actos y reglas cuya finalidad se dirige a la averiguación de afirmaciones sobre los hechos, es decir, si un determinado enunciado, elaborado conforme los elementos de justificación aportados, puede considerarse verdadero. Y, cuando se trata de la epistemología, pronto se vislumbra la inclusión del concepto y los criterios de verdad⁷ en la teoría del conocimiento⁸. También es necesario abordar el lenguaje, puesto que las actividades procesales se completan mediante instrumentos lingüísticos especializados y formalmente establecidos. No hay duda de que el lenguaje y la realidad se compenetran. El lenguaje impregna las experiencias que vivimos⁹, de modo que es imposible acceder a la realidad sin el referido filtrado lingüístico¹⁰, pese a que la existencia del mundo en sí no depende de interpretaciones.

De este modo, cuando se piensa en la verdad, además de imaginar su *significado*, también se atiende a las condiciones o los criterios para aceptar como verdaderos determinados enunciados¹¹, circunstancia que —como veremos

⁵ MAGALHÃES GOMES FILHO, 2005: 317. En idéntico sentido, UBERTIS, 1992: 9-10; CANZIO, TARUFFO, y UBERTIS, 2009: 322.

⁶ Algunos estudiosos niegan esta función expresamente. DUTRA AYDOS (2019: 102), por ejemplo, aduce que: «Desde la perspectiva que desarrollo, la apuesta en el Epistemólogo como maestro de la Verdad es solo uno de los retratos de la metafísica intempestiva de los juristas [...]. Si la decisión penal no consigue alcanzar el nivel de perfección de la *epistème*, porque opera en un terreno donde todo es contingente, ¿No será posible que todo se resuma a la capacidad de convencimiento? ¿Sería entonces el nuevo maestro de la Verdad maestro de la Persuasión? [...] Los filósofos, hoy, hablan de teorías del conocimiento posepistemológicas, o hablan de lo que *fue* la epistemología, no de lo que *aún es*. Stephen Toulmin ya había propuesto, en *Los usos de la argumentación*, obra de 1958, desechar “las secciones de la vieja ‘lógica’ y ‘epistemología’ del catálogo de nuestra biblioteca intelectual”, para unir ambas en una nueva disciplina que estudia “las estructuras de nuestras argumentaciones”».

⁷ Según ARAÚJO DUTRA (2001: 169), el criterio de verdad es necesario para poder discernir entre proposiciones verdaderas o falsas.

⁸ En este estudio, los términos epistemología, teoría del conocimiento y filosofía del conocimiento se tratan como sinónimos.

⁹ FERNANDES DE SOUZA (1993: 194) afirma, al distinguir lengua de lenguaje, que: «Lengua y lenguaje son conceptos próximos, pero distintos. El segundo es verdadero o falso, mientras que la primera no admite este tipo de juicio. Quien usa la lengua, habla; quien usa el lenguaje, dice alguna cosa. La lengua es un conjunto de nombres y de criterios de denominación, mientras que el lenguaje es un conjunto de predicaciones y de criterios de predicaciones». No se hará distinción entre lengua, como conjunto de reglas de uso de un lenguaje, y este, como el uso concreto de la lengua (FERRAJOLI, 2000: 67, nota 51). En el presente estudio, se utilizan las locuciones *lengua* y *lenguaje* como sinónimas.

¹⁰ HABERMAS, 1999: 38-39.

¹¹ Existe distinción entre planteamientos definicionales y criteriología en la construcción de una teoría de la verdad. Los primeros buscan mostrar en qué consiste la verdad (o su significado), mientras que los segundos aspiran a indicar condiciones (o pruebas) de verificación que justifiquen la designación como verdadera o falsa de una proposición. Según el ejemplo de HAACK (1978: 130), «se puede distinguir, por un lado, fijar el significado de “febril” como tener una temperatura más alta que algún punto determinado y, por otro, especificar procedimientos para decidir cuando alguien *está* febril».