

# **INVESTIGACIONES**



## Epistemología y regulación jurídica de la prueba\*

Mirjan Damaška\*\*

### RESUMEN

*La omnipresencia de los problemas cognitivos en el proceso judicial es menor de lo que generalmente se piensa. Los mecanismos óptimos de establecimiento de hechos dependen de una variedad de factores, de modo tal que quienes intenten mejorarlos enfrentan diferentes problemas en distintos escenarios procesales. Al examinar los factores en relación con las mejores prácticas probatorias, el autor se enfoca, en un primer momento, en los factores internos de la cultura judicial, tales como el variado perfil de los órganos decisores, el tipo de procedimiento y los objetivos de la justicia. Posteriormente, explora la influencia de factores extrajudiciales, tales como el papel de la ideología política, la estructura estatal y el contexto cultural general en las decisiones judiciales sobre los hechos. Se da especial importancia a la cuestión relativa a si las técnicas probatorias en entornos culturales radicalmente distintos se vuelven discontinuas e incommensurables. El trabajo termina con una nota de advertencia, sugiriendo que la ausencia de una adecuada taxonomía de los hechos sujetos a prueba dificulta en gran medida la aplicación de las perspectivas de la ciencia cognitiva en las decisiones judiciales concerniente a los hechos.*

Juzgamiento sobre hechos; proceso adversarial; tribunales; cultura y prueba;  
proceso inquisitivo; probabilidad; prueba legal

### *Epistemology and legal regulation of proof*

### ABSTRACT

*In the legal process, there are fewer ubiquitous cognitive problems than is often thought. Optimal fact-finding arrangements depend on a variety of factors, so that those intent on improving these arrangements face different problems in different procedural settings. In examining factors with a bearing on best fact-finding practices, the author focuses first on factors that are internal to legal culture, such as the varying profile of decision-makers, the type of proceedings, and the objectives of justice. He then explores the influence of extra-legal factors, such as the role of political ideology, governmental structure, and the general cultural context on adjudicative fact-finding. Special attention is given to the question of whether radically different cultural environments render their proof-technologies discontinuous, or incommensurable. The paper ends on a cautionary note,*

\* "Epistemology and legal regulation of proof", *Law, Probability and Risk* (2003) 2, pp. 117-130. Traducción de Claudio Meneses Pacheco, profesor de Derecho Procesal, Universidad de Valparaíso, Chile; colaboración de Moira Romero Rojas, Ayudante alumna de Derecho Procesal, Universidad de Valparaíso, Chile.

\*\* Profesor Emérito de Derecho de la Universidad de Yale, Estados Unidos de Norteamérica.

Artículo recibido el 20.7.2022 y aceptado para su publicación el 14.1.2023.

*suggesting that the absence of a suitable taxonomy of facts subject to proof makes it very difficult to apply the insights of cognitive science to factual inquiries in adjudication.*

Adjudicative fact-finding; adversary process; courts; culture and proof;  
inquisitorial process; probability; legal proof

## I. INTRODUCCIÓN

Es de aceptación general que la conveniencia de los mecanismos de establecimiento de los hechos del proceso judicial no se puede medir en términos de su capacidad de generar resultados precisos. El interés de quienes buscan prácticas cognitivamente óptimas no es idéntico al de aquellos que persiguen los mejores mecanismos de establecimiento judicial de los hechos. ¿Por qué? La razón más obvia es que la búsqueda de la verdad es solo un elemento de la actividad de juzgamiento, y que los valores que fomentan la verdad se deben contrapesar con otras necesidades compensatorias del proceso judicial, tales como la paz social, la dignidad humana, la estabilidad de las decisiones o el costo. Otra razón incorporada, aunque destacada con menos frecuencia, se deriva de la imbricación de los temas de Derecho y de hecho en los sistemas judiciales occidentales. A pesar de las considerables similitudes entre conjeturar acerca de los hechos y conjeturar respecto del Derecho, el mejor método para alcanzar una precisión probatoria no es siempre idéntico al mejor método para llegar a resultados apropiados desde el punto de vista jurídico. En algunas situaciones, puede que un método de establecimiento de hechos no tan perfecto sea más idóneo para conseguir los objetivos generales de una sentencia judicial, que un método superior en términos de su potencialidad para generar certezas<sup>1</sup>. En pocas palabras, la regulación jurídica de la prueba se ve influenciada por factores tanto epistémicos como extraepistémicos.

Por lo general, es muy difícil diferenciar estos dos factores. La mayor dificultad la provocan factores que promueven, o parecieran promover, valores que fomentan tanto la verdad como valores colaterales. La prohibición de los métodos coercitivos de interrogación es una buena ilustración de ello. Se puede justificar no solamente por razones humanitarias, sino también porque protege al juzgador de los hechos de información cuestionable. O considérese el privilegio abogado-cliente. Se puede justificar plausiblemente no solo por razones de privacidad, sino también por motivos de alcanzar la verdad. Se puede argumentar que, sin el privilegio, los testigos podrían abstenerse de entregar a su abogado información que sea importante para obtener constataciones factuales

---

<sup>1</sup> Cuestiones de legislación nacional pueden ser resuelta por el tribunal con base en sus propias investigaciones. Esto sucede incluso en procesos adversariales de *common law*, que delega en los litigantes la responsabilidad de presentar evidencia. Es cierto que en algunas ocasiones se tratan cuestiones de Derecho foráneo de la misma manera que los temas fácticos comunes y corrientes. Sin embargo, incluso en jurisdicciones que aplican esta analogía al grado máximo, los asuntos de hecho y de Derecho no se tratan exactamente del mismo modo. Para todas las implicaciones de las analogías de hechos, véase SCHLESINGER *et al.* 1988. *Comparative Law*, 5<sup>ta</sup> ed., Mineola, NY, pp. 81-88.

precisas. La pérdida inmediata de información en un caso particular, causada por el reconocimiento del privilegio, se puede justificar entonces por el hecho de ganar a largo plazo valores que conducen a la verdad. Aunque es difícil de hacer, la distinción entre factores epistémicos y extraepistémicos tiene una considerable importancia práctica<sup>2</sup>. Si han de sopesarse debidamente los valores de verdad con sus rivales, los factores capaces de promover la precisión de las constataciones fácticas se deben mantener separados de los que sirven a otros propósitos. Faltando este prerrequisito, la doble consideración y otras distorsiones podrían estropear el proceso de equilibrio, oscureciendo la tensión de la aspiración de un sistema de justicia por lograr un establecimiento de hecho preciso y diversas limitaciones a esta aspiración.

En este trabajo limitaré mis observaciones solo a aquellos factores contextuales que llevan a quienes buscan estrategias cognitivamente óptimas por direcciones diferentes, impulsándolos a confrontar distintos problemas. Tales factores pueden inducir a científicos cognitivos, con el propósito de maximizar la precisión de los mecanismos de establecimiento de hechos en la vida real, a abandonar lo que para ellos son mecanismos ideales y concentrarse en cambio en el mejoramiento de aquellos que ya han sido aceptados por un sistema de enjuiciamiento. Si, por alguna razón, un sistema prescribe el uso del testimonio presencial (por ejemplo), un científico con una mentalidad realista dará por establecida esta forma de testimonio y se dedicará a minimizar sus falencias, incluso si le parece que las transcripciones de las declaraciones de los testigos proporcionarían una base más confiable para dictar una sentencia.

Cuando los juristas debaten sobre factores contextuales de este tipo, su sesgo profesional los lleva naturalmente a concentrarse en asuntos internos de la cultura jurídica. Los variados sistemas de justicia, el diseño procesal y los objetivos del proceso judicial se llevan la mayor parte de la atención, mientras que otros factores relacionados con el contexto cultural quedan relegados a un segundo plano. Comenzaré tomando la senda de los juristas y examinaré primero los factores internos de la cultura jurídica, limitándome a aquellos que se pueden percibir en los sistemas procesales occidentales. Solo después sucumbiré al encanto de lo exótico, enfrentaré las nubes difusas que rodean el concepto de cultura general y me aventuraré en algunas observaciones en relación con los factores de importancia para la elección de prácticas probatorias en sociedades radicalmente distintas.

---

<sup>2</sup> El análisis de factores realmente bivalentes se complica por la tendencia generalizada a exagerar la importancia de las consideraciones sobre la búsqueda de la verdad en instituciones y doctrinas de inspiración principalmente humanísticas. Una vez más, el rechazo a las confesiones coaccionadas es un buen ejemplo. No es realmente cierto, aunque se afirme a menudo, que las confesiones coaccionadas carezcan de valor probatorio. Una confesión de asesinato, por ejemplo, puede llevar al descubrimiento del cuerpo de la víctima y muchas otras confesiones también se pueden confirmar mediante evidencias posteriores. Los principales y más importantes motivos para rechazar los métodos coercitivos de interrogación guardan relación con preocupaciones humanísticas. La exageración de los elementos relacionados con la búsqueda de la verdad contenidos en la prohibición puede ser, en gran medida, un intento por ejercer una influencia positiva en los entes encargados de hacer cumplir la ley. Pueden, de hecho, ser más receptivos a argumentos respecto de la prevención de errores de hecho que a razonamientos que exalten la dignidad del individuo o valores similares. Véase DAMAŠKA, M. 1998. Truth in adjudication, *Hastings L.J.*, 49, 306-307.

## II. LA MAQUINARIA DE JUSTICIA

Pasando a factores contextuales internos de la cultura jurídica, consideremos en primer lugar aquellos que se relacionan con las diversas características de la maquinaria de justicia, incluyendo los diferentes perfiles de los órganos decisores. Probablemente la pregunta más frecuente en relación con este tema es si los jueces profesionales y los jueces legos abordan la toma de decisiones de la misma manera. Si este no es el caso, entonces los mejores métodos probatorios para ambos tipos de juzgadores no necesitan ser idénticos. A pesar de la escasa prueba empírica acerca de esta materia, parece plausible esperar que realmente existan enfoques sutilmente diferentes respecto de la toma de decisiones. Basta señalar los distintos impactos de la actividad rutinaria y no rutinaria en los agentes cognitivos. En una feliz expresión, se ha dicho que la característica definitoria de una profesión es la tendencia de sus miembros por tratar como rutina lo que para otros representa una crisis<sup>3</sup>. Mientras más se involucre una persona en la actividad de juzgar, más curtida se hace: las materias acerca de las que hay que decidir le parecen meramente representativas de clases generales y gradualmente comienza a ver el establecimiento de los hechos como la ejecución relativamente poco apasionada de una tarea rutinaria. Por su lado, quienes ocasionalmente tienen que tomar decisiones no están sujetos a este cambio de actitud: aún conservan fresca su capacidad de percibir cada caso como un drama humano único. Estas actitudes divergentes de los jueces profesionales y los jueces legos, si es que en realidad existen, pueden influir en la elección de los mejores mecanismos para establecer hechos desde el punto de vista cognitivo. Puede que los legos necesiten evidencias diferentes, o con una estructura distinta, de las que necesitan sus homónimos profesionales. Para las causas penales hay, de hecho, algunas comprobaciones empíricas de que los primeros necesitan más prueba incriminatoria que los segundos para condenar<sup>4</sup>.

Otro factor poco observado es aquel relacionado con la composición del tribunal, a pesar de que también es importante para la elección de los mejores mecanismos probatorios. Supone el contraste entre la toma de decisiones por un solo juez y por un panel de jueces. Resulta irrelevante si son legos o profesionales. El contraste es importante porque los procesos de aprendizaje individuales y sociales no son idénticos: tomar decisiones con la tranquilidad del soliloquio interno o entre el clamor de las voces contendientes no plantea las mismas cuestiones. En un entorno colectivo se necesita una regulación especial para las deliberaciones grupales, regulación que debería estar basada en una variedad de consideraciones *sui generis* que incluyan cuestiones como la disparidad de propensiones al riesgo, tanto individuales como grupales. También es posible que los procesos psicológicos de la formación de creencias individuales no sean exactamente iguales cuando se toman decisiones en solitario a cuando se decide como miembro de un pequeño grupo de juzgadores. En el último contexto, la tensión entre posiciones justificables intuitiva y argumentativamente podría ser más pronunciada:

<sup>3</sup> Véase HUGHES, E. 1953. *Men and Their Work*, Glencoe, IL., p. 84.

<sup>4</sup> Véase KALVEN, H. y ZEISEL, H. 1966. *The American Jury*, Boston, MA, pp. 182-190.

concertar sentimientos y conocimientos puede ser más laborioso. Es sintomático que los reales estándares para la toma de decisiones (en comparación con los declarados) difieran en entornos individuales y colectivos. Los estándares destinados a la toma de decisiones grupales tienden a ser más externos o intersubjetivos que los dirigidos a los jueces individuales<sup>5</sup>.

El contraste entre tribunales unipersonales y colegiados también influye en la elección de los mejores mecanismos probatorios desde el punto de vista cognitivo. En los paradigmáticos tribunales de *common law*, las tareas acerca de establecimiento de los hechos están divididas entre el juez y el jurado, y esta división crea problemas que no se presentan en el contexto de los tribunales unipersonales. Surge el dilema, por ejemplo, si es más conducente a resultados fácticos precisos que el juez elimine evidencia que el jurado podría sobrevalorar, o si es mejor admitir tal evidencia y exigirle al primero que advierta al jurado sobre su carácter potencialmente engañoso.

### III. EL DISEÑO DEL PROCESO JUDICIAL

La variación en el diseño general del proceso judicial es otro factor que afecta las cuestiones epistemológicas. La más prominente es la conocida, aunque distintamente formulada, oposición entre el modelo adversarial y el no adversarial. En la esfera del establecimiento de los hechos, esta oposición normalmente se expresa en la yuxtaposición de dos estructuras procesales fijas: en una estructura, la recopilación y formulación de evidencias está en manos de las partes y, en la otra (no adversarial), tales tareas son de responsabilidad oficial. La yuxtaposición implica una variación en la posición de quien dicta sentencia. En el modelo dominado por la oficialidad, el juez participa activamente en la búsqueda de la verdad, mientras que en el modelo dominado por las partes el juez asume una postura pasiva. Es mejor imaginar estas dos estructuras procesales contrarias como extremos de un continuo, con procedimientos reales como mezclas híbridas que gravitan hacia un extremo u otro y pasan en cierto punto de la zona adversarial a la no adversarial<sup>6</sup>. Cuál de estas dos estructuras tiene más posibilidades de generar resultados fácticos precisos es una cuestión empírica no resuelta, aunque acaloradamente debatida (un gran desafío para los científicos cognitivistas). Sin embargo, no es necesario especular acerca de la materia. Basta, a estos efectos, ilustrar cómo el modelo adversarial y su antípoda generan distintos problemas cognitivos.

En un contexto donde las partes juegan un rol importante en el establecimiento de los hechos, cobra importancia desarrollar iniciativas propias para contrarrestar o minimizar su tentación a involucrarse en conductas que distorsionen la verdad. No es realista

---

<sup>5</sup> Muchas diferencias entre la epistemología individual y social han sido exploradas con gran perspicacia en GOLDMAN, A. 1986. *Epistemology and Cognition*, Cambridge, MA y 1999. *Knowledge in the Social World*, Oxford.

<sup>6</sup> He intentado ubicar este punto distinguiendo las reformas transformadoras de las no transformadoras en los procedimientos penales continentales. Véase DAMAŠKA, M. 2001. *Models of Criminal Procedure* (Collected Papers of Zagreb Law School, vol. 51), pp. 477, 485-487.

esperar que sus búsquedas de intereses propios tengan con frecuencia un resultado fáctico deseable: los litigantes no se deben equiparar con quienes buscan ganancias propias en los mercados, a quienes puede guiar una mano invisible para producir beneficios generales. Como resultado, prácticas como la falta de divulgación de información de una parte a su oponente, o su inclinación a usar evidencias cognitivamente inferiores, pero tácticamente útiles, se han transformado en objeto de legítima preocupación<sup>7</sup>. Las maneras con que los litigantes preparan sus testigos para declarar ante el tribunal también pueden ser problemáticas. Para ellos (o su abogado) es normal hacer preguntas que propongan respuestas favorables a su causa. Sin embargo, como han observado los psicólogos, dichas preguntas tienen una potencial puesta en peligro de la verdad: pueden distorsionar las imágenes de la memoria<sup>8</sup>. Quienes se interesan por la capacidad del sistema adversarial para generar precisión, tampoco pueden pasar por alto la posibilidad de que las entrevistas realizadas por adversarios forenses con potenciales testigos puedan transformarse en un simulacro de juicio y producir testimonios inventados. La postura pasiva de los jueces también tiene sus problemas desde un punto de vista epistémico. Aunque esta postura indudablemente promueve la neutralidad, puede afectar negativamente la búsqueda de la verdad. Las personas tienen diferentes necesidades de aprendizaje, de las que los demás solo pueden hacer conjeturas más o menos ilustradas. Como en sus asuntos comunes y corrientes, es probable que los jueces aspiren a participar activamente en la obtención de conocimientos en torno a los que giran sus decisiones.

Los mecanismos procesales de establecimiento de hechos dominados por la oficialidad tienen, por supuesto, su propio potencial de poner en peligro la verdad. Los jueces proactivos requieren conocimientos avanzados de un caso —así como los testigos— para ser interrogadores efectivos. No obstante, desde la perspectiva epistémica, el hecho de que los responsables de tomar decisiones tengan conocimiento previo, representa una seria limitación. Los lleva tempranamente a formar hipótesis de lo sucedido y los vuelve más receptivos a la información que se ajuste a sus hipótesis tentativas, antes que a la información que se aparte de ellas. Fuera del peligro de este “error de muestreo”, representa un serio desafío para los sistemas dominados por la oficialidad el desarrollo de incentivos institucionales propicios contra el poderoso impulso del interés propio y partidista por desenterrar y desarrollar evidencias. En suma, tanto los estilos probatorios dominados por las partes como por la oficialidad tienen diferentes deficiencias epistémicas y los esfuerzos por mejorar su precisión en el establecimiento de los hechos necesariamente debe encontrar problemas divergentes. Lo que resulta realmente intrigante en ambos

---

<sup>7</sup> El rechazo de información probatoria puede justificarse, en algunas situaciones, en el propósito de inducir a los litigantes a presentar la mejor evidencia disponible. Véase NANCE, D. 1991. Missing evidence, *Cardozo L. Rev.*, 13, 831, 836.

<sup>8</sup> Compare LOFTUS, E., MILLER, D., y BURNS, H. 1978. Semantic integration of verbal information into a visual memory, *J. Experimental Psychology: Human Learning and Memory*, 4, 19-31. Dejo de lado la controvertida cuestión de si asignar roles a los testigos puede crear un sesgo en ellos, haciéndoles sentir que son miembros del equipo reunido por la parte que los ha llamado al estrado.

estilos no es lo perfectos o imperfectos que puedan ser, sino porque operan tolerablemente bien a pesar de las numerosas desviaciones de los mecanismos cognitivamente óptimos.

¿Se puede crear un sistema probatorio superior mediante una adecuada mezcla de elementos dominados por la oficialidad y por las partes? Los tribunales penales internacionales y varias jurisdicciones de *civil law* han comenzado a experimentar de manera reciente con una amalgama, en la que la producción de evidencia es responsabilidad principal de las partes, sin perjuicio de que los encargados de adoptar decisiones tienen poder para intervenir en el desarrollo de la prueba<sup>9</sup>. Siguiendo la misma línea, algunas jurisdicciones de *common law* están ensayando esquemas en los que se permite a los miembros del jurado formular preguntas<sup>10</sup>. Desafortunadamente, según lo ha demostrado la experiencia con las amalgamas creadas hasta la fecha, es difícil encontrar un equilibrio virtuoso entre las prácticas probatorias oficiales y las desarrolladas por las partes. En su hábitat natural, cada conjunto de prácticas forma parte de un todo procesal más grande que cuenta con su propia coherencia interna, capas de horizontes motivacionales y hábitos arraigados en los actores principales. La creación de una mezcla exitosa no es como ir de compras a una *boutique* de formas procesales desmontables, donde uno es libre de comprar algunas y rechazar otras.

Un ejemplo de este melancólico hecho es el intento de algunas jurisdicciones de *common law* para tornar activos a los jurados<sup>11</sup>. Esta reforma puede representar una mejora de las prácticas predominantes en la actualidad bajo la condición de que la participación de los miembros del jurado en la producción de evidencia se mantenga estrechamente limitada. Una participación más incluyente puede causar estragos en los incentivos inherentes a los mecanismos probatorios dominados por las partes. Ellos generan un campo de tensión bipolar en donde hay poco espacio para acoger a un tercer actor. ¿Por qué los litigantes, o sus abogados, invertirían tiempo y dinero en preparar el escenario de sus estrategias probatorias cuando una sola pregunta del jurado puede estropear sus planes cuidadosamente elaborados de cómo dar testimonio de manera efectiva? Incluso con conocimiento previo del caso, los jurados activos pueden fácilmente transformarse en “huéspedes no invitados a la fiesta”<sup>12</sup>: entrometidos que entorpecen la interacción de las partes. Esto no quiere decir que la búsqueda de una amalgama exitosa sea fútil.

---

<sup>9</sup> El movimiento por la reforma en las jurisdicciones de *civil law* fue promovido por el Código de Procedimiento Penal italiano de 1988. Véase GRANDE, E. 2000 Italian criminal justice: borrowing and resistance. *Am. J. Comp. L.*, 28, 227-260. Del híbrido procesal desarrollado en la justicia penal internacional, véase ORIE, A. 2002. Accusatorial and inquisitorial approach in international criminal proceedings prior to the Establishment of the ICC and in proceedings before the ICC (Cassese et al. eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol. 2, Oxford, p. 95.

<sup>10</sup> Véase, por ejemplo, SCHWARZER, W. 1990. Reforming jury trials. *U. Chicago L. Forum*, 119, 139.

<sup>11</sup> Sobre la cuestión de activar al juez, véase DAMAŠKA, M. 1997. The uncertain fate of evidentiary transplants: Anglo-American and Continental experiments. *Am. J. Comp. L.*, 55, 839, 849.

<sup>12</sup> La frase fue empleada por la jueza Patricia Wald en relación con su experiencia en un tribunal penal internacional, cuyas reglas permiten a los jueces intervenir en presentaciones de evidencia de las partes. WALD, P. 2001. The international tribunal for the former Yugoslavia comes of age. *Wash. U. J. of Law & Pol.*, 5, 87, 90-91.

Por el contrario, es un gran desafío para los arquitectos de las estructuras procesales y los científicos cognitivos. Es posible que algún día surja un híbrido satisfactorio, probablemente a partir de las experiencias provenientes de la práctica en aquellos tribunales en los que interactúan jueces y abogados de tradiciones jurídicas diferentes. Sin embargo, lo que se necesita es tener mayor cuidado que el demostrado hasta ahora por los potenciales reformistas. No debemos olvidar que se puede crear un híbrido que produzca resultados menos satisfactorios que las partes que lo componen en su forma pura. Como en la vida común y corriente, en la esfera de la justicia también existen muchas posiciones intermedias indeseables. Se puede privar a una persona de la soledad sin proporcionarle verdadera compañía.

#### IV. LOS OBJETIVOS DEL PROCESO JUDICIAL

Pocas personas podrían negar que la finalidad última del proceso judicial influye en la configuración de las prácticas probatorias. Sin embargo, aunque el cultivo de valores relacionados con la verdad sigue siendo importante para toda sentencia, es más bien poco lo que se puede extraer como objetivo transversal de la totalidad de los procedimientos judiciales en el mundo occidental. Contrario a lo que normalmente se cree, incluso su función instrumental no es constante: no todos los procedimientos han servido, o sirven, como medio para la aplicación del Derecho sustantivo en la misma medida. Solo en algunos casos se puede plausiblemente imaginar a las sentencias como la aplicación de normas predeterminadas a una constelación de hechos<sup>15</sup>, e incluso si ello es posible, las metas de los procedimientos reales seguirán siendo inestables y oscilarán entre la resolución de conflictos, como meta primordial, y la urgencia, sumida en lo administrativo, de implementar políticas estatales específicas.

Ante esta variedad de metas, parece poco probable que un solo estilo probatorio sea lo mejor para todos los procedimientos judiciales. Consideremos un pleito que surge de una disputa privada cuya resolución no imponga externalidades negativas a terceros o a la sociedad. Ya que los temas de políticas públicas (que no sean resoluciones de conflictos) están ausentes en este caso, en la mayoría de las jurisdicciones occidentales los tribunales están preparados para emitir juzgamiento sobre hechos acordados por los litigantes. Pocas veces se examina la conducta o el evento que dio origen al litigio,

---

<sup>15</sup> Algunos procedimientos adquieren tal intensidad en la generación de normas, que hasta cierto punto comienzan a competir seriamente con la función de aplicación de la ley. Un ejemplo son los juicios de Derecho civil estadounidense en el interés público y los procedimientos en los que se cuestiona la constitucionalidad de una ley aplicable *prima facie*. Es cierto que la precisión en el establecimiento de los hechos sigue siendo pertinente incluso en estos procedimientos. Los responsables de tomar decisiones, incluso cuando se involucran en una actividad jurisprudencial intersticial, desean saber si existen hechos que los llevaron a legislar. Cf. TILLERS, P. 1988. The Value of Evidence in Law. *No. Irv. Leg. Q.*, 39, 167. Sin embargo, su impulso por dar forma a una norma deseable puede ser tan fuerte que se tiende a pasar por alto el hecho del caso que hizo surgir el tema "legislativo". Una constelación concreta de hechos en este caso puede convertirse en un mero pretexto para la creación de normas en sede judicial.

incluso si los jueces son escépticos respecto de la veracidad de los hechos estipulados. A fin de cuentas, la verdad se valora solo hasta donde lo permita el objetivo general del litigio, que es la resolución de conflictos<sup>14</sup>. ¿Puede esta actitud afectar la selección de mecanismos probatorios óptimos? Una respuesta positiva es sugerida por la posibilidad de que una práctica probatoria, deseable debido a sus propiedades generadoras de verdad, pueda volverse contraproducente en controversias de este género. El potencial de una práctica probatoria vigorosa, aunque favorable para descubrir los hechos verdaderos, podría intensificar en lugar de absorber la controversia subyacente. La exposición pública a los hechos verídicos puede, en algunas situaciones, volver a dar vida a una controversia que perdía fuerza.

También se debe considerar que no es necesario que los métodos probatorios óptimos sean idénticos en juicios que involucren conflictos acerca de un derecho y disputas que requieran la elucidación de condiciones previas para la aplicación de alguna política estatal. Las materias que se han de determinar en el último tipo de juicio no se pueden reducir fácilmente a la yuxtaposición de dos hipótesis contrarias. El tema de la culpa del acusado, por ejemplo, es susceptible a esta polarización, aunque no lo es la cuestión de dictar una sentencia óptima. Los hechos que tratan el problema de la conveniencia de cambios legislativos (“hechos legislativos”) también se resisten a la polarización<sup>15</sup>. Esto sugiere la posibilidad de que la organización del método probatorio en dos causas opuestas no sea equitativamente apropiada en toda la gama de procedimientos judiciales. Es revelador a este respecto que, incluso en las jurisdicciones de *common law*, en algunas causas se relaje la bipolaridad de las prácticas de obtención de pruebas<sup>16</sup>.

## V. LA INFLUENCIA DE FACTORES POLÍTICOS

Pasemos ahora de los factores internos de la cultura jurídica a aquellos de la esfera política. En el debate de las conexiones entre los factores políticos y las prácticas probatorias, el rol de la ideología política es el que se lleva la mayor parte de la atención. Varios escritores han sostenido que los mecanismos de establecimiento de hechos son sensibles a los cambios en la ideología predominante, especialmente a las oscilaciones entre individualismo y colectivismo, clásicamente identificadas con orientaciones liberales y autoritarias. Por lo general, la influencia de estos factores se enfatiza en la forma cuando los valores relativos a la verdad se equilibran con otros valores y necesidades de un sistema procesal. Los gobiernos liberales, por ejemplo, se muestran más dispuestos a

---

<sup>14</sup> Más adelante consideraré este tema en las culturas jurídicas donde la resolución de conflictos está divorciada del énfasis en la conducta, y donde las controversias forenses involucran asuntos ajenos a la resolución de pretensiones conflictivas de derechos individuales.

<sup>15</sup> Siguiendo una línea similar, Lon Fuller ha intentado hacer una distinción entre asuntos “bipolares” y “policéntricos”. Véase FULLER, L. 1978. The forms and limits of adjudication. *Harv. L. Rev.*, 92, 353.

<sup>16</sup> Los litigios en el interés público, por ejemplo, a menudo involucran a tantas partes y *amici curiae*, que comienzan a parecer un cuerpo “minilegislativo”.

proteger a los individuos contra el Estado en comparación a los regímenes autoritarios, incluso cuando el impulso protector complique la elucidación de la verdad<sup>17</sup>. Dejaremos la influencia de la ideología política a un lado, porque su impacto en los mecanismos probatorios se superpone al impacto de la oposición entre los procedimientos controlados oficialmente y los controlados por las partes. Un gobierno cuyo rol principal es proporcionar un marco libre de obstrucciones para las actividades privadas, está más dispuesto a confiarle la determinación de los hechos debatidos a las partes, en comparación a un gobierno intervencionista con una agenda exhaustiva de implementación de políticas.

Se advierten con menos frecuencia las conexiones entre la estructura del aparato gubernamental y las prácticas probatorias. Una buena introducción al estudio de estas conexiones es retratar dos actitudes diferentes para con la autoridad. Son útiles, *inter alia*, para comprender ciertos aspectos discrepantes entre los estilos probatorios en los sistemas angloamericanos y en los de Europa continental. Por diversas razones, las sociedades de Europa continental desarrollaron una tradición jerárquica de autoridad que se ha manifestado en una variedad de áreas, incluida la administración de justicia<sup>18</sup>. En esta última área, la autoridad jerárquica ha engendrado un proceso judicial multinivel que se desarrolla ante varios escalones de funcionarios. La tradición angloamericana, por su parte, desde un principio manifestó antipatía hacia el poder estatal concentrado y una preferencia por su fragmentación o distribución horizontal. El proceso judicial compatible con esta distribución normalmente se llevó a cabo ante un solo nivel de entes decisorios, los que estaban también “fragmentados” en dos cuerpos separados: juez y jurado.

Los procedimientos multinivel y de un solo nivel generan diferentes prácticas probatorias. En el procedimiento multinivel, la documentación escrita de la actividad oficial previa es un requisito esencial para su funcionamiento: las huellas de lo ocurrido en el nivel inferior deben conservarse para realizar auditorías superiores con posterioridad. Los registros de actividades previas se convierten así en la fuente de información más importante. El proceso judicial se desarrolla en plazos temporalmente discretos y el archivo del caso proporciona la conexión necesaria o la línea de vida entre ellos. Por el contrario, el procedimiento de un solo nivel no depende de documentos de acciones oficiales previas para integrar sus segmentos en un todo significativo. La comunicación oral y el testimonio presencial compiten con la evidencia escrita y pueden llegar a eclipsarla. Los procedimientos en este escenario tampoco deben asumir un carácter episódico: se pueden organizar como un hecho temporalmente continuo.

Teniendo en cuenta estas diferencias, es fácil comprender por qué los esfuerzos por mejorar la precisión del establecimiento de los hechos en procedimientos tanto multinivel como de único nivel enfrentan problemas dispares. En el entorno jerárquico,

---

<sup>17</sup> En el contexto comparado, este tema ha sido desarrollado, sobre todo, por CAPPELETTI, M. 1970. *Processo e Ideologie*, Bologna, pp. 11-20. Véase también GRIFFITHS, J. 1970. Ideology and criminal procedure. *Yale L. J.*, 79. 359.

<sup>18</sup> Sobre la influencia que han ejercido estas dos tradiciones en los castigos penales, véase WHITMAN, J. Q. 2003. *Harsh Justice, passim*, Oxford, pp. 206-207.

la tarea más destacada es maximizar la precisión de la documentación y minimizar las deficiencias del estilo episódico en la toma de decisiones. En su antípoda, la tarea más urgente es reducir los posibles inconvenientes de la toma de decisiones ante el impacto de un testimonio oral volátil presentado en el transcurso de un solo episodio forense<sup>19</sup>.

La distancia desigual que separa a los jueces jerárquicos y no jerárquicos de las fuentes originales de información genera otra discrepancia más sutil. En los sistemas jerárquicos, los jueces están protegidos de las intensivas interacciones personales involucradas en la producción del testimonio: en los registros de las actividades previas en las que confían se filtran muchas de las complejidades de la vida a las que están expuestos regularmente sus colegas en los sistemas no jerárquicos. Cuanto más alejados estén los entes encargados de tomar decisiones de la plenitud de la vida o de la “cruda” realidad, más fácil les resulta concebir que su función es establecer hechos aislados que son jurídicamente pertinentes en un caso *sub judice*. La capacidad de mantener este limitado enfoque se manifiesta especialmente en los responsables de tomar decisiones en los escalones de autoridad más altos. Su elevada posición hace que se sientan empujados a asegurar la coherencia entre las causas y la toma de decisiones en los niveles inferiores, una tarea de supervisión que solo se puede realizar reduciendo el número de variables aplicables. Asimismo, a los jueces no jerárquicos, que están más cerca de la desordenada realidad social y se exponen a una constelación fáctica más difusa, les resulta más difícil reducir los hechos de las causas a sus sombras legalmente relevantes. Al estar menos preocupados por la coherencia en el sistema, adquieren un gusto por lo concreto y lo particular. Si el marcado enfoque de los funcionarios jerárquicos respecto de los hechos jurídicamente relevantes puede compararse con la caída en picada de un halcón, la actitud de los no jerárquicos se parece más al vuelo de un abejorro.

Estas sutiles diferencias en el temperamento de los jueces producen discrepancias en el *probandum*, es decir, los hechos que están sujetos a prueba en los sistemas jerárquicos y no jerárquicos. Los fundamentos fácticos de las decisiones jerárquicas están más alejados de la “crudeza” de la vida, editados de cerca, por así decirlo, para ajustarse al mundo artificial del material jurídico. En este contexto, las sentencias pueden aproximarse con cierta plausibilidad a la tarea de unir una situación empírica con un principio jurídico. En cambio, los fundamentos fácticos de las decisiones no jerárquicas están más próximos a la realidad social, en las que se entrelazan lo empírico y lo valorativo, lo fáctico y lo jurídico. La búsqueda de los hechos y de las cuestiones jurídicas pueden, por tanto, separarse con menos facilidad en un aparato de justicia no jerárquico que en uno organizado jerárquicamente. Si todo el resto permanece igual, entonces tiene sentido considerar por separado —más en este que en aquel— los métodos probatorios óptimos de aquellos mejores para la resolución de cuestiones jurídicas. En otras palabras, hay más espacio en los aparatos de justicia jerárquicos que en los no jerárquicos para realizar un estudio independiente de la capacidad que tienen los sistemas procesales de generar precisión.

---

<sup>19</sup> He rastreado más afinidades entre la autoridad “jerárquicamente” y “coordinadamente” organizada, y mecanismos procesales en mi libro DAMAŠKA, M. 1986. *Faces of Justice and State Authority*, New Haven, pp. 47-56.

## VI. LA INFLUENCIA DEL CONTEXTO CULTURAL GENERAL

La medida en la que la cultura general puede influir en las prácticas probatorias, aparte de sus aspectos legales y políticos, es objeto de controversia en varias disciplinas. Algunos antropólogos, cuyos intereses se extienden a sociedades radicalmente distintas, encuentran que esta influencia es tan fuerte que hace que la búsqueda de la verdad en diferentes medios culturales sea discontinua e inconmensurable. Distintas culturas, sostienen, están encerradas en burbujas epistémicas impenetrables: las personas pueden ser prisioneras de su forma particular de ser en el mundo, actuando irreflexivamente fuera de su código cultural. Otros creen en una capacidad panhumana para enfrentar las tareas probatorias con sencilla practicidad, de modo que razonar acerca de la validez de la prueba no es completamente inconmensurable a lo largo de las diferencias culturales. Máximas universales, afirman, pueden ser identificadas<sup>20</sup>. Al menos en lo que respecta al juzgamiento, una posición intermedia entre estos dos puntos de vista —aunque más cercana al segundo— parece más apropiada: interactuando de maneras complicadas, tanto la naturaleza como la cultura desempeñan un papel en la conformación de las prácticas probatorias.

El mejor modo de destacar la sensibilidad del establecimiento judicial de los hechos al contexto cultural es observar los medios de prueba más conspicuos en sociedades que tienen visiones radicalmente diferentes de cómo funciona el mundo. En lugares donde la cosmovisión plantea una penetración continua de fuerzas sagradas en la experiencia cotidiana, algunos métodos tales como los juicios por ordalías constituyen, por excelencia, instrumentos para determinar la verdad. El aire que respiran los miembros de estas sociedades vibra con la tonalidad de las elucubraciones mágicas: prevalece la creencia de que se puede persuadir a las fuerzas sobrenaturales, siempre presentes en este mundo, para que intervengan en el proceso judicial y disipen las inquietantes incertidumbres. Pero donde se rompe la continuidad entre el mundo humano y lo sobrenatural, y la religión trascendente toma el lugar de la magia, la intervención rutinaria de las fuerzas sagradas en los asuntos humanos deja de ser parte del sistema de creencias de la sociedad<sup>21</sup>. Las ordalías caen en desgracia y son reemplazadas por mecanismos tales como los juramentos, basados en la creencia de que la divinidad, que no está dispuesta a involucrarse en la vida cotidiana, intervendrá y castigará a los perjurios en el más allá. Mientras persista esta creencia, el hecho de prestar juramento puede ser eficaz como un mecanismo para inducir

---

<sup>20</sup> Para la tesis de que culturas distintas generan epistemologías diferentes, véase SAHLINGS, M. 1981. *Historical Metaphors and Mythical Realities*. Ann Arbor, MI; OBEYESEKERE, G. 1990. *The Work of Culture: Symbolic Transformation in Psychoanalysis and Anthropology*, Chicago; toma una posición contraria. En un artículo influyente, un reflexivo abogado ha sostenido recientemente que existen formas de entrar en mundos culturalmente distantes: se pueden construir puentes para atravesar el abismo entre culturas; las creencias y sentimientos dominantes pueden ser “excavados”. Véase EWALD, W. 1995. Comparative jurisprudence: what was it like to try a rat? *U. Pa. L. Rev.*, 143, 1891, 1941-1942.

<sup>21</sup> Véase BROWN, P. 1975. Society and the supernatural, *Daedalus*, Spring, pp. 133, 140. Para una discusión útil sobre la relación entre magia y religión, véase MALINOWSKI, B. 1948. *Magic, Science and Religion*, Garden City, NY.

la verdad. Sin embargo, con la separación aún mayor entre lo sagrado y lo profano, o con la pérdida total de la fe en lo primero, la confianza en el testimonio de los testigos se convierte en la pieza central de la tecnología probatoria. En la actualidad, las investigaciones referentes a establecimiento de hechos se realizan principalmente probando la credibilidad de las personas que entregan información al juez y el valor probatorio de su información. *Deus absconditus*, el papel del juramento pasa a un segundo plano o desaparece por completo. En nuestro tiempo, la ciencia y la tecnología han absorbido casi todo el numen del mundo. A medida que siguen penetrando en la sociedad política y civil, se establece un número cada vez mayor de hechos de importancia para el proceso judicial mediante el funcionamiento de sofisticados instrumentos técnicos y el uso de peritos como intérpretes de su “testimonio silencioso”. Puede que se esté forjando otro cambio en los medios de prueba predominantes, del que podríamos ser tan inconscientes como aquellas personas en las primeras etapas de las drásticas modificaciones previas en la tecnología del establecimiento de hechos. O, tal vez, cerramos los ojos a los síntomas del cambio debido a los desafíos que los nuevos avances de la ciencia y la tecnología podrían presentar para el funcionamiento de un Estado democrático. ¿Puede este funcionar correctamente si su ciudadanía depende cada vez más del conocimiento disponible solo para un grupo reducido, cuyo interés puede representar únicamente a un pequeño sector de la sociedad?<sup>22</sup>

Pero no es necesario detenernos en culturas radicalmente diferentes para darnos cuenta de lo sensible que es el establecimiento de hechos al contexto cultural. Es redundante sugerir que nuestros jueces, al analizar la fuerza probatoria de los mensajes testimoniales y la credibilidad de sus portadores, se basan en inventarios de experiencias sociales y personales, estereotipos disponibles, tejidos de creencias heredadas y factores similares relacionados con la cultura<sup>23</sup>. Incluso la forma como se emplean los medios de prueba compartidos en culturas similares puede verse afectada por factores culturales. Los métodos agresivos y de confrontación para producir evidencia testimonial, por ejemplo, parecen menos convenientes en sociedades donde la armonía social es muy apreciada que en aquellas en las que las virtudes de la armonía no ocupan un lugar elevado en la escala de valores. La menor conveniencia de los métodos litigiosos en el primero es atribuible, al menos en parte, a argumentos epistémicos<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> La cuestión de si los cambios esbozados en la tecnología probatoria representan una forma de evolucionismo progresista, en el que las formas inferiores y más simples engendran otras superiores, tiene una complejidad vertiginosa por la que no puedo tomar posición.

<sup>23</sup> Considérese un ejemplo que involucra la valoración de la prueba de comportamiento. Los campesinos centroamericanos, cuando interactúan con una persona de autoridad, no la miran a los ojos. En su cultura, el contacto visual con tal persona se considera una señal de desafío o falta de respeto. Alguien que averigüe hechos y pertenezca a otra cultura podría interpretar este comportamiento como una indicación de falsedad, no de respeto.

<sup>24</sup> Se cree, por ejemplo, que un testigo que es sometido a un contrainterrogatorio hostil puede resultar menos creíble por resentimiento, frustración o alguna otra razón. Para un ejemplo similar, véase GOLDMAN, *A. op. cit. supra*, nota 5, pp. 147-148.

## VII. CONTINUIDADES Y DISCONTINUIDADES DE LAS PRÁCTICAS PROBATORIAS

A pesar de la obvia y fuerte dependencia a los factores culturales que presentan las prácticas probatorias, las discontinuidades entre estas prácticas no son tan marcadas ni los contrastes entre ellas tan inconmensurables como para transformar las operaciones de conexión intercultural en un desesperado trabajo de Sísifo. La afirmación requiere considerable sustanciación debido a la tendencia de algunos círculos intelectuales a enfatizar “lo diferente” y dramatizar su condición de inescrutable para las personas ajenas. Sin embargo, la discusión en este trabajo se limitará a las discontinuidades entre las actitudes premodernas y modernas respecto del establecimiento judicial de los hechos en las sociedades occidentales. Al igual que los habitantes de los “tristes trópicos”, ahora se suele imaginar que los occidentales medievales estaban tan profundamente afectados por su peculiar mentalidad, que sus prácticas probatorias no se pueden relacionar significativamente con las nuestras.

Es oportuno señalar desde el principio que algunas diferencias en los mecanismos probatorios occidentales comúnmente atribuidas a la variación epistémica, están más relacionadas con diferentes focos de interés en el juzgamiento. Por razones que no deberían detenernos en este punto, el aparato probatorio de los sistemas procesales modernos en Occidente está orientado a averiguar conductas discretas o secuencias de hechos, con el fin de decidir un conflicto de derechos. Sin embargo, durante largos períodos en la historia occidental —y en algunas sociedades no occidentales hasta hoy— la conducta aislada solo representaba un hecho desencadenante de procedimientos cuyo objetivo principal era restablecer la armonía social interrumpida por este evento<sup>25</sup>. Los “errores” vagamente desafiados tenían que ser “corregidos”, y en ese proceso, el carácter de una persona o su posición en la sociedad adquiría una importancia decisiva. Tomando prestada la metáfora de Mao, el ojo de los jueces estaba puesto más en el mar que en una ola. Esta orientación dio como resultado un modo de juzgar en el que las cuestiones de hecho y de Derecho no podían separarse en absoluto. En la medida que, en este contexto, tenga sentido extraer el establecimiento de hechos para analizarlo por separado, uno debe tener en cuenta que los agentes cognitivos en estas sociedades eran sensibles a una constelación de hechos mucho más amplia y difusa que sus contrapartes en los actuales sistemas occidentales. Más que las percepciones discrepantes de los agentes cognitivos, es la discrepante gama de hechos considerados por estos agentes lo que explica muchas diferencias relatadas.

Además de la percepción, también es fácil exagerar el grado en que los mecanismos probatorios de las sociedades medievales se basaban en procesos de razonamiento diferentes al nuestro. Uno puede sentirse tentado a pensar, por ejemplo, que no había enfoques pragmáticos acerca de estos mecanismos en sociedades cuyas visiones de mundo estaban impregnadas de creencias religiosas firmemente arraigadas. Las fuentes históricas disponibles revelan, sin embargo, que los enfoques pragmáticos, por extraños que nos

---

<sup>25</sup> Para un análisis interesante, véase SHOEMAKER, K. B. 1999. Criminal procedure in medieval European law. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, 116, 174.

parezcan, ya eran conocidos en Occidente durante la Alta Edad Media. Un triste ejemplo son las justificaciones de la tortura judicial por parte de los primeros juristas romano-canónicos. Como la religión estaba en estrecha relación con las instituciones del siglo trece, ella sirvió de fundamento para el siguiente argumento: si una confesión puede salvar a un acusado pecador de los tormentos eternos en el infierno, ¿no es apropiado sumergirlo durante un tiempo en el mar absolutorio del dolor? En el marco del sistema de creencias de ese entonces, este argumento representa una forma primitiva de análisis de costo-beneficio, no menos racional que la apuesta de Pascal del siglo diecisiete<sup>26</sup>.

O consideremos el ejemplo de los juicios por ordalías, que muchos consideran completamente discontinuos con nuestras actuales formas de resolver las incertidumbres fácticas. Los que comparten este punto de vista pasan por alto que en la sociedad medieval la perspectiva de la inminente intervención divina ejercía una poderosa presión psicológica en los litigantes. Aquellos que sabían que estaban equivocados se sentían impulsados a desistir de un reclamo o a confesar. Incluso si no admitían nada, la solemnidad en la preparación de las ordalías producía agonía en los culpables y serenidad en los inocentes. La evidencia del comportamiento resultante era posteriormente evaluada por los administradores de la ordalía, influenciando la calibración de su gravedad o la interpretación de su resultado<sup>27</sup>. Tampoco se debe olvidar que se apelaba a la divinidad solo cuando los métodos para revelar la verdad, más cercanos a lo que nosotros entendemos por investigación racional, no lograban resolver las incertidumbres persistentes. En otras palabras, la intervención divina era tratada como último recurso en casos difíciles, esto es, en situaciones en las que incluso nuestras actuales respuestas a la falta de conocimiento presentan dificultades epistémicas. En lugar de recurrir a la divinidad, ahora apelamos a la experiencia científica. ¿Pero cómo pueden nuestros juzgadores, si no están seguros de los conceptos básicos de una disciplina, penetrar en sus complejidades, y mucho menos arbitrar disputas entre sus sumos sacerdotes? Confiar en la conducta de los expertos o en sus credenciales es cognitivamente sospechoso y está cerca de dejar al azar el resultado de los casos difíciles<sup>28</sup>.

A veces también se exageran las discontinuidades en la comprensión de la probabilidad. Algunos autores afirman que en el período moderno temprano la gente pensaba

---

<sup>26</sup> Un ejemplo relacionado son las deliberaciones de autoridades judiciales de la época referente a si la tortura judicial es superior al uso de ayudantes de juramento. Aunque los perjurios están destinados al infierno, se argumentó, los criminales confesos pueden evitar este destino. Por tanto, es mejor someter a un “pecador” a tormentos, que tentar a los ayudantes de juramento a “perder su alma” al perjurar a sí mismos. En las fronteras de la cultura occidental, en países como Hungría, este argumento se utilizó hasta el siglo diecisiete. Véase KITONICH, J. 1619. *Directio Methodica Processus Consuetudinarii Inclyti Regni Hungariae*, Cap. 6, qu. 10, Nagyszombat.

<sup>27</sup> Véase COLMAN, R. V. 1974. Reason and unreason in early medieval law. *J. Interdisc. Hist.*, 4, 571, 589.

<sup>28</sup> Lo que no significa que confiar en medios parecidos a lanzar una moneda sea incorrecto en todas las situaciones. Según argumentó Kant en su crítica de la razón “pura”, la primera tarea de la razón es reconocer sus propias limitaciones y trazar los límites en los que puede operar. Véase ELSTER, J. 1989. *Solomonic Judgments: Studies in the Limitations of Rationality*, p. 17. Para un análisis profundo de los problemas cognitivos señalados por el empleo de peritos científicos, véase BREWER, S. 1998. Scientific testimony and intellectual due process. *Yale L. J.*, 107, 1535, 1616-1625.

que una proposición era probable si contaba con la aprobación de gente sabia y honesta. Se nos dice que les era ajeno el razonamiento a partir de las frecuencias empíricas en las que se basa nuestra comprensión actual de la probabilidad. Así, según lo expuesto por estos autores, las primeras invocaciones modernas de la probabilidad no fueron más que un preludio de la invocación de una rica confabulación de autoridad<sup>29</sup>. Esta visión es falsa en algunos aspectos y en otros no es más que una caricatura del pensamiento premoderno. Si bien es cierto que los argumentos *ex autoritate* ocupaban un lugar privilegiado en los esquemas de los filósofos escolásticos, no ignoraban la frecuencia con la que ocurren los hechos. Tomás de Aquino, el filósofo más influyente de la Alta Edad Media, distinguió claramente las proposiciones sustentadas por una confirmación de autoridad de las proposiciones sustentadas por el hecho de ocurrir en la mayoría de los casos (*probabiliter et ut in pluribus*)<sup>30</sup>. Lo que separaba su comprensión de la frecuencia de la nuestra es principalmente el eslabón perdido de una base estadística. Tampoco lo es la distinción que hizo el doctor Angélico entre dos tipos de apoyo a una proposición, sin contrapartes en el pensamiento moderno. Resalta a la vista el que muchos todavía compartan la idea de que la frecuencia de los hechos no sea equivalente al grado de creencia. ¿Sigue siendo respetable, o no, distinguir la probabilidad como grado de confirmación y la probabilidad como frecuencia relativa de los hechos?<sup>31</sup>

Para nuestros propósitos, más interesantes que las especulaciones de los filósofos escolásticos, son las opiniones de los fundadores del sistema probatorio romano-canónico en los siglos doce y trece<sup>32</sup>. Es una cuestión de registro histórico que la experiencia sensorial era, en esta opinión, el camino más seguro hacia la verdad, más valioso que los argumentos retóricos y la confianza en la autoridad<sup>33</sup>. Es cierto que estos juristas desarrollaron un laberinto de reglas sobre la cantidad y calidad de la evidencia necesaria para determinar los hechos. Sin embargo, es un error creer que estas reglas convirtieron

<sup>29</sup> Véase, por ejemplo, HACKING, I. 1975. *The Emergence of Probability*, Londres, pp. 22-23, 41; COHEN, L. J. 1983. *The freedom of proof*. (W. Twining ed.). *Facts in Law*.

<sup>30</sup> Véase, por ejemplo, SUMMA THEOLOGIAE, Pars. I, Qu. 115, art. 6 (Ottawa, 1942). Para un buen análisis de esta interpretación protoestadística de la probabilidad, véase BYRNE, E. F. 1968. *Probability and Opinion*, The Hague, pp. 192, 222, 302. La interpretación tomista del siglo trece de la probabilidad como frecuencia ha sido ampliamente adoptada por los abogados. Se puede encontrar en el voluminoso y célebre libro de MENOCHIOUS, I. 1670. *De Praesumptionibus, Coniecturis, Signis et Indiciis*, Tomo 1, Lib. 1, Qu. 7, N° 36, Ginebra.

<sup>31</sup> Véase CARNAP, R. 1950. *Logical Foundations of Probability*, Chicago. II, pp. 47-50.

<sup>32</sup> Frente a los problemas prácticos, los juristas de la época no se sentían atemorizados por la autoridad de los filósofos escolásticos y, en ocasiones, satirizaban con gusto las reflexiones filosóficas. Un ejemplo divertido de ello es el desacuerdo de los juristas con los filósofos sobre la posibilidad de probar lo negativo (“Que el puente no es largo lo saben tanto los burros como los hombres”) Comparar HORN, N. 1967. *Philosophie in der Jurisprudenz der Kommentatoren* (Helmut Coing ed.), *Ius Commune*, Vol. I, Frankfurt, pp. 104, 138.

<sup>33</sup> Sobre la influencia de las visiones aristotélicas en la percepción sensorial en los fundadores del sistema probatorio romano-canónico, véase PH. LÉVY, J. 1939. *La Hierarchy des Preuves dans le Droit Savant du Moyen Age*, Paris, pp. 30, 44; HORN, N. *Philosophie in der Jurisprudenz der Kommentatoren*, in *op. cit. supra*. n. 32. Véase también DAMAŠKA, M. 1994. Hearsay in cinquecento Italy. *Studi in Onore di Vittorio Denti*, Vol. 2, pp. 61-63.

a los jueces en autómatas que tomaban determinaciones fácticas con base en la autoridad de las reglas, independientemente de sus creencias. Esparcidas entre las opiniones consultivas (*consilia*) de los más grandes juristas de la época, se encuentran referencias a casos en los que las aparentemente rígidas reglas probatorias “numéricas” se relajaron o se pasaron completamente por alto<sup>34</sup>. Contrariamente a lo que a menudo se sostiene, en las causas penales los jueces rara vez, si es que alguna vez, se vieron obligados a sacar conclusiones positivas de culpabilidad contrarias a su mejor juicio.

Es posible encontrar una opinión compartida de que los jueces comenzaron a sacar conclusiones de los datos proporcionados por la investigación directa solo a mediados del siglo diecisiete. Antes de ese momento, las huellas dejadas por un hecho aún no constituían una base de inferencia. “Las cosas no sirvieron de evidencia, el mundo no dio señales”<sup>35</sup>. Desde la perspectiva de nuestra era científica, hay algo de verdad en esta opinión. Las huellas de hechos pasados, utilizadas de forma rutinaria en la actualidad, pasaron en gran parte inadvertidas; aún no existía el conocimiento científico ni los instrumentos capaces de expandir nuestro alcance sensorial y detectar estas huellas. Sin embargo, dentro de los límites entonces existentes, se hacían inferencias a partir de los datos sensoriales observados. Como era de esperar, la gente medieval no dejó de darse cuenta de que las cenizas indican fuego o de que el trueno es señal de una tormenta que se acerca<sup>36</sup>. Ya en el siglo trece se usaban expertos (*periti*) para establecer si una herida era mortal, si un matrimonio había sido consumado, si había tejido anal roto e incluso si una persona estaba loca<sup>37</sup>.

La prueba de comportamiento (el que un testigo se ruborizara, por ejemplo) era muy apreciada, se anotaba en un expediente especial y se utilizaba para evaluar el valor probatorio del testimonio. La confianza en las huellas era crucial en las acusaciones de brujería. Tal como lo entendieron las autoridades romano-canónicas del siglo quince, la condena por *crimen magiae* requería que se estableciera un pacto con el diablo, un

---

<sup>34</sup> Véase ULLMAN, W. 1946. Medieval principles of evidence, *L. Q. Rev.* 62, pp. 77, 83. Una de las mayores autoridades del siglo catorce en evidencia romano-canónica recomendaba a los jueces que “siguieran su propia conciencia” al evaluar pruebas contradictorias. DE UBALDIS, B. 1590. *Consilia*, Vol. 4, cons. 455, N° 2, Venecia. En otro trabajo he tratado de disipar la errónea creencia sobre la rigidez del esquema probatorio original romano-canónico. DAMAŠKA D. 1987. The death of legal torture. *Yale L. J.*, 87, 860.

<sup>35</sup> Véase HACKING, I. *op. cit. supra*, nota 29, pp. 22-23, 41.

<sup>36</sup> Los dos ejemplos fueron utilizados por Menochius para ilustrar el significado de huellas o señales. Véase MENOCHIOUS *op. cit. supra*, nota 30, Tomo I, Lib. I. Qu. 7, N° 42 (“Una señal es cualquier cosa sujeta a la percepción sensorial y de la cual se puedan extraer argumentos”).

<sup>37</sup> Ya en 1209, un decreto del Papa Inocencio III exigía que un experto (*peritus*) determinara si cierto golpe era causa de muerte. El texto en latín de este decreto se puede encontrar en FLORIAN, E. 1961. *Delle Prove Penali* 3ª ed, Varese-Milán, p. 520. El gran experto en asuntos procesales del siglo trece, Guillelmus Durantis, dedicó pasajes completos de su libro a la necesidad de confiar en las personas que tenían conocimiento y experiencia: DURANTIS, G. 1612. *Durandi Speculum Juris*, Liber II, partícula II, De Requisitione Consilii, *passim*, Frankfurt. Esta obra enciclopédica pasó por alrededor de 40 impresiones hasta finales del siglo diecisiete. Sobre la experiencia médica en el procedimiento romano-canónico temprano, véase también ASCHERI, M. 1980. Consilium sapientis, perizia medica e res judicata. *Monumenta Juris Canonici*, Vol. 6, Serie C: Subsidia, Vaticano, pp. 533, 535.

contrato en el que una persona obtenía poderes sobrenaturales al aceptar tener relaciones sexuales con el demonio. La necesidad de probar este contrato impulsó la elaboración de numerosas reglas sobre señales externas de las que se podrían inferir tratos imaginarios con el inframundo<sup>38</sup>. Incluso en el campo de este crimen imaginario el mundo daba señales, solo que la inferencia derivada de ellos estuvo manchada por ilusiones sociales.

### VIII. EL CARÁCTER DIVERSO DE LOS HECHOS

La posibilidad de que hechos imaginarios puedan ser objetos de prueba en un litigio nos lleva a una observación final. El análisis anterior de los factores que influyen en el establecimiento de los hechos en un litigio ha pasado por alto las complejidades derivadas del carácter múltiple de los hechos sujetos a prueba. Más que una masa invariable, son un *omnium gatherum* de asuntos con una accesibilidad distinta al aparato cognitivo. Algunos son fenómenos empíricos autónomos, respecto de cuya existencia pueden llegar a un acuerdo tanto un miembro de una tribu de la selva amazónica como un filósofo de persuasión posmoderna. La mayoría de los demás hechos son productos de una construcción social de complejidad variable, de modo que su accesibilidad al conocimiento depende inevitablemente del contexto cultural envolvente. Si bien algunos de ellos pueden separarse de los juicios de valor con relativa facilidad, otros requieren evaluaciones sociales complejas. La mayoría de ellos se encuentran en el pasado, aunque algunos existen al momento de la investigación o constituyen predicciones de sucesos futuros. Algunos se relacionan con la pregunta sobre *si* algo sucedió y otros con la pregunta de *por qué* sucedió algo.

Resulta lógico que no todos los componentes de este popurrí fáctico planteen los mismos problemas cognitivos. Cuando, por ejemplo, el problema de hecho en una demanda judicial es predecir la probabilidad de un hecho futuro, la toma de decisiones sobre la base de estadísticas “escuetas” nos parece mucho más aceptable que en una demanda judicial donde el problema de hecho es la reconstrucción de un acontecimiento pasado. Por tanto, parece poco probable que un único método probatorio posea la misma capacidad de generar precisión, incluso en una única cultura homogénea. La identificación del mejor mecanismo de establecimiento fáctico desde el punto de vista cognitivo se facilitaría enormemente si existiera una escala en la que los hechos de diversa naturaleza pudieran organizarse en un todo inteligible. Desafortunadamente, en la actualidad no se dispone de una taxonomía de hechos que sirva para este propósito. Una vez que aparezca, será más fácil examinar con mayor profundidad las dependencias culturales del establecimiento de hechos y aplicar con mayor confianza las perspectivas de otras disciplinas al juzgamiento de cuestiones fácticas.

---

<sup>38</sup> Se requerían precauciones especiales para detectar “lágrimas falsas” en la bruja o el hechicero. Para un manual de los procedimientos del siglo quince que trata de estas señales, véase INSTITORIS, H. y SPRENGER, J. 1971. *Malleus Malificarum*, Parte 3, pregunta 15, Nueva York.