

# HECHOS, EVIDENCIA Y ESTÁNDARES DE PRUEBA

ENSAYOS DE EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA

ANDRÉS PÁEZ

(COORDINADOR)







Hechos, evidencia y estándares de prueba

Para citar este libro: <http://dx.doi.org/10.7440/2015.63>

# Hechos, evidencia y estándares de prueba

Ensayos de epistemología jurídica

Andrés Páez  
(coordinador)

Universidad de los Andes  
Facultad de Derecho  
Facultad de Ciencias Sociales  
Departamento de Filosofía

Hechos, evidencia y estándares de prueba: ensayos de epistemología jurídica / Andrés Páez, coordinador.  
– Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Filosofía, Ediciones Uniandes, 2015.

240 páginas; 17 x 24 cm

Otros autores: Danny Marrero, Amalia Amaya, Daniela Accatino, Eleonora Cresto, Pamela Lastres, César Higa, Simone Trento, Douglas Niño, Sandro R. D'Onofrio.

ISBN 978-958-774-216-9

1. Filosofía del derecho 2. Prueba (derecho) I. Páez, Andrés II. Universidad de los Andes (Colombia).  
Facultad de Derecho. Facultad de Ciencias Sociales. Departamento de Filosofía

CDD 345.06

SBUA

Primera edición: noviembre del 2015

© Andrés Páez (coordinador)

© Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Filosofía

Ediciones Uniandes

Calle 19 n.º 3-10, oficina 1401

Bogotá, D. C., Colombia

Teléfono: 339 49 49, ext. 2133

<http://ediciones.uniandes.edu.co>

[infeduni@uniandes.edu.co](mailto:infeduni@uniandes.edu.co)

Facultad de Derecho

Carrera 1.ª n.º 18A-12, Bloque RGC, piso 2

Bogotá, D. C., Colombia

Teléfono: 339 49 49, ext. 4860

<http://derecho.uniandes.edu.co/es/publicaciones>

Departamento de Filosofía

Publicaciones Facultad de Ciencias Sociales

Carrera 1.ª n.º 18A-12, Bloque G, piso 6

Bogotá, D. C., Colombia

Teléfono: 339 49 49, ext. 4819

<http://publicacionesfaciso.uniandes.edu.co>

[publicacionesfaciso@uniandes.edu.co](mailto:publicacionesfaciso@uniandes.edu.co)

ISBN: 978-958-774-216-9

ISBN e-book: 978-958-774-217-6

DOI: <http://dx.doi.org/10.7440/2015.63>

Corrección de estilo: Astrid Paola Molano

Diagramación interior: Karina Betancur Olmos

Diseño de cubierta: Víctor Gómez

Imagen de cubierta: El experto Richard Souviron presenta pruebas dentales en el juicio de Ted Bundy, en junio de 1979.

Foto de Mark T. Foley, State Archives of Florida

Impresión:

Editorial Kimpres sas

Calle 19 sur n.º 69C-17

Teléfono: 413 68 84

Bogotá, D. C., Colombia

Impreso en Colombia – *Printed in Colombia*

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni en su todo ni en sus partes, ni registrada en o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electro-óptico, por fotocopia o cualquier otro, sin el permiso previo por escrito de la editorial.

# Contenido

## Introducción

### La epistemología y el derecho · 1

ANDRÉS PÁEZ

## Primera parte

### Problemas epistemológicos del conocimiento de los hechos · 13

#### 1. Lineamientos generales para una epistemología jurídica · 15

DANNY MARRERO

#### 2. Coherencia, virtud y prueba en el derecho · 37

AMALIA AMAYA

#### 3. La arquitectura de la motivación de las premisas fácticas de las sentencias judiciales · 65

DANIELA ACCATINO

#### 4. Una teoría de la prueba para el ámbito jurídico: probabilidades inciertas, decisiones y explicaciones · 89

ELEONORA CRESTO

## Segunda parte

### Estándares de prueba · 121

#### 5. Estándares múltiples de prueba en medicina y derecho · 123

ANDRÉS PÁEZ

6. Prácticas epistémicas de justificación y estándares de prueba en los razonamientos jurídicos: una reflexión desde la obra tardía de Wittgenstein · 153  
PAMELA LASTRES y CÉSAR HIGA
7. Algunos criterios para reformar los estándares de prueba en el proceso judicial · 167  
SIMONE TRENTO

### **Tercera parte**

#### **El testimonio de los expertos · 183**

8. El testimonio de un experto. Una perspectiva agentiva · 185  
DOUGLAS NIÑO y DANNY MARRERO
9. El argumento de autoridad al interior de la ciencia. La determinación de la causa probatoria más allá de los hechos y de la experiencia factual · 205  
SANDRO R. D'ONOFRIO

#### **Sobre los autores · 221**

#### **Índice de nombres · 227**

# Introducción

## La epistemología y el derecho

ANDRÉS PÁEZ

EN SU FAMOSO ENSAYO “Taking facts seriously”, William Twining (1982) lamentaba que en las escuelas de derecho no se les prestara mayor atención a los problemas teóricos relacionados con la prueba y el establecimiento de los hechos. Aunque el derecho probatorio y el derecho procesal se han dedicado desde siempre al estudio de dichos temas, el énfasis ha estado siempre en el aspecto formal, doctrinal y procedimental, en detrimento de los fundamentos filosóficos y teóricos. En el artículo, Twining hacía un llamado a revivir los proyectos teóricos de Bentham, Thayer y Wigmore, en su exploración de los fundamentos filosóficos del derecho probatorio<sup>1</sup>. Dicha exploración debería combinar no sólo las herramientas tradicionales proporcionadas por la lógica, la gramática y la retórica, sino también los avances hechos en ciencias como la estadística y la probabilidad, la medicina y la psicología forenses, la psicología de la percepción, la epistemología y la filosofía de la ciencia.

Pocos años después, Richard Lempert le puso nombre al giro interdisciplinario que habría de tomar el derecho probatorio. En un artículo en el que describía el estado moribundo del estudio de la prueba jurídica<sup>2</sup>, Lempert señaló el surgimiento de lo que llamó el *new evidence scholarship* (1986, p. 439).

1 Los textos relevantes de estos autores son *Rationale of judicial evidence* (Bentham, 1827), *A preliminary treatise on evidence at the common law* (Thayer, 1898) y *A treatise on the Anglo-American system of evidence in trials at common law* (Wigmore, 1907).

2 “What’s wrong with the twenty-ninth exception to the hearsay rule and how the addition of three words can correct the problem” es el ejemplo ficticio que ofrece Lempert como muestra del tipo de artículo que se solía escribir en el derecho probatorio tradicional.

Este consistiría, según él, en un interés en analizar no sólo las normas, sino también el proceso de prueba con ayuda de disciplinas como las matemáticas, la psicología y la filosofía (pp. 439-440). Con el tiempo, el rótulo terminó siendo asociado más con enfoques probabilísticos de corte bayesiano y con el uso de modelos matemáticos en el análisis del razonamiento judicial. Pero el giro multidisciplinario identificado por Lempert se ha agudizado en el tiempo y ha cambiado radicalmente el derecho probatorio<sup>3</sup>.

Aunque inicialmente las aproximaciones filosóficas al estudio de la prueba estuvieron marcadas por los enfoques formales de la inteligencia artificial y de la teoría de la probabilidad, durante los últimos quince años la epistemología más tradicional se ha interesado, quizás de manera algo tardía, en el derecho. Laudan plantea la relación entre el derecho y la epistemología de la siguiente manera:

[...] un juicio penal es, primaria y esencialmente, un motor *epistémico*, una herramienta utilizada para extraer la verdad de lo que inicialmente será una colección de claves e indicadores. Decir que estamos comprometidos con la reducción de errores en los juicios es otra forma de decir que somos serios acerca de la búsqueda de la verdad. [...] La epistemología jurídica, propiamente concebida, implica tanto a) el proyecto *descriptivo* de determinar cuáles de las reglas existentes promueven y cuáles impiden la búsqueda de la verdad, y b) el proyecto *normativo* de proponer cambios en las reglas existentes para eliminar o modificar aquellas reglas que resulten ser serios obstáculos para encontrar la verdad<sup>4</sup>. (2006, pp. 2-3)

Laudan ha popularizado el término *epistemología jurídica* para referirse a este nuevo enfoque interdisciplinario. Si bien en este libro seguiremos ese uso de la expresión, es necesario advertir que la expresión *epistemología jurídica* es ambigua. Tradicionalmente, el término se había utilizado para hacer referencia al conocimiento *del* derecho. En su nueva acepción, el término designa más bien el estudio de los problemas en torno al conocimiento de los hechos, en el marco de un proceso judicial. Una expresión equivalente sería *filosofía de la prueba jurídica*<sup>5</sup>.

La epistemología jurídica se ha desarrollado de diversas maneras y en diferentes direcciones, que no necesariamente siguen la caracterización de Laudan.

3 Park y Saks (2006) ofrecen un panorama muy amplio de los alcances multidisciplinarios del nuevo derecho probatorio. Véase también Pardo (2013).

4 La traducción es mía.

5 Agradezco a uno de los evaluadores anónimos por haber insistido en la necesidad de hacer esta aclaración.

Por una parte, algunos filósofos de la ciencia, como Paul Thagard (2004, 2005) y Susan Haack (2014), han examinado varios aspectos del derecho probatorio con herramientas conceptuales usadas más comúnmente en el análisis del razonamiento científico. Por otra parte, la epistemología social, a través de autores como Alvin Goldman (1999, 2002, 2003), Deborah Tollefsen (2004) y Jennifer Lackey (2008), se ha aproximado al derecho mediante el análisis de problemas tales como la justificación del testimonio, la formación de creencias grupales por parte de los jurados y la determinación de la experticia en el caso de las pruebas periciales<sup>6</sup>.

Aunque estos desarrollos teóricos se han dado principalmente en el derecho anglosajón, en el ámbito hispanoamericano se ha comenzado a dar un giro parecido. Hace una década, Michele Taruffo hacía un diagnóstico muy similar al de Twining y Lempert con respecto al estado de los problemas teóricos relacionados con la prueba y el establecimiento de los hechos en el derecho continental:

[...] con pocas aunque significativas excepciones, los aspectos teóricos y filosóficos de la prueba han sido ampliamente olvidados tanto por los filósofos como por los juristas; estos últimos, por su parte, se han ocupado de forma casi exclusiva de las normas positivas que regulan la admisibilidad, la práctica y la valoración de las pruebas en los específicos ámbitos procesales. Por otra parte, en la mayoría de los pocos casos en los que se afrontan los problemas filosóficos de la prueba, los juristas han demostrado ser pésimos filósofos y han obtenido resultados muy modestos e incluso risibles. (2005, p. 12)

En los últimos años, esta situación ha cambiado de manera radical gracias al trabajo de varios académicos en diferentes lugares de Iberoamérica. Obras como *Los hechos en el derecho*, de Marina Gascón (1999); *Prueba y verdad en el derecho* (2005) y *La valoración racional de la prueba* (2007), de Jordi Ferrer; *Prueba y estándares de prueba en el derecho*, compilado por Juan Antonio Cruz Parceró y Larry Laudan (2010); *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, compilado por Daniela Accatino (2010); y un número reciente de la revista *Isonomía* (n.º 40) dedicado a la prueba desde una perspectiva latinoamericana, editado por Amalia Amaya y Raymundo Gama, son, entre muchas otras obras, la mejor demostración del interés creciente en estos temas<sup>7</sup>.

6 Véase Leiter (2001) para una perspectiva general de la relación entre el derecho probatorio y la epistemología social.

7 Es innegable, además, la influencia que ha tenido en Iberoamérica la obra del procesalista italiano Michele Taruffo, en particular su libro *La prova dei fatti giuridici* (1992).

También se han llevado a cabo varios eventos que han logrado reunir a la naciente comunidad de filósofos y juristas interesados en los problemas epistemológicos del derecho. En junio del 2012, se llevó a cabo el *I Workshop Internacional de Epistemología Jurídica*, organizado por Rachel Herdy en la Universidad Federal de Río de Janeiro. En junio del 2013, se organizó el *I Encuentro Latinoamericano de Epistemología Jurídica* en la Universidad de los Andes, y en septiembre del 2014, se llevó a cabo la segunda versión de este encuentro en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

El presente libro pretende contribuir a este giro en el estudio de la prueba jurídica. Su propósito es difundir algunas de las líneas de investigación más relevantes en torno a la epistemología jurídica en el ámbito latinoamericano. Algunos de los ensayos fueron presentados en versión preliminar en el *I Encuentro Latinoamericano de Epistemología Jurídica*, y otros son contribuciones escritas especialmente para este volumen. La primera parte del libro está dedicada al estudio de varios de los problemas epistemológicos generales que surgen en el conocimiento de los hechos, en el marco de un proceso judicial. La segunda está dedicada al problema de los estándares de prueba y la tercera, a la prueba pericial. En conjunto, los artículos nos muestran una comunidad académica en diálogo con la tradición anglosajona del *new evidence scholarship*, pero al mismo tiempo revelan una preocupación por las diferentes variantes del derecho que existen a lo largo y ancho del continente. A continuación presentaré brevemente cada una de las contribuciones, comenzando con aquellas dedicadas a los problemas generales de la epistemología jurídica.

En el ensayo inicial, titulado “Lineamientos generales para una epistemología jurídica”, Danny Marrero hace un estudio de las diferentes perspectivas epistemológicas que se han adoptado para analizar los procesos jurídicos. En particular, Marrero considera que tanto la perspectiva individualista de la epistemología tradicional, centrada en la justificación de las creencias de un agente, como la perspectiva social, más en boga en nuestros días, excluyen elementos fundamentales del proceso. Como alternativa, Marrero ofrece una aproximación “centrada en las agendas epistemológicas que les son asignadas a los operadores jurídicos, en función de sus roles procesales”. Los agentes jurídicos nunca son individuos totalmente independientes. Sus acciones están definidas por propósitos institucionales que determinan sus tareas cognitivas. Pero si el diseño institucional presenta obstáculos en la búsqueda de la verdad, los agentes no podrán cumplir sus tareas cognitivas. La perspectiva basada en las agendas epistemológicas permite considerar tanto el cumplimiento individual de la agenda propuesta como sus virtudes, dictadas por el diseño institucional. De esa forma, se integran la perspectiva individual y la social. La propuesta está sólo esbozada, pero ofrece un campo de desarrollo promisorio para la epistemología jurídica.

La contribución de Amalia Amaya, titulada “Coherencia, virtud y prueba en el derecho”, también hace un planteamiento general acerca de la dirección en la que se debe desarrollar la epistemología jurídica. A su juicio, “una epistemología jurídica adecuada debe asentarse, de manera fundamental, en dos grandes pilares: la idea de coherencia y la idea de virtud”. El coherentismo, una posición que Amaya ha defendido en varios escritos recientes (2013, 2015), ofrece la mejor alternativa para la justificación de las conclusiones acerca de los hechos. Sin embargo, el coherentismo por sí solo no es suficiente. Hay casos en los que la teoría sobre el caso que mejor satisface los criterios de coherencia no parece estar justificada. Esto puede ocurrir por dos razones fundamentales. Por un lado, la base de coherencia, es decir, el conjunto de pruebas e hipótesis relevantes que sirven de fundamento para la construcción de la teoría sobre el caso, puede ser el resultado de un proceso de investigación defectuoso e insuficiente, ya sea por negligencia o por sesgos en la selección de la información. Por otro lado, los procesos utilizados para calcular la coherencia pueden ser defectuosos. Por ejemplo, el juez o el jurado puede distorsionar un proceso al “maximizar la coherencia sobrevalorando el grado de coherencia de ciertas alternativas e infravalorando el grado de coherencia de otras”.

Debido a que es posible alcanzar la coherencia de una manera epistémicamente irresponsable, es necesario imponer una condición adicional a su proceso de maximización. El proceso tiene que llevarse a cabo de tal manera que cualquier agente *epistémicamente responsable* habría llegado a la misma conclusión en circunstancias similares. La tesis principal de Amaya es que el coherentismo tiene que complementarse con una cláusula de responsabilidad. Las secciones finales del ensayo están dedicadas a explicar el lugar de la responsabilidad epistémica en una teoría coherentista y a defender una concepción aretaica de la responsabilidad epistémica, en la cual, según la autora, “un agente es epistémicamente responsable si exhibe un conjunto de virtudes intelectuales”. El ensayo concluye con una interesante reflexión acerca de las tareas pendientes con el fin de adaptar una epistemología basada en virtudes al ámbito de la prueba jurídica.

Las razones que justifican las decisiones judiciales deben conformarse a criterios de racionalidad epistémica. Lo mismo ocurre con las razones que fundamentan la determinación de la ocurrencia o no de los hechos constitutivos de un caso. Sin embargo, como afirma Daniela Accatino, en “La arquitectura de la motivación de las premisas fácticas de las sentencias judiciales”, no es claro ni en la doctrina procesal ni en la práctica judicial qué cuenta como una motivación completa y suficiente de la decisión de tener por probados ciertos hechos. Existen en general dos aproximaciones, una holista y una atomista, a la forma en que debe estructurarse la motivación de las premisas fácticas de una sentencia. Ninguna de las dos está exenta de problemas. La holista, con su énfasis en la coherencia explicativa y el acople de cada elemento probatorio a la narración de

los hechos, no logra llevar a cabo un examen crítico de la calidad epistémica de cada elemento de prueba individual. Por su parte, las aproximaciones atomistas tradicionales, basadas en el análisis probabilístico bayesiano o baconiano, o en el *chart method* de Wigmore, descuidan la construcción y la comparación de relatos globales acerca de los hechos del caso.

Tras mostrar la insuficiencia de cada planteamiento, Accatino ofrece un modelo híbrido de motivación probatoria. Su punto de partida son las aproximaciones argumentativas de la prueba (p. ej. Walton, 2002), “centradas en el análisis de los modelos de inferencias y de los esquemas de argumentos a través de los cuales se establece y se examina críticamente la conexión entre las pruebas y las hipótesis acerca de los hechos en un proceso judicial”. Esta propuesta, que hace un marcado énfasis en los elementos atómicos del proceso, debe ser complementada con consideraciones de tipo holista. Por un lado, es necesario lograr la integración de las proposiciones fácticas entre sí; por el otro, estas deben poder integrarse “en el relato de un *caso individual* que, considerado como un todo, corresponde a una realización concreta del *caso genérico* previsto por las normas jurídicas aplicables”.

La justificación de las decisiones judiciales también es el tema de “Una teoría de la prueba para el ámbito jurídico: probabilidades inciertas, decisiones y explicaciones”, de Eleonora Cresto. En el ensayo, la autora ofrece un modelo de inferencia a la mejor explicación (IME) basado en herramientas de la teoría de la decisión. A diferencia de otros modelos de IME utilizados en el ámbito jurídico<sup>8</sup>, que tienen un carácter sólo cualitativo, Cresto utiliza funciones de probabilidad personal para representar los grados de creencia de los agentes judiciales y funciones de utilidad epistémica para las hipótesis contempladas en el transcurso del proceso. La propuesta tiene raíces bayesianas, pero se aparta del bayesianismo ortodoxo al permitir el uso de reglas de decisión epistémica.

El modelo parte de la idea de que las decisiones judiciales pueden ser descompuestas en varios momentos. En concreto, hay un primer momento al final del juicio en el que el agente judicial debe comenzar a evaluar la totalidad de las pruebas presentadas. Según el modelo, el agente deberá construir historias alternativas del caso compatibles con las pruebas, las cuales deberán tener la estructura de una red con nodos causales. Cada nodo es un evento conectado causalmente con los demás eventos de la red. En un segundo momento, el agente impone sobre el diagrama probabilidades condicionales y evalúa las utilidades epistémicas de las hipótesis rivales correspondientes a nodos particulares. En la mayoría de los casos, las hipótesis en cuestión simplemente afirmarán o

8 Véase, por ejemplo, Allen y Pardo (2008) y Amaya (2009).

negarán la ocurrencia del evento correspondiente a ese nodo. Con estas medidas, el agente lleva a cabo sucesivas IME sobre sucesivos nodos. En un tercer momento, el agente debe actualizar su confianza en la culpabilidad o inocencia del imputado a través de una IME. En este último paso, las utilidades implicadas difieren de las de los pasos anteriores, pues convergen metas epistémicas y prácticas. En particular, se debe considerar la utilidad o desutilidad de condenar al imputado. Con base en algunas ideas de Levi (1980), Cresto logra combinar los elementos epistémicos y prácticos para alcanzar una decisión acerca de la hipótesis de culpabilidad.

La segunda parte del libro está dedicada a los estándares de prueba. Existe una gran controversia acerca de cuál debe ser el nivel de prueba que se debe exigir para establecer diferentes tipos de hechos en el transcurso de un proceso judicial. El criterio más mencionado para establecer el estándar son las consecuencias jurídicas de una decisión judicial. Pero existen otras consideraciones que deben ser tenidas en cuenta, como lo ilustran algunos de los ensayos incluidos en esta sección.

En “Estándares múltiples de prueba en medicina y derecho”, Andrés Páez presenta una crítica a las teorías bayesianas de la evidencia y propone una nueva aproximación probabilística que resuelve varios de los problemas detectados en las teorías ortodoxas. El punto de partida es la idea de que la evidencia —o las pruebas, como son denominadas comúnmente en el derecho— es un concepto umbral con respecto a la probabilidad: debe haber una masa crítica de probabilidad, por así decirlo, para que un hecho se convierta en evidencia a favor de una hipótesis. Aunque en la literatura hay otras teorías de la evidencia que postulan la existencia de umbrales, el ensayo introduce una teoría diferente: la teoría de los umbrales múltiples. A partir de la manera en que la evidencia es en efecto utilizada en contextos científicos, médicos y jurídicos, Páez defiende la idea de que la evidencia viene en grados que corresponden a intervalos de valores de probabilidad para la hipótesis que se pone a prueba.

El reto principal de la teoría de los umbrales múltiples es mostrar que los intervalos de probabilidad pueden ser determinados de una manera no arbitraria. El ensayo muestra cómo en la medicina existen dos tipos de umbrales, el umbral de tratamiento y el umbral de prueba, que se determinan a partir de la combinación del análisis estadístico y de los costos y beneficios de cada tratamiento o examen diagnóstico. En la última parte del ensayo, Páez establece un paralelo entre la forma en que estos umbrales son establecidos en la medicina y la manera en que se interpretan los estándares de prueba utilizados en el derecho. Aunque el paralelo no es exacto, el ejemplo de la medicina sugiere nuevos caminos de estudio para entender los estándares de prueba en el derecho.

¿Qué significa reconocer que el nivel de certeza que se exige a un juez para tomar una decisión puede variar según el caso? En “Prácticas epistémicas de justificación y estándares de prueba en los razonamientos jurídicos: una reflexión desde la obra tardía de Wittgenstein”, Pamela Lastres Dammert y César Higa Silva sostienen que los derechos en juego y el contexto social e histórico tienen un peso significativo cuando el juez da por cierta una determinada teoría del caso. Los autores usan el ejemplo de la lucha contrasubversiva en el Perú, para mostrar cómo durante los años más violentos de la historia reciente el Estado adoptó una serie de medidas que disminuyeron o recortaron las garantías a los acusados por terrorismo, entre ellas: procesos a cargo de jueces sin rostro, leyes de colaboración eficaz o delación pública y la reducción del estándar de prueba. ¿Qué justificó estas prácticas? Para responder esta pregunta, los autores se basan en Wittgenstein, en particular, en su idea de que una prueba suficiente de un enunciado pertenece a la descripción de un juego de lenguaje, el cual, a su vez, está determinado por un contexto y unos intereses en juego. A primera vista esta posición justificaría las medidas tomadas por el Estado peruano. Sin embargo, los autores sostienen que el contextualismo de los estándares de prueba no es inmune a la crítica, ni está abierto al relativismo. Lo que sucedió en el Perú fue justamente una ausencia de una discusión reflexiva, en la cual se han debido poner de presente los intereses en juego. Ante la ausencia de tal discusión, la adopción de dichas medidas fue claramente injustificada.

La exploración de la idea de estándares de prueba variables continúa en el siguiente ensayo, titulado “Algunos criterios para reformar los estándares de prueba en el proceso judicial”, de Simone Trento. Tras criticar la aplicabilidad uniforme de los estándares de prueba tradicionales a grupos previamente definidos de casos, Trento estudia la posibilidad y la necesidad de adopción de otros criterios, como el grado de cooperación procesal y la dificultad en la obtención de las pruebas para determinar el estándar. Una característica de estos criterios es que su aplicabilidad sólo puede ser conocida durante el transcurso del proceso, lo cual hace imposible establecer de antemano un estándar para todos los casos similares.

La sección final del libro está dedicada a uno de los temas más discutidos en la epistemología jurídica: el testimonio de los expertos o peritos en un proceso judicial. A raíz del famoso caso *Daubert* (1993), en el ámbito anglosajón se produjo una verdadera avalancha de literatura en torno al papel de los expertos y de las pruebas científicas. Aunque gran parte de esta literatura se refiere a las particularidades del sistema jurídico estadounidense, también surgieron aproximaciones epistemológicas más generales al problema del testimonio de expertos, tales como Allen (1994), Allen y Nafisi (2010), Golanski (2001) y Haack (2003, 2005), por citar algunos.

El principal reto al que se enfrentan los juzgadores de los hechos en el proceso judicial es establecer si el supuesto experto en efecto posee el conocimiento requerido para la aclaración de los hechos en litigio. En “El testimonio de un experto. Una perspectiva agentiva”, Douglas Niño y Danny Marrero identifican dos posiciones al respecto. Por un lado, los invariantistas afirman que el juez o el jurado debe educarse y adquirir el mismo conocimiento que posee el experto; por el otro, los contextualistas consideran que sólo tienen que comprender lo estrictamente necesario para tomar una decisión a la luz de los demás hechos del caso. Los autores consideran que ambas posiciones son erróneas. Después de hacer una aguda crítica de ambas, proponen una forma diferente de entender las adjudicaciones de conocimiento, que se basa en el trabajo de Gabbay y Woods (2003) sobre agentes y agendas epistémicos. En un proceso judicial, el juzgador de los hechos y el experto tienen agendas diferentes. El primero tiene una agenda de arribo epistémico, de formación de una creencia, mientras que el segundo tiene una agenda de presentación y defensa epistémica. Cada una de estas puede tener diferentes grados de precisión, concreción y robustez, pero la meta en el contexto de un proceso judicial es poder compaginarlas para que el testimonio de un experto cumpla su función. La perspectiva agentiva es una aproximación novedosa que puede traer aire fresco a una discusión que se encuentra un tanto estancada.

En el ensayo final del libro, titulado “El argumento de autoridad al interior de la ciencia. La determinación de la causa probatoria más allá de los hechos y de la experiencial factual”, Sandro R. D’Onofrio nos ofrece una interesante reflexión acerca de cómo la gran mayoría de disputas científicas se deben resolver acudiendo al testimonio de expertos. Su análisis tiene claras implicaciones para el derecho, como él mismo lo sugiere, especialmente cuando las posiciones de los expertos deben ser explicadas a un lego. Según D’Onofrio, ante la imposibilidad de contar con una objetividad perfecta, las decisiones últimas acerca de la escogencia entre teorías rivales deben recurrir al juicio de las voces más autorizadas de la comunidad científica. De inmediato surge la pregunta acerca de cómo se constituye una autoridad en la ciencia: ¿quién califica como experto?, ¿cómo se obtiene el reconocimiento como autoridad cognitiva por parte de los pares?, ¿cómo podemos estar seguros de que la opinión del experto representa la opinión vigente en la comunidad científica? D’Onofrio no está interesado en cómo se constituye política o sociológicamente una autoridad cognitiva *de iure*. Su interés reside en encontrar los criterios que nos ayuden a identificar y aceptar la opinión de los expertos *de facto*. El autor considera que el análisis debe ir dirigido a establecer las condiciones de competencia y confiabilidad de los expertos, sin ignorar que inevitablemente hay elementos retóricos y psicológicos que afectarán nuestra aceptación de sus afirmaciones.

En síntesis, el libro ofrece una amplia variedad de aproximaciones a los problemas epistemológicos del derecho, desde análisis que aplican la teoría de la probabilidad, pasan por la teoría agentiva, las aproximaciones argumentativas de la prueba, hasta Wittgenstein y el análisis de las virtudes epistémicas. En conjunto, los nueve ensayos revelan que existe una comunidad académica latinoamericana comprometida con el proyecto de lograr que la epistemología jurídica ocupe un lugar central en las reflexiones del derecho probatorio y de la filosofía contemporánea.

### Referencias

- ACCATINO, Daniela (Ed.). (2010). *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*. Santiago: Abeledo Perrot.
- ALLEN, Ronald J. (1994). Expertise and the *Daubert* decision. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 84, 1157-1175.
- ALLEN, Ronald J., & Nafisi, Esfand. (2010). *Daubert* and its discontents. *Brooklyn Law Review*, 76, 131-166.
- ALLEN, Ronald, & Pardo, Michael. (2008). Juridical proof and the best explanation. *Law and Philosophy*, 27, 223-268.
- AMAYA, Amalia. (2009). Inference to the best legal explanation. En H. Kaptein, H. Prakken, & B. Verheij (Eds.), *Legal evidence and proof: Statistics, stories, logic*. Aldershot: Ashgate Publishing.
- (2013). Coherence, evidence, and legal proof. *Legal Theory*, 19, 1-43.
- (2015). *The tapestry of reason: An inquiry into the nature of coherence and its role in legal argument*. Oxford: Hart Publishing.
- BENTHAM, Jeremy. (1827). *Rationale of judicial evidence*. Editado por John Stuart Mill. Londres: Hunt & Clark.
- CRUZ PARCERO, Juan Antonio, & Laudan, Larry. (Eds.). (2010). *Prueba y estándares de prueba en el derecho*. México: Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM.
- Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.* 509 U. S. 579 (1993).
- FERRER, Jordi. (2005). *Prueba y verdad en el derecho* (2.<sup>a</sup> edición). Madrid: Marcial Pons.
- (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- GABBAY, DOV, & Woods, John. (2003). *Agenda relevance. A study in formal pragmatics. A practical logic of cognitive systems* (vol. 1). Amsterdam: Elsevier.
- GASCÓN, Marina. (1999). *Los hechos en el derecho. Bases argumentales sobre la prueba*. Madrid: Marcial Pons.

- GOLANSKI, Alani. (2001). Why legal scholars get *Daubert* wrong: A contextualist explanation of law's epistemology. *Whittier Law Review*, 22, 653-721.
- GOLDMAN, Alvin. (1999). *Knowledge in a social world*. Oxford: Clarendon Press.
- (2002). Quasi-objective Bayesianism and legal evidence. *Jurimetrics*, 42, 237-260.
- (2003). Simple heuristics and legal evidence. *Law, Probability and Risk*, 2, 215-226.
- HAACK, Susan. (2003). Disentangling *Daubert*: An epistemological study in theory and practice. *APA Newsletter on Philosophy and Law*, 3, 18-22.
- (2005). Trial and error: The Supreme Court's philosophy of science. *American Journal of Public Health*, 95, S66-S73.
- (2014). *Evidence matters*. Nueva York: Cambridge University Press.
- LACKEY, Jennifer. (2008). *Learning from words. Testimony as a source of knowledge*. Oxford: Oxford University Press.
- LAUDAN, Larry (2006). *Truth, error and criminal law: An essay in legal epistemology*. Cambridge: Cambridge University Press. Traducción al español: *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- LEITER, Brian. (2001). Prospects and problems for the social epistemology of evidence law. *Philosophical Topics*, 29, 319-332.
- LEMPERT, Richard. (1986). The new evidence scholarship: Analyzing the process of proof. *Boston University Law Review*, 66, 439-477.
- LEVI, Isaac. (1980). *The enterprise of knowledge*. Cambridge: MIT Press.
- PARDO, Michael S. (2013). The nature and purpose of evidence theory. *Vanderbilt Law Review*, 66, 547-613.
- PARK, Roger C., & Saks, Michael J. (2006). Evidence scholarship reconsidered: Results of the interdisciplinary turn. *Boston College Law Review*, 47, 949-1031.
- TARUFFO, Michele. (1992). *La prova dei fatti giuridici*. Milán: Giuffrè. Traducción castellana: *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2002.
- (2005). Prólogo. En Ferrer, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho* (2.<sup>a</sup> edición). Madrid: Marcial Pons.
- THAGARD, Paul. (2004). Causal inference in legal decision making: Explanatory coherence vs. Bayesian networks. *Applied Artificial Intelligence*, 18, 231-249.
- (2005). Testimony, credibility, and explanatory coherence. *Erkenntnis*, 63, 295-316.
- THAYER, James Bradley. (1898). *A preliminary treatise on evidence at the common law*. Boston: Little, Brown, and Company.

- TOLLEFSEN, Deborah. (2004). Collective epistemic agency. *Southwest Philosophy Review*, 20, 55-66.
- TWINING, William. (1982). Taking facts seriously. En N. Gold (Ed.), *Essays on legal education*. Toronto: Butterworth & Co.
- (2006). *Rethinking evidence: Exploratory essays*. Cambridge: Cambridge University Press.
- WALTON, Douglas. (2002). *Legal argumentation and evidence*. University Park: Pennsylvania State University Press.
- WIGMORE, John Henry. (1904). *A treatise on the Anglo-American system of evidence in trials at common law: Including the statutes and judicial decisions of all jurisdictions of the United States and Canada*. Boston: Little, Brown, and Company.

**Primera parte**

**Problemas epistemológicos  
del conocimiento de los hechos**



# 1

## Lineamientos generales para una epistemología jurídica

DANNY MARRERO

### I. Introducción

LAS TEORÍAS DE LA epistemología jurídica optan por una de dos opciones metodológicas: la epistemología individual o la epistemología social. Mientras la primera se ocupa de las condiciones bajo las cuales es correcto afirmar que un agente jurídico tiene una creencia justificada, la segunda evalúa la manera como los sistemas jurídicos alcanzan sus fines epistemológicos: la búsqueda de la verdad o la evitación de errores. Al escoger sus objetos de estudio, dichas teorías dependen de conjuntos específicos de información y son independientes de otros. Por una parte, mientras el individualismo metodológico depende de las justificaciones epistemológicas, es decir, de las pruebas que los agentes jurídicos poseen en un momento específico, la perspectiva social es dependiente de los procesos sociales de adquisición de conocimiento jurídico. Por la otra, mientras la aproximación individualista es independiente de los diseños institucionales, la epistemología social es libre de evaluar los aspectos epistemológicos internos de los agentes jurídicos. El problema es que la información excluida por estas opciones metodológicas debilita su poder explicativo. Primero, porque el conocimiento jurídico no es alcanzado por agentes jurídicos individualmente considerados. Por ejemplo, en un juicio el juzgador de los hechos, ya sea un juez o un jurado, sólo alcanza este conocimiento gracias a la información que las partes en litigio le presentan. Segundo, porque los objetivos epistemológicos del derecho no dependen sólo de buenos diseños

---

Para citar este artículo: <http://dx.doi.org/10.7440/2015.65>

legislativos, sino también de la correcta ejecución de los roles epistemológicos asignados a agentes legales específicos. Si esto es así, entonces la epistemología jurídica individual no explica correctamente los procesos de adquisición de conocimiento jurídico, porque no da cuenta de los diseños institucionales que permiten la adquisición y transmisión del conocimiento jurídico. Además, esta perspectiva no da cuenta de la manera como los agentes jurídicos interactúan en búsqueda del conocimiento. Otro tanto se podría decir de la epistemología jurídica social. Dado que esta aproximación no tiene en cuenta a los agentes jurídicos individuales, no puede explicar cómo las acciones de dichos agentes posibilitan o frustran la consecución de objetivos epistémicos en el derecho.

Desde mi perspectiva, las insuficiencias teóricas de la epistemología jurídica social y de la individual se solucionan con una teoría capaz de integrar la información incluida y excluida por dichas teorías. En otras palabras, con una teoría que muestre la manera como los agentes jurídicos, individualmente considerados, adquieren conocimiento; pero que también pueda explicar las diferentes formas en las que los agentes jurídicos interactúan y la manera en que las instituciones jurídicas afectan la adquisición de conocimiento. Para ello, propongo reducir la epistemología jurídica individual y la social a una epistemología jurídica centrada en las agendas epistemológicas que les son asignadas a los operadores jurídicos, en función de sus roles procesales. La idea de centrarse en los agentes epistemológicos para la solución de problemas cognitivos no es nueva. Recientes trabajos en epistemología general rescatan el valor teórico de la agencia epistémica. John Greco (2011) afirma que la epistemología de la virtud se ocupa de las propiedades normativas de los agentes cognitivos, y no de las creencias que ellos tienen. La epistemología del testimonio de Jennifer Lackey (2008) estudia el carácter epistemológico de los agentes relacionados en un intercambio testimonial: el testigo y el oyente. Algunas teorías de la epistemología de grupos estudian las propiedades esenciales de la agencia cognitiva, para aplicarla al conocimiento grupal (Mathiesen, 2011; Tollefsen, 2004). Yo propongo estudiar la agencia cognitiva de los operadores y las instituciones jurídicas.

El libro *A philosophy of evidence law* de Ho Hock Lai (2008) ilustra perfectamente el problema tratado en este ensayo y la virtud explicativa de mi solución. Ho afirma que los estudios que se ocupan de la determinación jurídica de los hechos en el litigio deben optar entre dos perspectivas que él denomina *externa e interna* (2008, p. 46). Mientras la primera asume el rol del diseñador del sistema jurídico, por ejemplo, el legislador, la segunda adopta el rol del agente moral encargado de determinar los hechos, por ejemplo, el juez. Ho también reconoce que estas opciones, individualmente consideradas, no pueden revelar la complejidad de la adquisición de conocimiento en el derecho (p. 46). Si esto es así, entonces las teorías de la epistemología jurídica tienen