

Respeto, verdad y eliminación del error en el proceso: un balance de la contribución de Levanon a la teoría general de la prueba¹

Respect, truth, and error-elimination in a judicial process: Discussing Levanon's contribution to the general theory of legal evidence

Edgar Aguilera

 <https://orcid.org/0000-0003-0119-0515>

Universidad de Girona. España
Correo electrónico: edgar.aguilera@udg.edu

Recepción: 12 de septiembre de 2024

Aceptación: 16 de noviembre de 2024

Publicación: 5 de febrero de 2025

DOI: <https://doi.org/10.22201/ij.24487937e.2025.19.19527>

Resumen: El objetivo del trabajo es debatir los argumentos de la obra de Liat Levanon (2022), *Evidence, respect, and truth*. La primera parte presenta estos argumentos con un grado considerable de detalle; en la segunda, se hace un balance de su contribución a la teoría general de la prueba jurídica actual. En el balance se identifican sus aspectos positivos y negativos. Entre los primeros destaca que tener en cuenta el modelo de Levanon permite trazar mejor la distinción entre concepciones (subjetivistas y racionalistas) de la prueba y entre versiones (no-doxásticas y doxásticas) del racionalismo probatorio; por lo tanto, también permite señalar los principales problemas de cada una y algunas sugerencias de solución. Su principal desventaja es que termina diluyendo la importancia de haber argumentado que el respeto a las partes requiere del mejor esfuerzo por eliminar el error.

Palabras clave: prueba jurídica; concepciones subjetivista y racionalista de la prueba; racionalismo probatorio no-doxástico y doxástico; prueba y eliminación del error.

¹ Agradezco los atinados comentarios y observaciones de las personas dictaminadoras de este trabajo, así como los de Víctor García Yzaguirre, Carmen Vázquez, Marianela Delgado, Livia Moscatelli, Jordi Ferrer, Natalia Scabuzzo, Federico Arena, Pablo Navarro, Giulia Fardim, Catalina Tassin, Diego Dei Vecchi y Kenneth Himma.

Abstract: The article's goal is to debate Liat Levanon's (2022) arguments as deployed in her recent book *Evidence, respect, and truth*. The first part introduces such arguments with considerable detail, while the second addresses their contribution to the contemporary general theory of legal evidence and proof. A crucial positive aspect of Levanon's proposal is that it allows for a better way to distinguish between subjectivist and rationalist accounts of legal evidence, and between non-doxastic and doxastic versions of the latter. Its main disadvantage though is that the important insight that respect for the parties requires the best effort to eliminate error ends up weakened.

Keywords: legal evidence; subjectivist and rationalist accounts of legal evidence; non-doxastic and doxastic evidential rationalism; evidence and error elimination.

Sumario: I. Introducción. II. Los argumentos centrales de Levanon. III. Balance de la contribución de Levanon a la teoría general de la prueba. IV. Referencias.

I. Introducción

En 2022 la profesora Liat Levanon,² de la Universidad King's College London, publicó su libro *Evidence, respect, and truth; knowledge and justice in legal trials* (Hart Publishing).³ En mi opinión, se trata de un trabajo que contiene argumentos interesantes que, modesta pero firmemente, hacen avanzar la discusión sobre los fundamentos filosóficos de las prácticas probatorias al interior de un proceso judicial.⁴ Por esa razón, vale la pena darlos a conocer a un público más amplio, y debatir con ellos; lo que pretendo hacer en esta oportunidad.

² <https://www.kcl.ac.uk/people/liat-levanon>

³ En el título de este trabajo, a diferencia de lo que ocurre en el de la obra de Levanon, he puesto el *respeto* al inicio, pues, como se verá después, es ese el valor que carga con todo el peso de la argumentación de la autora. Así, en lugar de incluir a las pruebas (o la "evidence" como le llaman en la tradición del *common law*), me he referido a la "eliminación del error", pues ese es el objetivo prioritario del empleo de pruebas en un proceso, de acuerdo con Levanon.

⁴ Esta, por supuesto, es una opinión que las personas lectoras pueden o no terminar compartiendo. En todo caso, mi intención es difundir las bases sobre las que cada quien pueda formular la propia.

En la primera parte expondré, con un grado considerable de detalle, los argumentos e ideas que me parecen centrales de la obra citada. La segunda parte contiene un balance, que destaca los aspectos positivos y negativos de una postura como la de la autora. En síntesis, los aspectos positivos son los siguientes: 1) permite afinar la distinción entre concepciones (subjetivistas y racionalistas) de la prueba en el derecho y entre versiones (no-doxásticas y doxásticas) del racionalismo probatorio, así como identificar los principales problemas de cada una, y 2) enriquece el panorama de argumentos morales a favor de considerar a la averiguación de la verdad como el objetivo prioritario de la actividad probatoria en el proceso judicial, lo que provee mejores bases para sostener, por un lado, que al menos los veredictos positivos que atribuyen responsabilidad penal o civil requieren de la afirmación, de parte de la persona juzgadora, de que han tenido lugar los hechos jurídicamente relevantes; como para rechazar, por el otro, al bayesianismo, en lo que toca a la estructura general del razonamiento probatorio.

Su principal desventaja, sin embargo, es que no le hace justicia al proyecto deontológico que pudo y debió surgir (dadas sus premisas de partida) en lo que respecta a la elección de un estándar de prueba. Esto termina diluyendo la importancia de haber argumentado que el respeto a las partes requiere del mejor esfuerzo, a efectos de eliminar la posibilidad de error.

II. Los argumentos centrales de Levanon

1. *Por respeto y en honor a la verdad, no se debe afirmar nada sin antes saberlo*

El título de esta sección, a mi juicio, captura la tesis central del libro de Levanon. Esta frase puede leerse como un principio fundamental que debe guiar a las personas juzgadoras al encarar su labor; y, a su vez, como un rasgo esencial que el proceso judicial debe te-

ner, a saber, el de conformar un entorno institucional que promueva la observancia de ese principio.

Cabe destacar que, para la autora, las dos partes que comúnmente contienden en una disputa judicial serían beneficiarias del principio referido. Si ponemos como ejemplo la materia penal, lo anterior implica, tanto para la presunta víctima como para la persona acusada, que quien juzga no afirmará que la primera fue objeto de un delito ni que la segunda lo cometió, salvo que sepa que así fueron las cosas.

Pues bien, con base en la reconstrucción que hago de los apartados conducentes de su trabajo (Levanon, 2022, pp. 1-7, 11-33, 45-57, 61-80), la autora parte del presupuesto —aceptable a mi modo de ver— de que generalmente en los casos de los que conocen las personas juzgadoras están involucrados al menos dos conflictos. Estos surgen por la defensa que cada parte hace 1) de su propia versión de los hechos y 2) de sus propias pretensiones jurídicas; versiones y pretensiones típicamente enfrentadas o incompatibles. Al primero de ellos, Levanon lo llama el conflicto sobre la verdad; al segundo, el conflicto sobre la justicia. Por lo tanto, de acuerdo con la autora, un aspecto crucial de la labor jurisdiccional consiste en dar respuesta a las cuestiones que ambos conflictos plantean; es decir, tanto a la cuestión de ¿cuál de las versiones fácticas es la verdadera (en el sentido de reflejar lo que en realidad aconteció)?⁵ como a la de ¿cuál de las pretensiones es jurídicamente adecuado favorecer?⁶

Dada la seriedad de las cuestiones involucradas —como se dijo, la verdad y la justicia— las soluciones que a ellas se brinden no deben tomarse a la ligera. Tan es así que, según Levanon, estas no pueden admitir concesiones ni medias tintas. En otras palabras, “tal o cual cosa es lo que más o menos puede decirse que ocurrió (o lo que probablemente sucedió)” y “tales o cuales son aproximadamente las consecuencias que el ordenamiento

⁵ Conocida también como la *quaestio facti*.

⁶ A la que suele denominarse la *quaestio iuris*.

prevé (o que parece prever) para estos casos”, no son respuestas adecuadas.

Y es que la expectativa razonable de la ciudadanía es que los casos que llegan a tribunales sean decididos por personas juzgadoras que reconocen la responsabilidad de su rol institucional y que, por tanto, se atreven a hacer afirmaciones categóricas fundadas respecto de las cuestiones reseñadas, asumiendo las consecuencias a que haya lugar. Sólo en el marco de esa clase de afirmaciones de parte de las personas operadoras judiciales⁷ es que tiene sentido que los miembros de la sociedad estén dispuestos a aceptar como legítima la imposición de la diversa gama de sanciones, penas y castigos que el derecho contempla.

Lo anterior tiene importantes repercusiones para responder a la cuestión que plantea el llamado conflicto sobre la verdad. Recuérdese que esa cuestión es la de cuál de las versiones fácticas típicamente incompatibles que las partes ofrecen es la narrativa verdadera.⁸ Recuérdese también que dicha cuestión debe ser respondida con una afirmación categórica acerca de los hechos que se considera que ocurrieron. Pues bien, según Levanon, si dicha afirmación ha de estar racionalmente fundada,⁹ debe basarse en unas pruebas y en un procedimiento inferencial,¹⁰ aptos ambos *para eliminar el error*, si no del todo, hasta donde las limitaciones humanas lo permitan.

Para entender mejor el pensamiento de Levanon conviene que tengamos mayor claridad con respecto a lo que para ella significa que valores como la verdad, la justicia y, como veremos después, también el respeto, no admitan concesiones. En breve,

⁷ Quienes, previo a la preferencia de tales afirmaciones, han determinado racionalmente que ciertos hechos tuvieron lugar y que, por tanto, hacen justicia al menos en el sentido limitado de imponer las consecuencias que el derecho establece como la reacción democráticamente consensada para hechos como los ocurridos.

⁸ Es decir, la cuestión de qué es lo que realmente aconteció.

⁹ Y esto es deseable, pues no se trata de hacer afirmaciones categóricas gratuitas.

¹⁰ Es decir, una serie de pasos intelectuales que conduzcan a extraer de las pruebas las conclusiones empíricas conducentes, que es a lo que actualmente hay consenso en denominar “razonamiento probatorio”.

esto quiere decir que esos valores nos imponen demandas que requieren ser plenamente satisfechas en las situaciones en que estos son relevantes.

Sin embargo, dadas nuestras limitaciones como seres humanos, en la práctica esa exigencia se traduce en hacer todo lo que esté a nuestro alcance, o sea, el mejor esfuerzo humanamente posible, en lo que respecta a satisfacer de forma completa el dictado de esos valores. Y, según Levanon, eso no es otra cosa que intentar seriamente eliminar el error o, como también lo expresa en otras ocasiones, reducir al mínimo el riesgo de cometerlo. Para el caso de los tres valores mencionados, esto implica proceder de modo tal que se minimice el riesgo de incurrir en una falta de respeto, en una falsedad y en una injusticia. Por su parte, esa forma de proceder consiste en no abandonar la indagación y, por lo tanto, en no tomar la decisión respectiva sino hasta haber determinado que no hay una alternativa mejor o igual de buena que la que se esté considerando adoptar.

Nótese cómo la presión normativa que ejercen esos tres valores en la labor jurisdiccional desemboca en el requerimiento permanente de que se haga un intento genuino de eliminar el error (o de minimizar el riesgo de incurrir en él). Quien considerara un exceso sujetar a los sistemas de impartición de justicia a dicha exigencia podría intentar eludirla o matizarla argumentando la irrelevancia de los valores para la actividad judicial.

Pues bien, para seguir esta línea, se podría comenzar por la justicia. Y es que, al fin y al cabo, la existencia de normas jurídicas materialmente injustas es un lugar común (o al menos una posibilidad latente) en el derecho de la mayoría de las naciones, si no es que en el de todas. Y cuando una de esas normas es la que viene al caso aplicar para resolver una controversia específica, ¿cómo puede sostenerse que, en esas circunstancias, se ha resuelto el asunto con justicia?

Una respuesta posible es que, aun en esos casos, hay algunos sentidos mínimos o formales de justicia involucrados que también

ejercen presión normativa.¹¹ Y es que, asumiendo que se opera en el marco de una democracia, puede seguir haciéndose justicia al menos en el sentido de reaccionar del modo indicado y avalado por el consenso unánime o mayoritario de los representantes de la sociedad; y también en el sentido mínimo de darle al caso en cuestión el mismo tratamiento que se le ha dado (y, en principio, que se seguirá dando) a otros semejantes.¹²

El punto es que, aunque se trate de acepciones menos sustanciales de justicia, ambas requieren de la aplicación correcta de la norma respectiva, lo cual a su vez exige que haya habido una determinación verdadera acerca de los hechos (o sea, que se satisfagan las demandas del valor de la verdad). Y dado que la verdad es un valor que, según Levanon, no admite concesiones, esta a su vez requiere de la eliminación (o reducción al mínimo) del error.

Pasando ahora a la verdad, se podría intentar rechazarla como un valor fundamental del proceso recurriéndose a la conocida postura defensora de que no es la verdad material o histórica la que es relevante, sino la verdad formal o estrictamente jurídica. Esto debido a que las normas procesales que regulan la actividad probatoria no siempre se fundan en el interés de que se averigüe lo que en realidad pasó, sino en otros intereses, algunos de los cuales colisionan con el de la verdad.

A lo anterior, la autora responde destacando primero lo poco plausible que es que la ciudadanía no dé a los veredictos de las cortes una lectura compatible con que en ellos se haya establecido la verdad material (o al menos lo que las personas juzgadoras genuina y razonablemente piensan que sucedió).

En segundo lugar, Levanon sostiene que se habla de verdad jurídica más bien para poner de relieve que la manera en que el derecho califica cierta conducta o cierto hecho no siempre coincide

¹¹ Presión normativa que es mayor o menor en función de la gravedad de la injusticia material de la norma en cuestión.

¹² Semejantes en el sentido de que los hechos que los caracterizan son instancias particulares del mismo supuesto de hecho contemplado en la norma aplicable.

con la calificación que de la misma conducta o hecho hacen otros dominios normativos, como la moral.¹³

Por último, Levanon concede que, en todo caso, cabría hablar de verdad jurídica sólo respecto de los veredictos negativos, o sea, respecto de los fallos que declaran la no culpabilidad/responsabilidad penal y/o civil. En estos casos, en los que comúnmente están vigentes estándares de prueba muy exigentes,¹⁴ es comprensible y esperable que la inocencia de algunas personas absueltas sea sólo jurídica,¹⁵ es decir, no material.¹⁶

Ahora bien, incluso si fuesen exitosas las anteriores u otras posiciones escépticas de la relevancia que la verdad y la justicia podrían tener para la labor judicial, no importaría demasiado, pues en la estrategia argumentativa de Levanon, dichos valores reaparecerían como la forma en que las partes de una disputa merecen ser tratadas en virtud de la presión normativa ejercida por un valor más básico, a saber, el respeto que el sistema de justicia les debe.¹⁷ Profundicemos en ello.

¹³ Por ejemplo, una conducta determinada podría constituir perjurio, fraude o alguna otra clase de infracción para el derecho, pero quizá no para la moral, o viceversa. Y es en los casos en los que la calificación no coincide que se dicen cosas como “bueno, esa es al menos la verdad jurídica o la verdad para el derecho”. Nótese cómo, según Levanon, la expresión “verdad jurídica” no se emplea para indicar que una decisión sobre los hechos en el contexto procesal no se corresponde (o puede no corresponderse) con lo realmente acontecido (o con la verdad histórica o material). Presuponiendo esa correspondencia (o la creencia justificada de que la proposición respectiva se corresponde con el mundo), se usa la expresión mencionada para destacar una divergencia entre el derecho y otros sistemas normativos con respecto a la forma en que clasifican (o clasificarían) los hechos aludidos en la proposición de que se trate.

¹⁴ Como los pretendidamente expresados mediante frases como: “más allá de toda duda razonable”, “convicción íntima”, “certeza”, “seguridad”, etcétera.

¹⁵ En el exclusivo sentido de que las pruebas reunidas no alcanzaron a superar el estándar de prueba vigente.

¹⁶ Pues pese a que la contundencia de las pruebas disponibles no haya superado el elevado estándar aplicable, bien podría ser que el nivel de corroboración aportado a la hipótesis respectiva se haya quedado corto por muy poco, lo cual significa que habría bases racionales si no para afirmarlo, sí al menos para fundar una creencia parcial en la culpabilidad de la persona absuelta.

¹⁷ De modo que el escepticismo referido debería dirigir su crítica a la relevancia de ese valor, es decir, al respeto con el que los sistemas de justicia deben tratar a las partes, lo cual requiere de argumentos mucho más potentes.

Levanon se apoya en Raz para sostener que el trato respetuoso es uno consistente con el valor de las cosas. En el caso de las personas, su valor es intrínseco, el cual, de forma genérica, descansa en su capacidad de reconocer o atribuir valor; y más específicamente, en su capacidad como personas de reconocer que todas son fines en sí mismas, entre quienes, por consiguiente, pueden y deben entablarse relaciones no instrumentales.

Es ese deber que entre las personas nos debemos de no instrumentalizarnos y, por tanto, de no dañar al otro, el que es pasado por alto por quien realiza una conducta incorrecta ("*wrongdoing*") desde la perspectiva moral y/o jurídica. Y dicha conducta, según Levanon, plantea dos desafíos para quien dispone de pruebas contundentes de su comisión, y para quien cuenta sólo con indicios.

Uno de ellos es al que Levanon llama el *desafío práctico*, que consiste en devolverle a la persona objeto de la conducta incorrecta algo del respeto que le fue arrebatado por quien la cometió. La idea es que se confirme que la víctima era y es merecedora de un trato consistente con su valor intrínseco; recuperar, aunque sea *ex post*, la operatividad de las razones que el respeto nos brinda, las cuales, si bien no tuvieron eficacia motivacional en quien llevó a cabo la conducta, deben tenerla en otros, especialmente, como antes dije, en quien dispone de pruebas contundentes de la comisión de la conducta dañosa y en quien cuenta sólo con indicios.

En ambos casos, la forma en que a la víctima se le devuelve algo del respeto que perdió (o en que recuperan su operatividad las razones que el respeto da), consiste, en principio, en afirmar (o en hacer público) que tal conducta dañosa tuvo lugar. Además de los efectos educativos que dicha afirmación puede acarrear respecto de terceros, y de los propios víctima y victimario, con esa afirmación se satisface, en principio y como apunta la autora, el derecho de la víctima a saber con el mayor grado de detalle posible qué fue exactamente lo que (le) ocurrió, por qué y quién o quiénes participaron de ello.¹⁸

¹⁸ Como Levanon señala, en el ámbito del derecho internacional de los derechos huma-

He dicho que afirmar públicamente y con un alto grado de detalle que ha tenido lugar una conducta dañosa es lo que, en principio, satisface el derecho a la verdad de quien fue objeto de esta y, por tanto, lo que, también en principio, le devuelve parte del respeto que no le fue mostrado. Y me he expresado así porque, dada la conexión que debería haber entre dicha afirmación y la verdad, esta, la afirmación, debe regirse por una regla epistémica que se encuentre a la altura de una conexión tal. Por ello, la regla en cuestión no puede ser una que sólo requiera la previa adquisición de la creencia en la proposición respectiva, sino una que exija la creencia fundada de que se sabe lo que ocurrió, por parte de quien realiza la afirmación. Y, de nuevo, al referirse al fundamento de dicha creencia, Levanon apunta a la eliminación (o reducción al mínimo) del error, es decir, a la necesidad de contar con pruebas que no impliquen lógicamente la inevitabilidad del error y de que sobre ellas se realicen inferencias cautelosas que tiendan a la minimización de aquel.

En contar con esta clase de pruebas y en procesar su contenido de un modo tendente a la minimización del error es en lo que consiste el segundo desafío que plantea la comisión de una conducta dañosa, al que Levanon llama el *desafío epistémico*. Y tanto en el caso de quien ya cuenta con pruebas preliminarmente claras (como podría sostenerse que son las resultantes de haber presenciado el hecho), o con información de segunda mano —en principio, altamente fiable—, como en el de quien cuenta sólo con indicios, el desafío epistémico se encara al cerciorarse de que las pruebas de las que ya dispone, o de que las que habrá de recabar (como es su deber hacer), junto al razonamiento que sobre ellas despliega, reúnen las condiciones previas asociadas a la idea de la eliminación del error.

nos a esto se le conoce como el derecho a la verdad, del que gozan las víctimas, quienes les sobreviven y la sociedad en su conjunto, sobre todo en el caso de atrocidades de la talla de las desapariciones forzadas. Cabe aclarar que la autora reconoce que el estatus como derecho de esa expectativa de verdad todavía es controversial, como también lo es el intento de extender ese derecho a las víctimas no sólo de atrocidades como la desaparición forzada, sino de cualquier delito.

Situados ya en el contexto judicial, son las personas juzgadas quienes enfrentan los desafíos práctico y epistémico de los que habla Levanon y, por tanto, quienes tendrían la encomienda de dar cuenta públicamente de que ha tenido lugar una conducta reprobada por el derecho ("*legal wrongdoing*"), o sea, de hacer una afirmación con ese contenido basada en la creencia fundada de que se ha tenido acceso a la verdad acerca de lo que aconteció. Y debido a las características del fundamento sobre cuya base debe erigirse dicha creencia, de acuerdo con la autora, la afirmación resultante terminaría respetando no sólo a la víctima, sino también a la persona acusada (en el caso de un proceso penal). ¿Por qué? Porque sólo si previamente se hizo todo lo humanamente posible para evitar equivocarse al respecto se podría entonces afirmar que la persona acusada incurrió en una conducta delictiva.

2. Sobre la eliminación del error

Como se ha dicho antes, para Levanon las pruebas y la manera en que la persona juzgada razona con ellas deben ambas ser aptas para eliminar el error. Vayamos primero con las pruebas.

La autora sostiene que las pruebas pueden clasificarse de la siguiente forma: 1) pruebas que lógicamente implican contradicciones y errores; 2) pruebas que no implican lo anterior que, no obstante, no permiten la eliminación del riesgo de error; y 3) pruebas que permiten la eliminación del riesgo de error. Una afirmación sobre los hechos del caso debería estar basada preponderantemente en pruebas de la última categoría (Levanon, 2022, pp. 11-33).

El caso más claro del primer tipo de pruebas lo tenemos en la llamada "*naked statistical evidence*". Para destacar sus deficiencias, Levanon recurre a ejemplos como el siguiente: supongamos que ha quedado establecido que, de 1000 asistentes a un concierto, 950 de algún modo se colaron sin pagar y que quienes pagaron perdieron su comprobante. Eso significa que la probabilidad que cada uno de los asistentes tiene de no haber pagado es del 95% (o del 0,95). Al ser tan elevada esa probabilidad, es racional te-

ner la creencia de que no se pagó en cada caso de los 1000. Si esto es así, también sería racional tener la creencia de que nadie pagó su entrada (pues si de cada asistente es racional pensar que no pagó, también lo sería predicar esa propiedad, el no haber pagado, respecto de la clase entera de referencia).¹⁹ Pero dado que se sabe con certeza que 50 personas sí pagaron, resulta irracional tener la creencia previa. O sea, que la misma creencia es simultáneamente racional e irracional, lo cual constituye una contradicción (que también puede plantearse en términos de la conjunción “nadie ha pagado y algunos han pagado”).

Por otro lado, si imaginamos que se entabla un juicio en contra de cada uno de los 1000 asistentes, que la única prueba disponible en su contra es el dato estadístico antes aludido y que quien juzga no sólo está dispuesto a basarse exclusivamente en dicho dato, sino que piensa que la culpabilidad de cada persona ha quedado establecida más allá del nivel requerido (que supongamos es del 90 %, como algunos proponen interpretar el estándar de “más allá de toda duda razonable”), sabemos con certeza que 50 de las condenas que se emitan serán erróneas (pues, de nuevo, el supuesto es que quedó establecido que 50 asistentes sí pagaron). Y claro, el problema no reside en los errores mismos. Ocasionalmente estos se cometerán incluso si las decisiones sobre los hechos se basan preponderantemente en pruebas de la tercera clase. El problema en este escenario es que sabemos con certeza y de antemano cuántos errores a la larga habrá y por qué se cometerán, que es tanto como estar dispuestos a dañar intencionalmente a las 50 personas inocentes que sí pagaron (aunque su identidad permanezca indeterminada), al imponerles consecuencias jurídicas que no merecen.

¹⁹ Dicho de otro modo, en un primer momento a los integrantes de la clase de referencia, 1000 asistentes, se les puede describir mediante dos enunciados de cuantificación existencial, a saber: algunos pagaron (50) y algunos no pagaron (950). Pero dada esta distribución, parece razonable que, en un segundo momento, a la misma población se le describa con un solo enunciado de cuantificación universal del tipo ninguno pagó o todos se colaron (o si X pertenece al conjunto de los asistentes a dicho concierto entonces X no pagó su entrada).

Ahora bien, dado que, en mi opinión, es más sencillo explicar la segunda clase de pruebas a las que se refiere Levanon si primero se explican las de la tercera clase, procederé con las últimas, es decir, con las pruebas que permiten la (potencial) eliminación del riesgo de error.

Se trata, en suma, de pruebas respecto de las cuales pueda darse una identificación progresiva y acertada de las características, señales o indicadores de su fiabilidad. ¿Cómo funciona esa identificación progresiva? Imaginemos que, en un momento 1, tenemos el conjunto conformado, por ejemplo, por todos los testimonios verdaderos y falsos. Pues bien, con cada avance en la identificación correcta de los criterios de fiabilidad de este medio de prueba queda fuera (o es expulsada) de aquel conjunto original cierta porción de testimonios falsos. Teóricamente este proceso puede culminar en la generación de un conjunto totalmente purgado de esos elementos, o sea, en un conjunto que incluye sólo testimonios verdaderos que, a su vez, exhiben los rasgos de fiabilidad que se hayan identificado.²⁰

A ese destino puede y suele no haberse llegado aún, pero el punto de Levanon es que puede ser alcanzado. Se trata entonces de un destino potencial.²¹ Y así como es potencial el contar con criterios de fiabilidad cuya aplicación sea capaz de excluir todos los medios de prueba de contenido falso, e incluso debido a ello, también lo es la eliminación del error, pues al cuadro obtenido hasta el momento habría que agregar el conocimiento de dichos

²⁰ Lo anterior también es posible a la inversa, es decir, pueden identificarse, a su vez, los indicadores de la no-fiabilidad del medio de prueba de que se trate hasta llegar a un punto en el que se obtenga un conjunto que, para seguir con el ejemplo, se haya purgado de los testimonios verdaderos, quedando sólo los testimonios falsos que, además, exhiben los rasgos a los que aluden los criterios de no-fiabilidad.

²¹ En el inter, los criterios de fiabilidad de los que se disponga, suponiendo que al menos algunos de ellos son correctos o apropiados, habrán tenido éxito en dejar fuera cierta proporción de testimonios falsos (por continuar con el ejemplo), pero su aplicación seguirá acarreado falsos positivos en el sentido de dar por verdaderos testimonios falsos que, no obstante, han satisfecho los criterios de fiabilidad vigentes. La cuestión de en cuántos falsos positivos de esta naturaleza se incurre en un periodo determinado es una que depende, por tanto, del estado en que se encuentre la reflexión/indagación acerca de los criterios de fiabilidad apropiados para los distintos medios de prueba.

criterios y su correcta aplicación por parte de la persona juzgadora, lo cual puede no ocurrir en los casos concretos.

Pero aun si quien juzga conoce y aplica correctamente los criterios de fiabilidad adecuados para cada medio de prueba, puede suceder que su contenido no alcance a despejar la sombra del error en un caso concreto. Para ejemplificar esta situación —que es representativa de las que Levanon llama pruebas que, sin implicar lógicamente contradicciones y errores, no obstante, no permiten la eliminación del riesgo de error—, la autora se refiere a los casos en que las muestras que se recogen en la escena del crimen son insuficientes a los efectos de permitir la obtención de un perfil de ADN completo. Supongamos que ese perfil es el que se usa para compararlo con los almacenados en alguna base consultada por las autoridades, y supongamos también que se obtiene una coincidencia “a secas” (un “cold hit” o “cold match”, como lo llama la autora). Pues bien, aunque es posible que sea una clase vacía la conformada por las personas cuyo perfil de ADN tenga un grado de coincidencia con el de la muestra recogida en la escena igual al registrado en el caso de la persona sospechosa, también es posible que no se haya dado todavía con quien perpetró el delito de que se trate, pues, recordemos, la comparación se hizo con un perfil parcial extraído de lo que estamos suponiendo fue una muestra insuficiente de la sustancia, material o resto biológico respectivos. En otras palabras, es una posibilidad no descartada que el perfil de ADN del verdadero culpable coincida totalmente con el de la persona sospechosa en la parte que de dicho perfil se pudo reconstruir (supongamos un 75%), resultante de la muestra inicial insuficiente, pero que difiera en cuanto al resto.

Puede apreciarse que este ejemplo y el previo del testimonio, no implican lógica o necesariamente que se cometerán errores, lo cual sí ocurre en el caso de los asistentes al concierto, en el que se sabe, de antemano y con certeza, que se producirían 50 condenas falsas, pues esa es la conclusión a la que se llega de apreciar cómo está distribuida la población en la clase de referencia, de acuerdo

con la “*naked statistical evidence*” proporcionada (y suponiendo, claro, que esa fuese la única prueba disponible).

Por su parte, según la autora, la diferencia entre el ejemplo del ADN y el del testimonio radica en que, pese a que ambas pruebas pueden satisfacer un conjunto de criterios exigentes y adecuados de fiabilidad, el potencial probatorio de la prueba de ADN en el tipo de casos a los que alude Levanon, resulta mermado por la limitada relevancia de su contenido.²² En otros términos, la referida merma no se produce porque la técnica empleada carezca de validez científica, ni porque no haya sido practicada de forma adecuada por personal competente en las instalaciones de un laboratorio certificado y con tecnología de punta, etcétera. Asumiendo que la prueba de ADN cumple con requisitos como los anteriores —prueba que en esta clase de casos se ejecuta sobre una muestra que no permite la reconstrucción de un perfil completo—, el problema con ella es que de su contenido no se puede inferir, sin más, que la persona con la que el perfil coincidió sea la responsable del crimen respectivo.

En este punto surge una inquietud. Y es que, por la forma en que presenta el ejemplo del ADN, pareciera que Levanon espera que sea una única prueba (una prueba “reina” llamémosle), altamente relevante y, de preferencia, pericial o científico-forense. Una prueba en la que, en general, tenga que (o deba) basarse quien juzga para resolver el caso; o que piense que las pruebas a las que les reconoce el potencial de eliminar el error, como los testimonios, nunca sufren de limitaciones en cuanto a la relevancia de su contenido;²³ o que sólo las pruebas altamente relevantes (y fiables)

²² Contenido que podría describirse del siguiente modo: hay una coincidencia (digamos del 90%) entre el perfil de ADN de tal o cual persona almacenado en tal o cual base de datos y el perfil encontrado en tal o cual escena. De este último sólo pudo reconstruirse el 75% debido a las características de la muestra inicial (cantidad insuficiente, contaminada, etcétera).

²³ Lo cual sería muy poco plausible. Piénsese en testimonios altamente fiables de personas que sólo vieron que la persona sospechosa o acusada entró al edificio donde se cometió un delito, o en grabaciones de video y audio cuya autenticidad ha quedado establecida, pero que no son tan nítidas o que simplemente no capturan de forma plena aquello que es objeto de controversia entre las partes de un juicio (quizá por el ángulo en que estaban colocadas, por las malas condiciones de visibilidad, etcétera).

tienen el potencial de eliminar el riesgo de error, y/o que debe aspirarse a basar la decisión respectiva sólo en pruebas con esas características.

Esto último, que parece lo más plausible y sería ideal, no obstante, pasa por alto las relaciones recíprocas de corroboración que pueden establecerse entre las distintas piezas del rompecabezas probatorio. En este sentido, puede haber pruebas con niveles, digamos, modestos de relevancia (como la prueba de ADN del ejemplo) y también de fiabilidad que, sin embargo, dado que pueden hallarse corroboradas por pruebas con igual o mayor valor probatorio, hagan que, del acervo completo de pruebas, es decir, visto como un todo, pueda predicarse el atributo de eliminar el riesgo de error al menos a un grado tal que sería muy sorprendente que la proposición principal a probar fuese falsa. No creo que la autora ignore el fenómeno de la corroboración, por ello asumiré que la anterior es la forma más adecuada y consistente de interpretarla.

Es momento ahora de pasar al esquema general de razonamiento que, de acuerdo con Levanon, no sólo posibilita sino que incorpora en su propia estructura la eliminación del riesgo de error. Pues bien, dicho esquema no es otro que el que Cohen (1977) denominó “inducción eliminativa”, para el cual el grado de probabilidad de una hipótesis —probabilidad que no es ni frecuentista, ni bayesiana, sino lógica o inductiva— es proporcional a la cantidad y calidad de desafíos (o tests) orientados a falsearla, superados por dicha hipótesis. Dicho de otro modo, ese grado de probabilidad dependerá de las hipótesis alternativas plausibles que se hayan podido eliminar/descartar sobre la base de las observaciones (o pruebas) recabadas. El objetivo de este método es entonces identificar qué otras hipótesis, además de la inicialmente tomada en cuenta, pueden explicar la presencia de las pruebas respectivas, para después determinar si cada una de esas hipótesis alternativas puede considerarse descartada (como resultado de la realización de observaciones o la recopilación de pruebas adicionales, incompatibles con la verdad de esas hipótesis).

Levanon (2022, pp. 19-23, 30) toma nota de la íntima relación que existe entre la inducción eliminativa de Cohen y dos ideas importantes en el terreno de la epistemología general, a saber, el concepto de “sensibilidad” (“*sensitivity*”) y la denominada “teoría de las alternativas relevantes”,²⁴ ambas herramientas empleadas a los efectos de ahondar en las condiciones o requisitos del conocimiento.

El concepto de sensibilidad fue originalmente acuñado por Nozick (1981), quien lo define como el atributo que puede predicarse de una creencia siempre y cuando, si fuese falsa, no sería creída por la persona cognoscente. El *insight* de Nozick es el siguiente: si a pesar de que fuese falso el contenido de su creencia, es decir, si no obstante a que fuese verdadera una proposición distinta de la candidata a conformar el contenido de la creencia respectiva, la persona seguiría tomando dicho contenido como verdadero, hay entonces un problema con las pruebas de las que dispone. Y el problema consiste en la incompletitud de ese acervo probatorio.

La explicación de este problema permite ver la liga de la sensibilidad con la “teoría (del descarté) de las alternativas relevantes”, pues dicha incompletitud tiene que ver con que el acervo probatorio en cuestión no incluye elementos que permiten descartar (“*rule out*”) una o varias proposiciones alternativas, compatibles con las pruebas que hasta el momento lo conforman. En otras palabras, el acervo probatorio con el que se cuenta es capaz de respaldar la proposición inicialmente conjeturada y, a la vez, una o varias proposiciones que implican la falsedad de la inicial. Otra forma de describir esta situación sería diciendo que las pruebas disponibles no alcanzan todavía a discriminar lo verdadero de lo falso.²⁵

²⁴ Véase Stine (1976), Goldman (1976) y Dretske (1981).

²⁵ En términos del denominador de la llamada “ratio de verosimilitud” (“*likelihood ratio*”) de una versión muy conocida del teorema de Bayes —el cual exige estimar la probabilidad de que se observen los mismos datos (o que se hayan recabado las mismas pruebas) si una hipótesis alternativa fuese verdadera (o sea, si fuese falsa la hipótesis del numerador de esa ratio)—, el escenario de incompletitud probatoria al que me vengo refiriendo equivaldría a un valor de probabilidad elevado, asignado al denominador de la ratio.

3. El valor del conocimiento para el razonamiento práctico

Hemos dicho que, según Levanon, para dar respuesta a la cuestión que plantea el conflicto sobre la verdad en una disputa judicial, la persona juzgadora ha de realizar una afirmación categórica sobre los hechos del caso; y que dicha afirmación está sujeta al requisito de que, quien la profiera, crea fundadamente que su contenido es verdadero (es decir, que crea fundadamente estar en lo correcto, saber qué fue lo que pasó). Sólo así puede ser adecuadamente respondida la otra cuestión pendiente, o sea, la de a cuál(es) de las pretensiones jurídicas que las partes tienen debe favorecerse.

Esa conexión entre el conocimiento de los hechos y la forma adecuada de resolver una disputa judicial (es decir, entre lo epistémico y lo práctico), tan clara para Levanon (2022, pp. 45-57), no está exenta de controversia. Al apelar a escenarios en los que seguimos ciertos cursos de acción sólo con base en la probabilidad de tener éxito en lo que nos proponemos y en información sobre los riesgos relevantes —como ocurre, por ejemplo, cuando se invierte en la bolsa—, algunas personas niegan relevancia al conocimiento en la toma de decisiones. Sin embargo, a diferencia de casos como ese, en las disputas judiciales la incertidumbre no es tan rampante. Y ello es así en buena medida porque dichas disputas no suelen girar en torno a hechos futuros, sino a hechos ya acaecidos, de modo que en ellas se abre un espacio para esperar que haya cosas de las que la persona juzgadora pueda enterarse. Por eso, Levanon deja rápidamente atrás esta posición y se enfoca en la corriente denominada “*pragmatic/moral encroachment*”, para la cual, en síntesis, el conocimiento es relevante para la toma de decisiones. Pero este o algún otro estado epistémico, a su vez, se ven afectados por consideraciones prácticas, las cuales tienen que ver con lo que está en juego, es decir, con los riesgos asociados a la decisión de que se trate (los famosos “*stakes*”).

En esta línea, Sarah Moss, por ejemplo, considera que, en materia penal, el estándar “más allá de toda duda razonable” debe interpretarse como la exigencia de que la persona juzgadora se en-

cuentre en un estado de conocimiento con respecto a los hechos y que, para determinar si ha sido satisfecho, debe tomar en cuenta la información más completa de las circunstancias de vida de la persona acusada, tales como su edad, su proyecto de vida, el valor que este tiene para la sociedad —quizá se trata de un(a) artista consagrada o de un hombre o mujer de ciencia a punto de hacer un gran descubrimiento en beneficio de la humanidad—, etcétera. Y lo mismo en materia civil; sólo que, según Moss, en ese ámbito el estándar requeriría un “conocimiento probabilístico”, es decir, que quien juzga sepa que la afirmación de que la persona demandada es responsable es más probable que su negación (Levanon, 2022, pp. 51 y 52).

Uno de los problemas centrales que Levanon ve en la posición de Moss es que, si nos tomamos en serio el determinar lo que está en juego, eso puede acarrear una variabilidad desproporcionada en los estándares de prueba —un estándar a la medida de cada caso (aunque se sostenga retóricamente que es el mismo, ya sea el conocimiento o el conocimiento probabilístico)—, por no hablar de diversas injusticias, como absolver a alguien sobre la base de las mismas pruebas que en otro caso servirían para condenar, sólo porque un proyecto de vida es considerado más valioso o legítimo que el otro (Levanon, 2022, pp. 51 y 52).

Pero, de acuerdo con Levanon, una objeción más general, dirigida a toda la corriente del “*pragmatic/moral encroachment*” es que extrae más provecho del debido de ejemplos en los que afirmamos que sabemos algo y luego nos retractamos al enterarnos de que hay cosas más serias en juego, como en el caso en que alguien, habiendo respondido que la tarta no tiene chocolate, se retracta y pide que se verifique al enterarse de que un niño con alergia a ese producto comerá de aquella. Levanon (2022, pp. 52 y 53) sostiene que en esos casos no necesariamente pasamos de saber ciertas cosas a no saberlas, por el hecho de que haya aumentado la seriedad o gravedad de las cosas en juego. Pasamos, en todo caso, de un estado de conocimiento a uno de conocimiento calificado, que puede expresarse mediante frases del tipo “hasta donde

mi mejor esfuerzo me lleva a saber...”, “de acuerdo con la información que tengo, sé que...”, “en la medida de mis capacidades, sé que...”, etcétera. Y, en efecto, con esas expresiones se concede que, antes de decidir hacer o no hacer algo, se requiere de mayor información.

Para el derecho, según la autora, esto significa que no hay variación alguna en el estándar epistémico requerido. Este sería siempre el mismo, a saber, el estándar que requiere del conocimiento calificado (algo así como “hasta donde este tribunal ha podido saber, o con base en su mejor esfuerzo cognitivo, tales o cuales cosas ocurrieron”). Y son los distintos estándares de prueba los que determinan en qué punto —es decir, ante pruebas de qué calidad o contundencia— ese conocimiento adquirido por el tribunal es lo suficientemente bueno como para basar en él la decisión respectiva. Dichos estándares serán más severos mientras más serias sean las cosas en juego. Por eso, en materia penal, más pruebas y de la mayor contundencia son necesarias para que el conocimiento de la persona juzgadora justifique una condena (Levanon, 2022, p. 53).

III. Balance de la contribución de Levanon a la teoría general de la prueba

1. *De cómo la propuesta de Levanon ayuda a diferenciar mejor entre concepciones (persuasivas y racionalistas) de la prueba y entre versiones (no-doxásticas y doxásticas) del racionalismo probatorio, y a identificar sus problemas principales*

¿Qué significa que un enunciado descriptivo de algún hecho jurídicamente relevante esté (o haya quedado) probado? En la opinión de autores como Ferrer (2007, pp. 62-66), hay al menos dos formas de responder a esta pregunta, y ambas son representativas de dos concepciones, teorías o tradiciones que suelen presentarse como

opuestas: la concepción persuasiva²⁶ y la concepción racionalista.²⁷ Por supuesto, de estas concepciones existen (o pueden existir) múltiples variantes, y hay versiones de uno y otro bando que tienen entre sí más cosas en común de lo que en principio se esperaría, con lo cual, en esos casos, el ser posturas opuestas es algo más aparente que real.²⁸

Habiendo advertido lo anterior, comencemos con la primera. En general, para la concepción persuasiva (también llamada “irracionalista” o “psicologista”) un hecho está probado si habiéndose expuesto a lo que ocurre en la audiencia en que las pruebas son practicadas, la persona juzgadora termina persuadida o convencida de que ese hecho tuvo lugar. En la versión estándar de esta concepción que circula en el mundo latino,²⁹ los elementos paralingüísticos que acompañan a las declaraciones de las personas que testifican en la referida audiencia cobran especial importancia en la formación del convencimiento de quien juzga.

Algunos de los problemas con esta concepción señalados desde la trinchera racionalista son los dos siguientes: por un lado, aunque la concepción persuasiva exija que la convicción surja del contacto con la práctica de las pruebas —o sea que no cualquier convicción vale—, puede suceder que estas no sean valoradas adecuadamente y que, pese a ello, la persona juzgadora se convenza del hecho, cuando no debía convencerse; o que no se convenza del mismo, cuando sí debía haberse convencido. Podría pensarse que en el deber de las personas juzgadoras de motivar sus resoluciones (el cual, por supuesto, puede no estar vigente en el sistema de referencia), se tiene el antídoto contra el problema previo. No obstante, esta solución se pierde en el horizonte debido a que la concepción persuasiva suele entender a ese deber como

²⁶ Una crítica detallada a una versión de la concepción persuasiva puede verse en Aguilera (2023).

²⁷ Para una presentación panorámica de las vertientes anglosajona y latina de esta concepción, véase Accatino (2019).

²⁸ Quedando sólo la carga emotiva de las etiquetas “racionalista” y “persuasiva”; carga emotiva positiva en el primer caso, y negativa en el segundo.

²⁹ Versión que bien puede ser un muñeco de paja.

uno consistente meramente en explicar, y no en justificar, por qué se llegó al convencimiento o no de que los hechos respectivos ocurrieron. En este marco, tanto el haber valorado las pruebas adecuadamente, como el no haberlo hecho, son factores explicativos igualmente legítimos de que se haya alcanzado o no el estado mental del convencimiento. Basta con que la explicación que los incluye sea honesta. Por su parte, el otro problema es que la propia concepción persuasiva estaría aumentando el riesgo de una valoración inadecuada de las pruebas —y, por lo tanto, el riesgo de que quien juzga se convenza cuando no debe y de que no se convenza cuando debería convencerse—, en virtud del papel exagerado que le otorga a la consideración de los elementos paralingüísticos de los testimonios dados por expertos y no-expertos; elementos que toma como indicadores altamente fiables de la verdad o falsedad de las declaraciones vertidas. Dicho papel no es avalado por disciplinas contemporáneas como la psicología del testimonio.³⁰

Ahora bien, para la concepción racionalista, que un hecho esté probado o que no lo esté significa respectivamente que las pruebas válidamente aportadas y practicadas le transmiten un grado suficiente de corroboración al enunciado que describe ese hecho, o que no se lo transmiten.

Con esta presentación del enfoque racionalista junto con haber destacado los problemas previos de la concepción persuasiva, quizá puede entenderse mejor por qué son consideradas posiciones que se oponen. Y es que para el racionalismo probatorio, particularmente para la versión que estoy usando (Ferrer, 2021), los estados de convencimiento o de no-convencimiento que, de hecho, experimenta la persona juzgadora, son irrelevantes a los efectos de declarar probados o no probados los hechos de que se trate. De manera más específica, para el caso de los veredictos negativos

³⁰ En mi opinión, todavía no queda del todo claro si entre las lecciones que se pueden extraer de la psicología del testimonio está el que los elementos paralingüísticos referidos no tienen ninguna relevancia para determinar el grado de fiabilidad en lo tocante a las pruebas personales. En todo caso, propongo quedarnos con el *insight* de que no son merecedores de la confianza casi absoluta que se sostiene que la concepción persuasiva les tiene como indicadores de la verdad o falsedad de las declaraciones testificales.

(de no-culpabilidad/responsabilidad penal o civil), el que la persona juzgadora esté convencida de que la persona acusada o demandada cometió el ilícito respectivo, aun y cuando sea racional que se encuentre en ese estado mental, es irrelevante, pues si las pruebas aportadas no son suficientes, quien juzga debe absolver. En lo que respecta a los veredictos positivos, aunque la persona juzgadora deba estar convencida del hecho, en virtud de contar con un acervo probatorio suficiente, no es necesario que lo esté para que proceda la emisión de los mismos.³¹ Como puede apreciarse, para la concepción racionalista lo crucial por tanto es que se cuente con reglas que genuinamente establezcan el o los criterios de suficiencia vigentes, a los que se conoce como “estándares de prueba”.³²

Hasta aquí podría pensarse que lo que distingue a la concepción racionalista de la persuasiva es su rechazo de la convicción o de cualquier otro estado mental en el ámbito de la prueba de los hechos. En este sentido, podría incluso sostenerse que la concepción racionalista convoca a una “cruzada” contra los estados mentales (especialmente contra la convicción).³³ Pero si esto es así, tendríamos que considerar a la propuesta de Levanon como una versión

³¹ Resumiendo, al menos para esta versión de la concepción racionalista, en el caso de los veredictos positivos sólo importa que las pruebas sean suficientes, aunque quien juzga carezca de la convicción de que ocurrieron los hechos, y en el caso de los veredictos negativos sólo importa que las pruebas sean insuficientes, pese a que la persona juzgadora esté convencida de que los hechos tuvieron lugar, e incluso si esa convicción es racional.

³² Hablo de la necesidad de reglas que “genuinamente” establezcan estándares de prueba debido a que, para la concepción racionalista, eso sucede sólo si esas reglas cumplen con los requisitos propuestos para su adecuada formulación (Ferrer, 2021, pp. 29-107), tales como 1) referirse a la capacidad justificativa del acervo de pruebas (y no a los estados mentales que en uno pueda causar el contacto con las pruebas), 2) con miras a establecer un umbral que, si es igualado o superado por las pruebas entonces el hecho respectivo debe darse por probado, y por no-probado si la capacidad justificativa de las pruebas termina por debajo de dicho umbral (cosa que no ocurre si meramente se dice que el estándar de prueba es el de “la sana crítica racional”), 3) sin apelar a las versiones frecuentista y bayesiana de la probabilidad (sino a la probabilidad inductiva), y 4) teniendo en cuenta que, si se trata de estándares para el mismo procedimiento, estos deben aumentar progresivamente su grado de exigencia (lo que significa que, en las primeras etapas del mismo no sería adecuado establecer el estándar más exigente para luego imponer estándares menos exigentes).

³³ Cruzada que no se ha visto exenta de reacciones que, basándose en intuiciones y argumentos bastante sensatos, intentan oponer resistencia (Gama, 2021).

de la concepción persuasiva, ya que incluye al conocimiento respecto de los hechos (o a la creencia fundada de que se ha tenido acceso a la verdad de lo acontecido), como parte integral de su teoría. Eso sería, en mi opinión, no sólo apresurado, sino erróneo. La idea detrás de esta aseveración es que la sola inclusión de la convicción u otro estado mental no hace automáticamente irracional, persuasiva o, desde una perspectiva más general, inadecuada, a la concepción o teoría de la prueba que postule dichos estados.³⁴ Explico por qué a continuación.

Una de las principales razones que se esgrimen para predicar la superioridad de la concepción racionalista respecto de la persuasiva es que, si se acepta que un objetivo prioritario del proceso es maximizar la averiguación de la verdad³⁵ (entendida como correspondencia de un enunciado empírico con el mundo), el mejor medio para alcanzar ese objetivo no es otro que concebir a la prueba de un hecho como lo hace la concepción racionalista, a saber, como un enunciado empírico suficientemente corroborado (por otros enunciados empíricos, que serían las pruebas), o más técnicamente, como un enunciado (o proposición) que tiene a su favor razones epistémicas suficientes, a lo que se le conoce como “justificación proposicional”. Esto da la impresión de que la prueba de un hecho es una cuestión objetiva, o al menos lo suficientemente objetiva como para reducir al mínimo el espacio para el involucramiento cognitivo del agente epistémico, quedándole sólo una tarea perceptiva neutral consistente en determinar si enfrente tiene o no un enunciado con suficiente respaldo empírico.

No obstante, como lo han puesto de relieve autores como Turri (2010), determinar si en un momento dado una proposición está o no justificada no es un acto neutral, pues —sobre todo si se trata de proposiciones cuya prueba no sólo consiste en la observación directa de lo que describen— ello requiere de la participación activa de la persona a los efectos de organizar la información disponi-

³⁴ Para un argumento similar, véase Gama (2021).

³⁵ En el siguiente apartado haremos un repaso de los argumentos a favor de esta posición; terreno en el cual Levanon también hace una contribución destacable.

ble en términos argumentativos de modo que queden manifiestas las respectivas relaciones inferenciales, cuya fortaleza debe evaluarse. Lo anterior conduce a la persona a en algún momento adquirir la creencia de que la proposición cuenta o no con respaldo empírico suficiente. O sea que no es que no haya ningún despliegue de destrezas cognitivas ni adquisición de creencia alguna por el hecho de que la labor consista sólo en determinar si hay o no justificación proposicional. Si esto es así, la purga de estados mentales en pro de la objetividad que pretende la concepción racionalista, cuando es leída así, no comienza bien.

Pero esa purga de estados mentales se torna aún más complicada, pues bien puede sostenerse que los estados de convencimiento (o de ausencia del mismo) que experimenten las personas juzgadoras, en ciertas condiciones, podrían rastrear lo que realmente ocurrió (sin que ello sea sólo producto de la casualidad) y, en ese sentido, que podrían también ser medios para averiguar la verdad. Y es que, aunque suela decirse “estoy convencida de tal o cual hecho”, ¿de qué si no de la verdad del enunciado que lo describe estaríamos convencidos? Dicho de otro modo, decir “estoy convencida de tal o cual hecho” y simultáneamente pensar que el enunciado que lo describe es falso, es una contradicción (además de ser algo que no ocurre en el caso normal).³⁶ Si esto es así, en mi opinión comienza a abrirse la puerta para una versión de la concepción racionalista de la prueba que, en lugar de centrarse en la justificación proposicional, lo haga en la llamada justificación doxástica.

Ahora bien, en efecto, no toda convicción o ausencia de la misma rastrearía la verdad. Por eso hablé de ciertas condiciones que, de ser satisfechas, desembocarían en una justificación doxástica. Sin entrar todavía en la propuesta de cuáles podrían ser esas condiciones, en principio, parecen tener poco que ver con la forma en que la concepción persuasiva suele entender al deber de motivación de las resoluciones judiciales —a saber, como la explicita-

³⁶ Lo mismo sucede a la inversa, si se dice “no estoy convencida de que tales hechos ocurrieron”, se incurre en una contradicción si simultáneamente se piensa que es verdadero el enunciado que los describe.

ción de la trayectoria mental efectivamente seguida para alcanzar el estado de convencimiento o de no-convencimiento, cualquiera que esa trayectoria haya sido—, y con el papel prominente que dicha concepción les da a los elementos paralingüísticos de las declaraciones testimoniales. Estos son problemas genuinos, y la concepción, tradición o teoría que los incluya, llámese persuasiva o como se quiera, en efecto sufre de un deterioro en su potencial de servir como medio apto para la averiguación de la verdad.

Si lo anterior es correcto, puede verse entonces que la distinción entre las concepciones racionalista y persuasiva no colapsa, pero reside, más bien, en la inclusión o no de dichos rasgos problemáticos, más que en la inclusión o no del requisito de la convicción.

Pasando ahora a las condiciones que harían de la convicción un estado mental apto para rastrear la verdad de lo acontecido, estas bien pueden ser las propuestas por Levanon que, como ya sabemos, tienen que ver con el empleo de pruebas y con razonar con ellas de un modo apropiado para eliminar el error. Se trataría entonces de una convicción basada a su vez en la creencia fundada de que se ha tenido acceso a la verdad de lo ocurrido, es decir, en razones que hagan a la persona juzgadora pensar que no está equivocada, las cuales, en suma, consisten en que no hay una explicación de por qué cuenta con las pruebas de las que dispone, ni igual de buena, ni mejor, que el que haya tenido lugar la conducta o el hecho del que, justo porque no hay otra explicación disponible (ni igual de buena, ni mejor), está convencida.

La versión de racionalismo doxástico en materia probatoria que viene emergiendo, no obstante, enfrenta también problemas. Uno muy importante es el que se basa en la intuición de que algo anda mal si habiendo prueba suficiente de un hecho no se le declara probado sólo porque la persona juzgadora no cree o no está convencida de que ocurrió. Pero si a ese estado mental se le trata como condición necesaria de la prueba de un hecho, dado que en el caso que estoy presentando quien juzga no cumple con esa condición, lo que toca es precisamente declararlo no-probado, pese a que haya prueba suficiente en respaldo del enunciado que lo

describe (que podría ser la otra condición necesaria de la prueba de un hecho), y pese también a que la persona juzgadora se percate de ello.

A esta cuestión se refieren Ferrer (2021, pp. 184-186) y Lackey (2021, p. 192-195); el primero, de un modo más general, y ella, mediante la presentación de un ejemplo hipotético aproximado al siguiente. Supongamos que la persona juzgadora a quien le toca resolver un asunto, digamos en materia penal, está rehabilitándose de su racismo. Se ha apuntado a varios cursos sobre el fenómeno, en los que ha tomado consciencia de lo inapropiado de esa actitud, se ha sensibilizado con respecto a sus efectos perniciosos, y ha adquirido la capacidad de percatarse de cuando su racismo opera distorsionando su realidad. Al terminar de valorar la prueba en el caso que le ocupa, llega a la conclusión de que se ha satisfecho el estándar vigente. Sin embargo, cae en la cuenta de que, por un efecto residual del racismo con el que batalla, no cree que la persona acusada sea culpable, pues se trata de una persona caucásica, con quien empatiza, y, además, la víctima es una persona afrodescendiente. Ella está dispuesta a condenar, pues supone que al derecho sólo le interesa que haya pruebas incriminatorias suficientes. Pero recuerda que la legislación ha cambiado y que ahora la convicción de que la persona acusada cometió el delito respectivo es una condición también necesaria. Por lo tanto, absuelve. Pues bien, según Lackey, la absolución requerida en estos casos como resultado de tratar al convencimiento como una condición necesaria (aunada a la de contar con prueba suficiente), sería muy problemática e incluso injusta. No sólo para la persona víctima y la sociedad en su conjunto, sino también para la persona juzgadora, pues sería como si el derecho la castigara por no ser una decisora ideal, libre de toda clase de prejuicios, sin tomar en cuenta su honestidad, su valor para reconocer que sigue teniendo un problema y los avances que ha obtenido en su esfuerzo por atenderlo.

Al anterior pueden sumarse casos más preocupantes. Piénsese, por ejemplo, en una persona juzgadora coludida de algún modo con el crimen organizado, a quien se le paga por intentar liberar

a los miembros del grupo criminal que la ha cooptado cuando alguno enfrenta un proceso judicial. De un escenario como el que venimos analizando, esta persona juzgadora podría aprovecharse mucho, pues, como último recurso para lograr su cometido, siempre sería posible que dijese simplemente que no está convencida de la culpabilidad de la persona acusada pese a que haya prueba suficiente en su contra y, por tanto, absolver.

Otro problema para el racionalismo doxástico tiene que ver no con personas juzgadoras que no tienen (o dicen no tener) el estado mental requerido, pese a que exista prueba suficiente del hecho de que se trate, sino con quienes se encuentran en dicho estado, pero este no se basa en las pruebas disponibles que, en efecto, satisfacen el estándar aplicable, dándose cuenta de ello la persona juzgadora. Esto es un problema, pues si se toma en serio la noción epistemológica de justificación doxástica (con la que el racionalismo doxástico está íntimamente ligado), la creencia plena (o la convicción) en la proposición de que se trate no sólo debe acompañar a, o coexistir con, la prueba suficiente, sino que esta —que ya sabemos que no meramente se percibe, sino que se construye argumentativamente—, tiene que causar la creencia para que pueda decirse que es una creencia basada en la evidencia disponible. Si la creencia meramente acompaña a las pruebas, en principio, no hay entre estos elementos la conexión racional adecuada.

Un ejemplo de dicha desconexión podría ser el siguiente: supongamos que una persona juzgadora, razonando apropiadamente con las pruebas aportadas, concluye que el estándar probatorio aplicable ha sido satisfecho, y también cree plenamente en la proposición apoyada por esas pruebas. Sin embargo, no lo cree con base en ellas, sino que ya estaba convencida desde que salió de la visita a un médium al que acudió la noche anterior. Supóngase también que la persona acusada o demandada tiene pruebas de la visita y de la consulta concreta que la persona juzgadora le hizo al médium con respecto al caso. ¿Qué hemos de hacer? ¿Permitir que tales pruebas sean ofrecidas y practicadas? Si la respuesta es afirmativa, como debería ser dado el compromiso con la

justificación doxástica, el debate deja entonces de centrarse en si hay una prueba suficiente de que la persona acusada o demandada cometió el ilícito y vira hacia lo que para algunos podría parecer la minucia de si esas pruebas, concediendo que son suficientes, tuvieron o no el efecto de causar la creencia que la persona juzgadora reconoce tener. Si a su vez suponemos que las pruebas de la persona acusada o demandada son suficientes, la absolución que procede emitir parece aún más cuestionable que la del ejemplo anterior en que había prueba suficiente, pero no la creencia. En este caso, recuérdese, hay prueba suficiente y también la creencia de quien juzga, en la responsabilidad de la persona acusada o demandada. Requerir más que eso para condenar a alguien parece más bien propio de un sistema de justicia perfeccionista que no sólo espera de sus operadores una elevada destreza técnica, sino que también tengan un carácter epistémico excelente.

Aquí no puedo más que intentar sentar las bases de una posible salida a los problemas previos. Con respecto al último, se podría acudir a otra forma de concebir la conexión racional adecuada que debería haber entre las pruebas y la creencia en la proposición que aquellas respaldan. Antes he seguido la ruta de quienes la conciben como una conexión causal. Sin embargo, en este campo (conocido como el de la "*basing relation*"),³⁷ también está disponible una posición doxástica, según la cual, se genera una conexión racional adecuada entre las pruebas y la creencia respectiva si al menos el agente epistémico a su vez cree que tales pruebas apoyan suficientemente a la proposición de que se trate, lo cual parece siempre suceder cuando el sujeto concluye que hay justificación proposicional. Y eso, es decir, que hay justificación proposicional, es lo que presuponemos que la persona juzgadora del último ejemplo concluye al haber especificado que se trata de alguien que cuenta con prueba suficiente y se percata de ello. Esto deja espacio para que, pese a que la prueba suficiente no cause, o no cause preponderantemente, la creencia en la proposición

³⁷ Para una buena introducción al campo, véase Korcz (2021).

que las pruebas respaldan, no obstante, haya una conexión racional adecuada entre esas pruebas y la creencia respectiva y, por tanto, para que se pueda decir que esta última está basada en aquellas. Si esto es así, en el ejemplo en comento la persona juzgadora puede perfectamente condenar.

Ahora bien, con respecto al ejemplo de la persona juzgadora corrupta, una posible respuesta sería requerir la honestidad de la persona al reportar si experimenta o no el estado mental respectivo. Suponiendo que esto se cumple mayoritariamente (y claro, que hay alguna forma de determinar si la persona efectivamente es honesta al realizar estos reportes), los casos en que simplemente se mienta para terminar absolviendo a la persona acusada se reducirían significativamente.

Pero, aun así, podría haber casos en los que con sinceridad se informe que no se tiene el estado mental de que se trate, lo cual nos sitúa en el primer ejemplo, a saber, el de la persona juzgadora racista. Aquí una posibilidad un tanto extravagante, pero no sin seguidores ni literatura filosófica que la respalde, sería una adscripción doxástica subsidiaria, la cual, en vista de que la persona juzgadora no tiene la creencia de que la persona acusada cometió el delito respectivo, consistiría en atribuirle tal creencia al sistema de justicia en su conjunto, es decir, como entidad colectiva.³⁸ Al llamarle subsidiaria a esta estrategia me refiero a que debería tomarse como excepcional de tal suerte que tener el estado mental de que se trate seguiría siendo prioritario. Esto, en mi opinión, ejercería más presión normativa para que continuamente se capacite a las personas juzgadores para razonar adecuadamente con las pruebas y para reaccionar doxásticamente a ellas como es debido. Contrario a lo que ocurriría si meramente se sustituyera la condición de tener la convicción por la de que la persona juzgadora debería

³⁸ Para una introducción al problema de las mentes grupales o colectivas y de los estados que puede decirse que tienen (como las creencias, etcétera), véase, por todos Theiner (2014). Por otro lado, hay teorías del conocimiento colectivo que no requieren del compromiso ontológico con la existencia previa de una mente grupal (pero tampoco de que cada uno de los miembros del grupo se encuentre en un estado susceptible de ser descrito como conocimiento individual). Una teoría así ha sido propuesta por Eraña y Barceló (2016).

haberse convencido dada la presencia de prueba suficiente (aunque, de hecho, no lo esté por esa razón).³⁹

Por su parte, el racionalismo no-doxástico en materia de la prueba de los hechos⁴⁰ tampoco transita por un camino libre de obstáculos. Uno de los desafíos que debe enfrentar tiene que ver con la crítica de que la metáfora del umbral a la que suele recurrir para dar cuenta del carácter y funcionamiento de los estándares de prueba no es apropiada. Y no lo es, continúa la crítica, porque recubre a los estándares de un halo de objetividad poco realista. Estos no son marcas en una escala establecida de justificación probatoria con las que luego se compara el respaldo empírico que a un enunciado le transmiten las pruebas aportadas en un caso concreto, a fin de determinar si las marcas referidas han sido al menos igualadas para entonces poder dar por probado el enunciado respectivo (Dei Vecchi, 2020, pp. 225-232).

Concediendo el punto anterior, el racionalismo probatorio no-doxástico ha matizado la idea de los umbrales probatorios como marcas rígidas y se ha enfocado en la descripción aproximada de los resultados a los que puede conducir la valoración en conjunto de las pruebas aportadas.

Un resultado posible es que la persona juzgadora haya determinado que hay una hipótesis que de manera coherente explica o da cuenta de las pruebas disponibles, que dichas pruebas se corresponden con todos los indicios o datos que esperaríamos encontrar si esa hipótesis fuese verdadera, y que, además, hay pruebas que refutan cualquier otra explicación plausible. Otro resultado menos contundente podría ser que una hipótesis explica las pruebas disponibles mucho mejor de lo que lo hace cualquiera de las alternativas plausibles (aunque ninguna de ellas haya sido estrictamente refutada). Y así pueden seguirse identificando más resultados de la

³⁹ Como parece proponer Ferrer (2021, pp. 185 y 186, 198-200) en cierto punto de su argumentación.

⁴⁰ Para el que lo crucial no es que se tenga ningún estado mental, sino que se determine si hay o no razones epistémicas suficientes a favor de una proposición empírica jurídicamente relevante, o sea, si hay o no justificación proposicional.

valoración de las pruebas que sean progresivamente menos contundentes, los cuales podrían tomar en cuenta no sólo el número de hipótesis plausibles en competencia, sino si el peso del acervo probatorio es tendencialmente completo, es decir, si contiene el mayor número de pruebas relevantes que podrían haberse recabado, etcétera (Ferrer, 2021, pp. 208-236). El punto es que, aun sin ser marcas rígidas en una escala de justificación, cada uno de estos escenarios podría ser tomado como el resultado esperado de la valoración conjunta de las pruebas y, por tanto, puede operar como el estándar probatorio para el tipo de casos en que se juzgue que el grado de contundencia representado por el escenario escogido es el adecuado. Y no, eso no elimina cualquier problema, al contrario, genera nuevos, pero esta estrategia parece ser, al menos, más esclarecedora que simplemente decirle a la persona juzgadora que debe declarar probado un hecho sólo si no le ha quedado duda razonable de que ocurrió (o alguna otra indicación por el estilo).

Otra complicación del racionalismo probatorio no-doxástico es más básica o profunda y surge de su negativa a considerar que también las razones justificativas pueden ser factores motivadores de una creencia. Me explico: de acuerdo con la versión de racionalismo probatorio de Ferrer (2021, pp. 187-198), las creencias que en un momento dado experimentamos son estados que no controlamos, es decir, sucesos mentales en los que, de pronto, nos encontramos. Pero no sólo eso, sino que mayoritariamente son el resultado de la influencia de motivos espurios, como los prejuicios, las predisposiciones, las generalizaciones apresuradas, las emociones o la intuición. Por eso, la sugerencia es que cuando detectemos que alguna creencia ha surgido en nosotros, sin importar su intensidad (es decir, aunque se trate de una convicción firme), pasemos en nuestra mente a una suerte de “modo revisionista” y verifiquemos si en efecto hay razones correctas (es decir, razones epistémicas o pruebas) que se puedan esgrimir a favor de su contenido; ya no a favor de tener o no tener la creencia misma, pues, si se trata de un suceso mental que escapa de nuestro

control, carece de fundamento cualquier tipo de deber doxástico y, por tanto, cualquier reproche por su quebranto o elogio por su cumplimiento. Esta desconfianza permanente en el modo en que surgen las creencias es la principal razón por la que el racionalismo probatorio no-doxástico se decanta por la justificación proposicional como noción clave.

La cuestión es que entrar en ese modo revisionista para determinar si una proposición está o no justificada es un proceso que, como antes se mencionó, involucra también una creencia, que es precisamente con la que dicho proceso culmina. ¿Cuál? La creencia en que la proposición respectiva está justificada al grado esperado o no lo está, lo cual es paradójico, pues el propósito de esta propuesta era lograr que el razonamiento probatorio prescindiera de toda creencia o convicción para así rescatarlo del subjetivismo de la concepción persuasiva. Pero, además, si usamos el argumento del propio Ferrer, se obtiene que, al ser la anterior también una creencia, eso significa que de pronto nos asaltó, sin ningún control por nuestra parte, y que lo que la hizo emerger fueron motivos espurios. Por tanto, deberíamos entrar en un ciclo más del modo revisionista, y así al infinito, pues cada ciclo culminaría, a su vez, con una creencia con supuestos orígenes dudosos o espurios. Este regreso al infinito no es el único problema. Otro es la asunción misma de que cada vez que tenemos una creencia ello se debe a algún factor espurio. Lo inadecuado de esa asunción se percibe mejor cuando la creencia en cuestión es la de que tal o cual proposición está o no está justificada de modo suficiente, pues se supone que en este contexto es a las pruebas disponibles, es decir, a las razones correctas (que en este caso son de carácter epistémico), a las que estamos prestando toda nuestra atención de manera consciente. ¿Acaso esas razones se vuelven incorrectas o espurias por el sólo hecho de haber dado pie o haber motivado el surgimiento de una creencia (en específico, la de que hay pruebas suficientes a favor de cierta proposición)? Si la respuesta es negativa, como pareciera que tendría que ser, se ha concedido entonces que, en oca-

siones, las razones correctas o justificativas son también factores motivadores de una creencia.⁴¹

2. De cómo se inserta la propuesta de Levanon en el panorama de argumentos en apoyo de la averiguación de la verdad como objetivo prioritario de la actividad probatoria en el proceso

En la sección anterior vimos que, si la averiguación de la verdad acerca de lo que las partes alegan que ocurrió es el objetivo prioritario del proceso⁴² y particularmente de la actividad probatoria, un modelo de los hechos probados en el que la justificación proposicional sea la pieza clave resulta racional en el sentido de ser un medio adecuado para el objetivo en comento. Pero igualmente lo sería un modelo sobre los hechos probados para el que la justificación doxástica fuese lo central. Ambos modelos enfrentan problemas en cuya solución debe seguirse trabajando, pero la consideración de la propuesta de Levanon nos hace caer en la cuenta de que la sola inclusión de un estado mental como requisito de la prueba de un hecho no inhabilita automáticamente a la teoría que así lo proponga para ser un medio que promueva el hallazgo de la verdad.

Por supuesto, si dicho estado es la convicción a secas, la que no pasa por el tamiz de la racionalidad epistémica, en efecto, el modelo resultante no sería apropiado como medio conducente a la verdad. Y aun menos si se complementa, de un lado, con la solicitud a la persona juzgadora de que, al motivar su sentencia meramente explique cómo es que llegó o no llegó a ese estado (en lugar de pedirle que justifique por qué piensa que haberse con-

⁴¹ Lo cual habría de matizarse pues, para hacerle un espacio a la posibilidad de errar y a la intervención de otra u otras personas en la revisión de si realmente hay prueba suficiente, se podría sostener más bien que un posible factor motivador de creencias (en especial, de la creencia en que una determinada proposición está justificada de modo suficiente), es el pensar que se cuenta con razones correctas.

⁴² Hablamos de verdad en el sentido de la correspondencia de una proposición (expresada por un enunciado declarativo) con la forma de ser del mundo.

vencido o no era lo correcto desde la óptica epistémica); y, de otro, con el requerimiento de que los factores paralingüísticos de las declaraciones testimoniales sean prominentes en la adquisición o no del convencimiento respectivo. Pero si el requisito es, siguiendo a Levanon, que la convicción se funde a su vez en la creencia racional de que ha sido eliminada toda posibilidad de estar en un equívoco al pensar y afirmar que cierto hecho aconteció, el potencial como medio de averiguación de la verdad de la teoría respectiva permanece incólume.

Si esto es correcto, puede hablarse entonces de al menos dos versiones o familias del racionalismo probatorio, según sea la noción de justificación epistémica que estimen central: la versión o familia no-doxástica (o exclusivamente proposicional) y la doxástica.

Pues bien, hablando de la averiguación de la verdad como objetivo prioritario en la labor jurisdiccional, toca en este apartado abordar la cuestión de los argumentos en defensa de esa posición y de cómo la propuesta de Levanon se inserta en dicho terreno, en el que de inicio se reconoce que el objetivo en comento no es exclusivo, sino que hay otros cuya satisfacción también se busca a través de las reglas que dan cuerpo a un proceso.

Un buen punto de partida es la distinción que en principio puede trazarse entre argumentos no-morales y morales en defensa de la verdad como objetivo central. De entre los más importantes del primer grupo puede citarse aquel que se basa en la idea de la aplicación correcta del derecho, el de la preservación del funcionamiento del derecho como un mecanismo indirecto de motivación de la conducta, y el del derecho (jurídicamente reconocido) que las partes tienen a probar sus alegaciones fácticas.

El primero discurre así: el derecho contiene la política pública acerca de cómo lidiar con ciertas situaciones que podrían presentarse; situaciones a las que el legislador se anticipa a efecto de decidir la forma en que deben gestionarse o qué solución debe dárseles. Las personas juzgadoras juegan un papel prominente en la aplicación de las soluciones referidas. La cuestión es que,

si la averiguación de lo que realmente ocurrió se saca de la agenda de intereses de un proceso, la aplicación de las soluciones legislativas a los hechos individuales que instancian los supuestos a los que aquellas están condicionadas, puede volverse algo meramente casual, con el riesgo de que de forma mayoritaria las soluciones se apliquen sin que su condición fáctica se haya cumplido,⁴³ o de que no se apliquen pese a que sí haya sido satisfecha tal condición.⁴⁴ En suma, las soluciones que el derecho prevé para sus supuestos se aplican correctamente sólo si, de hecho, hubo instancias concretas de dichos supuestos (Taruffo, 2013, pp. 241-243).

Por su parte, el segundo argumento apunta hacia el deterioro que el derecho —en su faceta de técnica para motivar indirectamente ciertas conductas en sus destinatarios—, sufriría si fuese común que las amenazas que hace y los beneficios que promete se ejecutan y otorgan cuando no debían⁴⁵ y/o si no se ejecutan ni otorgan también indebidamente.⁴⁶ Un ambiente así parece tender a generar incumplidores sistemáticos de las reglas, pues si existe el riesgo de ser castigados aun cuando no se incurra en los supuestos anunciados, ¿por qué evitar la conducta respectiva? Llevarla a cabo puede al menos dejar la satisfacción de cometer el ilícito y quizá alguna ganancia adicional, lo cual se vuelve más atractivo debido a que también es probable que no haya ninguna consecuencia.⁴⁷

En lo que respecta al derecho a la prueba (Ferrer, 2021, pp. 61-63), este sería un derecho fundamental de carácter procesal que, a su vez, se deriva de la noción de debido proceso y del derecho de audiencia. Se trata de un derecho multifacético conformado, en primer lugar, por el derecho de las partes a probar sus alega-

⁴³ Es decir, cuando los hechos relevantes en realidad no tuvieron lugar, no obstante, su ocurrencia quedó establecida como la verdad jurídica.

⁴⁴ Es decir, cuando los hechos relevantes sí acontecieron, no obstante, se toma como verdad jurídica que no fue así.

⁴⁵ Por no haberse dado las conductas que originalmente se quería inhibir mediante las amenazas y promover mediante las promesas.

⁴⁶ Es decir, cuando sí acontecieron las conductas que se quería inhibir o promover.

⁴⁷ Para una presentación más desarrollada de este argumento, véase Dei Vecchi (2020, pp. 26-30) y Ferrer (2007, pp. 29-32, 82 y 83).

ciones fácticas, es decir, a valerse en principio de cualquier prueba relevante para demostrar la verdad de esas alegaciones. Luego vendrían los derechos a que tales pruebas sean admitidas, debidamente practicadas, y a la valoración racional de dicha información (valoración que, por tanto, no debería darse en el marco de los sistemas conocidos como “la prueba tasada” o el de la “libre convicción”). Y, por último, tenemos el derecho (aunado al deber correlativo) de que las resoluciones judiciales se motiven, entendiéndose por ello la obligación de la persona juzgadora de ofrecer razones justificativas (no meramente explicativas) de sus decisiones sobre los hechos.

Ahora bien, antes de pasar a los argumentos morales a favor de la averiguación de la verdad como objetivo prioritario del proceso, haré alusión a uno que tiene digamos un carácter híbrido,⁴⁸ el cual me servirá de puente. Comienza por asumir el argumento de la preservación del funcionamiento del derecho como un mecanismo indirecto de motivación de la conducta, y a ello se agrega la afectación a la autonomía moral de las personas que resultaría de actualizarse el escenario al que apunta el argumento asumido en el primer paso de esta línea de pensamiento. Más específicamente lo que ese escenario afectaría sería la faceta de la autonomía de las personas que tiene que ver con su capacidad de hacer planes vitales a corto, mediano y largo plazo. Buena parte de esos planes toma en cuenta la información —contenida en las normas que se hacen del conocimiento público—, sobre cómo actuarán las autoridades, es decir, sobre cuál será la reacción del Estado, si se incurre en tal o cual conducta. Pues bien, de poco sirven esos planes y, por tanto, de poco sirve tener confianza en la información previa si la reacción implementada por las autoridades, especialmente por las jurisdiccionales, no se corresponde con lo que le fue anunciado a la ciudadanía que ocurriría. Se trata entonces de una traición de las autoridades a su compromiso de establecer una relación tersa, sa-

⁴⁸ Por eso dije antes que sólo en principio se podían clasificar estos argumentos en no-morales y morales.

ludable y fructífera con la gente respetuosa de la ley, pues, recuérdese, en el escenario al que apunta el argumento asumido, respetar la ley no garantiza ser libre de intromisiones estatales injustas en la esfera de nuestros derechos, ni que no quede impune el comportamiento antijurídico de quienes optan por obrar de ese modo (Aguilera, 2021, pp. 455 y 456).

Ya en el terreno de los argumentos morales, algunos de los más representativos son el de la responsabilidad moral y el de la justicia. De acuerdo con el primero, la legitimidad de las prácticas de atribución de responsabilidad jurídica (penal y/o civil) descansa en buena medida en la similitud que deben guardar con las prácticas de atribución de responsabilidad en el ámbito moral, sobre todo en lo que respecta a la condición básica de procedencia de tales atribuciones, la cual claramente consiste en que la persona bajo escrutinio haya efectivamente obrado de modo reprochable.⁴⁹ El segundo, por su parte, apela a la forma en que deberían ser resueltas las controversias jurídicas. Cuando reflexionamos en ello, la justicia viene rápido a la mente. Y siendo esto así, pronto también aparece la averiguación de la verdad como condición de aquella (Taruffo, 2013, pp. 241-243). Y, en efecto, no sería la única condición por satisfacer para que una controversia fuese resuelta justamente, pues la norma aplicable debería en sí misma ser justa también, es decir, tener un contenido que se ajuste a las demandas sustantivas de dicho valor.

Pues bien, es en este campo de los argumentos morales a favor de la averiguación de la verdad en el que se inscribe una de las contribuciones más destacables de Levanon, a saber, su argumento del respeto con el que debe tratarse a las partes de una controversia, y su elaboración de lo que ese respeto exige.

Como sabemos, para la autora, el respeto no admite concesiones ni compromisos. Esto significa que, en principio, lo que me-

⁴⁹ Como apunta Dei Vecchi (2020, pp. 25 y 26), en dichas prácticas morales el argumento de que no se hizo aquello por lo que se nos quiere reprochar es suficiente para bloquear ese reproche, lo cual deja de manifiesto la importancia de haber averiguado la verdad respecto de las acusaciones respectivas.

rece ser respetado no puede respetarse a medias o parcialmente. Sin embargo, dadas nuestras limitaciones, el deber de respetarnos se traduce en hacer el mejor esfuerzo humanamente posible por no incurrir en una falta de respeto en la forma en que tratamos a los demás, tanto con nuestros pensamientos, como con nuestras palabras y acciones. Una exigencia más concreta del respeto que nos debemos entre las personas surge cuando alguna de ellas ha sido objeto de una conducta reprobada (por la moral y/o el derecho). Esto presupone que, en quien la llevo a cabo, el respeto perdió eficacia como factor de motivación de su comportamiento. Y precisamente para recuperar la operatividad de las demandas de este valor —es decir, para reafirmar su vigencia en la sociedad—, así como para restituirle a la víctima al menos parte del respeto con el que merecía y merece ser tratada, es que se requiere de un reporte público detallado de lo que ha tenido lugar. Dicho reporte adopta la forma de una aserción, la cual, dado que la víctima tiene derecho a saber y a que se sepa qué fue lo que le ocurrió, tiene que estar sujeta a una regla epistémica que no sólo exija la adquisición de la creencia respectiva por parte de quien realiza la afirmación, sino a una que exija haber hecho el mejor esfuerzo posible por averiguar la verdad de lo acontecido. Ese esfuerzo tiene que ver con la recolección de cierta clase de pruebas y con razonar con ellas de determinada manera. Con respecto a las pruebas, estas no tienen que implicar lógica o necesariamente la comisión de errores (como ocurre en el caso de la llamada “*naked statistical evidence*”), sino que tienen que ser aptas para tener algún grado de fiabilidad (idealmente alto) mediante atribuciones en sí mismas fiables, es decir, mediante atribuciones que se guíen por criterios realmente indicativos de la fiabilidad del medio de prueba de que se trate (y no por criterios espurios como podría ser el que hace depender la fiabilidad de la prueba testimonial preponderantemente de la interpretación subjetiva de los elementos paralingüísticos que acompañan a las declaraciones de los testigos al momento de practicarse esta prueba). Y con respecto al tipo de razonamiento, este debe siempre tomar en cuenta explicaciones alternativas de la evidencia disponible a los

efectos de ir las descartando hasta llegar a la conclusión racional/razonable de que se ha eliminado toda posibilidad de error. Como también sabemos ahora, para Levanon, sólo con una afirmación con esas bases se responde adecuadamente a lo que llama el desafío práctico (de restituirle a la víctima parte del respeto que no se le brindó por quien originalmente le produjo el daño respectivo) y el desafío epistémico (consistente en contar con pruebas como las anteriores y en razonar con ellas del modo especificado), y simultáneamente se respeta a la víctima y al perpetrador de la conducta reprobada.

Con base en el repaso previo de la propuesta de Levanon, puede sostenerse que el racionalismo probatorio no-doxástico —en particular, el de Ferrer— carece de un argumento lo suficientemente potente para fundar en él, de forma clara, la necesidad de que al menos los veredictos positivos contengan una afirmación categórica acerca de los hechos basada en el mejor esfuerzo posible por eliminar el error. Dada su postura de que las conclusiones del razonamiento probatorio son siempre probabilísticas (Ferrer, 2021, pp. 17 y 18) —necesaria, por cierto, para abrir espacio a la existencia de diversos estándares de prueba con distintos grados de exigencia justificativa—, no hay impedimento para que la premisa menor del razonamiento judicial sea justo eso, una conclusión probabilística; la cual puede estar sujeta a estándares probatorios muy poco exigentes (incluso menores al de la preponderancia de las pruebas), si es que así lo hubiese decidido el órgano legislativo competente. En este último caso, no parece haber una buena justificación para requerir que la premisa menor consista en una afirmación categórica de que el hecho respectivo ha tenido lugar. Y es que, con un esfuerzo reconstructivo de los hechos tan endeble —toda vez que estamos en el supuesto de que pocas pruebas y de calidad cuestionable pueden, no obstante, considerarse suficientes de acuerdo con un estándar muy poco exigente—, el paso de la conclusión probabilística respectiva a la afirmación categórica de que tales o cuales hechos ocurrieron adquiere tintes de un salto de fe.

Por otra parte, sin la inclusión de las exigencias del respeto a las partes en el panorama, en particular, la de que haya una creencia no meramente parcial —pues eso equivaldría a respetar a medias y, por tanto, a una falta de respeto—, sino una creencia plena en que se ha hecho el mejor esfuerzo por eliminar el error —misma que conduce a la creencia también plena de que el hecho respectivo tuvo lugar—, se carece de un dique robusto que impida el viraje hacia el bayesianismo. Esto debido a que con lo que se cuenta actualmente para fundar la preferencia por la probabilidad lógica o inductiva es con una serie de señalamientos en contra del empleo del teorema de Bayes, que podrían ser subsanados. Entre ellos puede citarse la dificultad para disponer de la información estadística necesaria para asignarle algún valor a las probabilidades a priori, la posible tensión de dichas probabilidades a priori con el principio de presunción de inocencia, la dificultad de la persona juzgadora para estimar valores apropiados en los casos del numerador y del denominador de la ratio de verosimilitud ("*likelyhood ratio*"), y la falta de homogeneidad en el seguimiento del protocolo bayesiano por parte de distintos usuarios (Ferrer, 2021, pp. 80-87).

No de forma sencilla, claro está, pero todas estas preocupaciones, como dije antes, podrían subsanarse o de menos matizarse con medidas tales como la inversión significativa en actividades de recolección de los datos estadísticos requeridos y en programas de capacitación para las personas juzgadoras; y también mediante un posible consenso en torno al valor máximo que se puede asignar a las probabilidades a priori en el caso de la materia penal (para así no generar demasiadas tensiones con la presunción de inocencia).⁵⁰ En cambio, si se incluye el argumento del respeto en la ecuación se cuenta entonces con una objeción de inicio para el uso del protocolo bayesiano de razonamiento. Y esa objeción es que el teorema de Bayes trabaja con creencias parciales de principio a fin (es decir, con "*credences*" en lugar de "*full beliefs*"),

⁵⁰ Para conocer los argumentos contemporáneos en defensa del bayesianismo probatorio en el derecho, véase Fenton et al. (2019), Urbaniak y Di Bello (2021), Fenton y Lagnado (2021), y Dahlman y Kolflaath (2024).

lo cual queda descartado por el carácter absoluto de las demandas del respeto, mismas que no admiten concesiones.

3. *El (medio) “giro deontológico” de Levanon en materia de estándares de prueba*

Hacia el final de la primera sección de esta segunda parte del trabajo vimos que, para matizar la crítica del halo poco realista de objetividad con el que se recubre a los estándares de prueba debido al empleo de la metáfora del umbral (o de las marcas rígidas en una suerte de escala de justificación probatoria), la concepción racionalista ha recurrido a la descripción aproximada de los resultados a los que podría conducir la valoración conjunta de las pruebas aportadas en un caso concreto.

Como también vimos, asumiendo que cada uno de esos resultados posibles representa un grado distinto de contundencia probatoria o de capacidad justificativa de las pruebas,⁵¹ la idea sería escoger alguno y tomarlo como el resultado probatorio esperado a efecto de poder declarar probados los hechos respectivos en alguna rama procesal o tipo de casos.

Pues bien, como punto de partida de esta sección quiero referirme a la posición prominente en lo que respecta al tipo de razonamiento que debería estar en la base de la elección de alguno de los resultados probatorios posibles a efecto de que funja como el resultado esperado (o sea, como el estándar de prueba), repito, para cierta rama procesal o tipo de casos.

En mi opinión, esa postura tiene tintes preponderantemente consecuencialistas, lo cual se traduce en requerir una comparación de la gravedad de las consecuencias que conlleva la emisión de falsos positivos⁵² y de falsos negativos.⁵³ En este sentido, mientras

⁵¹ Cosa que autores como Dei Vecchi (2020, pp. 225-232) niegan.

⁵² En general, un falso positivo consistiría en declarar probados hechos que en realidad no ocurrieron, como cuando se condena al materialmente inocente.

⁵³ Por su parte, un falso negativo consistiría en declarar no-probado un hecho que sí tuvo lugar, como cuando se absuelve al materialmente culpable.

más graves sean las consecuencias (o costos) de los falsos positivos en comparación con las consecuencias (o costos) de los falsos negativos, más exigente debería ser el grado esperado de contundencia probatoria vinculado a la hipótesis de culpabilidad (penal o civil).⁵⁴

Pues bien, además de la falta de consenso acerca del método específico para la asignación fundada y detallada de costos a ambas clases de veredicto erróneo, el problema más importante con esta forma de proceder consiste en su carencia de restricciones a los resultados de dicha asignación. Tanto si esos costos sólo son percibidos, es decir, tanto si meramente están basados en intuiciones, como si son más objetivos, el punto es que los resultados de la asignación sencillamente tienen que aceptarse, cualesquiera que sean.⁵⁵

Para poner un ejemplo de los riesgos de lo anterior, situémosnos en la materia penal. En este ámbito tan delicado, podría suceder que, de pronto, ya no se considere vigente el aforismo de que las condenas falsas son (aproximadamente) diez veces más graves que las absoluciones falsas (apreciación que suele ser atribuida a Blackstone), sino digamos sólo siete, cinco o tres veces más graves.⁵⁶ La cuestión es que cada disminución en la brecha de gravedad entre las condenas y las absoluciones falsas debe acarrear, a su vez, una reducción en el grado de exigencia probatoria que la teoría del caso de la fiscalía debe satisfacer para ser exitosa. Pero sigamos explorando el peligro de proceder de ese modo. Me detuve antes en el supuesto de que las condenas falsas fuesen consideradas sólo tres veces más graves que las absoluciones falsas. Esto ya de por sí habría acarreado un descenso significativo en el grado de exigencia probatoria. Pero supongamos que el escenario es to-

⁵⁴ En Ferrer (2021, pp. 150-163) pueden verse claros rastros de este consecuencialismo.

⁵⁵ Resultados que, además, pueden variar de región a región y de momento en momento.

⁵⁶ Y, como sostuve antes, puede ser que ese cambio esté respaldado por la aplicación correcta de alguna métrica de costos más objetiva (como lo sería una que tome en cuenta estudios bien diseñados acerca del fenómeno de la reincidencia delictiva); es decir, que no sólo se trate de un mero capricho u ocurrencia.

davía más extremo. Piénsese en uno en el que las cosas se hayan invertido al punto de que las absoluciones falsas sean ahora el veredicto considerado más grave. Aquí el punto de partida no sería más la presunción de inocencia, sino la de culpabilidad, lo cual significa que la persona acusada tendría la carga de probar su inocencia y que el estándar probatorio para que tuviera éxito podría ser muy elevado (tan elevado como amplia sea la diferencia de gravedad de las absoluciones falsas respecto de las condenas falsas).

Para contrarrestar los riesgos anteriores, podría adoptarse una perspectiva deontológica, para la cual, identificar y comparar las consecuencias previsibles (negativas y positivas por igual) de cada tipo de veredicto erróneo no sería la preocupación primordial; incluso de ello podría prescindirse. El énfasis sería puesto más bien en determinar cuál es el nivel de exigencia probatoria (o el resultado de la valoración conjunta) más apropiado para cumplir con ciertos deberes u obligaciones principalmente morales. Y aquí es donde claramente la propuesta de Levanon hace un aporte importante, poniendo en primer plano al deber de respetar a las partes de una controversia. La pregunta entonces es: ¿qué resultado probatorio es el más apropiado para cumplir con ese deber, según la autora? Y para responderla nuevamente tenemos que hacer un breve recorrido por su propuesta. Vayamos a ello.

Sabemos ya que, de acuerdo con Levanon, el respeto es un valor que exige que sus demandas sean plenamente satisfechas, y que, dadas nuestras limitaciones, en la práctica eso se traduce en hacer el mejor esfuerzo posible para evitar hallarnos en una situación en que creamos que el trato que damos (o estamos por dar) es respetuoso cuando en realidad no lo es, es decir, el mejor esfuerzo para eliminar el error. Ante la presunta comisión de una conducta reprobada por el derecho (que es el ámbito en el que ahora nos estamos centrando), sabemos también que ese mejor esfuerzo se muestra 1) recabando, de preferencia, pruebas altamente fiables (lo cual descarta el uso exclusivo de datos estadísticos), 2) razonando con ellas de conformidad con el esquema de la inducción eliminativa (con lo cual queda descartado recurrir al teorema de Bayes)

y, sólo si se cuenta con lo anterior, y 3) afirmando públicamente que tuvo lugar la conducta respectiva.

La pregunta más específica que ahora surge es: ¿cuál es el resultado de valoración conjunta al que debería conducir ese razonamiento inductivo-eliminativo que usa el contenido de las pruebas como insumo? Y ese resultado esperado, según Levanon, es el siguiente: que no haya una hipótesis ni igual de buena, ni mejor, que la hipótesis bajo examen, o sea, que la hipótesis de la que se intenta determinar si está o no está probada (por ejemplo, la hipótesis de culpabilidad en materia penal).

Es plausible sostener que hay una relación de identidad entre el resultado previo y uno de los resultados posibles de valoración conjunta de las pruebas propuesto por Ferrer (2021, pp. 209 y 210), al que me referiré a continuación. Pero antes, cabe decir que dicho resultado concuerda con la interpretación más exigente que, de acuerdo con el autor, es posible dar al famoso estándar de la "preponderancia de las pruebas", el cual, *grosso modo*, insta a declarar probada la hipótesis con mejor soporte probatorio (Ferrer, 2021, p. 226). Y elijo la interpretación más exigente de este estándar por una suerte de condescendencia hermenéutica, es decir, con el ánimo de hacer justicia a la idea del "mejor esfuerzo", tan persistente en el proyecto de Levanon.

Pues bien, planteado ya como si estuviese vigente, este estándar instruye a la persona juzgadora a declarar probada la hipótesis en cuestión sólo si 1) es la más probablemente verdadera a la luz de los elementos de juicio existentes en el expediente judicial, y 2) el peso del conjunto de los elementos de juicio relevantes es completo (excluidas las pruebas redundantes).⁵⁷ Se trata de una versión exigente del estándar de la preponderancia de las pruebas porque no exige meramente determinar si la hipótesis principal tiene mejores credenciales explicativas que la de la parte contraria. El objetivo es más ambicioso: determinar si la hipótesis principal

⁵⁷ Se trata del estándar al que Ferrer (2021, pp. 210, 225-236) se refiere como el estándar de prueba 4).

es mejor que todas las hipótesis alternativas plausibles que permitan predecir la presencia de las mismas pruebas. Además, esta versión del estándar en comento exige que se haya aportado la mayor cantidad posible de pruebas relevantes, es decir, la mayor cantidad posible de las pruebas que, con base en los detalles de cada hipótesis en consideración, sería razonable esperar que se hubiesen aportado (que es a lo que Ferrer se refiere con la idea del peso completo del acervo probatorio).

La cuestión es que, aun y cuando tengamos sobre la mesa esta versión exigente del estándar de la preponderancia de las pruebas, todavía pueden articularse estándares más severos. Esto significa que habría candidatos más apropiados para instanciar ese mejor esfuerzo que, en lo tocante a la averiguación de la verdad, el respeto a las partes obliga a realizar como paso previo a afirmar que cierto hecho jurídicamente desaprobado tuvo lugar. Quizá el más apropiado sería el que, para Ferrer, insta a declarar probada una hipótesis sólo si: 1) esta explica de forma coherente e integral los datos disponibles, 2) se han satisfecho todas las expectativas probatorias razonables que surgen de la consideración de los detalles de la hipótesis en cuestión (es decir, si se han aportado todas las pruebas que razonablemente tendrían que haber sido aportadas a la luz del hecho que la hipótesis propone como explicación de lo ocurrido), y 3) han sido refutadas todas las demás hipótesis plausibles que explican los mismos datos y que son compatibles con la inocencia de la persona acusada o demandada, o más benéficas para ella (excluidas las meras hipótesis *ad hoc*).

La propuesta de un estándar como el anterior ha sido hecha por Picinali (2018). Su proyecto es interesante porque, como hace Levanon, también invoca al respeto como valor fundamental de la labor jurisdiccional. Sin embargo, él se enfoca específicamente en el derecho penal y en la persona acusada, a quien no se le estaría tratando respetuosamente si no se le permitiera defenderse de los cargos en su contra. Pero tampoco, y esto es lo relevante para nuestra discusión, si alguna hipótesis plausible compatible con su inocencia no hubiese sido descartada (sin importar que la

persona acusada no la hubiese esgrimido como parte de su estrategia defensiva). O sea que, para Picinali, el estándar de “más allá de toda duda razonable” debe interpretarse de modo semejante a lo que Ferrer concibe como el resultado probatorio más contundente, al menos en lo que respecta a la tercera condición que, como sabemos, exige la refutación de todas las hipótesis plausibles alternativas a la de culpabilidad.

En vista de lo anterior, Levanon podría defenderse de un posible señalamiento de inconsistencia por no proponer un estándar semejante al propuesto por Ferrer y Picinali y simultáneamente exigir el mejor esfuerzo para eliminar la posibilidad de error, recordándonos que el de ella es un proyecto que busca respetar a ambas partes, no sólo a la persona acusada; y sosteniendo que, por tanto, un estándar más equilibrado sería el que ha propuesto, al que aquí he equiparado con la versión más exigente del estándar de la preponderancia de las pruebas. Con ese estándar en vigor se evitaría el previsible crecimiento desproporcionado de absoluciones falsas que tendría lugar si el estándar fuese más severo y, a su vez, se estaría imponiendo una carga nada menor a la fiscalía para lograr una condena, la cual, recuérdese, tendría el importante reto de recabar todas las pruebas que es razonable esperar que hubiesen sido encontradas si su teoría del caso fuese verdadera, y de mostrar que las credenciales explicativas de dicha teoría son mejores que las de cualquier otra hipótesis alternativa.

No obstante, no es así como responde Levanon, sino que concede que el estándar de prueba en efecto podría ser el de “más allá de toda duda razonable” o cualquier otro. El problema con la primera parte de esta respuesta es que ahora la autora estaría siendo inconsistente con su compromiso de que se haga lo posible por respetar a ambas partes, no sólo a la persona acusada, pues son preponderantemente los intereses de esta última los que parece proteger un estándar como el de Ferrer-Picinali.

Pero es la segunda parte de la respuesta la que, en mi opinión, es más problemática. Y es que conceder que puede fungir como estándar de prueba cualquier otro resultado de valoración

conjunta en el que se considere mejor a alguna de las hipótesis contempladas, debilita extremadamente la idea de que se requiere del mejor esfuerzo por averiguar la verdad (o por eliminar el error) para satisfacer las demandas epistémicas del respeto a las partes. El siguiente escenario me parece ilustrativo de ese debilitamiento. Una de las situaciones en que se puede concluir que una hipótesis es mejor es la que Ferrer plantea como el resultado probatorio menos exigente de todos los que analiza, en el cual dicha hipótesis es sencillamente más probablemente verdadera que la de la parte contraria, sin que se haya considerado el resto de las hipótesis alternativas plausibles que pudiera haber y aun si el peso del acervo probatorio disponible es muy bajo. En la discusión epistemológica general, a este escenario se le conoce como el problema del conjunto malo (Laudan, 2007), entendiéndose por esto último al menos dos malas explicaciones de un acervo probatorio que ni de cerca incluye todas las pruebas relevantes con las que podría haberse contado. En efecto, aun si las cosas son así de poco ideales, las hipótesis pueden compararse y una de ellas resultar mejor. Pero claramente esa determinación no puede tomarse como el mejor esfuerzo por averiguar la verdad o eliminar el error. Al contrario, no sería nada sorprendente que eventualmente saliera a la luz la falsedad de una hipótesis declarada vencedora en un contexto epistémico tan pobre.

Adicionalmente, al responder que la satisfacción de cualquier estándar de prueba (incluyendo la de uno tan poco exigente como el anterior) instanciaría el mejor esfuerzo por averiguar la verdad, se deja de ofrecer un modo de fundar racionalmente la elección de algún estándar de prueba, alternativo al consecuencialismo. De hecho, se sigue dependiendo de este último, pues, en realidad, no se trata de determinar cuál es el estándar de prueba con el que se cumple con las demandas del respeto a las partes, sino de fundar esa elección como lo ha venido sugiriendo la postura dominante desde un inicio, es decir, determinando cuál es el estándar de prueba que mejor refleja la amplitud de la diferencia en costos que hay (o que se percibe que hay) entre los falsos positivos y los

falsos negativos. Esto, claro, si no se quiere meramente imponer a capricho cualquier estándar probatorio. Así que, en suma, el proyecto de Levanon termina siendo deontológico sólo de fachada.

Una observación más, muy emparentada con la anterior, tiene que ver con la idea de Levanon de que el respeto a las partes exige que la persona juzgadora sepa lo que realmente ocurrió como la base para realizar la afirmación respectiva. Una primera cuestión es que si se entiende al conocimiento como lo hace el análisis tripartito tradicional, es decir, como una creencia verdadera y justificada, ese no podría ser el estado mental requerido, en virtud de que la correspondencia del contenido de una creencia con la realidad (es decir, que la creencia sea verdadera) es algo de lo que no podemos estar racionalmente seguros, dadas nuestras limitaciones humanas. En su lugar podría hablarse de una suerte de derecho a sostener que se ha tenido acceso a la verdad de alguna cuestión, es decir, de una creencia justificada a tal punto que puede servir de base para afirmar que se sabe el hecho aludido por la proposición que conforma el contenido de dicha creencia. La anterior es semejante a la posición que la autora termina adoptando cuando, al discutir con la corriente del *pragmatic/moral encroachment*, habla del conocimiento calificado (o sea, de aseveraciones del tipo “hasta donde este tribunal o juzgado ha podido enterarse, tal o cual cosa sucedió”).

Pues bien, a ese conocimiento calificado, como le ocurre a la idea del mejor esfuerzo por averiguar la verdad, se le termina trivializando, pues la autora lo desvincula de una justificación robusta o de la necesidad de que sea satisfecho un estándar de prueba exigente, al sostener que dicho conocimiento será lo suficientemente bueno para que sobre él se tome la decisión fáctica respectiva siempre que se haya satisfecho el estándar probatorio vigente, cualquiera que este sea.⁵⁸ El problema es que no parece adecuado

⁵⁸ A estas dos ideas, la del mejor esfuerzo epistémico y la del conocimiento calificado, les ocurre algo semejante a lo que, en opinión de Ferrer, ocurrió con idea de que la verdad es una condición necesaria de la prueba de un hecho. Dado que ese tratamiento de la verdad conduce a la posición, contraintuitiva para el autor, de que enunciados falsos no podrían

sostener que la persona juzgadora sabe lo que ocurrió si el estándar probatorio con el que se cumplió es uno semejante al que antes describimos como el problema del conjunto malo.

La resistencia a atribuir conocimiento en un escenario así es análoga a la que en el terreno de la epistemología general se ha opuesto en los llamados “casos Gettier”, algunos de los cuales bien pueden describirse como casos en los que, aun suponiendo que la proposición respectiva es verdadera y que hay razones epistémicas que la justifican, esa justificación sigue provocando insatisfacción, tanto que nos hace retener la atribución de conocimiento.⁵⁹

En la búsqueda de lo que robustecería esa justificación o, en todo caso, de la condición que hace falta en los casos Gettier para por fin conceder que los sujetos involucrados saben, se han propuesto nociones como las de creencia sensible y creencia a salvo de (o protegida contra) el error. La primera sería una creencia fundada en un conjunto de pruebas de tal contundencia que sería sorprendente que las hubiéramos recabado y que la creencia fuese falsa. Por su parte, que una creencia esté a salvo del error significa que no hay mundos posibles cercanos en los que la creencia que en el mundo actual hemos adquirido sobre la base de ciertas pruebas, la adquiramos del mismo modo en esos mundos y sea falsa (Ichikawa y Steup, 2024).

Gardiner y Zaharatos (2022) sostienen que la teoría (del descarte) de las alternativas relevantes proporciona un marco unificador de ambos conceptos. En este sentido, una creencia es más sensible

nunca declararse probados, Ferrer explica que, por tanto, la verdad, para un buen sector de la doctrina, se convirtió en algo meramente formal, es decir, en algo con lo que, por definición, se cumple cuando se declaran probados los hechos respectivos. De este modo, no sólo la satisfacción de cualquier estándar de prueba implica la verdad formal de la proposición en cuestión, sino el empleo de cualquier método de decisión, como podrían ser las ordalías con todas sus variantes, o hasta lanzar una moneda al aire (Ferrer, 2005, pp. 29-32, 55-78). En el caso de la propuesta de Levanon, no cualquier método de decisión, pero sí la satisfacción de cualquier estándar de prueba parece ser tomada, por definición, como una instancia del mejor esfuerzo epistémico posible y como una razón para atribuir conocimiento, cayendo con ello en una versión meramente formalista de esas ideas.

⁵⁹ Véase la sencilla explicación de los casos Gettier que se hace en (Ichikawa y Steup, 2024). Para una explicación más elaborada del tema, véase Hetherington (s. f.).

mientras más hipótesis alternativas puedan descartarse con base en las pruebas que la apoyan, y se encontrará más a salvo del error mientras más próximos estemos a que queden sólo hipótesis sumamente implausibles o extravagantes por descartar.⁶⁰

Puede verse entonces que sólo estándares de prueba tan exigentes como el estándar Ferrer-Picinali podrían ser los apropiados para fundar ese conocimiento calificado del que habla Levanon, pues si se determina que han sido satisfechos en un caso concreto eso significa que, en principio, la proposición de que se trate, y la creencia en ella por parte de la persona juzgadora, son altamente sensibles y que se encuentran considerablemente a salvo del error, lo cual daría lugar a una atribución legítima de conocimiento, preliminar si se quiere, pero con un respaldo probatorio tan robusto que sería improbable haberlo recabado si la proposición respectiva fuese falsa (tan improbable que si esa proposición fuese falsa sólo restan, como candidatas a ser verdaderas, teorías fantasiosas, extravagantes o extremadamente implausibles).

Ahora bien, dado que, según la autora, el conocimiento (calificado) de los hechos es siempre requerido para así poder respetar a las partes, su proyecto tendría que suscribir lo que, para terminar, podríamos denominar la tesis de la invariabilidad de los estándares de prueba o, como mínimo, suscribir la tesis de la variabilidad moderada de estos dispositivos. Autores como Ross (2024) adhieren a esta última. La idea fuerza de su posición es condicionar el ejercicio del poder punitivo del Estado a la satisfacción de un estándar de prueba de por sí severo, que podría ser el que aquí he considerado la versión más exigente del estándar de la preponderancia de las pruebas. Nunca debería ser inferior, pero sí podría ser aún más demandante, como lo es el estándar Ferrer-Picinali, sobre todo cuando la pena a imponer sea muy grave. Esta propuesta también tiene sus problemas, los cuales, por limitaciones de espacio, no serán abordados en esta ocasión.

⁶⁰ Véase también Gardiner (2024).

IV. Referencias

- Accatino, D. (2019). Teoría de la prueba: ¿somos todos racionalistas ahora? *Revus* (39).
- Aguilera, E. (2023). Los estándares de prueba: Revisión crítica de su caracterización como umbrales o prototipos, y algunas alternativas. *Discusiones*, 30(1), 227-274.
- Aguilera, E. (2021). Derecho a la verdad y procedimientos penales veritativo-promotores. En P. Rovatti (Ed.), *Manual sobre derechos humanos y prueba en el proceso penal* (pp. 449-490). Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Cohen, J. (1977). *The probable and the provable*. Clarendon Press.
- Dahlman, C., y Kolflaath, E. (2024). Presumed prior, contextual prior, and bizarre consequences. *Law, Probability, and Risk*, 23(1).
- Dahlman, C., Stein, A., y Tuzet, G. (2021). *Philosophical foundations of evidence law*. Oxford University Press.
- Dei Vecchi, D. (2023). Sentencia judicial, prueba y error. El rol de la verdad de las premisas fácticas en la aplicación de normas jurídicas y en la justificación de decisiones judiciales. *Isonomía*, (58), 107-148.
- Dei Vecchi, D. (2020). *Los confines pragmáticos del razonamiento probatorio*. Zela.
- Dretske, F. (1981). *Knowledge and the flow of information*. MIT Press.
- Fenton, N., Lagnado, D., Dahlman, C. y Neil, M. (2019). The opportunity prior: a proof-based prior for criminal cases. *Law, Probability, and Risk*, 18(4).
- Fenton, N. y Lagnado, D. (2021). Bayesianism: Objections and Rebuttals. En C. Dahlman, A. Stein y G. Tuzet (Eds.), *Philosophical foundations of evidence law* (pp. 267-285), Oxford University Press.
- Eraña, A. y Barceló, A. (2016). El conocimiento como una actividad colectiva. *Tópicos, Revista de Filosofía*, (51), 9-36.
- Ferrer, J. (2021). *Prueba sin convicción: Estándares de prueba y debido proceso*. Marcial Pons.

- Ferrer, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons.
- Ferrer, J. (2005). *Prueba y verdad en el derecho* (2a. ed.), Marcial Pons.
- Gama, R. (2021). En búsqueda de El Dorado: la concepción racional de la prueba y la formulación de estándares de prueba precisos y objetivos. *Revus*, (43).
- Gardiner, G. (2024). Legal Evidence and Knowledge. En M. Lasonen-Aarnio y C. Littlejohn (Eds). *The Routledge Handbook of the Philosophy of Evidence* (pp. 453-466). Routledge.
- Gardiner, G. y Zaharatos, B. (2022). The safe, the sensitive, and the severely tested: a unified account. *Synthese*, 338-369.
- Goldman, A. (1976). Discrimination and perceptual knowledge. *The Journal of Philosophy*, 73.
- Hetherington, S. (s. f.). Gettier Problems. *Internet Encyclopedia of Philosophy*. <https://iep.utm.edu/gettier/#H5>
- Ichikawa y Steup. (2024)
- Korcz, K. (2021). The epistemic basing relation. En E. N. Zalta (Ed.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. <https://plato.stanford.edu/archives/spr2021/entries/basing-epistemic/>
- Lackey, J. (2021). Norms of criminal conviction. *Philosophical Issues*, (31), 188-209.
- Laudan, L. (2013). *Verdad, error y proceso penal; un ensayo sobre epistemología jurídica*. (C. Vázquez y E. Aguilera, Trads.), Marcial Pons.
- Laudan, L. (2007). Aliados extraños: la inferencia a la mejor explicación y el estándar de prueba penal (E. Aguilera, Trad.). *Problema; Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 1(1), 305-327. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2007.1.8034>
- Levanon, L. (2022). *Evidence, respect, and truth; knowledge and justice in legal trials*. Hart Publishing.
- Nozick, R. (1981). *Philosophical explanations*. Harvard University Press.
- Stine, G. (1976). Skepticism, relevant alternatives, and deductive closure. *Philosophical Studies*, 29(4).

- Picinali, F. (2018). Can the reasonable doubt standard be justified? A reconstructed dialogue. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 31(2), 365-402.
- Ross, L. (2024). *The philosophy of legal proof*. Cambridge University Press.
- Taruffo, M. (2013). La verdad en el proceso. *Derecho y Sociedad*, (40), 239-248.
- Theiner, G. (2014). A beginner's guide to group minds. En M. Sprevak y J. Kallestrup (Eds.), *New waves in philosophy of mind* (pp. 301-322). Palgrave-Macmillan.
- Turri, J. (2010). On the relationship between propositional and doxastic justification. *Philosophy and Phenomenological Research*, 80(2), 312-326.
- Urbaniak, R., y Di Bello, M. (2021). Legal probabilism. En E. N. Zalta (Ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. <https://plato.stanford.edu/archives/fall2021/entries/legal-probabilism>
- Vázquez, C. (Ed.). (2013). *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*. Marcial Pons.

Cómo citar

IJJ-UNAM

Aguilera, Edgar, "Respeto, verdad y eliminación del error en el proceso: un balance de la contribución de Levanon a la teoría general de la prueba", *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, vol. 19, núm. 19, 2025, e19527. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2025.19.19527>

APA

Aguilera, E. (2025). Respeto, verdad y eliminación del error en el proceso: un balance de la contribución de Levanon a la teoría general de la prueba. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 19(19), e19527. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2025.19.19527>