



Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía
del Derecho

ISSN: 1405-0218

editorial.isonomia@gmail.com

Instituto Tecnológico Autónomo de
México
México

Accatino, Daniela

Atomismo y holismo en la justificación probatoria

Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, núm. 40, 2014, pp. 17-59

Instituto Tecnológico Autónomo de México

Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=363633430003>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

ATOMISMO Y HOLISMO EN LA JUSTIFICACIÓN PROBATORIA

Atomism and Holism in the Evidentiary Justification of Judicial Decisions

Daniela Accatino*

Resumen

El trabajo explora la controversia entre las concepciones atomistas y holistas del razonamiento probatorio con el objeto de evaluar críticamente sus contribuciones desde la perspectiva de una teoría normativa de la justificación de la decisión judicial sobre los hechos. La autora reconoce a las aproximaciones holistas el mérito de haber iluminado la relevancia semántica de la integración de las proposiciones a probar en un relato global del caso y la relevancia justificativa de la integración explicativa entre cada una de ellas y el conjunto de pruebas disponibles. Pero a la vez sostiene que, por razones epistémicas y jurídicas, en la arquitectura de la justificación probatoria cada hecho principal debe mantenerse atomísticamente diferenciado como objeto de prueba y respecto de cada elemento de prueba debe analizarse en forma individualizada su fiabilidad y la solidez de la inferencia que lo conecta con un hecho principal.

Palabras clave

razonamiento probatorio, atomismo, holismo, justificación judicial

Abstract

This paper explores the debate between atomistic and holistic approaches to evidential reasoning in law, with the purpose of assessing critically their contribu-

Daniela Accatino, Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas. Correspondencia: Campus Isla Teja s/n, Valdivia, Chile. daccatino@uach.cl

* Este trabajo fue desarrollado durante una estadía como investigadora visitante en el University College de la Universidad de Londres, el segundo semestre de 2013, y se benefició de varias conversaciones con William Twining, Mike Redmayne e Ian Dennis, a quienes agradezco su generosa disponibilidad. Amalia Amaya, Rodrigo Coloma, Raymundo Gama y Álvaro Núñez Vaquero leyeron una versión preliminar y me ayudaron, en varios puntos, a precisar y hacer más clara la argumentación. Agradezco también las útiles observaciones de los dictaminadores anónimos de la revista *Isonomía*. El borrador final fue presentado al Seminario de Profesores de Jornada Completa del Departamento de Derecho del ITAM y en el Seminario de Investigadores del Instituto de Investigaciones Filosóficas de la UNAM. En ambos recibí valiosos comentarios: de algunos he podido hacerme cargo aquí, mientras otros quedan para próximos trabajos.

ISONOMÍA No. 40, abril 2014, pp. 17-59

tions to a normative theory of the justification of judicial decisions concerning facts. The author recognizes that holistic theories shed light on the semantic relevance of the whole story of the case to the intelligibility of each *ultimate probanda*, as well as on the justificatory value of the explanatory integration between them and the whole evidentiary data available. At the same time, however, she argues that each *ultimate probanda* should be considered as a distinct conclusion for the purpose of its justification and that the credibility of each piece of evidence, together with the strength of its inferential link with the *probanda*, should be object of an atomistic analysis.

Keywords

factual inferences, proof, atomism, holism, judicial justification

I. Dos aproximaciones al razonamiento probatorio

En las discusiones acerca de la estructura del razonamiento probatorio en el ámbito del derecho es usual que se realice una contraposición entre los modelos *atomistas* y los modelos *holistas*.¹ La distinción se volvió habitual desde que, en la década de los ochenta, diversos estudios de psicología cognitiva criticaron la aproximación excesivamente analítica de las dos corrientes teóricas entonces dominantes en los estudios sobre la prueba jurídica: los *bayesianos* –defensores de la aplicación del modelo de la probabilidad matemática al razonamiento probatorio, y en especial de las probabilidades inversas a través del denominado “teorema de Bayes”– y los *baconianos* –partidarios, en cambio, del recurso a una noción lógica y no matemática de probabilidad.² Al abordar en forma diferenciada la evaluación de la fuerza probatoria de cada ítem de prueba y la determinación del grado de probabilidad de las hipótesis fácticas en discusión respecto de cada uno de los elementos jurídicos de un caso, ambas concepciones del razonamiento pro-

¹ Abu-Hareira (1986) inaugura el uso de la distinción, a la que luego recurren diversos autores. Véase, por ejemplo, Peter Tillers, 1989, pp. 1251 y 1252; William Twining, 1990, pp. 238 y ss.; Damaska, 1990; Taruffo, 1992, pp. 307 y ss.; Anderson *et al.*, 2005, p. 156.

² Los estudios de mayor impacto fueron los de Bennett y Feldman (1981) y los de Pennington y Hastie (1986, 1991 y 1993). En la misma época Abu-Hareira (1986) defendía también una aproximación holista a la prueba, aunque a partir de una base diferente: los estudios sobre la prueba judicial de James Glassford (*An essay on the principles of evidence and their application to subjects of judicial inquiry*, 1820), un miembro de la Escuela Escocesa del Sentido Común.

batorio desconocían, según la objeción holista, el papel decisivo de la construcción y la comparación, a partir del conjunto de evidencias disponibles, de relatos globales acerca de los hechos del caso.

El mismo reparo podía extenderse, también, al modelo de análisis desarrollado por Wigmore (1913), que comenzaba, en los mismos años, a ser recuperado y revisado por William Twining.³ La característica fundamental de su *chart method* es, precisamente, su afán analítico, que se expresa, primero, en la formulación, para cada caso, de un listado exhaustivo de proposiciones (*key list*) —que debe comprender cada uno de los hechos principales (*penultimate probanda*), cada dato probatorio relevante, cada proposición intermedia necesaria para establecer su relevancia y cada proposición que pueda debilitar o negar algún paso inferencial— y, luego, en el diagrama gráfico (*chart*) de las relaciones entre todas esas proposiciones. La consideración del caso como un todo no cumple, tampoco aquí, una función significativa.⁴

Transcurridos varios años desde los comienzos de la polémica, el panorama de las teorías del razonamiento probatorio ha cambiado y hoy es el holismo el que parece estar de moda, particularmente bajo la forma de concepciones que afirman la similitud entre el razonamiento basado en relatos y el razonamiento abductivo, y que aplican a la prueba jurídica el modelo de la inferencia a la mejor explicación.⁵ A eso se añade el que otras aproximaciones al razonamiento probatorio, centradas más bien en el análisis de las cadenas argumentativas que lo constituyen y próximas, en ese sentido, al atomismo, reconocen, de diversas maneras, la relevancia de los elementos narrativos en la determinación judicial de los hechos.⁶ Con todo, sería erróneo concluir que, como so-

³ Cfr. Twining, 1982 y 1985; Anderson y Twining, 1991 (segunda edición revisada es Anderson *et al.*, 2005). Véase también Tillers, 1983.

⁴ De hecho, el propio Wigmore presenta su modelo de análisis como una alternativa superior —“the only thorough and scientific method” (1913, p. 858)— a lo que llama “método narrativo” (1913, p. 821), caracterizado por la integración de los datos probatorios en el marco de un relato de la secuencia de hechos del caso.

⁵ Cfr. Allen, 1994; Pardo, 2000; Pardo y Allen, 2008; Allen y Stein, 2013; Amaya, 2009 y 2013.

⁶ Cfr. Twining, 1990; Anderson, Twining y Schum, 2005, pp. 145 y ss.; Bex, 2011; Bex *et al.*, 2010, y Bex y Walton, 2012. Sobre la distinción, en el ámbito del razonamiento probatorio, entre aproximaciones probabilísticas, aproximaciones basadas en relatos y aproximaciones basadas en argumentos, cfr. Kaptein *et al.*, 2009, pp. 5 y ss.

lía decirse respecto del impacto crítico del realismo jurídico, “todos somos holistas ahora”. Varias publicaciones recientes dan cuenta de que la controversia entre las dos aproximaciones subsiste y de que el holismo está expuesto a diversas críticas referidas, especialmente, a su solidez como guía normativa para la deliberación y la decisión judicial acerca de la prueba.⁷

En este trabajo me propongo evaluar el estado actual de ese debate, con el objeto principal de determinar las aportaciones y las debilidades de las aproximaciones holistas cuando se trata de precisar la arquitectura de la justificación probatoria. El análisis de las dificultades que enfrenta llevará a sostener que esa arquitectura debiera ser representada en forma principal, aunque no exclusivamente, atomista.

II. Un modelo para (re)armar la contraposición entre atomismo y holismo

Un primer paso necesario para abordar la disputa entre atomismo y holismo consiste en advertir que existen varios frentes, teóricamente distinguibles, a los que esa contienda se podría referir, dado que existen varios sentidos en que es posible hablar de una “concepción (o un conjunto de tesis acerca) del razonamiento probatorio”. Se proponen, para estos efectos, las siguientes tres distinciones:

- a) *Distinción entre varios momentos del razonamiento probatorio.*
La prueba jurídica se desarrolla, de modo análogo a una representación teatral, en varios actos,⁸ en los que se ponen en juego formas diversas de razonamiento probatorio, que corresponden a diversos actores del proceso y que pueden diferenciarse como

⁷ Véase, por ejemplo, Menashe y Shamash, 2005; Taruffo, 2009, pp. 79 y ss.; Aguilera, 2009, pp. 275 y ss.; Coloma, 2011, pp. 78 y ss.; Griffin, 2013; Mnookin, 2013, y Schweizer, 2013.

⁸ La metáfora teatral es utilizada por Schum (1986, pp. 830 y ss.), quien distingue tres actos en los que se desarrolla la “representación inferencial” en el ámbito del derecho: descubrimiento, prueba, y deliberación y decisión. Esta distinción tripartita no considera la posibilidad de que pruebas potencialmente relevantes, descubiertas en la etapa de investigación, no puedan ser aportadas al proceso en virtud de filtros dispuestos por reglas jurídicas de exclusión, cuya aplicación sea objeto de una decisión judicial previa.

objetos de análisis. Desde este punto de vista es posible distinguir entre:

- a.1) Concepciones del razonamiento probatorio en la etapa de investigación o preparación del caso, dirigida a la generación de hipótesis y elementos de prueba.
- a.2.) Concepciones del razonamiento probatorio en la etapa de decisión acerca de la admisibilidad de los elementos de prueba, contemplada por varios sistemas procesales como paso previo a la presentación de pruebas en juicio y en la que un tribunal debe resolver acerca de su relevancia y su compatibilidad con las reglas jurídicas de exclusión (de prueba ilícitamente obtenida, por ejemplo).
- a.3) Concepciones del razonamiento probatorio en la etapa de aportación de las pruebas, referidas a la argumentación que las partes realizan sobre ellas en juicio.
- a.4) Concepciones del razonamiento probatorio en la etapa de decisión del tribunal. En esta etapa es posible distinguir, a su vez, como sugiere Ferrer (2007, pp. 45 y ss.), entre el momento de valoración de la fuerza probatoria de los elementos de prueba disponibles y el momento de decisión acerca de su suficiencia conforme al estándar de prueba aplicable. Cabría, por consiguiente, diferenciar entre:
 - a.4.1) Concepciones del juicio de valoración de la fuerza probatoria de las pruebas disponibles.
 - a.4.2) Concepciones del juicio de suficiencia de las pruebas de acuerdo al estándar de prueba aplicable.

Como veremos, la crítica holista al atomismo se ha concentrado fundamentalmente en el razonamiento probatorio en la etapa de deliberación y decisión del tribunal, y en ella se centra también este trabajo. Nos interesará, por consiguiente, especialmente la distinción trazada entre a.4.1) y a.4.2).

- b) *Distinción entre dos perspectivas frente al razonamiento probatorio, una descriptiva y una normativa.* La diferenciación entre estos dos puntos de vista de puede ser referida a cada uno de los

cuatro momentos de la prueba jurídica identificados en el punto anterior. Respecto de la etapa de la decisión sobre los hechos probados, de la que este trabajo se ocupa, su aplicación permite distinguir entre:

- b.1) Concepciones descriptivas del razonamiento probatorio judicial, dirigidas a reconstruir la forma en que de hecho razonan los jueces –o, en su caso, los jurados– al valorar las pruebas y resolver acerca de su suficiencia en un proceso judicial.
- b.2) Concepciones normativas de la justificación probatoria, que apuntan a determinar cómo debieran razonar para que su decisión resulte adecuadamente justificada.

La determinación de los objetos posibles de estudio, tanto de las aproximaciones descriptivas como de las aproximaciones prescriptivas al razonamiento probatorio judicial, admite ulteriores distinciones según cuáles sean las características institucionales de la práctica de decisión judicial a la que se refiera el análisis: específicamente, según se trate de decisiones de tribunales unipersonales o de tribunales colegiados y según se trate de decisiones motivadas (es decir, dotadas de una “motivación” que explicita las razones en que se apoyan) o no motivadas. Tratándose de decisiones no motivadas, la descripción del razonamiento probatorio podrá ser referida al proceso psicológico de decisión (del juez unipersonal o bien de cada miembro de un tribunal colegiado) y además, en el caso de decisiones de tribunales colegiados, al proceso de deliberación y formación del veredicto común. En el caso de las decisiones motivadas, se agrega un tercer objeto susceptible de aproximación descriptiva: el razonamiento que se explicita en la motivación de las premisas fácticas de la sentencia. En este sentido, si se asume una concepción justificativa de la motivación,⁹ la justificación de las decisiones judiciales puede ser analizada no sólo desde un punto de vista normativo, sino también desde un punto de vista descriptivo, me-

⁹ Para una defensa de la concepción justificativa y una crítica de la “concepción psicologista” de la motivación, que la entiende como un recuento de los procesos mentales de decisión, *cfr.* Gascón, 1999, pp. 211 y ss.

diante el estudio de los discursos justificativos expresados en las sentencias motivadas.

El último comentario no debe llevar a concluir que una concepción normativa de la justificación probatoria solamente puede ser referida a las decisiones motivadas, como modelo del discurso justificativo que ellas pueden o deben (si es que están sujetas a una exigencia legal de motivación) contener. También cabe hablar de justificación probatoria respecto de decisiones judiciales no motivadas –como son, típicamente, los veredictos de los jurados–, pues también en ese caso es posible la evaluación de la existencia, en el contexto del proceso, de razones justificativas suficientes para tener por probados determinados hechos. Y no sólo es posible, sino que es lo que se espera de un jurado al decidir: que su veredicto sea justificable –es decir, que forme su convicción conforme a las pruebas y declare probado un hecho cuando ellas sean suficientes de acuerdo al estándar aplicable–, aunque no tenga que explicitar esa justificación en una motivación.

Tanto en el caso de decisiones motivadas como en el caso de decisiones no motivadas, una concepción normativa de la justificación probatoria debiera ofrecer una guía para la determinación de aquello que cuenta, en el ámbito de la prueba judicial, como razón justificativa válida y de la forma en que se establece esa relación justificativa. Lo que variará según cuáles sean las condiciones institucionales de la decisión judicial es el modo en que esa orientación normativa podrá operar: como guía para la deliberación individual (en todo caso), para la deliberación colectiva (en el caso de decisiones de tribunales colegiados) y/o para la motivación (en el caso de decisiones motivadas).¹⁰

En la siguiente sección comprobaremos que la crítica del holismo al atomismo se ha desarrollado tanto en el frente descriptivo como en el frente normativo. Ambos niveles serán considerados en este trabajo, aunque su interés se centra en la determinación del aporte de esas dos aproximaciones para una concepción jurídica y epistémicamente apropiada de la justificación de la decisión judicial sobre la prueba.

¹⁰ Eventualmente, según cuál sea el sistema de recursos procesales que contemple un sistema jurídico, una concepción normativa de la justificación probatoria puede proporcionar criterios para el control *a posteriori* de la decisión y/o de la motivación.

c) *Distinción entre objeto de la prueba (probandum) y razones probatorias (probans)*. Una concepción del razonamiento probatorio en la etapa de decisión judicial, sea descriptiva o prescriptiva, se ocupa de la relación que se establece entre aquello que es objeto de prueba (y, por consiguiente, objeto de la decisión) y el conjunto de razones relevantes (ya sea relevantes de hecho, o bien normativamente válidas). Eso presupone la identificación de lo que cuenta como objeto de la prueba y como razones probatorias. Lo que caracteriza a la aproximación holista estándar es, como se verá luego con mayor detalle, la representación del razonamiento probatorio judicial en términos de una “totalidad” (*whole*). Aunque no suele hacerse la distinción, parece útil diferenciar, en esa representación, la consideración global del caso (*case as a whole*) como objeto de la prueba de, por otra parte, la consideración global de las creencias del decisor (*whole system of beliefs*) como razones relevantes para la decisión. De este modo se hace posible distinguir entre:

c.1) Concepción atomista u holista del objeto de prueba.

c.2) Concepción atomista u holista de la estructura de las razones probatorias.

Como veremos, la identificación holista del relato global del caso como objeto de prueba se contrapone a la definición atomista de cada hecho principal, que corresponde a cada uno de los elementos jurídicos requeridos por las normas aplicables, como un *probandum* independiente. Y con respecto a la representación de las razones probatorias, la afirmación holista de una relación de sustento recíproco —es decir, interdependiente y reticular— entre el conjunto de datos probatorios y las demás creencias del juzgador, contrasta con la imagen atomista de una relación lineal y unidireccional entre cada dato probatorio y un hecho a probar.

Las tres tipologías de tesis o concepciones sobre el razonamiento probatorio que han sido diferenciadas en esta parte del trabajo permitirán, en las partes siguientes, identificar con mayor claridad (*infra* III) y valorar diferenciadamente (*infra* IV y V) los argumentos propuestos por la versión del holismo que se articuló a partir de los años ochenta.

ta –y que designaré como *teoría holista estándar*. Ellas permiten advertir, por otra parte, la posibilidad teórica de una aproximación al razonamiento probatorio que incorpore elementos atomistas y holistas. Como se ha anticipado, el análisis de las debilidades de la aproximación holista estándar (*infra* v) llevará a defender en este trabajo una concepción principal, pero no exclusivamente, atomista de la justificación probatoria, que además de ser compatible con el reconocimiento de las contribuciones del holismo en el plano descriptivo, combine las siguientes tesis normativas: a) una concepción atomista del objeto de la prueba; b) una concepción mixta de la estructura de las razones probatorias, que distingue entre la justificación del juicio de fiabilidad y fuerza individual de cada elemento de prueba, de estructura atomista, y la justificación del juicio de la fuerza del conjunto de elementos relevantes respecto de cada hecho principal y de su suficiencia conforme al estándar de prueba aplicable, de estructura holista.

Es importante precisar que la versión del atomismo que se asumirá al defender esa concepción mixta de la justificación probatoria no es la de la aproximación matemática del probabilismo bayesiano –que las teorías holistas toman como principal contendor–, sino la de los análisis de tipo argumentativo (como el *modified wigmorian analysis*, que elaboran Anderson *et al.*, 2005).¹¹ Sin perjuicio de la relevancia de la teoría de la probabilidad matemática para la comprensión de las bases estadísticas de diversas pruebas científicas y forenses y para su correcta valoración, se descarta aquí la posibilidad de una articulación completa de la justificación probatoria en términos de cálculo de probabilidades. De las diversas objeciones que el bayesianismo enfrenta,¹² hay tres que parecen especialmente significativas desde el punto de vista

¹¹ Es importante advertir que ni el *chart method* de Wigmore, ni la versión revisada del mismo que han elaborado Anderson, Twining y Schum, fueron articulados con la pretensión de configurar un modelo de justificación de las decisiones probatorias. Aunque fueron diseñados más bien como métodos de análisis útiles para la estructuración de los argumentos de los abogados, ellos pueden ser relevantes también para una concepción normativa de la justificación probatoria, en la medida que una de sus ventajas es (como señalan Anderson *et al.*, 2005, pp. 141-142) que hacen posible la identificación crítica de las debilidades epistémicas de las pruebas y de las inferencias probatorias que pueden construirse a partir de ellas. Agradezco a Jorge Cerdio la advertencia sobre la necesidad de esta precisión.

¹² Una síntesis de esas dificultades puede verse en Twining y Stein, 1992, p. xxii y en Allen y Pardo, 2007.

de una teoría de la justificación probatoria: la estricta subjetividad, en los casos en que no existen frecuencias estadísticas que resulten aplicables, de las estimaciones cuantitativas de probabilidad inicial de una hipótesis y de las estimaciones asignadas a los elementos de prueba cuyos resultados no se expresan en términos probabilísticos;¹³ la incapacidad de ofrecer una interpretación satisfactoria de los estándares de prueba, en virtud de la “paradoja de la conjunción” y de la arbitrariedad de la fijación del nivel requerido de probabilidad para el estándar penal;¹⁴ y la contradicción con principios jurídicos como el de presunción de inocencia (al requerir que se asigne a la hipótesis de la culpabilidad una estimación inicial de probabilidad) y la exigencia de prueba “individualizada”, referida específicamente al caso particular (al admitir la posibilidad de declarar un hecho probado sobre la base de prueba puramente estadística).¹⁵

III. La teoría holista estándar del razonamiento probatorio: *story model* e inferencia a la mejor explicación

La aproximación holista al razonamiento probatorio fue presentada inicialmente como una concepción descriptiva de los procesos psicológicos de decisión acerca de las pruebas y, en particular, acerca de la formación del veredicto de los jurados en juicios penales, formulada sobre la base de teorías generales de psicología cognitiva y de investigaciones empíricas en el terreno específico de los procesos judiciales. Esta concepción se conoce como *story model*, dado que su tesis central es que los jurados imponen una organización narrativa a la información obtenida del proceso, mediante la construcción de uno o más relatos en los que se establecen relaciones causales e intencionales entre los eventos que constituyen el caso que es objeto del proceso.¹⁶

¹³ Un análisis de las implicaciones de este problema se encuentra en Redmyne, 2003.

¹⁴ Sobre estas dificultades, *cfr.* Tribe, 1971 y Cohen, 1977, pp. 49 y ss.

¹⁵ Véase Ferrer, 2007, pp. 98-108.

¹⁶ *Cfr.* Bennett y Feldman, 1981, pp. 41 y ss.; Pennington y Hastie, 1986, 1992, 1993 y 2000.

Los relatos sobre lo que ocurrió se construyen a partir de la información presentada en juicio, la que de ese modo adquiere significado, y del *background* de conocimientos del jurado. Especial importancia se atribuye, en este modelo, al conocimiento general acerca de la estructura de las secuencias de acción humana intencional (*episode schema*) y de sus componentes necesarios, y al conocimiento sobre eventos similares en contenido a aquéllos que son objeto de disputa (*memory stores*). Los primeros determinan las expectativas acerca de la integridad de las narraciones y los segundos sustentan la valoración de su plausibilidad. Integridad, plausibilidad y consistencia del relato determinan, a su vez, la coherencia del relato, de la que depende su aceptación final por el jurado.¹⁷ Luego el relato aceptado es cotejado con el conjunto de alternativas de decisión (*choice set*), que en el caso de los jurados corresponde a las categorías de veredictos, definidas mediante una lista de elementos identificados a partir de las instrucciones acerca del derecho. Mientras la construcción del relato es representada como un proceso no deliberado de “comprensión”, su comparación con las categorías de veredicto constituye un proceso deliberado, en el que debe determinarse el sentido de conceptos jurídicos poco familiares y en el que tiene lugar la aplicación de las instrucciones acerca de los estándares de prueba, para determinar si los atributos de una determinada categoría de veredicto resultan satisfechos por los acontecimientos incluidos en la narración previamente aceptada de los hechos del caso.¹⁸

Esta sintética caracterización del *story model* permite advertir que éste propone una concepción holista tanto del objeto de la prueba, que se estructura bajo la forma de un relato o narración global de los hechos del caso, como de las razones relevantes para la decisión probatoria, representadas como una totalidad que integra las pruebas y el conjunto de conocimientos del juzgador y cuya fuerza, interdependiente, es apreciada en forma global. Esta representación holista del razonamiento probatorio judicial, comprende, por otra parte, tanto el juicio de la fuerza o valor probatorio de los elementos de prueba como el juicio de suficiencia en virtud del cual ciertos hechos se aceptan como proba-

¹⁷ Cfr. Pennington y Hastie, 1993, p. 294; y 2000, p. 217.

¹⁸ Cfr. Pennington y Hastie, 1993, pp. 294; y 2000, pp. 213 y 219.

dos. Ambos momentos aparecen integrados en la valoración global de la coherencia de los relatos acerca de los hechos.

Una imagen semejante es la que resulta de investigaciones posteriores de psicología cognitiva sobre los procesos de decisión en contextos de complejidad, que han formulado un modelo general de razonamiento basado en la coherencia (*coherence-based reasoning*) y han desarrollado aplicaciones específicas en el ámbito de la decisión judicial.¹⁹ Su tesis central es que el proceso de decisión sobre los hechos se produce a través de la progresiva formación de un modelo mental coherente que integra los elementos de prueba y el *background* de conocimientos del sujeto y que opera a través de ajustes de coherencia (*coherence shifts*) no conscientes, que modifican la representación de los factores o variables relevantes para su mejor adaptación al estado de coherencia gradualmente emergente. Estas investigaciones, en palabras de uno de sus autores, “concuerdan con el *story model*” (Simon, 2004, p. 511) en su caracterización holista del proceso de decisión e incluso permiten extender su alcance –a través del concepto más amplio de representaciones mentales coherentes– a aquellos casos judiciales en los que la prueba no se refiere a una secuencia de acciones intencionales, sino más bien a una situación o un estado de cosas, difícilmente representables bajo la estructura de una *story*.²⁰

La aproximación del *story model* al razonamiento probatorio generó interés y distintas clases de reacciones entre los juristas dedicados al estudio de la prueba jurídica. Algunos trabajos destacaron su relevancia para advertir diversos peligros presentes en la valoración de las pruebas –el impacto de prejuicios bajo la forma de estereotipos y guiones arquetípicos, la prevalencia de consideraciones de plausibilidad narrativa sobre la atención a las pruebas específicas del caso, por ejemplo.²¹ Otros, en cambio, la asumieron como base para desarrollar una teoría

¹⁹ Véase, por todos, Simon, 2004.

²⁰ Una advertencia acerca de la existencia de esta clase de casos es realizada por Twining (2000, p. 85).

²¹ Cfr. Twining, 1990, pp. 220 y ss.; Anderson y Twining, 1991, pp. 165 y ss.; Taruffo, 1992, pp. 312 y ss.; Wagenaar *et al.*, 1993 y Menashe y Shamash, 2005. Un sugestivo análisis del impacto de las construcciones de perfiles o estereotipos de los acusados o las víctimas en los procesos penales puede verse en Coloma, 2010.

de la prueba jurídica alternativa a la teoría bayesiana, entonces preva-
leciente en la *New Evidence Scholarship* angloamericana, que pudiera
resultar más “realista” –con mayor capacidad explicativa respecto de
las prácticas efectivas de decisión sobre la prueba y de interpretación
de las normas del derecho probatorio– y que no se enfrentara a la obje-
ciones teóricas y normativas que afectan al bayesianismo. Esta nueva
aproximación –que completa, desde la perspectiva de la teoría jurídica,
la versión estándar de la concepción holista del razonamiento probato-
rio– ha sido desarrollada especialmente en los trabajos de Ronald Allen
y, luego, de Michel Pardo.²²

Esa teoría caracteriza el proceso de decisión sobre la prueba como
una evaluación de la plausibilidad relativa de las narraciones acerca
de los hechos presentadas por las partes, o contruidos adicionalmen-
te por los propios juzgadores, y, en sus formulaciones más recientes,
asume que esa evaluación resulta representable como una inferencia a
la mejor explicación o una especie de razonamiento abductivo. La ma-
yor o menor plausibilidad explicativa de un relato es una función de su
consistencia, su simplicidad, su extensión (capacidad de explicar más y
diferentes tipos de hechos) y su coherencia (concordancia con el *back-*
ground de conocimientos del juzgador).²³ Se trata de criterios que son
sopesados recíprocamente, sin que exista una fórmula para su combi-
nación. Por otra parte, el tipo de evaluación comparativa de la plausibi-
lidad de los relatos variará según cuál sea el estándar de prueba aplica-
ble al proceso: si se trata de un proceso civil en que resulte aplicable el
estándar de preponderancia de la prueba la evaluación apuntará a deter-
minar cuál es la mejor explicación disponible; si se trata de un proceso
penal en el que resulte aplicable el estándar de prueba más allá de toda
duda razonable, la evaluación considerará si existe alguna explicación
plausible que resulte consistente con la inocencia del acusado, aunque
su plausibilidad sea menor que la de otra explicación consistente con su

²² *Cfr.* Allen, 1994; Pardo, 2000; Allen, 2008; Pardo y Allen, 2008; Pardo, 2013; Allen y Stein, 2013.

²³ La identificación y denominación de los criterios que determinan la opción entre explica-
ciones en conflicto presenta diferencias significativas entre diversos textos de los autores (*cfr.*
Allen, 2008, p. 326; Allen y Stein, 2013). No se encuentran tampoco en ellos definiciones pre-
cisas de esos criterios. Para justificar esta falta de precisión los autores expresan que su interés
no es “filosófico conceptual” sino “práctico” (Allen, 2008, p. 321; Pardo y Allen, 2008, p. 230)

culpabilidad; y, por último, si resultara aplicable el estándar que requiere la existencia de prueba clara y convincente, deberá determinarse si la explicación que sustenta la tesis de la parte a quien corresponde la carga de la prueba es más plausible en el grado suficiente que la explicación alternativa de la parte contraria.²⁴ Una vez aceptado un relato de los hechos como la mejor explicación o la única plausible, según el tipo de proceso, la decisión final se adopta determinando si ese relato comprende o no todos los elementos formales requeridos por las normas en las que se fundan las pretensiones de las partes.

La teoría de la plausibilidad relativa coincide con el *story model* en su concepción holista del razonamiento probatorio. Como en ésta última, el objeto de la prueba es identificado con un relato global de los hechos del caso. Y la ponderación de las razones probatorias –las pruebas y el *background* de conocimientos del juzgador– es representada, también, en forma global, tanto cuando se trata de determinar la relevancia de las evidencias, como su valor probatorio y su suficiencia conforme a los estándares de prueba aplicables.²⁵

Menos claro resulta, en cambio, el carácter descriptivo o también normativo de este modelo. No cabe duda de que, precisamente sobre la base de su coincidencia con la representación del razonamiento probatorio ofrecida por el *story model*, la teoría de la plausibilidad relativa pretende reflejar la forma en que los hechos son efectivamente determinados en los procesos judiciales. Pero su eventual carácter normativo resulta más ambiguo.²⁶ En algunos textos, sus defensores descartan

²⁴ Se reconoce la vaguedad de esa expresión (Pardo y Allen, 2008, p. 240), aunque ella se atribuye a la falta de precisión del propio estándar y no a un defecto de la teoría.

²⁵ Los tres momentos del razonamiento probatorio son analizados en Pardo y Allen, 2008, y en Pardo, 2013. Referencias explícitas a la asunción de una concepción “holista” del razonamiento probatorio se encuentran en Pardo, 2000, y en Allen y Stein, 2013, pp. 576 y 577.

²⁶ Es posible establecer una relación entre esta ambigüedad y la concepción de “epistemología naturalizada” que Allen, en un trabajo publicado junto con B. Leiter, acepta en la medida que “proporciona un camino fructífero para la comprensión del derecho probatorio” (Allen y Leiter, 2001, p. 1497). Allí los autores afirman seguir a Alvin Goldman al asumir una concepción que “mantiene el elemento distintivamente *normativo* de la epistemología –la regulación de nuestras actividades cognitivas de manera que su resultado sea la obtención de conocimiento”– (*ibid.*, cursiva en el original), pero que postula además la necesidad, para ofrecer orientaciones normativas, de información acerca de la forma en que realmente operan los procesos cognitivos (epistemología individual) y, sobre todo, la forma en que se desarrollan las prácticas y procesos

explícitamente una pretensión prescriptiva. Allen precisa, por ejemplo, que su proyecto teórico apunta a realizar una descripción ajustada de la naturaleza de la prueba jurídica y que por tanto es “puramente positivo más que normativo” (2008, p. 321). Luego afirma, sin embargo, que diversas normas del derecho probatorio “reflejan la estructura de la plausibilidad relativa” (2008, p. 326) y que esta teoría ofrece, en comparación con la teoría de la probabilidad matemática, una mejor explicación de diversos conceptos –como los de relevancia, fuerza probatoria y estándar de prueba– e instituciones del derecho probatorio.²⁷ Estas afirmaciones sugieren que el carácter “positivo” de la teoría se refiere no sólo a la pretensión de su correspondencia con los procesos efectivos de decisión, sino también a su capacidad de dar cuenta de la forma en que el derecho define esos procesos cuando establece reglas de admisión y de decisión probatoria. Desde esta perspectiva, sólo en un sentido débil –por su referencia al derecho probatorio positivo– podría considerarse a la teoría de la plausibilidad relativa como normativa.

En otros trabajos, sin embargo, la teoría es defendida también desde una perspectiva normativa fuerte, referida a los requerimientos de la racionalidad epistémica. Es el caso de un trabajo de Pardo y Allen donde, precisamente frente a la objeción que reduce el alcance del modelo de la plausibilidad relativa a una mera descripción de las prácticas efectivas de decisión, que podría por consiguiente ser descartada desde el punto de vista normativo (“tanto peor para esas prácticas”), señalan que “las inferencias basadas en consideraciones explicativas podrían resultar *justificadas*, también, y de hecho más que las conclusiones generadas a través de una aproximación probabilística” (Pardo y Allen, 2008, p. 225, cursivas añadidas). En el mismo texto, el modelo de la inferencia a la mejor explicación es defendido de las objeciones gene-

sociales de formación de creencias (epistemología social). Sin embargo, luego, al aplicar esa concepción al ámbito de la prueba, sólo adoptan una perspectiva normativa para evaluar si las normas de derecho probatorio son instrumentalmente adecuadas para la adquisición efectiva de conocimiento. En cambio, en lo que respecta a la teoría de la plausibilidad relativa, se limitan defenderla porque explica “lo que efectivamente hacen quienes deciden acerca de los hechos”, “lo que los abogados efectivamente hacen en juicio” y “la estructura básica de los procesos” (2001, p. 1528).

²⁷ Cfr. Allen, 2008, p. 326; en el mismo sentido Allen, 2005.

rales relativas a su falta de fiabilidad epistémica (Pardo y Allen, 2008, p. 245). Una defensa semejante de la calidad epistémica de las conclusiones obtenidas mediante la aplicación del modelo de la plausibilidad relativa –y, por consiguiente una base más clara para atribuirle un sentido normativo– se encuentra también en un reciente artículo de Allen y Stein (2013, pp. 572 y ss.).

La asunción de una pretensión normativa fuerte está claramente presente en otras aproximaciones al razonamiento probatorio, que recurren al modelo de la inferencia a la mejor explicación para definir qué cuenta como una adecuada justificación probatoria. Es el caso de los trabajos de Amalia Amaya (2009 y 2013), quien se apoya explícitamente en una teoría coherentista de la justificación epistémica, y también de Bex *et al.* (2010, pp. 127, 132 y 134), quienes asumen que un modelo de razonamiento probatorio debe permitir determinar si una conclusión resulta racionalmente justificada. Aunque también estos dos últimos enfoques son, en algunos sentidos, holistas, ellos se apartan en varios aspectos de lo que aquí se ha designado como concepción holista estándar del razonamiento probatorio. En el caso de Amaya, porque elabora una versión más articulada de los requerimientos de coherencia de los que depende la aceptación de una hipótesis y porque incorpora exigencias justificativas adicionales derivadas de la consideración de la especificidad del contexto de la prueba judicial y de estándares de responsabilidad epistémica. Y en el caso de Bex *et al.* (2010), porque desarrollan una “teoría híbrida”, que incorpora tanto elementos holistas narrativos como elementos atomistas argumentativos. Como veremos más adelante, estas dos líneas de investigación aportan elementos significativos para el desarrollo de una concepción epistémica y jurídicamente adecuada de la justificación probatoria. La propuesta que se esboza en este trabajo discrepa de ellas, sin embargo, especialmente, en cuanto mantienen una concepción holista del objeto de la prueba –el relato global de los hechos del caso– y, en conexión con ella, una concepción fuertemente holista del juicio de suficiencia probatoria a través de la aplicación del modelo de la inferencia a la mejor explicación respecto del relato de hechos en su totalidad.

IV. Los aspectos holistas de la justificación probatoria

Las aproximaciones holistas a la prueba judicial han permitido, sin duda, una mejor comprensión de los procesos psicológicos de decisión. Sus tesis descriptivas son significativas, en este sentido, tanto para determinar en qué medida un modelo normativo de justificación probatoria puede ser efectivamente aplicado (algo sobre lo que volveremos en la última parte de este trabajo) como por su potencial crítico para la detección de riesgos de prejuicio y de error cognitivamente determinados.

Sus contribuciones no se reducen, sin embargo, a la advertencia de la “necesidad psicológica” de los relatos para la comprensión de las pruebas y a la explicación de las ventajas retóricas de las estrategias de tipo narrativo utilizadas tradicionalmente por los abogados litigantes.²⁸ Las concepciones holistas del razonamiento probatorio también iluminan algunas cuestiones significativas desde el punto de vista de una teoría normativa de la justificación de las decisiones probatorias.

- a) En primer lugar, las aproximaciones holistas a la prueba judicial ponen de relieve cómo, aunque los hechos que son objeto de prueba en un proceso puedan (y, según precisaremos en el siguiente apartado, *deban*) descomponerse en un conjunto de proposiciones correspondientes a los diversos elementos constitutivos del supuesto de hecho de la norma jurídica aplicable, el sentido de esas proposiciones como objeto de prueba depende de su integración en una totalidad coherente.

En otras palabras, un hecho singular (o, más precisamente, la proposición que afirma su ocurrencia) es relevante como objeto de prueba en un proceso, porque puede integrarse de manera coherente en el relato de un *caso individual* que, considerado como un todo, corresponde a una realización concreta del *caso genérico* previsto por las normas jurídicas aplicables. Cada proposición fáctica carece, si es considerada en forma aislada e independiente, de significación jurídica y, por tanto, de relevancia para efectos probatorios. Así, por ejemplo, la existencia de un daño patrimonial sufrido por un determinado sujeto, consti-

²⁸ Sobre las cuales *cf.* Twining, 1990, p. 220.

tuye un hecho jurídicamente relevante, susceptible de ser identificado como un *probandum*, cuya aceptación como probado debe ser justificada, porque puede integrarse de modo coherente en el relato de una sucesión de eventos que pueden calificarse como un caso de daños causados a otro en virtud de una acción negligente.

Utilizando una expresión usual en la literatura sobre prueba jurídica, la existencia de una *teoría del caso* en la que se integren en forma coherente el conjunto de proposiciones que son objeto de prueba, constituye un presupuesto necesario de la justificación de una decisión judicial, pues hace posible la inteligibilidad de cada una de esas proposiciones como jurídicamente relevante y permite su subsunción bajo el caso genérico definido por las normas aplicables. De este modo, la *integración coherente* de las proposiciones que son objeto de prueba en una teoría del caso constituye un primer sentido específico en que se debe reconocer un lugar, en la arquitectura de la justificación probatoria, a las consideraciones globales de coherencia sobre las que llaman la atención las concepciones holistas del razonamiento probatorio.²⁹ Esta función que se reconoce al relato global como condición para la inteligibilidad, desde un punto de vista jurídico, de las proposiciones principales, no implica, sin embargo, la aceptación de una concepción holista del objeto de la justificación probatoria (el que, como veremos luego, se propone identificar con *cada una* de las proposiciones principales), ni tampoco la de una concepción holista de las razones probatorias. Se trata más bien de un limitado *holismo semántico*, en virtud del cual el relato global del caso constituye el contexto en el que cada proposición que es objeto de prueba adquiere significado desde un punto de vista jurídico.

- b) En segundo lugar, tiene interés considerar también el posible valor justificativo de las consideraciones de *plausibilidad*, que de

²⁹ La integración coherente en una teoría del caso corresponde a la condición de “consistencia interna” que en el *story model* se identificaba como uno de los criterios de coherencia del relato y en la teoría de Allen y Pardo como uno de los criterios de la plausibilidad de una explicación. Cfr., también, en un sentido semejante Bex *et al.*, 2010, pp. 143 y 145. Además de reconocer a la integración de los enunciados probatorios en un relato global del caso como precondición para su justificación individualizada, se puede concordar en que la construcción y comparación de relatos globales hipotéticos cumple un papel significativo en las etapas de investigación (cfr. Schum, 2001b, pp. 178 y ss.).

acuerdo con las concepciones holistas resultan de la coherencia entre el relato y los conocimientos generales o de sentido común y cumplen un papel central en la aceptación de un relato como probado.³⁰ En términos generales, las concepciones holistas destacan tanto la importancia del conjunto de creencias del juzgador en el proceso de decisión probatoria como su diversidad y complejidad. En particular ellas enfatizan la función que cumplen algunos elementos de ese *stock of knowledge* al determinar la plausibilidad de un relato, con independencia de cuáles sean las pruebas específicas que lo sustenten. Es lo que ocurre con elementos como los estereotipos, ciertos esquemas narrativos típicos o las generalizaciones acerca de lo que normalmente ocurre en un cierto tipo de relaciones o situaciones.

La función que cumple esta clase de elementos, que denominaré, para distinguirlos, *generalizaciones narrativas*, es diferente de la función que las concepciones atomistas del razonamiento probatorio le atribuyen a las generalizaciones empíricas en tanto premisas de las inferencias inductivas que conectan un elemento de prueba con una conclusión probatoria.³¹ La diferencia consiste en que la primera clase de generalizaciones podría dotar de plausibilidad a un relato *con independencia y aun a falta de datos probatorios específicos referidos a la acción o estado de cosas particular que es objeto del proceso*.³²

Un ejemplo (que utilizan Wagenaar *et al.*, 1993, pp. 44 y ss. y que retoman también Bex *et al.*, 2010, pp. 126, 146 y 147) puede ayudar a

³⁰ Pennington y Hastie se refieren a la plausibilidad como concordancia de una *story* con el conjunto de conocimientos generales acerca del mundo o conocimientos de sentido común. Allen y Pardo utilizan el concepto de coherencia para designar esta propiedad y usan, en cambio, el concepto de plausibilidad para designar la calidad que resulta de la aplicación del conjunto de criterios relevantes para la aceptación de una explicación. En la medida que el concepto de coherencia tiene, en las discusiones de epistemología general y también de epistemología jurídica un sentido más amplio, he preferido la primera denominación.

³¹ Sobre esta función de las generalizaciones como garantía (en el sentido de Toulmin) o “pegamento” (*glue*) en las inferencias probatorias, *cfr.* Schum, 2001a, pp. 81 y ss.; Anderson *et al.*, 2005, pp. 100 ss; González, 2003, pp. 36 y 42.

³² También Wagenaar *et al.* (1993, en un capítulo denominado, precisamente, “Proof by narrative only”, pp. 44 y ss.), Bex *et al.* (2010, pp. 136 y 146 y ss.) y Bex y Walton (2012, p. 116) se refieren al uso de argumentos relativos a la plausibilidad de un relato, no basados en pruebas específicas sino directamente en conocimientos generales de sentido común.

comprender cómo operan las generalizaciones narrativas. Se trata del caso de Danny Rijkbloem, un hombre nacido en Surinam, de 23 años, residente en Holanda, con un largo historial delictual iniciado a los quince años, que incluye condenas por robos y hurtos. Su novia y conviviente, Nicole Lammers, de 20 años, hija de un panadero holandés, decide, bajo la presión de sus padres, que es mejor terminar su relación y lo deja. Algunos días después, ella y sus padres van al departamento de Rijkbloem para llevarse las cosas que había dejado allí y se trenzan en una discusión con él. En algún momento, la discusión se acalora y se inicia un forcejeo que termina con el padre de Nicole muerto de un disparo en la cabeza. La versión de Nicole y su madre –sostenida luego por la acusación– es que fue Rijkbloem quien le disparó durante la pelea. La versión de Rijkbloem es que la madre de Nicole sacó un arma de su bolso y lo amenazó, lo que hizo que él se abalanzara sobre ella para desviar el arma y que, en ese lance, el arma se disparara accidentalmente causando la muerte del padre de Nicole.

El relato que inculpa a Rijkbloem se ajusta, como destacan Wagenaar *et al.* (1993, p. 44), a una trama reconocible o típica: una niña de buena familia se enamora del hombre equivocado, los padres tratan de salvarla, pero el matón tiene otra manera de resolver sus problemas y termina matando al padre e inculpando a la madre. La versión del acusado resulta en cambio poco plausible, pues no es usual (al menos en Holanda) que una madre de familia lleve un arma en su bolso. Ese patrón habitual y esta generalización basada en el sentido común dotan de mayor o menor plausibilidad a esos relatos alternativos, *con independencia de cuáles sean las pruebas concretas relativas al caso específico*.

Las concepciones holistas del razonamiento probatorio, y en particular el *story model*, destacan la relevancia *psicológica* de las apreciaciones de plausibilidad en la aceptación como probada de una versión de los hechos de un caso. Una cuestión distinta, que interesa dilucidar aquí, es si puede reconocérseles también relevancia *justificativa*, es decir, si ellas pueden contar como una razón epistémica a favor de una conclusión probatoria.

¿Es posible, por ejemplo, atribuir valor justificativo a las generalizaciones narrativas identificadas en el caso Rijkbloem? ¿Puede la generalización acerca de la conducta habitual de los matones con historial delictual (“reaccionan violentamente frente a cualquier provocación”) aportar sustento a la hipótesis de que Rijkbloem, un matón con historial delictual, disparó al padre de Nicole en medio de la disputa? ¿Puede la generalización según la cual las madres de familia en Holanda no suelen llevar armas en su bolso, servir válidamente de base a un argumento contra la hipótesis de que fue la madre de Nicole quien disparó?

En la medida que esas generalizaciones estén dotadas de sustento empírico, y no se trate de un prejuicio infundado o de otra forma de creencia errónea (un peligro frecuente sobre el que advierten Menashe y Shamash, 2005), se debe concluir que esa clase de argumentos proporciona efectivamente alguna justificación inductiva a las conclusiones.³³ En principio, y haciendo abstracción de cuáles sean las evidencias específicas relevantes, la mayor plausibilidad de una hipótesis de acuerdo con las generalizaciones narrativas aplicables permite atribuirle justificadamente mayor probabilidad de ser verdadera respecto de una hipótesis alternativa que sea menos plausible o implausible.

El grado de justificación epistémica que proporciona esta clase de inferencias fundadas en generalizaciones narrativas es, sin embargo, relativamente bajo, si lo comparamos con el que aportan inferencias que toman en consideración evidencias referidas específicamente al caso particular (suponiendo que la información proporcionada por éstas sea fiable). Y en el ámbito de la prueba jurídica, caracterizada por la exigencia que la decisión probatoria se funde en elementos de información referidos específicamente a la acción o el estado de cosas particular que es objeto de juicio (una nota distintiva sobre la que volveremos luego, *infra* V), la plausibilidad de un relato de los hechos no resulta por sí sola suficiente para justificar la aceptación de ese relato como probado. Esto no obsta, sin embargo, a que sea importante advertir que ella puede tener algún peso justificativo, en la medida que pueda ser re-

³³ En el mismo sentido *cf.* Twining, 2000, pp. 76 y 77 y Bex *et al.*, 2010, pp. 146 y 147. Aunque no es posible hacer un análisis detenido del punto aquí, es interesante notar que los argumentos basados en generalizaciones narrativas operarían de modo semejante a la “naked statistical evidence”. Véase, en este sentido, Schauer, 2003, pp. 79 y ss.

ferida a una proposición principal que sea objeto de prueba (como, en el caso de Rijkbloem, su participación en el homicidio del padre de Nicole).

- c) Por último, las aproximaciones holistas resultan significativas también para la comprensión de la forma en que el conjunto de razones probatorias se combinan en la justificación del juicio acerca de su suficiencia para tener por probado un hecho.

Ha sido descartado ya (*supra* II) que la integración de las pruebas y la determinación de su suficiencia pueda justificarse mediante alguna forma de cálculo matemático cuyo resultado se compare con un estándar de prueba expresado en términos de *ratio* o porcentaje de probabilidad. Las aproximaciones atomistas de tipo argumentativo, como el *chart method* de Wigmore, no ofrecen, por su parte, algún otro modelo, no cuantitativo, de integración que conserve una estructura de razonamiento puramente lineal.³⁴ En cambio, las aproximaciones holistas ponen acertadamente de relieve el carácter reticular de la relación de sustento recíproco entre el conjunto de razones probatorias relevantes.

Este momento de integración entre los datos probatorios debe ser reconocido aunque se asuma —como se sostendrá con mayor detenimiento en la próxima sección— que el análisis diferenciado de las inferencias probatorias que conectan los elementos de prueba con las proposiciones principales a probar constituye un componente indispensable de la justificación probatoria y que el juicio de suficiencia de las pruebas conforme al estándar legal debe ser referido, por razones tanto jurídicas como de rigor epistémico, a cada proposición probatoria principal, correspondiente a cada elemento de la calificación jurídica. La aceptación de estos aspectos *atomistas* de la justificación probatoria no impide el reconocimiento de un momento *holista* en el que la estructura del razonamiento involucrado no sea estrictamente lineal. Ese momento corresponde al de la determinación del grado de apoyo probatorio que el conjunto de elementos de prueba aportado proporciona a cada *factum probandum* principal (y a las eventuales hipótesis alternativas en conflicto).

³⁴ Cfr. Twining, 1985, p. 183

Si bien el análisis atomista permitirá identificar, respecto de cada hecho principal, diversas cadenas de argumentos y contraargumentos contruidos a partir de las pruebas, o a partir de generalizaciones narrativas, la valoración conjunta de su fuerza, su comparación con el grado de apoyo inductivo con que cuentan eventuales hipótesis alternativas y la evaluación de su suficiencia conforme a los estándares legales no parece representable como una nueva cadena inferencial lineal. Ella asume, más bien, la forma de una ponderación del encaje explicativo entre el conjunto de datos probatorios relevantes y las hipótesis en conflicto, con respecto a cada hecho principal, que considere además, comparativamente, la solidez epistémica de las razones las sustentan (evaluada a través del análisis atomista).

Un modelo que ofrece una representación iluminadora de la estructura de ese razonamiento es el que propone Susan Haack (1993, pp. 81 y ss.; 2012, pp. 215 y ss.; 2013, pp. 78 y 79) en el marco de su teoría *fundaherentista* de la justificación epistémica.³⁵ Ese modelo se sirve de la imagen de un crucigrama para explicar cómo el grado de sustento o aval (*warrant*) epistémico de una afirmación depende de la calidad de las pruebas que existen respecto a ella. Conforme a esa imagen la estructura de las pruebas no es lineal sino ramificada, como en un crucigrama, y lo que hace que la calidad de las pruebas respecto de una afirmación sea mejor o peor es análogo a aquello que hace que la respuesta a una entrada de un crucigrama sea más o menos razonable:

i) El *grado de apoyo* que ofrecen las pruebas; que sería análogo a cuán bien encaja la respuesta a una entrada de una crucigrama con la referencia dada y con las entradas que ya han sido completadas. En otras palabras, “el grado de apoyo otorgado por las pruebas depende de la aportación que éstas hagan para la integración explicativa de las pruebas-más-la-conclusión” (Haack, 2013, p. 79).

ii) La *seguridad (o solidez)* de las pruebas con independencia de la afirmación en cuestión; que sería análoga a la razonabilidad de las res-

³⁵ Se trata, como el nombre lo sugiere, de una teoría que combina en una síntesis original elementos fundacionistas y elementos coherentistas, y que la autora caracteriza como “una especie de holismo articulado” (Haack, 2013, p. 79)

puestas a las otras entradas que se entrecruzan con la entrada que se debe completar, con independencia de ésta.

iii) La *inclusividad* de las pruebas; o, análogamente, de la proporción del crucigrama que ya ha sido completado.

Este modelo parece preferible al de la “inferencia a la mejor explicación”, al que recurren actualmente diversas aproximaciones holistas a la prueba jurídica (aplicándolo, además, a diferencia de lo que aquí se propone, no a la justificación de cada *factum probandum* principal, sino a la relación entre el conjunto total de las razones probatoria y el relato global del caso). Por una parte, el concepto de “integración explicativa” resulta más preciso y evita un riesgo que suscita, en el modelo de la inferencia a la mejor explicación, la existencia de criterios de optimización distintos al de la coherencia explicativa (sobre cuya identificación existe, además, desacuerdo entre las diversas versiones del modelo): se trata del riesgo de que pueda considerarse mejor una explicación que tenga menos apoyo probatorio que otra, sobre la base de criterios como, por ejemplo, su mayor plausibilidad (un riesgo sobre el que volveremos en la siguiente sección). Por otra parte, en el modelo del crucigrama de Haack la integración explicativa constituye sólo una de las dimensiones de la calidad de las pruebas y se diferencia de la seguridad o solidez independiente de cada una de ellas, de tal modo que se le asigna un lugar claro al juicio acerca de su fiabilidad y fuerza probatoria individual (algo que, según veremos en la siguiente sección, no ocurre en la versión estándar de las aproximaciones holistas). Por último, al tratarse de un modelo gradual y no optimizador, permite mantener analíticamente diferenciada la valoración de la calidad del conjunto de pruebas disponibles, de la decisión sobre su suficiencia conforme al estándar de prueba aplicable. De este modo se hace posible desarrollar una interpretación distinta de cada uno de los diversos estándares que el derecho prevé para distintas clases de procesos, evitando las dificultades que plantea el integrarlos a todos –y particularmente al estándar penal de la prueba más allá de toda duda razonable– en el modelo de la “mejor explicación”.³⁶

³⁶ Cfr. al respecto Laudan, 2007. No es posible examinar aquí cómo se interpretarían en el marco de esta concepción de la justificación probatoria los tradicionales estándares legales de preponderancia

V. Los aspectos atomistas de la justificación probatoria

El reconocimiento de algunas dimensiones holistas de la justificación probatoria no implica, como se ha anticipado, la aceptación completa de la validez de la concepción holista estándar del razonamiento probatorio como modelo normativo. Por el contrario, un objetivo central de este trabajo es la defensa de la centralidad de un análisis atomista de las pruebas para una teoría de la justificación probatoria que resulte epistémicamente rigurosa y apropiada a los rasgos característicos de la prueba en el contexto jurídico y que pueda, por tanto, constituir un modelo idóneo para guiar la deliberación judicial.

Una característica distintiva de la prueba jurídica es que la determinación de los hechos que se tienen por probados debe apoyarse en los datos probatorios que hayan sido aportados al proceso. Sin perjuicio del espacio que los diversos sistemas procesales reconocen a las convenciones probatorias de las partes y al reconocimiento de ciertos hechos como notorios, es una exigencia común a todos ellos que la decisión probatoria se base en las pruebas incorporadas en juicio, que han estado sometidas al escrutinio contradictorio de las partes y han

de la prueba y de prueba más allá de toda duda razonable. En términos generales, cabe señalar que el estándar usualmente aplicable a los procesos civiles debiera considerarse satisfecho, respecto de cada hecho principal, si existen pruebas específicas que se integren explicativamente con la hipótesis de su ocurrencia (de modo que los argumentos de plausibilidad basados en generalizaciones narrativas y los argumentos puramente estadísticos no resultan por sí solos suficientes) y si, en caso de existir una hipótesis contrapuesta, la primera explica mejor un conjunto de pruebas dotadas de mayor fiabilidad que la última (y en esta evaluación comparativa los argumentos de plausibilidad basados en generalizaciones narrativas sí podrían, en cambio, ser decisivos). En el caso del estándar de prueba más allá de toda duda razonable, además de ser necesaria la existencia de pruebas específicas que se integren explicativamente con la hipótesis de la ocurrencia de cada hecho principal en que se sustente la acusación (de modo que, nuevamente, los argumentos de plausibilidad basados en generalizaciones narrativas y los argumentos puramente estadísticos no resultarán por sí solos suficientes), debe resultar imposible la integración explicativa de las pruebas con las eventuales hipótesis contrapuestas que sean compatible con la inocencia del acusado, porque existen pruebas que la eliminan o la refutan. Como se sabe, en los sistemas de *common law* se suele distinguir un tercer estándar, denominado de *clear and convincing evidence*, aplicable a algunos procesos civiles. Su interpretación requiere determinar algún sentido en que la hipótesis de la ocurrencia de un hecho principal sea “suficientemente mejor” como explicación de las pruebas que la eventual hipótesis contrapuesta. El modelo de justificación probatoria propuesto permitiría una interpretación que me limito a esbozar y según la cual tratándose de ese estándar no bastarían argumentos de plausibilidad basados en generalizaciones narrativas para inclinar la balanza a favor de hipótesis equilibradas desde el punto de vista de las pruebas específicas que las sustentan.

sido directamente observadas por el tribunal (y por el público). Por otra parte, en la medida que la aplicación del derecho supone la efectiva ocurrencia de hechos *individuales*, su prueba requiere la aportación de elementos de información referidos, *específicamente*, al caso particular que sea objeto del proceso.³⁷ En el modelo holista estándar, sin embargo, tal como lo pone de relieve críticamente también la teoría híbrida del razonamiento probatorio que desarrollan Bex, Koppen, Prakken y Verheij (2010, p. 134), los datos probatorios no tienen un lugar claro y distinguible.³⁸

Así, en primer lugar, su representación de la valoración de las pruebas en términos globales, en virtud de su ajuste o coherencia con un relato de los hechos, no considera el examen crítico de su calidad epistémica. Nada garantiza, por consiguiente, que las potenciales fuentes de dudas referidas a la fiabilidad de los elementos de información sean debidamente consideradas. Por el contrario, las propias investigaciones de psicología cognitiva que sirven de sustento al *story model*, sugieren que la apreciación holista de las pruebas tiende a generar una sobrevaloración de las pruebas que favorecen al relato que comienza a emerger como el más coherente.³⁹ En este sentido, la incorporación de una nueva prueba que refuerce la impresión de coherencia puede modificar la percepción de las pruebas que antes han sido conocidas, a través de una reinterpretación que atenúe las dudas que inicialmente hubieran podido suscitar.⁴⁰ Esta suerte de prejuicio a favor de las pruebas que confirman el relato que va siendo percibido como más coherente (*confirmation o coherence bias*) aumenta la confianza del juzgador en la corrección de su decisión en la medida que extrema la distancia respecto de otros relatos en contienda.⁴¹

En segundo lugar, la integración de la valoración de las pruebas en una apreciación global de coherencia del relato –que incluye otros fac-

³⁷ Sobre esta exigencia, véase Stein, 2005, pp. 64 y ss.; Ferrer, 2007, pp. 98-108.

³⁸ También Amalia Amaya introduce, en el modelo de justificación coherentista que articula, diversas exigencias que apuntan a garantizar la “prioridad de las proposiciones que describen pruebas presentadas en juicio” (2013, p. 13).

³⁹ Cfr. Simon, 2004, pp. 522-523; Schweizer, 2013, 2.

⁴⁰ Cfr. Simon, 2004, pp. 536 y ss.

⁴¹ Lo ponen de relieve también Amaya (2013, pp. 19 y 34) y Griffin (2013, pp. 312 y 313).

tores distintos al sustento probatorio, como su plausibilidad basada en generalizaciones narrativas (*supra* III. b)– hace posible que se acepte como probada una narración de los hechos que resulte más coherente pero menos apoyada por datos probatorios específicos que otra. Aunque desde el punto de vista de la descripción de los procesos psicológicos de decisión sea efectivo que los “relatos verdaderos” pueden ser desplazados por los “buenos relatos” (como afirman Bennet y Feldman, 1981, pp. 66 y ss.), desde el punto de vista de una concepción normativa de la justificación probatoria una conclusión semejante no resulta aceptable.⁴² Incluso si se reconoce a la plausibilidad de un relato basada en generalizaciones narrativas un posible valor epistémico, en el contexto de la prueba jurídica no resulta aceptable que un relato más plausible pero menos sustentado en pruebas referidas específicamente al caso prime sobre otro que cuyo apoyo probatorio sea mayor.

La atención rigurosa a las pruebas específicas disponibles parece una condición necesaria para que una decisión probatoria pueda considerarse justificada en el contexto jurídico. Por consiguiente, la evaluación crítica de la fiabilidad de las pruebas aportadas al proceso y del sustento que ellas aportan a las proposiciones fácticas que se trata de probar debe formar parte de la justificación probatoria. Esa evaluación requiere el análisis individualizado de las inferencias inductivas que pueden construirse a partir de cada uno de los datos probatorios y de los contraargumentos críticos referidos a su fiabilidad, o bien al sustento empírico o la aplicabilidad al caso de la generalización en la que la inferencia probatoria se apoya. Esto supone asumir, por lo tanto, una concepción normativa atomista de la estructura de las razones probatorias cuando se trata de juzgar su fuerza individual.

Pero implica, además, que esa valoración no debe ser referida directamente y de manera global al relato de los hechos, sino a las diversas proposiciones singulares que lo integran. Esta “atomización” del objeto de la prueba es necesaria, primero, porque la conexión inductiva que a través de una generalización empírica se establece entre un dato pro-

⁴² Se trata de la misma conclusión que defiende Simon (2004): “As defined, coherence is an empirical phenomenon, not a jurisprudential ideal” (p. 516), “(p)recisely because the holistic account of human cognition is correct, its prescription is wrong” (p. 569).

batorio y una conclusión sólo puede ser examinada críticamente si es referida a una proposición singular, cuyo ajuste con la generalización invocada pueda ser establecida y evaluada.⁴³

La concepción atomista del objeto de prueba es necesaria también respecto del juicio de suficiencia de las pruebas. La diferenciación analítica de las proposiciones probatorias permite garantizar que todos y cada uno de los elementos del caso genérico previsto por las normas jurídicas relevantes como condición de su aplicación estén presentes –es decir, hayan sido probados conforme al estándar de prueba legalmente aplicable– en el caso particular. El objeto de prueba debe ser identificado, entonces, con cada uno de los hechos principales, es decir, con cada una de las proposiciones que corresponden a cada elemento jurídico definitorio del supuesto de hecho previsto por las normas aplicables (sin perjuicio de su ulterior diferenciación si se trata de proposiciones complejas, así como de la identificación de proposiciones intermedias en el caso de prueba indirecta o circunstancial).⁴⁴

La evaluación diferenciada del sustento probatorio con el que cada una de esas proposiciones principales cuenta permite controlar que, respecto de ninguna de ellas, las razones de plausibilidad narrativa se impongan sobre las razones basadas en pruebas específicas, o bien a falta de pruebas específicas. La evaluación referida de manera global al relato de hechos no puede garantizar, en cambio, que cada hecho principal se encuentre suficientemente sustentado en pruebas específicas. Aun cuando a través de correcciones al modelo holista estándar, como las que sugieren Amaya (2008, 2013) y Bex *et al.* (2010), se requiera que el relato de hechos que se acepta sea el que mejor integre (en los términos que resulten del estándar de prueba aplicable) los datos probatorios aportados al proceso, no es posible asegurar que lo que se predica del todo (la suficiencia de las pruebas respecto del relato global) sea predicable respecto de cada una de las partes (la suficiencia de las pruebas respecto de cada elemento principal del caso).⁴⁵ En otras pa-

⁴³ En un sentido semejante Bex y Verheij (2012, p. 342) advierten que el soporte probatorio podrá ser establecido, diferenciadamente, respecto de los diversos “elementos” del relato.

⁴⁴ Respecto al concepto de hecho principal, *cf.* Taruffo, 1992, pp. 119 y ss.

⁴⁵ Así, Bex y Verheij (2012, p. 342) reconocen que generalmente no todos los elementos de un relato se sustentarán en pruebas y afirman que el “buen juicio” permitirá identificar qué

labras, la afirmación de que concurren en un caso particular todos los elementos requeridos por las normas jurídicas aplicables porque ellos están presentes en el relato de hechos que ha sido globalmente tenido por probado (la última etapa del razonamiento probatorio en la caracterización propuesta por la concepción holista estándar), corre el riesgo de incurrir en una *falacia de la división*.⁴⁶

VI. ¿Es factible la incorporación de exigencias atomistas a la justificación probatoria?

Las concepciones holistas del razonamiento probatorio suelen invocar como argumentos a su favor, cuando se presentan como modelos apropiados para guiar la deliberación en contextos jurídicos, tanto su proximidad con el modo en que las personas naturalmente razonan al decidir sobre la prueba⁴⁷ como su capacidad explicativa respecto de normas y prácticas procesales.⁴⁸ Desde esta perspectiva, la defensa que aquí se ha emprendido de una concepción de la justificación probatoria que reivindica parcialmente el valor epistémico y jurídico del atomismo podría ser criticada como un ejercicio de voluntarismo iluso, dirigido a jueces ideales y no a decisores reales, inviable psicológicamente y alejado de las normas y prácticas procesales efectivas. Veamos, pues, si es posible responder a esta clase de objeción.

- a) *En cuanto a la factibilidad desde el punto vista psicológico o cognitivo* de la integración de exigencias de análisis atomista en la justificación probatoria, la pregunta que interesa hacerse –como correctamente precisan Allen y Leiter (2001) cuando definen la concepción de “epistemología naturalizada” que suscriben– es si se trata de directivas “*efectivamente* aplicables por

elementos, que podrían calificarse como “esenciales”, en consideración al conjunto de pruebas disponibles y al tipo de caso, deben estar respaldados por pruebas. No parece claro cuál sea el criterio para establecer esa “esencialidad”: se trata de un criterio narrativo, o bien –como aquí propongo– de un criterio definido por la interrelación entre premisas fácticas y premisas normativas de la justificación jurídica.

⁴⁶ Para un análisis de esta clase de falacia, véase Van Eemeren y Garssen, 2009.

⁴⁷ Cfr., por ejemplo, Allen y Leiter, 2001, p. 1528; Allen y Stein, 2013, p. 575 y Amaya, 2013, p. 40.

⁴⁸ Cfr., por ejemplo, Allen y Leiter, 2001, pp. 1534 y ss. y Pardo y Allen, 2008, pp. 261 y ss.

criaturas como nosotros” (p. 1499), o, en otras palabras, si se satisface la condición de “deber implica poder”. A este respecto hay dos observaciones que cabe realizar:

- a.1) En primer lugar, es interesante notar que las investigaciones psicológicas en las que se basa el *story model* están referidas, según precisan sus propios autores, a la forma en que cada jurado individual adopta una decisión tentativa, o forma su propia opinión, *antes de la deliberación colectiva*. Ellas no consideran, por tanto, el impacto que el proceso de deliberación grupal, previo al veredicto, podría tener en la decisión final, ni la forma en que aquél tiene lugar (una cuestión considerablemente menos abordada por las investigaciones de psicología cognitiva, como destacan Salerno y Diamond, 2010). Tampoco consideran si sus conclusiones son aplicables en el caso de jueces profesionales (otro ámbito escasamente estudiado desde el punto de vista psicológico, como pone de relieve Schauer, 2008), que están sujetos a formas especiales de entrenamiento y a exigencias asociadas a su posición institucional, entre las que puede destacarse el deber de motivar sus decisiones –que contemplan los sistemas de tradición continental y también algunos sistemas de *common law*, cuando se trata de juicios sin jurados.⁴⁹ Por consiguiente, de la coincidencia entre la teoría holista estándar y la forma en que los jurados individuales efectivamente razonan no se sigue que no sea posible que los jurados revisen su opinión preliminar respecto a los relatos globales en contienda, tomando en consideración la fiabilidad y la fuerza de las pruebas que respaldan cada hecho principal, cuando deliberan colectivamente antes de emitir su veredicto. Tampoco cabe, sobre esa base, descartar que jueces profesionales, sujetos al deber de adoptar decisiones razonadas, puedan examinar críticamente el sustento probatorio de cada hecho principal.

⁴⁹ Sobre la evolución de la exigencia de motivar las decisiones judiciales sobre los hechos en estos últimos sistemas, *cfr.* Ho, 2000.

- a.2) Frente a la observación anterior se podría replicar que la impresión global del caso o el modelo mental coherente que se ha formado progresivamente el decisor durante el proceso resultaría, en todo caso, difícilmente revisable por el mismo sujeto posteriormente, en un supuesto momento de control de la justificación de la decisión (la deliberación colectiva o bien la formulación de la motivación), dado el alto grado de confianza subjetiva que suscitan. Esta dificultad es puesta de relieve, por ejemplo, con apoyo en investigaciones empíricas referidas a jurados, por Dan Simon (2004, pp. 550ss). Pero la conclusión que extrae de ella no es que entonces está destinada al fracaso cualquier preocupación crítica frente al riesgo de sesgo y de error asociado a los ajustes de coherencia en el proceso de formación del relato global. Por el contrario, a partir de la constatación de esa dificultad Simon defiende la necesidad de que esos sesgos y errores sean prevenidos, en el caso de los jurados, a través de un sistema de instrucciones preliminares, que se comuniquen a los jurados antes de la presentación de las pruebas y que se dirijan a facilitar su apreciación crítica y a evitar la desestimación precoz de hipótesis alternativas (y aduce, además, los resultados de investigaciones que respaldan la efectividad de esta clase de advertencias).⁵⁰ Un efecto similar podría tener, en el caso de la decisión de jueces profesionales, sujetos al deber de motivar, la vigencia de un modelo de motivación que les exija justificar sus juicios acerca de la fiabilidad de las pruebas, haciéndose cargo de los argumentos críticos, y dar cuenta de las razones que justifican el descarte de las hipótesis alternativas que se hayan propuesto en el proceso respecto de algún hecho principal.⁵¹

⁵⁰ Cfr. Simon, 2004, pp. 553 y ss.

⁵¹ Como sugiere Gascón (1999), en este caso la exigencia de motivar podría “retroactuar” “sobre el propio *iter* de adopción de la decisión, reforzando su racionalidad; es decir, provocando la expulsión de los elementos de convicción no susceptibles de justificación, propiciando, en fin, que la adopción de la decisión se efectúe conforme a criterios aptos para ser comunicados” (p. 202). En varios sistemas jurídicos de *civil law* es posible observar una tendencia hacia la definición de un modelo de motivación atomista y dialécticamente completa, particularmente si se

b) *En cuanto a la viabilidad de las exigencias de análisis atomista a la luz de las actuales normas y prácticas procesales*, cabe advertir, primero, que desde el punto de vista de una concepción normativa de la justificación probatoria, la fuerza del argumento de la eventual concordancia entre ellas y un cierto modelo de razonamiento probatorio es limitada. Pues –como reconocen también Allen y Leiter (2001, p. 1498) cuando explican qué significa asumir la perspectiva de una epistemología social normativa– siempre queda abierta la pregunta acerca de si esas normas y esas prácticas son instrumentalmente efectivas para la adquisición de conocimiento (en la medida, obviamente, que esas normas no persigan, justificadamente, fines extra epistémicos). Teniendo presente esta prevención, es posible realizar algunas observaciones a favor de la compatibilidad de un modelo de justificación probatoria que incorpore elementos atomistas y las condiciones institucionales bajo las cuales tiene lugar la decisión sobre la prueba jurídica.

b.1) Por una parte, es importante reparar que el punto de comparación usual, cuando se afirma la mayor capacidad explicativa de la teoría de la plausibilidad relativa con respecto a diversas instituciones del derecho probatorio, está representado por las teorías bayesianas, de modo que la conclusión podría ser diferente si la comparación se refiriera a una aproximación atomista no matemática, como la que aquí se defiende, y que incorpora, además, aspectos holistas.

Así, por ejemplo, como se sostuvo antes (*supra* v), la definición atomista del objeto de la prueba resulta consistente con la concepción usual de la subsunción jurídica, que distingue varios elementos definitorios del supuesto de hecho regulado por el derecho que deben estar presentes en el caso particular, y permite evaluar, a diferencia de la definición holista, si existen respecto de cada uno de ellos pruebas de suficiente calidad, conforme al estándar aplicable, que los avalen. Y puesto que ya no se trata, como en el atomismo bayesiano, de evaluar

consideran los criterios de control de su cumplimiento desarrollados por las cortes de casación: *cfr.* Iacoviello, 1997 y Accatino, 2012.

ISONOMÍA No. 40, abril 2014, pp. 17-59

la probabilidad de cada elemento del caso en términos matemáticos, su conjunción no produce ninguna de las dificultades que, en cambio, se presentan bajo esa aproximación.⁵²

- b.2) Pero, además, esa definición atomista resulta consistente también con las reglas sobre carga de la prueba y permite la incorporación sistemática, en un modelo de la justificación probatoria, de su aplicación como reglas de juicio.

En efecto, las reglas generales de carga de la prueba, que distribuyen entre las partes la responsabilidad de probar, conforme a los estándares legales, los hechos constitutivos, de un lado, y los hechos extintivos o modificatorios, del otro, parecen requerir, precisamente, un examen individualizado y sucesivo de la suficiencia de las pruebas referidas a cada uno de esos hechos. Lo mismo ocurre con las reglas que establecen presunciones específicas que modifican la distribución general de las cargas probatorias, disponiendo que una vez acreditado un hecho se tenga por probado otro hecho diferente, salvo prueba en contrario (en el caso de las presunciones legales relativas). La aplicación de estas reglas también supone que se determine diferenciadamente la suficiencia de las pruebas referidas al hecho que sirve como base a la presunción, para luego ponderar, de nuevo en forma diferenciada, si existen pruebas suficientes a favor de la proposición que niega el hecho presumido.

- b.3) También se debe advertir que el argumento según el cual las concepciones holistas concordarían mejor que las atomistas con las instrucciones que suelen ser dadas a los jurados en Estados Unidos (Allen y Leiter, 2001, p. 1534), no

⁵² Las dificultades se suscitan porque en virtud de las reglas de cálculo matemático de probabilidades, la probabilidad de que se den conjuntamente dos hipótesis independientes es igual al producto de las probabilidades de cada una. Así si la probabilidad de la hipótesis A es 0.5 y de la hipótesis B es 0.5, la probabilidad de su conjunción es 0.25. Como se puede observar, la probabilidad de la conjunción de dos hipótesis independientes será siempre inferior a la probabilidad individual de cada una de ellas. Por consiguiente, en un caso jurídico, aun si cada hecho principal ha alcanzado —una vez valoradas las pruebas relevantes mediante la aplicación del teorema de Bayes— una probabilidad superior a la *ratio* expresada por el estándar de prueba aplicable, es probable que su conjunción no lo supere y que, por consiguiente, aunque se los pudiera considerar individualmente probados no se los pueda considerar conjuntamente probados. *Cfr.* Cohen, 1977, pp. 49 y ss. y también Ferrer, 2007, pp. 115-117.

toma en cuenta el progresivo desarrollo en otros sistemas angloamericanos, de diversas instituciones dirigidas a facilitar y orientar la deliberación acerca de la prueba, que parecen inspiradas por una concepción sobre cómo debieran razonar los jurados en la que el análisis atomista cumple un papel significativo.⁵³ Se trata, en concreto, de tres clases de orientaciones que el *trial judge* debe formular al jurado antes de su deliberación.

La primera –extendida en todas las jurisdicciones de *common law*, salvo en Estados Unidos– consiste en un resumen (*summing up*) que precisa los elementos jurídicos del ilícito (o, en general, del supuesto de hecho conforme a las normas jurídicas aplicables) y sintetiza las pruebas aportadas y los argumentos de ambas partes. Aunque no parece existir un modelo uniforme para realizar esa síntesis, varias referencias recogidas en un estudio comparado sugieren que en general en ellos se asume una concepción atomista del objeto de prueba.⁵⁴ La segunda clase de orientación –aplicada regularmente en Inglaterra y Gales, Canadá y Nueva Zelanda– consiste en una guía escrita para la decisión del jurado (*route-to-verdict*, *question trail* o *decision trail*), que se presenta como una sucesión de preguntas sobre las cuestiones de hecho que el caso suscita, estructuradas a semejanza de un árbol a través de cuyas ramas avanza progresivamente el proceso de decisión (*decisión-tree*),

⁵³ Cfr. una evaluación crítica de esta asimetría entre el sistema procesal de los Estados Unidos y los demás sistemas angloamericanos en Marcus, 2013, y Griffin, 2013. Es interesante observar que el más reciente pronunciamiento de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre la compatibilidad del derecho al debido proceso reconocido en el artículo 6o. de la Convención y el carácter no razonado del veredicto de los jurados, en el caso *Taxquet v. Belgium* (2010), condiciona el reconocimiento de esa compatibilidad a la existencia, en el procedimiento, de “suficientes salvaguardias contra la arbitrariedad”, que “permitan al acusado en un juicio criminal comprender por qué ha sido declarado culpable”, e identifica, luego, como ejemplos de mecanismos de ese tipo precisamente a las instituciones que analizaremos (los *judicial summing up* y la proposición por el juez al jurado de un conjunto de “preguntas inequívocas que puedan constituir un marco en el que el veredicto se base”) (54 EHRR 26, párrafos 92 y 93). Véase también el comentario de Duff, 2011.

⁵⁴ Cfr. Marcus, 2013. Un juez neozelandés señala, por ejemplo, que “intentamos resumir la evidencia en la forma en que se relaciona con cada aspecto que el jurado debe determinar” (2013, p. 6); luego se cita jurisprudencia inglesa, según la cual “el juez está obligado a ‘identificar sucintamente aquellos elementos de prueba que están en conflicto...[de modo de] dirigir la atención del jurado a las cuestiones fácticas que debe resolver’” (2013, p. 10).

de modo que la respuesta a cada punto lleva o bien al veredicto absolutorio o bien a una nueva pregunta.⁵⁵ Se trata, como se puede observar, de una estructura que concuerda con una concepción atomista del objeto de prueba, que asume que es necesaria la evaluación diferenciada y progresiva de las diversas proposiciones referidas a los hechos principales. Una similar inspiración atomista, referida ahora a la determinación individualizada de la fuerza probatoria de cada elemento de juicio aportado al proceso, se observa en la última clase de orientación, correspondiente a las advertencias judiciales (*judicial warnings*), contempladas en los diversos sistemas de *common law* por reglas de derecho probatorio o por directivas judiciales acerca de la forma de instruir a los jurados,⁵⁶ que previenen a los jurados acerca de las dificultades especiales que puede presentar la correcta evaluación de algunas pruebas específicas, como la declaración testimonial de posibles cómplices, las pruebas de identificación, o algunas pruebas científicas.⁵⁷

b.4) Frente a esta clase de orientaciones, como también frente a la imposición de un modelo de motivación con mayores exigencias de análisis atomista, se podría replicar, sin embargo, poniendo en duda la capacidad de los jurados o jueces profesionales de abordar la carga que ellas suponen en los limitados tiempos del proceso. Para responder a esta posible objeción vale la pena observar cómo la dialéctica usual de los procesos adversariales facilita (y por consiguiente es compatible con) el análisis atomista de las pruebas.

Por un lado, como pone de relieve Twining (2000, p. 85), la controversia efectiva entre las partes en un proceso se referirá usualmente a algunos o incluso a sólo uno de los elementos fácticos que, de acuerdo con el derecho aplicable, tengan que estar presentes en el caso particular y no a los relatos completos, integrados también por elementos en los que ambas versiones coincidirán y por detalles que no resultarán jurídicamente relevantes. El tribunal o el jurado se enfrentará entonces no tanto a una contienda global entre dos relatos cuanto a conjuntos de

⁵⁵ Cfr. Marcus, 2013, pp. 53 y ss.

⁵⁶ Como las adoptadas en el Reino Unido, que pueden consultarse en <http://www.judiciary.gov.uk/Resources/JCO/Documents/Training/benchbook_criminal_2010.pdf>.

⁵⁷ Véase sobre estas advertencias en general, Roberts y Zuckerman, 2010, pp. 676 y ss.

argumentos y contraargumentos referidos a proposiciones fácticas específicas, sobre cuya prueba resulta entonces viable una evaluación diferenciada, que considere críticamente los argumentos de las partes.

Además, la contradicción entre las partes durante el proceso tenderá a poner de relieve las potenciales fuentes de duda que afecten la fiabilidad de cada uno de los diferentes elementos de prueba y su fuerza probatoria (particularmente si el régimen vigente de instrucciones a los jurados o el modelo de motivación de la sentencia advierten sobre la relevancia de su análisis diferenciado). En este sentido, es cierto que, como afirman Anderson, Twining y Schum, en un sistema adversarial “la responsabilidad del análisis atomístico le corresponde primariamente a los abogados” (2005, p. 156), facilitando la posterior evaluación judicial de la solidez de cada prueba, al enfrentarse el juzgador a conjuntos de argumentos y contraargumentos ya propuestos usualmente por los abogados de las partes.

VII. Conclusiones

Atomismo y holismo suelen ser presentados como dos aproximaciones excluyentes al razonamiento probatorio. Sin embargo, si nos servimos de la distinción entre los diversos momentos que comprende la decisión sobre los hechos probados y de la distinción entre el objeto de la prueba y las razones probatorias, se vuelve posible articular una concepción normativa de la justificación probatoria que combine tanto elementos atomistas como holistas. Una concepción de este tipo permite reconocer los aportes del holismo a la comprensión de los procesos psicológicos de decisión y al reconocimiento de la importancia, también desde un punto de vista justificativo, de la integración narrativa de las proposiciones que se declaran probadas y de la integración reticular de las razones probatorias. Pero al mismo tiempo hace posible defender el valor del análisis atomista si se pretende minimizar el riesgo de error al apreciar la fiabilidad y la fuerza de las pruebas.

La intuición de la pertinencia de una combinación de las dos perspectivas no pretende ser original. Ella está presente también en la obra

de Twining, de Tillers y en la “teoría híbrida” del razonamiento probatorio.⁵⁸ Aquí se ha propuesto una forma específica de configurar esa amalgama para delinear un modelo normativo de justificación de la decisión sobre los hechos en un proceso judicial, que comprende las siguientes tesis:

- a) Una concepción atomista del objeto de la prueba, que se identifica con las proposiciones singulares referidas a cada uno de los hechos principales. Aunque no se reconoce a la integración en un relato global del caso una función propiamente justificativa, sí se reconoce su papel desde un punto de vista semántico, para la inteligibilidad de cada una de esas proposiciones como jurídicamente relevante.
- b) Una concepción atomista de la estructura de las razones probatorias para la justificación del juicio acerca de la fiabilidad y la fuerza individual de cada elemento de prueba.⁵⁹
- c) Una concepción holista de la estructura de las razones probatorias para la justificación del juicio sobre la fuerza probatoria del conjunto de elementos de prueba relevantes con respecto a cada

⁵⁸ Cfr. Twining, 1990 y 2000; Tillers, 1989, pp. 1251-1253; Bex *et al.*, 2010. Aunque no hace referencia expresa a la disputa entre atomismo y holismo, una posición semejante, relativa al modo en que se articulan la valoración individual y la valoración conjunta de los elementos de prueba, se encuentra en Igartua (2009, pp. 112 y ss.).

⁵⁹ Como había anticipado, no se desarrolló en este trabajo un análisis diferenciado del juicio de relevancia. En la medida que el juicio de la fuerza probatoria de un elemento de prueba presupone su relevancia, podría entenderse que dado que se asume, respecto de aquél, una concepción normativa atomista, debiera aceptarse una concepción análoga respecto del juicio de relevancia y postular que ella debe evaluarse respecto de cada elemento de prueba individual, considerando si puede constituir la premisa de un argumento que, directa o indirectamente, confirme o descarte la ocurrencia de algún hecho principal. Efectivamente, si el juicio en cuestión tuviera por objeto siempre determinar en forma binaria la relevancia/irrelevancia de un elemento de prueba esa conclusión podría sostenerse sin mayor dificultad. Con todo, las normas jurídicas sobre la admisión y la exclusión de pruebas pueden requerir la evaluación del *grado* de relevancia de un elemento de prueba, para efecto de compararlo, por ejemplo, con el peligro de que genere un prejuicio inequitativo. La evaluación de la intensidad de la relevancia de un elemento de prueba constituye un juicio complejo que parece requerir la consideración de su grado de fuerza probatoria individual, pero también la evaluación de su peso relativo en el marco del conjunto de elementos de prueba disponibles, lo que parece suponer una aproximación holista análoga a la que en este trabajo se postula respecto del juicio de suficiencia de las pruebas. Cfr. una interesante aproximación a este problema en Mnookin, 2013.

hecho principal y su suficiencia conforme al estándar legal aplicable.

Sucede, en síntesis, de acuerdo con esta concepción, que la arquitectura de la justificación probatoria se asemeja a la de los antiguos puentes de piedra. Es cierto que, como relata Marco Polo a Kublai Kan en los diálogos imaginados por Italo Calvino en *Las ciudades invisibles*, “el puente no está sostenido por esta piedra o por aquella, sino por la línea del arco que ellas forman”. Pero no se debe olvidar que “sin piedras no hay arco”.⁶⁰

Referencias bibliográficas

Abu-Hareira, Mohamed A., 1986: “An early holistic conception of judicial fact-finding”, *Juridical Review*, pp. 79-106.

Accatino, Daniela, 2012: “La motivación de las decisiones judiciales como garantía de racionalidad de la valoración de la prueba”, en M. Bustamante (ed.), *Derecho probatorio contemporáneo, prueba científica y técnicas forenses*, Medellín, Ediciones Universidad de Medellín, pp. 77-96.

Aguilera, Edgar, 2009: “Sobre la estructura del razonamiento probatorio en sede judicial”. *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, 15, 8, pp. 257-289.

Allen, Ronald J., 2008: “Explanationism all the way down”, *Episteme*, 5, 3, pp. 320-328.

———2005: “The narrative fallacy, the relative plausibility theory, and a theory of the trial”. *International Commentary on Evidence*, 3, 1.

———1994: “Factual Ambiguity and a Theory of Evidence”. *Northwestern University Law Review*, 88, pp. 604-40.

Allen, Ronald J. y Leiter, Brian, 2001: “Naturalized Epistemology and the Law of Evidence “. *Virginia Law Review*, 87, pp. 1491-1550.

Allen, Ronald J. y Pardo, Michael S., 2007: “The problematic value of mathematical models of evidence”. *Journal of Legal Studies*, 36, pp. 107-140.

⁶⁰ Este es el fragmento completo: “Marco Polo describe un puente, piedra por piedra. – ¿Pero cuál es la piedra que sostiene el puente? –pregunta Kublai Kan–. El puente no está sostenido por esta piedra o por aquella– responde Marco, –sino por la línea del arco que ellas forman. Kublai Kan permanece silencioso, reflexionando. Después añade: –¿Por qué me hablas de piedras? Lo único que me importa es el arco. Polo responde –Sin piedras no hay arco” (2005, p. 96).

- Allen, Ronald J. y Stein, Alex, 2013: "Evidence, probability, and the burden of proof". *Arizona Law Review*, 54, pp. 557-602.
- Amaya, Amalia, 2013: "Coherence, evidence, and legal proof". *Legal Theory*, 19, 1, pp. 1-43.
- 2009: "Inference to the best legal explanation", en Kaptein, Hendrik; Prakken, Henry y Verheij, Bert (eds.), *Legal evidence and proof, statistics, stories, logic*. Aldershot, Ashgate Publishing, pp. 135-159.
- 2008: "Coherence, justification and epistemic responsibility in fact finding". *Episteme*, 5, pp. 306-319.
- Anderson, Terence y Twining, William, 1991: *Analysis of evidence*. Boston, Little, Brown & co.
- Anderson, Terence; Twining, William y Schum, David, 2005: *Analysis of evidence*, Cambridge, Cambridge University Press (2ª edición revisada).
- Audi, Robert, 2011: *Epistemology*, Nueva York-Londres, Routledge (3ª edición).
- Bennett, W. Lance y Feldman, Martha, 1981: *Reconstructing reality in the courtroom*. Londres-Nueva York, Tavistock Publications.
- Bex, Floris, 2011: *Arguments, stories and criminal evidence-A formal hybrid theory*. Dordrecht, Springer.
- Bex, Floris y Verheij, Bart, 2012: "Solving a murder case by asking critical questions, an approach to fact-finding in terms of argumentation and story schemes". *Argumentation*, 26, pp. 325-353.
- Bex, Floris y Walton, Douglas, 2012: "Burdens and standards of proof for the inference to the best explanation, three case studies". *Law, Probability and Risk*, 11, pp. 113-133.
- Bex, Floris; van Koppen, Peter J.; Prakken, Henry y Verheij, Bart, 2010: "A hybrid formal theory of arguments, stories and criminal evidence". *Artificial Intelligence and Law*, 18, pp. 123-152.
- Calvino, Italo, 2005: *Las ciudades invisibles*. Madrid, Siruela.
- Cohen, L. Jonathan, 1977: *The probable and the provable*, Oxford, Clarendon Press.
- Coloma, Rodrigo, 2011: "Las buenas y las malas historias. Criterios de validación del discurso de los hechos en las sentencias judiciales", en Arenas,

- Federico y Brunet, Pierre, *Cuestiones contemporáneas de teoría analítica del derecho*. Madrid, Marcial Pons, pp. 75-97.
- 2010: “El debate sobre los hechos en los procesos judiciales. ¿Qué inclina la balanza?”, en Accatino, Daniela (ed.), *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*. Santiago de Chile, Abeledo Perrot-Legal Publishing, pp. 87-117.
- Damaska, Mirjan, 1990: “Atomistic and holistic evaluation of evidence. A comparative view”, en Clark, D. S. (ed.), *Comparative and Private International Law. Essays in Honor of John Merryman*. Berlin, Duncker & Humblot, pp. 91-104.
- Duff, Peter, 2011: “The compatibility of jury verdicts with article 6, Taxquet v. Belgium”. *Edinburgh Law Review*, 15, 2, pp. 246-251.
- Ferrer, Jordi, 2007: *La valoración racional de la prueba*. Madrid-Barcelona, Marcial Pons.
- Gascón, Marina, 1999: *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Madrid, Marcial Pons.
- González, Daniel, 2003: “Hechos y argumentos (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (II)”. *Jueces para la Democracia*, 47, pp. 35-51.
- Griffin, Lisa K., 2013: “Narrative, truth and trial”. *The Georgetown Law Journal*, 101, pp. 281-335.
- Haack, Susan, 2013: “El probabilismo jurídico, una disensión epistemológica”, en Vásquez, Carmen (ed.), *Estándares de prueba y prueba científica*. Madrid-Barcelona, Marcial Pons, pp. 65-98.
- 2012: “The embedded epistemologist, Dispatches from the legal front”. *Ratio Juris*, 25, 2, pp. 206-235.
- 1993: *Evidence and inquiry. Towards reconstruction in epistemology*. Oxford, Blackwell.
- Ho, Hock L., 2000: “The judicial duty to give reasons”. *Legal Studies*, 20, 1, pp. 42-65.
- Iacoviello, Francesco, 1997: *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*. Milán, Giuffrè.
- Igartua, Juan, 2009: *El razonamiento en las resoluciones judiciales*. Lima/Bogotá, Palestra/Temis.

- Kaptein, Hendrik; Prakken, Henry y Verheij, Bert, 2009: "General introduction", en Kaptein, Hendrik; Prakken, Henry y Verheij, Bert (eds.), *Legal evidence and proof, statistics, stories, logic*. Aldershot, Ashgate Publishing, pp. 1-14.
- Laudan, Larry, 2007: "Strange Bedfellows, Inference to the Best Explanation and the Criminal Standard of Proof". *International Journal of Evidence and Proof*, 7, pp. 292-306.
- Marcus, Paul, 2013: "Judges talking to jurors in criminal cases, why U.S judges do it so differently from just about everyone else". *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 30, pp. 1-64.
- Menashe, Doron y Shamash, Mutal E., 2005: "The narrative fallacy". *International Commentary on Evidence*, 3, 1, article 3.
- Mnookin, Jennifer L., 2013: "Atomism, holism, and the judicial assessment of evidence". *UCLA Law Review*, 60, pp. 1524-1585.
- Pardo, Michael S., 2013: "Nature and purpose of evidence theory". *Vanderbilt Law Review*, 66, 2, pp. 547-613.
- 2000: "Juridical proof, evidence, and pragmatic meaning, towards evidentiary holism". *Northwestern University Law Review*, 95, 1, pp. 399-442.
- Pardo, Michael S. y Allen, Ronald J., 2008: "Juridical proof and the best explanation", *Law and Philosophy*, 27, pp. 223-268.
- Pennington, Nancy y Hastie, Reid, 2000: "Explanation-based decision making", en Connolly, Terry; Arkes, Hal R. y Hammond, Kenneth (eds.), *Judgment and decision making. An interdisciplinary reader*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 212-228.
- 1993: "The story model of decision making", en Hastie, Reid (ed.) *Inside the juror. The psychology of juror decision making*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 192-221.
- 1991: "A cognitive theory of juror decision making, the story model". *Cardozo Law Review*, 13, pp. 519-557.
- 1986: "Evidence evaluation in complex decision making". *Journal of Personality and Social Psychology*, 51, pp. 241-258.
- Redmayne, Mike, 2003: "Objective probability and the assessment of evidence". *Law, probability and risk*, 2, pp. 275-294.

- Roberts, Paul y Zuckerman, Adrian, 2010: *Criminal evidence*. Oxford, Oxford University Press (2ª edición).
- Salerno, Jessica M. y Diamond Shari S., 2010: "The promise of a cognitive perspective on jury deliberation". *Psychonomic Bulletin & Review*, 17, 2, pp. 174-179.
- Schauer, Frederick, 2008: "Is there a psychology of judging?", en Klein, David E. y Mitchell, Gregory (eds.), *The psychology of judicial decision making*, Nueva York, Oxford U. Press, 2008, pp. 103-120.
- 2003: *Profiles, probabilities and stereotypes*, Cambridge, Harvard University Press.
- Schum, David A., 2001a: *The evidential foundations of probabilistic reasoning*. Evanston (Illinois), Northwestern University Press (2ª edición).
- 2001b: "Evidence marshalling for imaginative fact finding". *Artificial Intelligence and Law*, 9, pp. 165-188.
- 1986: "Probability and the processes of discovery, proof and choice". *Boston University Law Review*, 66, 3-4, pp. 825-875.
- Schweizer, Mark, 2013: "Comparing holistic and atomistic evaluation of evidence". *Law, Probability and Risk*, first published online August 30, 2013 doi,10.1093/lpr/mgt013.
- Simon, Dan, 2004: "A third view of the black box, cognitive coherence in legal decision making". *The University of Chicago Law Review*, 71, 2, pp. 511-586.
- Stein, Alex, 2005: *Foundations of evidence law*. Oxford, Oxford University Press.
- Taruffo, Michele, 1992: *La prova dei fatti giuridici*. Milán, Giuffrè. Citado por la traducción castellana de Ferrer, Jordi, *La prueba de los hechos*. Madrid, Trotta, 2002.
- 2009: *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*. Roma, Laterza. Citado por la traducción castellana de Accatino, Daniela, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2010.
- Tillers, Peter, 1989: "Webs of things in the mind, a new science of evidence". *Michigan Law Review*, 87, pp. 1225-1258.

- (ed.), 1983: *Wigmore on Evidence*, Boston-Toronto, Little, Brown and Company.
- Tribe, Laurence H., 1971: “Trial by mathematics, precision and ritual in the legal process”. *Harvard Law Review*, 84, 6, pp. 1329-1393.
- Twining, William, 2000: “Necessary but dangerous? Generalizations and Narrative in Argumentation about ‘Facts’ in Criminal Process”, en Malsch, M y Nijboer J.F. (eds.), *Complex cases. Perspectives on the Netherlands criminal justice system*. Ámsterdam, Thela Thesis, pp. 70-98.
- 1990: “Lawyers’ stories”, en Twining, William, *Rethinking evidence. Exploratory essays*. Oxford, Basil Blackwell, pp. 219-261.
- 1985: *Theories of evidence, Bentham and Wigmore*. Londres, Weidenfeld & Nicolson.
- 1982: “The rationalist tradition of evidence scholarship”, en Campbell, E. y Waller, L, *Well and Truly Tried*. Sydney, Law Book Company, pp. 211-249 (reeditado en Twining, William, *Rethinking evidence. Exploratory essays*. Oxford, Basil Blackwell, pp. 32-82).
- Twining, William y Stein, Alex, 1992: “Introduction”, en Twining, W. y Stein, A. (eds.), *Evidence and proof*. Nueva York, New York University Press.
- Van Eemeren, Frans H. y Garssen, Bart, 2009: “The fallacies of composition and division revisited”. *Cogency. Journal of Reasoning and Argumentation*, 1, 1, pp. 23-42.
- Wagenaar, Willem A.; Koppen, Peter J. y Crombag, Hans F., 1993: *Anchored narratives. A psychology of criminal evidence*. Hertsfordshire, Harvester Wheatsheaf.
- Wigmore, Henry, 1913: *The principles of judicial proof, as given by logic, psychology, and general experience, and illustrated in judicial trials*. Littleton, F. B. Rothman, 1988.

Recepción: 09/12/2013

Revisión: 22/02/2014

Aceptación: 23/03/2014