

**ANALISI E DIRITTO**  
**2008**

**A cura di Paolo Comanducci  
e Riccardo Guastini**

**Marcial Pons**

**MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES**

**2009**

## Indice

	<i>pag.</i>
<b>Recorridos conceptuales en la teoría del Derecho</b> , a cura di Maribel Narváez Mora	
<i>Presentación</i> , di Maribel Narváez Mora	11
<i>Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano</i> , di Juan Carlos Bayón	15
<i>Il giuspositivismo e il modello del sistema giuridico</i> , di Enrico Diciotti	35
<i>Anatomia del cittadino. Tre modi di intendere la cittadinanza e alcuni problemi indesiderati</i> , di Patricia Mindus	73
<i>El ideal de las acciones basadas en normas jurídicas</i> , di Cristina Redondo	99
<i>Liberalismo y derechos colectivos. Análisis de su fundamentación en la teoría seymouriana</i> , di José María Sauca	119
<b>La dichotomie faits/valeurs en question. Points de vue croisés</b> , a cura di Jean-Yves Chérot e Eric Millard	
<i>Présentation</i> , di Jean-Yves Chérot e Eric Millard	153
<i>À l'origine du non-cognitivisme moderne: Axel Hägerström</i> , di Patricia Mindus	159
<i>Positivisme logique et réalisme juridique</i> , di Eric Millard	177
<i>Les critiques de la distinction entre faits et valeurs, le problème de la reconnaissance des valeurs et le statut des obligations juridiques</i> , di Pierre Livet	191
<b>Saggi</b>	
<i>La identificación de la acción individual</i> , di Federico José Arena	203

INDICE

<i>A Defence of Post-Positivism</i> , di Thomas da Rosa de Bustamante	229
<i>Normativismo magico</i> , di Riccardo Guastini	251
<i>Norme e gerarchie normative</i> , di Giorgio Pino	263
<i>Los desacuerdos jurídicos en la jurisprudencia anglosajona</i> , di Giovanni B. Ratti	301

## Presentación

Maribel Narváez Mora\*

Los textos aquí recogidos fueron presentados y discutidos en el XIV Congreso ítalo-español de teoría del derecho, celebrado en Girona durante los días 14 y 15 de noviembre de 2008. El volumen incluye varias propuestas conceptuales sobre temas centrales en Teoría del Derecho. Todos los contenidos están transitados por un escrutinio pormenorizado de las implicaciones teóricas y prácticas que se siguen tras los análisis. Con frecuencia, a dicho tipo de análisis se le critica su falta de compromiso con cuestiones prácticas, entendiendo, en realidad, por “cuestiones prácticas” tópicos eventualmente candentes o incluso de actualidad en cada momento. La lectura de los trabajos que incluye esta obra pondrá de manifiesto que nada puede haber más cercano a la solución de problemas de cierto calado que el rigor en el esclarecimiento de las posiciones teórico-conceptuales.

Así, el texto de Juan Carlos Bayón abre a las investigaciones sobre la prueba de los hechos un nuevo marco de indagación. Para el tratamiento de la teoría de la prueba considera conjuntamente tanto el objetivo epistémico de la búsqueda de la verdad como la realización de valores propios del proceso en el marco jurídico. A su vez, los objetivos del derecho, por lo que se refiere a la búsqueda de la verdad, hacen de la minimización de errores una tarea central. El análisis aquí pasa por las concretas formas en que se distribuye el riesgo de error que, en cierta medida, siempre está presente dado el carácter inductivo de la práctica probatoria. En *Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano*, Bayón entiende que el estudio de una tal distribución del error que considere quién y cómo debe llevarse a cabo no puede navegar sólo por las aguas de la epistemología sino que requiere de una toma de posición directamente normativa. Son razones morales y no meramente epistémicas las que acaban incidiendo en las decisiones sobre cómo distribuir el riesgo de error, y hasta la fecha esa vía no había sido considerada desde la teoría jurídica.

Enrico Diciotti revisa en *Il giuspositivismo e il modello del sistema giuridico* la noción de sistema jurídico a la luz de las pretensiones positivistas por las que es posible el conocimiento del derecho tal y como es de un modo no valorativo. Para ello se examina de qué manera el modelo del sistema jurídico puede dar cuenta de tal derecho. Considerando al derecho un sistema de normas, o al menos un conjunto de normas que en lo fundamental constituyen un sistema, queda por considerar en qué sentido se precisará el tipo de existencia de tales normas. Para Diciotti tanto si el objetivo es la confección de una teoría general

---

\* Profesora de Filosofía del Derecho, Universidad de Girona, [maribel.narvaez@udg.es](mailto:maribel.narvaez@udg.es).

del derecho, como si lo que se toma en consideración son los ordenamientos jurídicos estatales tal y como hoy los conocemos, la utilidad del modelo de sistema jurídico es escasa.

En el trabajo *Anatomía del cittadino. Tre modi di intendere la cittadinanza e alcuni problemi indesiderati* se examinan tres acepciones de la expresión “ciudadanía”. La primera, de carácter político, opuesta semánticamente a la de sujeto, se basa en la idea de participación que fundamenta la legitimación democrática del poder. La segunda, de tipo jurídico, se opone a la de extranjero y determina la pertenencia al Estado además de la esfera de validez personal del ordenamiento estatal. Por último, una acepción sociológica, en la que ciudadano puede definirse negativamente como el no marginado, se encuentra presente en el discurso de la cohesión social. Patricia Mindus desgrana la problemática que enfrenta cada una de estas acepciones. Sus distinciones van encaminadas a mostrar la permanente confusión en los discursos académicos y especialmente políticos e institucionales que acaban por dejar “desamparados” a quienes conviven en un mundo de estatutos personales cambiantes.

Juan Manuel Pérez Bermejo, por su parte, intenta conjugar de nuevo la parte más convincente del particularismo que habla de la necesidad de modificación y flexibilidad, con el mantenimiento de un universalismo como vigor de las reglas y no mero capricho. Se trata de defender un tipo de particularismo sensible a las reglas. En este sentido los supuestos de derrota normativa contarían como casos de justificación incorrecta o de falta de justificación ya que si éstas están justificadas quedan identificadas como razones definitivas para la acción. *Normas jurídicas, conflictos y derrotas: entre reglas ad hoc y sub specie aeternitatis* defiende un punto medio entre regulistas y particularistas, que se nos muestra en la existencia de reglas con supuestos de hecho de detalle, en virtud de la propia complejidad de las razones morales, mientras se expresan con una cuantificación universal con la que demandar trato idéntico o similar a los casos idénticos o similares.

El trabajo de Cristina Redondo, en la misma línea, examina la posibilidad de compaginar la idea de revisión del alcance de una norma jurídica con el mantenimiento de un genuino razonamiento normativo universalista. A partir de la condición de conjunto no indefinido de elementos, que provendría de criterios que las normas de un sistema deben satisfacer para contar como tales, el ideal de regular conductas mediante normas se torna viable. El razonamiento normativo se produce si el agente efectivamente acepta un conjunto delimitado de criterios para identificar las razones válidas. En ese caso se considera a las normas razones con las que obtener conclusiones deónticas. Además, en *El ideal de las acciones basadas en normas jurídicas* se defiende que los razonamientos basados en principios no suponen el abandono del razonamiento universalista, sino un cambio en el modo en el que el derecho pretende gobernar la conducta de sus destinatarios directos.

En *Liberalismo y derechos colectivos (análisis de su fundamentación en la teoría seymouriana)*, José María Sauca parte de una reconstrucción de las aproximaciones conceptuales que las tesis liberales contemporáneas han elaborado en

torno a la posibilidad de justificar la categoría de los derechos colectivos. Sobre esta base, Sauca analiza la teoría de Michel Seymour en la materia procediendo a exponer las características de su liberalismo. Se explicita el entramado conceptual sobre la justificación de dicha categoría de derechos y se critican algunos aspectos de las mismas.

Por último, el volumen incorpora una discusión sobre relativismo y objetivismo moral desarrollada en la mesa redonda de cierre del congreso.

A partir de las preguntas formuladas por Ernesto Garzón Valdés, quien moderara la mesa redonda durante el encuentro, Pierluigi Chiassoni, Manolo Atienza, Vittorio Villa y José Juan Moreso articulan el debate:

1. ¿Es posible fundamentar las normas morales sin recurrir a la metafísica?
2. ¿Existe alguna justificación universalizable para la incorporación de los derechos humanos en los textos constitucionales democráticos?
3. Y, ¿requiere la fundamentación de las normas morales una única concepción del bien? ¿O del mal?

# Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano

Juan Carlos Bayón\*

«**Proof**, *n.*: Evidence having a shade more of plausibility than of unlikelihood»  
(Ambrose Bierce, *The Devil's Dictionary*)

## Resumen

Nuestros sistemas jurídicos asumen que en relación con la prueba de los hechos no importa sólo averiguar la verdad (o minimizar el número de errores), sino también que el riesgo del error quede distribuido de un cierto modo. Pero para que un estándar de prueba (distinto del de la probabilidad prevalente) asigne o distribuya el riesgo de error del modo deseado es necesario que entre los grados de confirmación de las distintas hipótesis sobre los hechos no sólo pueda establecerse una relación ordinal, sino que también sea posible su comparación cardinal. Ello plantea un serio problema para una concepción racionalista de la prueba, porque los métodos o esquemas argumentativos que desde el punto de vista epistemológico se consideran apropiados para llevar a cabo la valoración racional de la prueba (esencialmente, lo que se conoce como “inferencia a la mejor explicación”) no permiten ese tipo de comparación. En vista de ello se sugiere en primer lugar que estándares de prueba como el de la ausencia de duda razonable resultan inevitablemente subjetivos y que el modo más adecuado de distribuir el riesgo del error pasa entonces por la adopción de reglas específicas sobre la prueba; y, en segundo lugar, que dado que la asignación del riesgo del error no es un problema epistémico, sino moral, la articulación de esas reglas ha de corresponder al legislador, no a los jueces.

**Palabras clave:** Libre valoración de la prueba. Distribución del riesgo del error en el juicio de hecho. Estándares de prueba. Concepciones probabilistas de la prueba. Inferencia a la mejor explicación. Reglas sobre la prueba.

## Abstract

When trying the facts in a legal process it is assumed that it is not only the finding of truth (or error minimization) that counts, but also how the risk of er-

---

\* Profesor de Filosofía del Derecho, Universidad Autónoma, Madrid, [juancarlos.bayon@uam.es](mailto:juancarlos.bayon@uam.es).

ror is allocated. Nevertheless, what is needed for any standard of proof (different from the preponderance of evidence) to allocate the risk of error properly is not merely to determine which is the hypothesis about the facts with a greater degree of confirmation, but also how great each of those degrees of confirmation turn out to be (namely, to make a cardinal comparison). Given that, a rationalist conception of fact-finding has to face an overwhelming problem, because the forms of reasoning which from an epistemic point of view are supposed to be most fitting for rationally assessing the evidence (mainly, what is known as “inference to the best explanation”) do not allow this kind of comparison. Therefore it is suggested, first, that standards of proof such as the absence of reasonable doubt are inescapably subjective and then that it is by means of specific evidentiary rules that the risk of error is best allocated; and second —once granted that the allocation of the risk of error is a moral and not an epistemic question— that it is for the legislator and not for the judges to frame those rules.

**Keywords:** Free proof. Allocation of the risk of error in fact-finding. Standards of proof. Probabilistic accounts of proof. Inference to the best explanation. Evidentiary rules.

## 1. Introducción

Durante un tiempo, al menos en nuestro contexto, tuvo perfecto sentido —y llegó incluso a convertirse en un tópico— comenzar cualquier trabajo acerca de la prueba en el derecho denunciando y lamentando la falta de atención prestada por la filosofía jurídica a una esfera de problemas de tanta enjundia teórica como incuestionable trascendencia práctica. Pero decididamente, y por fortuna, ese tiempo ha pasado ya. En los últimos años ha ido apareciendo entre nosotros un cierto número de trabajos sumamente valiosos sobre los hechos en el derecho, la noción de prueba y la estructura y criterios de justificación de las inferencias probatorias<sup>1</sup>, lo que permite hablar ya de un campo de investigación notablemente

---

<sup>1</sup> Entre todos ellos, creo que es de justicia destacar las aportaciones de P. Andrés Ibáñez recogidas ahora en P. Andrés Ibáñez, *Los “hechos” en la sentencia penal*, México, Fontamara, 2005; M. Gascón, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 1999, 2004<sup>2</sup>; D. González Lagier, *Hechos y argumentos (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal)*, Parte I, en “Jueces para la Democracia”, 46, 2003, pp. 17-26, Parte II, en “Jueces para la Democracia”, 47, 2003, pp. 35-51; J. Ferrer, *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2002, 2005<sup>2</sup>; J. Ferrer, *La valoración racional de la prueba*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2007; J. Igartua, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995; J. Igartua, *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, Madrid, CEPC, 2003. Como también lo es, me parece, hacer mención de la influencia decisiva que obras como L. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (1989), trad. P. Andrés Ibáñez *et al.*, Madrid, Trotta, 1995, y M. Taruffo, *La prueba de los hechos* (1992), trad. J. Ferrer Beltrán, Madrid, Trotta, 2002, han ejercido entre los teóricos del derecho españoles que se han ocupado de estos temas. Las ideas que se resumen apretadamente en los dos próximos párrafos están expuestas y desarrolladas con todo el detalle necesario en los textos citados, como reconocerá con facilidad cualquier lector familiarizado con los mismos.



maduro. Tanto, que tal vez vaya siendo el momento de aventurar algún balance sobre lo conseguido.

Y lo conseguido es sin duda mucho, sobre todo en lo concerniente a desmontar una serie de equívocos arraigados pertinazmente por una mala cultura jurídica basada a su vez en una mala epistemología. Como se sabe, se trataba esencialmente de desmantelar una arraigada concepción psicologista o persuasiva del juicio de hecho y de sentar en su lugar las bases de una concepción racionalista. La primera venía entendiendo el principio de libre valoración de la prueba (o de la “íntima convicción”) no en su sentido originario, esto es, como ausencia de reglas de prueba legal o tasada que predeterminen el resultado probatorio de forma vinculante para el juez, sino lisa y llanamente como ausencia de cualquier clase de criterios de control del razonamiento judicial sobre los hechos. De ese modo, la consideración de un hecho como “probado” acababa equiparada a la mera existencia de un estado mental de convencimiento o certeza del juzgador. Esa concepción quedaba apuntalada por la consideración de la inmediación como una vía de acceso a la verdad (de acceso “inmediato”, precisamente) que hacía no ya inexigible, sino en rigor imposible la motivación del juicio de hecho (puesto que el convencimiento del juez, distorsionándose también el sentido del principio de valoración conjunta de la prueba, era entendido como el producto de una “impresión global”, más que de un razonamiento analítico adecuadamente articulado). Con lo cual, de paso, se creaban obstáculos de principio poco menos que insalvables para la revisión y control por vía de recursos de las declaraciones de hechos probados de primera instancia. Y todo ello, como es notorio, asociado a ideas sumamente confusas acerca de la verdad (que tanto podían llevar a mantener, desde una suerte de cognoscitivismo ingenuo o acrítico, que los procedimientos probatorios pueden arrojar como resultado la certeza plena e incontrovertible acerca de la verdad de los hechos, como a disociar la verdad jurídica o procesal de la verdad a secas, en un sentido que daba a entender que el objetivo central del proceso no era la búsqueda de ésta), de la naturaleza de las distintas clases de hecho que pueden ser objeto de prueba en un proceso (que llevaban a sostener, por ejemplo, que la prueba de “hechos internos” —es decir, estados mentales— era ajena a la *quaestio facti*), o de la diferencia entre “prueba directa” y “prueba indirecta” (que se traducían en el convencimiento de que mediaba entre ambas una diferencia de calidad que hacía que la primera se alcanzase sin necesidad de inferencia de ninguna clase y produjera como resultado la certidumbre plena).

Pero desde un punto de vista estrictamente teórico, todo eso ya es historia. Hoy en día nadie mínimamente informado puede poner en tela de juicio las ideas maestras de una concepción racionalista del juicio de hecho ni sus implicaciones más evidentes para la práctica jurisdiccional<sup>2</sup>: que la libre valoración de la prue-

---

<sup>2</sup> Por descontado —y por desgracia—, eso no quiere decir aún que nuestra cultura jurídica las haya asimilado adecuadamente ni que la práctica de nuestros tribunales haya introducido ya, de manera habitual y generalizada, todas las correcciones que dicha asimilación requeriría, así que la insistencia

ba no implica ausencia de sujeción a *cualquier* clase de regla, sino sujeción *sólo* a las reglas o criterios epistemológicos que determinan la racionalidad del juicio de hecho; que la pertinencia de considerar un hecho como probado no debe conectarse entonces a la convicción del juzgador, sino a la racionalidad o justificabilidad de esa convicción a la luz de aquellos criterios; que la inmediatez no es sino un principio que preside los procedimientos de formación del material probatorio; que, por consiguiente, no sólo nada impide, sino que es inexcusable en un Estado constitucional una pormenorizada motivación del juicio de hecho que muestre (del modo y con el estilo que resulte más transparente) que han quedado satisfechos los requisitos de racionalidad que hacen justificable la decisión sobre la prueba; o que, a consecuencia de ello, no hay obstáculos de principio a la posibilidad de revisión del juicio de hecho en sucesivas instancias.

Y también está ya suficientemente claro, por otra parte, que todo ello se ha de sostener a la luz de dos ideas auténticamente centrales. La primera, que el proceso se orienta a la búsqueda de la verdad, si bien la naturaleza inductiva de los razonamientos probatorios hace que el resultado de la prueba no garantice la certeza absoluta<sup>3</sup>. La segunda, que, aunque el proceso se oriente a la búsqueda de la verdad, al derecho no le interesa *sólo* la averiguación de la verdad, sino también la consecución de otros fines que pueden justificar la introducción de normas sobre la actividad probatoria, sobre los medios de prueba admisibles o sobre el resultado probatorio mismo que cabría calificar como “contra-epistémicas” (en el sentido de que introducirían excepciones o desviaciones de diversos tipos respecto a lo que resultaría de seguir incondicionadamente los criterios generales de racionalidad epistémica)<sup>4</sup>.

Cada una de esas dos ideas centrales, no cabe duda, requiere una articulación más detallada. Así que una vez instalados, ya de manera irreversible, en los parámetros de una concepción racionalista del juicio de hecho, quedan planteados dos grandes bloques de cuestiones<sup>5</sup>. El primero (el de la “valoración racional de

---

en esas ideas sin duda sigue siendo oportuna como cuestión de “política de la cultura” (de la cultura jurídica, en este caso). Lo que quiero decir, tan sólo, es que en el plano de la teoría no es de esperar que la reiteración en la denuncia de la concepción persuasiva del juicio de hecho y su larga lista de corolarios pueda aportar un genuino valor añadido respecto al trabajo ya producido.

<sup>3</sup> Lo que, de paso, mostraría la ausencia de una diferencia de calidad entre prueba directa y prueba indirecta —distinguibles sólo por el número de pasos inferenciales de que constan una y otra— y las situaría en paridad en cuanto a exigencias de motivación se refiere.

<sup>4</sup> Y sólo en atención a estas dos ideas básicas podría hablarse con sentido de un hiato entre “verdad jurídica o procesal” y verdad material (o verdad a secas). Por un lado, porque la naturaleza inductiva del razonamiento probatorio hace que pueda estar justificada la creencia de que es verdadero un enunciado sobre los hechos que en realidad no lo es (y, en consecuencia, que pueda ser jurídicamente procedente declarar como hecho probado lo que no es verdad que haya acontecido). Por otro, porque la protección por parte del derecho de fines distintos de la averiguación de la verdad puede obligar al juzgador a tener por probado lo que con arreglo a criterios estrictamente epistemológicos no estaría justificado creer que es verdadero (o incluso estaría justificado creer que no lo es), o, a la inversa, a tener por no probado lo que estaría justificado creer que es verdadero de conformidad con esos criterios.

<sup>5</sup> O quizá mejor tres, si se toma conciencia de la importancia de un problema que antecede conceptualmente al de la valoración racional de la prueba. Como señalan oportunamente D. González La-

la prueba”) exige precisar, más allá de la afirmación genérica de su naturaleza inductiva, cuál es la estructura de las inferencias probatorias (esto es, del enlace —cuando no está determinado por el derecho— entre hechos con valor probatorio y hechos a probar) y cuáles son los criterios que determinan la aceptabilidad de las conclusiones de dichas inferencias. El segundo bloque de cuestiones es el que tiene que ver con la relación entre el fin de la averiguación de la verdad y otros fines diferentes y con los modos concretos de promover cada uno de ellos que se consideran más adecuados.

Lo que tal vez no se ha percibido aún con claridad son algunas dificultades que me parece que surgen, justamente, de la puesta en relación de esos dos bloques de cuestiones. Pero para sacarlas a la luz —que es el objetivo que persigue este trabajo— creo que es preciso comenzar explicando con más detenimiento cuáles son exactamente los problemas que se plantean en torno al segundo de ellos.

## 2. Los objetivos del derecho en relación con la prueba de los hechos

Me parece que esos problemas son esencialmente cuatro<sup>6</sup>. En primer lugar, el objetivo de buscar la verdad, cuando se es consciente de la falibilidad de los procedimientos que usamos para ello, se traduce de inmediato en el objetivo de *minimizar el riesgo de error* (o, dicho de modo más sencillo, de reducir el error). El primer problema que se le plantea entonces al derecho es el de cuál es la mejor estrategia a seguir para minimizar el riesgo de error en la prueba de los hechos. Una opción es dejar que el juzgador se guíe exclusivamente por

---

gier, *Hechos y argumentos*, Parte I, cit., J. Ferrer y D. González Lagier, *Introducción*, en “Discusiones”, 3, 2003, pp. 7-14, y D. González Lagier, *Hechos y conceptos*, en “Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho”, 15, 2007 (disponible en <http://www.uv.es/CEFD/15/lagier.pdf>), una concepción racionalista del juicio de hecho requiere como paso previo un análisis conceptual suficientemente refinado de las distintas clases de hechos que pueden ser objeto de prueba en un proceso. Y ello por una razón muy sencilla: cuando entran en juego conceptos altamente dependientes de nuestras interpretaciones y convenciones —como “acción intencional” o “no intencional”, “omisión” o “causalidad”, por mencionar algunos cuya relevancia para el derecho es incuestionable— hay que dilucidar con claridad qué hay de comprobación empírica y qué de adscripción en la prueba de hechos conceptuados de ese modo y cuáles serían los criterios de adecuación de los conceptos correspondientes, porque dado que «la prueba es relativa a la red conceptual con la que tratamos de comprender el mundo» (D. González Lagier, *Hechos y conceptos*, cit., p. 5), con los mismos elementos de prueba y los mismos criterios epistémicos de valoración obtendríamos resultados probatorios distintos (p. ej., que hubo relación de causalidad o que no la hubo) dependiendo de cuál sea la definición de los conceptos que empleemos. Pero aun siendo consciente de lo mucho por hacer en este terreno (que tiene que ver con la demarcación entre *quaestio facti* y *quaestio iuris* o, por decirlo de otro modo, entre problemas de prueba y problemas de calificación) y del mucho interés que tendría hacerlo, en este trabajo no abordaré en absoluto esta cuestión.

<sup>6</sup> Sigo aquí con cierta libertad a A. Stein, *Foundations of Evidence Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 1-3; M. Redmayne, *The Structure of Evidence Law*, en “Oxford Journal of Legal Studies”, 26, 2006, pp. 805-822, en las pp. 805-806; L. Laudan, *Truth, Error and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 1-2; y H. L. Ho, *A Philosophy of Evidence Law. Justice in the Search for Truth*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 173-185. Y desde luego, en su estructura general, a J. Ferrer, *La valoración racional de la prueba*, cit.

los criterios generales de racionalidad epistémica (esto es, adoptar un sistema de completa libertad en la valoración de la prueba, flanqueado además por un principio general de admisibilidad de cualquier elemento de prueba epistémicamente relevante). Pero existe una opción alternativa: introducir, al menos en algunos casos —y naturalmente habría que determinar en cuáles—, una serie de normas sobre la prueba<sup>7</sup> de cuyo seguimiento por los juzgadores se espera que, en conjunto y a largo plazo, resulte (en el tipo de casos cubierto por dichas normas) un número total de errores menor que el que produciría el funcionamiento de un sistema presidido por los principios de libre valoración y admisibilidad de toda prueba relevante. Es notorio que los sistemas jurídicos continentales se han inclinado decididamente por la primera estrategia —con irrupciones esporádicas y excepcionales de la segunda—, adoptando así una configuración que, por razones históricas, bien podría calificarse como “benthamiana”<sup>8</sup>. De todos modos, determinar cuál de las dos estrategias sirve mejor al objetivo de la reducción del error constituye un problema epistémico que, a su vez, da lugar a problemas morales<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Esto es, de normas acerca de la admisibilidad o no de ciertos elementos de prueba, del valor que el juzgador debería atribuirles o que, directamente, impongan un resultado probatorio cuando concurren determinadas circunstancias; y que en tal caso no serían en absoluto “contraepistémicas”, sino que, al contrario, de ser cierto que constituyen la mejor estrategia para la reducción del error, tendrían precisamente una justificación epistemológica (además de la que eventualmente pudieran tener, como se verá más adelante, desde el punto de vista de la distribución del riesgo del error).

<sup>8</sup> Como se sabe, para BENTHAM toda regla que interfiriera o condicionara los principios de admisibilidad de cualquier prueba relevante y libre valoración era un obstáculo inadmisibles a la búsqueda de la verdad y debería ser abolida (cfr., H. L. A. Hart, *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1982, pp. 31 ss.; J. J. Moreso, *La Teoría del Derecho de Bentham*, Barcelona, PPU, 1992, pp. 353-355), de manera que —como recuerda M. S. Pardo, *The Field of Evidence and the Field of Knowledge*, en “Law and Philosophy”, 24, 2005, pp. 321-392, en la p. 325—, «the field of evidence» fuese simplemente «the field of knowledge». Un punto de vista fuertemente crítico de la postura de Bentham puede encontrarse en A. Stein, *Foundations of Evidence Law*, cit., especialmente en las pp. 183-197.

<sup>9</sup> En cuanto al problema epistémico (esto es, estrictamente en términos de minimización del riesgo de error), no me parece obvio que la primera estrategia sea sistemáticamente superior y no acabo de ver claros los argumentos que esgrime Jordi Ferrer para defender el principio general de admisibilidad de toda prueba relevante. En efecto, Ferrer sostiene que la existencia de reglas de exclusión de pruebas relevantes —que pretendan contar con una justificación epistemológica, no con una basada en fines distintos de la búsqueda de la verdad— está «claramente injustificada» (epistémicamente), de modo que «o bien la prueba es irrelevante y debe ser excluida por ello, o bien es relevante y procede su admisión» (*La valoración racional de la prueba*, cit., p. 85). Pero, hasta donde acierto a ver, el único argumento aducido en apoyo de esa tesis es que «el aumento de información relevante aumenta, *ceteris paribus*, la probabilidad de que se adopte una decisión [en la que] se declaren probados enunciados verdaderos sobre los hechos» (ivi, p. 84). Si en esa afirmación eliminamos la cláusula *ceteris paribus*, lo que se dice no es necesariamente cierto (como admite de hecho el propio Ferrer: *ibidem*); y lo que Ferrer no aclara es cuál sería el contenido de esa cláusula *ceteris paribus* (que obviamente no puede ser algo parecido a “salvo en los casos en que no es así”, en cuyo caso la afirmación sería una tautología vacua).

En el plano moral, la cuestión es si resulta admisible decidir sobre la prueba de los hechos siguiendo un procedimiento que se justificaría por sus consecuencias agregadas en términos de reducción de errores, con independencia de lo que ello suponga en cada proceso concreto para cada parte concreta (cfr. H. L. Ho, *A Philosophy of Evidence Law*, cit., pp. 183-184).