

¿ESTÁNDARES DE PRUEBA? OJALÁ FUERAN ÚTILES...

STANDARDS OF PROOF? HOPEFULLY, THEY WERE USEFUL...

Jordi Nieva-Fenoll*
Universitat de Barcelona

RESUMEN: Los estándares de prueba, usados sobre todo en el *Common Law*, no son modernos. Reproducen, casi literalmente, las medidas de prueba del proceso romano-canónico medieval, de donde provienen. Su uso no sólo no favorece la racionalidad, sino que en realidad propicia que el juez haga un uso abusivo de su intuición en la valoración de la prueba, encontrando una coartada aparente en el uso de esos estándares. Los esfuerzos de varios autores para su objetivación no evitan ese frustrante resultado.

PALABRAS CLAVE: valoración de la prueba, heurísticos, sesgos, más allá de toda duda razonable

ABSTRACT: The standards of proof, mainly used in common law, are not modern. They reproduce, almost literally, the measures of proof of the medieval Roman-canonical process, from which they originate. They not only fail to promote rationality, but actually encourage the judge to abuse his intuition in the assessment of evidence, finding an apparent alibi in the use of these standards. The efforts of various authors to objectify them do not avoid this frustrating outcome.

KEYWORDS: assessment of evidence, heuristics, biases, beyond reasonable doubt

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. BREVE RECONSTRUCCIÓN HISTÓRICA DE LOS ESTÁNDARES DE PRUEBA.— 3. EL SUBJETIVISMO DEL JUEZ Y SU ORIGEN ANTROPOLÓGICO.— 4. EL USO ABUSIVO DEL HEURÍSTICO DE REPRESENTATIVIDAD.— 5. LA INFLUENCIA DEL “SESGO DE JUSTICIA”.— 6. INTENTOS DE OBJETIVACIÓN DE LOS

* Catedrático de Derecho Procesal. Universitat de Barcelona. ORCID 0000-0002-3052-1267.

ESTÁNDARES.— 7. DE LA SALA DE AUDIENCIAS AL LABORATORIO.— 8. LA AVERIGUACIÓN DE LOS HECHOS: ¿UNA MISIÓN IMPOSIBLE? ¿HACIA UN CAMBIO CULTURAL?—9. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

1. INTRODUCCIÓN

Hubo un tiempo, no tan lejano y aún en gran parte presente, en que la ciudadanía creía que los jueces, o los jurados, tendrían el mejor criterio para averiguar los hechos en un proceso. En realidad, ese mejor criterio sólo se suele atribuir cuando el parecer de los jueces coincide con el de ese ciudadano observador, coincidencia que han cuidado históricamente muchos jueces desde muy antiguo para legitimarse ante su gente¹. Si se acepta que la justicia solamente es un compendio de lo que una comunidad considera bueno², parece lógico que el juez refleje ese compendio en sus decisiones.

Pero algo falla, y de hecho ha fallado siempre³. Hace varios milenios se tuvo la idea de substituir los procesos asamblearios⁴ que entonces se celebraban en las pequeñas comunidades humanas, por la cultura del juez único⁵. Esos antiguos procesos asamblearios confundían leyes y juicios, al ser los mismos quienes legislaban y juzgaban. No pocas veces, en caso de duda, recurrían a la ordalía⁶. Aquellos fallos debieron caer con gran frecuencia en el populismo⁷ y tal vez por ello hubo un momento en que se decidió, en algún lugar del antiguo Egipto⁸, que lo “justo” no fuera ya lo que la comunidad considerara emocionalmente adecuado en aquel caso concreto, sino que lo justo habría de ser darle la razón a aquel a quien respaldara la realidad de los hechos⁹, lo cual a veces debía coincidir con el parecer de esa comunidad, pero no en ocasiones. Con ello ganó protagonismo la prueba, pero desde entonces se ha mantenido hasta hoy esa tensión entre si la determinación de lo “justo” obliga a la correcta averiguación de los hechos, o bien pasa por que el juez haga lo que a la ciudadanía le piden sus tripas, como debió ser antaño cuando

¹ Vid. Jiménez Fortea, J. (2007). El proceso penal de los pueblos indígenas de Latinoamérica. Una visión desde Europa. *Sistemas Judiciales*, año 6, n. 12, p. 33.

² Vid. Elster, J. (2023). Norms of Revenge, 100, 1990, p. 865. También Nieva Fenoll, J. (2023). *El origen de la justicia*, pp. 183 y ss.

³ Vid. Spottswood, M. (2019). On the Limitations of a Unitary Model of the Proof Process, *The International Journal of Evidence & Proof*, vol. 23, 1-2, p. 80.

⁴ Pueden hallarse ejemplos en Boehm, C. (1985). Execution within the Clan as an Extreme Form of Ostracism, *Social Science Information*, 24, p. 311. Fry, D. P. (2000). Conflict management in cross-cultural perspective, en F. Aureli and F.B.M. de Waal (eds.) *Natural Conflict Resolution*, p. 339. Malinowski, B. (1982). *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*, p. 75.

⁵ Nieva Fenoll, J. (2023), *El origen de la justicia*, cit. pp. 110 y ss.

⁶ Chase, O. (2011). *Derecho, cultura y ritual. Sistemas de resolución de controversias en un contexto intercultural*. Nottarp, H. (1956). *Gottesurteilstudien*. Patetta, F. (1890). *Le ordalie*. Kohler, J. (1884). Studien über die Ordalien der Naturvölker, *Zeitschrift für vergleichenden Rechtswissenschaft*, 5, pp. 368 y ss.

⁷ Aronson, E. (2012). *The social animal*. Ross, L.; Nisbett, R. E. (2011). *The person and the situation*.

⁸ Assmann, J. (1995). *Ma'at. Gerechtigkeit und Unsterblichkeit im Alten Ägypten*, p. 58.

⁹ Lichtheim, M. (1992). *Maat in Egyptian Autobiographies and Related Studies*, p. 18.

era la comunidad la que juzgaba¹⁰. Es la diferencia entre el juez justo y el juez justiciero. En realidad, entre la ciencia y la creencia¹¹.

Sin embargo, en los últimos decenios, los partidarios de la ciencia han ganado adeptos¹². Y era lógico que así fuera, pues mientras el resto de materias del saber se convertían en ciencias sometiéndose al método científico¹³, el Derecho, y particularmente el enjuiciamiento, parecían quedar fuera de esa revolución racionalista, haciendo que los ciudadanos debiéramos confiar simplemente en el buen criterio de los jueces, que en gran medida es solamente intuitivo si no se respalda con datos científicamente contrastados.

Es en ese contexto en el que entre los siglos XVIII y XIX se rescató más decididamente en el ámbito del *Common Law* algo que, como veremos, ya les era conocido a sus juristas: los estándares de prueba del proceso romano-canónico. Sin embargo, lo hicieron olvidando casi por completo esos orígenes medievales, que enseguida se relatarán, intentando dibujar unas categorías sólo aparentemente nuevas que sirvieran de parámetros para la valoración probatoria a los jueces. Esos son los modernos estándares de prueba.

La discusión en este momento es si esos parámetros son correctos y, sobre todo, si sirven realmente para algo. Sería arriesgado decir que la práctica los acepta, pues aunque la jurisprudencia de algunos Estados los cita con cierta frecuencia¹⁴, la realidad es que, como veremos, los tribunales hacen con ellos lo que quieren sin sujetarse habitualmente a ninguna seriedad epistémica, convirtiéndose en vulgares coartadas de la intuición que sólo pretenden aparentar reflexión. La doctrina, por su parte, veremos que discrepa sobre ellos e incluso sobre su contenido, discrepancia que se mantiene también entre aquellos que aceptan los estándares de prueba como categoría útil. El panorama que todo ello arroja haría increíble, a ojos de científicos no especialistas en Derecho, que los juristas sigamos recomendando confiar, pese a todo, en los jueces.

A continuación se va a intentar describir qué se esconde bajo toda esta realidad, tanto desde el punto de vista antropológico, psicológico, histórico y, si queda espacio para ello, jurídico, para concluir avanzando hacia un futuro incierto, que no puede descartarse que se traduzca en una profunda reconfiguración de los procesos judiciales, o incluso en su desaparición.

¹⁰ Nuevamente, Jiménez Fortea, J. (2007). El proceso penal de los pueblos indígenas de Latinoamérica. Una visión desde Europa, cit. p. 33.

¹¹ Vid. Gascón Abellán, M. (2004). *Los hechos en el derecho*, pp. 8 y ss.

¹² Vid. Ferrer Beltrán, J. (2022). Prolegomena to a Theory of Standards of Proof, en Ferrer; Vázquez (ed.). *Evidential and Legal Reasoning: Crossing Civil Law and Common Law Traditions*, pp. 395 y ss.

¹³ Vid. Wundt, W. (1862). *Beiträge zur Theorie der Sinneswahrnehmung*, p. VI.

¹⁴ Vid. en México, entre otros, Suprema Corte, sentencia del Amparo Directo en Revisión 5807/2018. O en Perú, Corte Suprema de Justicia de la República, XII pleno jurisdiccional extraordinario de las salas penales permanente y transitoria, acuerdo plenario n. 07-2023/CIJ-116.

2. BREVE RECONSTRUCCIÓN HISTÓRICA DE LOS ESTÁNDARES DE PRUEBA

Los primeros estándares de prueba se crearon en la Baja Edad Media en el marco del proceso romano-canónico¹⁵, que constituye todavía la base de nuestros procesos actuales, también en los sistemas del *Common Law* gracias sobre todo —pero no solamente— al importante rol que jugó la *Court of Chancery* inglesa, muy influida por el Derecho canónico debido a que acostumbró a ser integrada por clérigos formados, lógicamente, en ese sistema jurídico¹⁶. Además, los juristas ingleses estudiaban en el siglo XVIII como materia básica el Derecho romano¹⁷ y conocían, por tanto, lo que ellos aún llaman, de forma actualmente impropia, *Civil Law*.

En materia procesal, el *Civil Law* fue el proceso romano-canónico¹⁸, también denominado *solemnis ordo iudiciarius*. En su ámbito, en materia de estándares de prueba la historia se remonta a finales del siglo XII y principios del XIII con Azón¹⁹. Ese jurista pionero recuperó del Derecho romano el “*summatim cognoscere*”²⁰, que había sido una forma urgente de sustanciar algunos pleitos de pequeña importancia en modo *prima facie*, es decir, de manera superficial, para salir del paso²¹. Azón transformó ese viejo modo de proceder en lo que se llamó “*semiplena probatio*”²², que fue el estándar probatorio más bajo.

Ese estándar describió en un primer momento una situación procesal en la que solamente hubiera como prueba los indicios que el juez estaba llamado a valorar libremente, aunque más adelante, como vamos a ver, acabó no siendo exactamente así. En todo caso estamos, en realidad, ante la prueba *prima facie* o “*probable cause*”²³ de la IV Enmienda de la Constitución de los EE.UU que, en este sentido, aunque con seguridad sorprenderá, equivale realmente a la *preponderance of evidence* del proceso civil, pese a que en la actualidad se suele conceptuar la *probable cause* como un estándar de convicción inferior a este último²⁴, y superior a la *reasonable*

¹⁵ Los reconoce como tales estándares Laudan, L. (2006). *Truth, Error and Criminal Law*, pp. 81-82. Vid. también Shapiro, B. (1991). “*Beyond reasonable doubt*” and “*probable cause*”, p. 3.

¹⁶ Basset, W.W. (1978). Canon Law and the Common Law, *Hastings Law Journal*, vol. 29, 6, 1, p. 1406.

¹⁷ Blackstone, W. (1768). *Commentaries on the Laws of England*, Lib. I, pp. 3 y ss.

¹⁸ Nörr, K. W. (2012). *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*.

¹⁹ Azón (1581). *Summa Azonis*, Lib. III, 1 (de iudiciis). punto 19, p. 158: „causae cognitio semiplena vel summaria qb. casibus sufficiat”; Lib. III, 42 (ad exhibendum). puntos 12 y 21, p. 258, donde ofrece ejemplos de *semiplena probatio*.

²⁰ Entre otros pasajes, Dig.5.3.7.1. Ulpianus 14 ad ed. Dig.9.2.40. Paulus 3 ad ed. Dig.10.4.3.9. Ulpianus 24 ad ed. Dig.42.1.15.4. Ulpianus 3 de off. cons.

²¹ Me ocupé del tema en Nieva Fenoll, J. (2007). *Enjuiciamiento prima facie*, pp. 20 y ss.

²² Nörr, K.W. (2012). *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, cit. p. 129.

²³ Greenleaf, S. (1844). *A Treatise on the Law of Evidence*, vol. I, 2ª ed., p. 94.

²⁴ Vid. *United States v. Melvin*, 596 F.2d 492 (1st Cir. 1979). 13-4-1979, punto 495: “First, appellant reads the phrase “probable cause” with emphasis on the word “probable,” and would define it mathematically to mean “more likely than not” or “by a preponderance of the evidence.” This reading is

*suspicion*²⁵ que permite a la policía registrar a una persona percibida –por razones concretas, no por una mera corazonada o “hunch”– como peligrosa en busca de si es portador de armas, lo que puede llevar a una detención si se hallan esas armas, pues entonces sí existiría “*probable cause*”. Como se ve, el *Common Law*, al menos en EE.UU, realmente no ha escatimado en la elaboración de imaginativos estándares que pudieran orientar de algún modo la actuación de los operadores jurídicos.

De cualquier forma, prescindiendo de la *reasonable suspicion*, la *semiple-na probatio* o *probable cause* —o *preponderance of evidence*— hay que insistir en que se trató originalmente del estándar más bajo, que permitía y aún permite a un juez civil dictar sentencia, y a una autoridad penal —originariamente también el juez²⁶— a iniciar realmente sus actuaciones concluyendo que es más probable que exista un delito a que no exista, razón por la que es necesario abrir una investigación. Es decir, el juez decide empezar a investigar porque se siente más convencido de la existencia de delito que de su inexistencia. Y no debe sorprender la confusión —aunque sea impropia si se conoce la historia— entre el estándar tan bajo del “*summatim cognoscere*” y el estándar necesario para fallar en el proceso civil. En la Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1882 también se utilizó en su art. 384 una frase que en realidad evoca ese *summatim* —“indicios racionales de criminalidad”—, pero que igualmente ha sido malinterpretada e incluso manipulada a lo largo del tiempo de una forma espantosa, sobre todo por quienes olvidaron su sentido inicial, que fueron la práctica totalidad de los operadores jurídicos²⁷.

Sin embargo, volviendo a la Baja Edad Media continental, pronto se notó la necesidad de encauzar aún más precisamente el criterio de los jueces, no permitiendo que fuera tan libre, a fin de evitar las arbitrariedades de un cuerpo directamente delegado de nobles, reyes y emperadores y que, por tanto, carecía de independencia²⁸. De ese modo nació el estándar *plena probatio*, que inspirándose —más bien manipulando— algunas sugerencias del *Codex*

incorrect. The phrase is less stringent than that — the words “reasonable cause” are perhaps closer to what is meant”.

²⁵ Terry v. Ohio, 392 U.S. 1 (1968).

²⁶ No hubo fiscales ni policías en la Edad Media, al menos como los conocemos hoy. Vid. Morales Villanueva, A. (1988). *Administración policial española*, pp. 174 y ss. López Garrido, D. (1987). *El Aparato policial en España : historia, sociología e ideología*, pp. 61 y ss. Walker, S. (1996). *The Police in America: An Introduction*. Harring, S. (2017). *Policing a Class Society: The experience of American Cities*. Kappeler, V.; Sluder, R.; Alpert, G. (1988). *Forces of Deviance: Understanding the Dark Side of Policing*, Prospect Heights. Potter, G. (2013). *The History of Policing in the United States*, Parte 2, ECU School of Justice Studies, accessible en www.academia.edu/30504361/The_History_of_Policing_in_the_United_States. Alonso Romero, M. P. (1982). *El proceso penal en Castilla (siglos XIII-XVIII)*. pp. 151 y ss. Elizondo, F. Antonio (1783). *Práctica universal forense de los Tribunales de España, y de las Indias*, t. 4, pp. 302 y ss. Nov. Recop. L. v; tít. XVII, Ley IV, CYADC, Lib. I, tít. 45, VII, Bosch, A. (1628). *Summari index o epitome dels admirables, y nobilissims titols de honor de Cathalunya, Rossello, y Cerdanya, y de les gracies, privilegis, prerrogatives, preheminiencies, llibertats, è immunitats gosan segons les propries, y naturals lleys*, pp. 275-276.

²⁷ Vid. Nieva Fenoll, J. (2024). *Derecho Procesal III; proceso penal*, pp. 56 y 259 y ss.

²⁸ Azón, Brocardica (aurea). cit. rúbrica XX, pp. 235-236: “*Maior iudex de his quae ad sui subditi iurisdictionem spectant, se intromittere non debet: nisi negligens fuerit, vel aliqui ante eum appellati*”.

de Justiniano²⁹, atribuyó un valor probatorio indiscutible a algunos indicios señalados solamente como muy convincentes por aquella compilación romana, pero no como una prueba realmente indiscutible, que es en lo que se transformaron en el proceso romano-canónico medieval³⁰. De hecho, esa *plena probatio* no aparece propiamente —sí impropia— con la “*positive proof*”— como un concepto propio del *Common Law* hasta que, no hace tanto, se generó la *clear and convincing evidence*, que es, igual que la *plena probatio*, un estándar superior del proceso civil, con la diferencia de que en el proceso romano-canónico acabó siendo evidente qué pruebas en concreto generaban *plena probatio*³¹ —la confesión, dos testigos, un documento público y el testimonio directo del propio juez—, no siendo nada claro, en cambio, qué vestigio es preciso para obtener una prueba clara y convincente en el *Common Law*, dependiendo esa determinación del vestigio, aunque sobre todo del parecer del juez que resuelva en cada caso concreto, inspirado por los casos ya identificados anteriormente por la jurisprudencia.

Finalmente, también por obra de Azón³², para el proceso penal del *solemnis ordo iudiciarius* quedó la *probatio plenissima*, que era un estándar máximo de prueba, siendo muy dudoso cuándo se obtenía en ese proceso romano-canónico³³, lo que llevó, por supuesto, al abuso de la confesión, más o menos forzada incluso por tortura³⁴, pero que en todo caso constituía una prueba plena poderosísima en el marco de un proceso penal, prueba plena en la que posiblemente habría que ver uno de los orígenes de la proliferación de los *guilty pleas* durante el siglo XIX en EE.UU.³⁵

Por su parte, sobre las indicadas bases de la Glosa de Azón, la doctrina canonista acabó construyendo también cuatro niveles de convicción³⁶ basados exactamente en las mismas enseñanzas: la duda, la sospecha³⁷, la opinión³⁸ y la certeza moral³⁹. Aunque poseen raíces filosóficas más pro-

²⁹ Codex, Libro IV, título XX, n° 9, §1: “*Simili modo sauximus, ut unius testimonium nemo iudicium in quacunq[ue] causa facile patiat[ur] admitti. Et nunc manifeste sancimus, ut unius omnino testis responsio non audiat[ur], etiamsi praeclarae curiae honore praeferat[ur]*”. Codex, Libro IV, título XXI, n° 15: “*In exercendis litibus eandem vis obtinnet tam fides instrumentorum, quam depositiones testium*”.

³⁰ El proceso de creación de la *plena probatio* a partir de esos ejemplos romanos puede verse en Azón, (1581) *Summa Azonis*, Lib. IV, 19 (de probationibus), punto 21, p. 318; Lib. IV, 20 (de testibus), puntos 20 y 21.

³¹ Laudan, L. (2006). *Truth, Error and Criminal Law*, cit., p. 81.

³² Azón (1581), *Summa Azonis*, lib. III, 1 (De iudicis), 18, 19.

³³ Nörr, (2012). *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, cit. p. 129. Durante (1602). *Speculum iuris*, lib. I, Part. I, *De summaria cognitione*, 1, 2 y 3.

³⁴ Fernández de la Herrera Villarreal (1724). *Práctica criminal*, pp. 231 y ss. De Dou y de Bassols (1803). *Instituciones del Derecho público general de España*, t. VIII, pp. 277 y ss.

³⁵ Sobre el tema, McConvill, M.; Mirsky, C. L. (2005). *Jury Trials and Plea Bargaining: A True Story*.

³⁶ Withman, J.Q. (2008). *The Origins of Reasonable Doubt*, New Heaven 2008, pp. 114 y ss y 165.

³⁷ Sobre los dos primeros, Farinacii, P. (1597). *Praxis et Theoricae Criminalis*, rúbrica *De Indiciis & Tortura*, Lib. I, Tit. V, quaestio XXXI, n. 197-198, pp. 567-568.

³⁸ Lessius, L. (1612). *De iustitia et iure caeterisque virtutibus cardinalibus*, Lib. 2, Sec. IV, « De iniuriis in iudiciis », cap. 29, « De Iudice », *Dubitatio II*, p. 358

³⁹ Sobre este último, Llobell, J. (1997). *Moral Certainty in the Canonical Marriage Process*, « Forum ». *A Review of Canon Law and Jurisprudence*, 8, pp. 303 y ss. Aliste Santos, T. (2018). *La motivación de las resoluciones judiciales*, pp. 309 y ss.

fundas⁴⁰, al final tenemos básicamente los estándares del proceso romano-canónico, con esa categoría intermedia de la “opinión”.

Tras todo lo anterior, es muy difícil decir que los “estándares probatorios” no son, en realidad, una vieja categoría del proceso romano-canónico, más que una invención de los sistemas del *Common Law*. E incluso siéndolo, son categorías tan sumamente análogas a las del *Civil Law* que es realmente difícil negar que se trata de una simple copia más o menos fiel de los estándares medievales, o levemente alterada más bien. En realidad, los modernos estándares provenientes del *Common Law* son prácticamente idénticos en su formulación a los estándares del proceso romano-canónico, y desde luego que ello no es por casualidad. Lo cierto es que los estándares sólo variaban —y no siempre— en cuanto a los supuestos concretos en que se obtenía la *plena probatio*. Pero tanto la *semiplena probatio* como la *probatio plenissima* son realmente idénticos en ambos mundos jurídicos.

Una prueba del conocimiento generalizado en Inglaterra de esos estándares del proceso romano-canónico cabe hallarlo ya en las mismas exposiciones de Bentham⁴¹ que, como vamos a ver después, es probablemente el más remoto responsable del moderno razonamiento estrictamente probatorio en clave de estándares.

Citando a Edward Coke⁴², Bentham menciona un ejemplo de “*full proof*” consistente en el caso de un hombre armado con una espada ensangrentada, que huye de la habitación donde hay otro hombre recientemente asesinado con un arma similar; lo que es claramente un ejemplo de prueba plena basada en indicios, tal como suena, que obviamente, en la época, era un caso de *plena probatio* sólo y exclusivamente propio del Derecho inglés, dado que en el proceso del *Civil Law* era imposible alcanzar la *probatio plena* sólo con indicios.

Pese a esa discrepancia, el conocimiento del *Civil Law* era claramente generalizado en Inglaterra. También cabe consultar en la jurisprudencia del Serjeant’s Inn un caso de 1717⁴³. En el mismo se hizo una exposición comparatista de *Common Law* y *Civil Law*, manejándose los estándares *plena probatio* y *semiplena probatio*, recordando claramente que el primero —en el *Civil Law*— se produce cuando existe un juramento o cuando concurren dos testigos⁴⁴, consistiendo la *semiplena probatio* en presunciones, es decir, en indicios. De hecho, en el fallo se hace expresa referencia a que se están usando conceptos del Derecho canónico y del *Civil Law*.

⁴⁰ Tomás de Aquino (1497), *Summa theologiae*, Parte II-II, cuestión 67, art. 2.

⁴¹ Bentham. J. (1825). *A treatise on judicial evidence*, p. 145.

⁴² Puede que se esté refiriendo al contenido en *The Reports of Sir Edward Coke*, (1826) vol. V, parte IX, Mackalley’s case, p. 122.

⁴³ Williams vs. Lady Bridget Osborne, 22-6-1717. *Reports of Adjudged Cases in the Courts of Chancery, King’s Bench, Common Pleas and Exchequer*, (1795) vol. I, pp. 80-82. https://www.google.es/books/edition/Reports_of_Adjudged_Cases_in_the_Courts/0mxGAAAYAAJ?hl=es&gbpv=1&dq=court+of+chancery+probatio+plena&pg=RA3-PA81&printsec=frontcover

⁴⁴ Les faltó citar el documento público y el testimonio del juez.

Y, naturalmente, en la resolución se habla de “*degrees of evidence*”, Y se añade algo importante: que el antes citado “*positive proof*” del *Common Law*⁴⁵ equivale a la certeza de la *plena probatio*. Esa “*positive proof*”, tal vez la primera formulación anglosajona del estándar —casi— máximo de convicción, consiste en “*facts*”, como más adelante explicará Bentham, mientras que la *semiplena probatio* se forma solamente con “*circumstances*”, es decir, indicios, llegándose a esa convicción semiplena cuando se alcanza un “*degree of evidence*” que inclinaría a un *reasonable man* a juzgar en favor de una de las dos opciones en litigio. Es decir, la *preponderance of evidence*. En consecuencia, como ya se indicó, la *clear and convincing evidence* equivale en valor a la *plena probatio*, y en parte en contenido, dado que el antiguo estándar anglosajón de la *positive proof* era más flexible. Igual que hoy lo es la *clear and convincing evidence*⁴⁶, cuyas dudas interpretativas y ambigüedad son constantes, dado que no solamente está reflejando un estándar superior para pleitos civiles en casos de familia o de cuestiones de capacidad, como se ha solido explicar⁴⁷, sino que en realidad, hay que reiterarlo, se corresponde con aquella efímera *plena probatio*, que desde luego hoy ya no existe.

Otra prueba de la influencia del proceso romano-canónico sobre el *Common Law* se halla en la obra de Blackstone⁴⁸. Comentando el juicio por jurados, al ocuparse de su convicción se refiere de nuevo a los estándares. Y para explicarse mejor recurre, cómo no, a la comparación con los estándares del *Civil Law*, pero destacando de forma nacionalista —aunque en este caso también más realista— la superioridad en esta materia del *Common Law*. Y esa superioridad estribaría, precisamente, en esa mayor flexibilidad para apreciar la *plena probatio* o *positive proof*, puesto que afirma el autor que un solo testigo puede generar ese grado de convicción en el *Common Law*, mientras que el *Civil Law* tuvo que generar la absurda ficción del “juramento supletorio de parte” para completar el número de dos testimonios para alcanzar la *plena probatio*⁴⁹. De hecho, es sorprendente que esa absurda y antigua directriz jurisprudencial del *Civil Law* aún tenga impacto a día de hoy, muchos años después de la desaparición de ese antiguo sistema, pues todavía se suele admitir en los procesos actuales el interrogatorio de las partes como prueba en demasiadas ocasiones, innecesariamente, pues se trata de un uso forense cuyo origen está, precisamente, en la necesidad de ese antiguo juramento supletorio.

Finalmente, Blackstone concluía explicando que también los indicios pueden constituir *positive proof* si son realmente contundentes —*violent presumption*⁵⁰—, lo que, como ya se indicó, acaba rompiendo esa estricta barre-

⁴⁵ Blackstone, W. (1775). *Commentaries on the Laws of England*, t. III, p. 371. https://www.google.es/books/edition/Commentaries_On_The_Laws_Of_England/sLBDAAAACAAJ?hl=es&gbpv=1&dq=blackstone+commentaries+vol+III&printsec=frontcover

⁴⁶ Murphy, P. (2005). *Murphy on Evidence*, p. 107.

⁴⁷ Dennis, I. (2013). *The Law of Evidence*, p. 487.

⁴⁸ Blackstone, W. (1768). *Commentaries on the Laws of England*, cit. pp. 370-371.

⁴⁹ Blackstone, W. (1768). *Commentaries on the Laws of England*, cit. p. 370.

⁵⁰ Blackstone, W. (1768). *Commentaries on the Laws of England*, cit. p. 371.

ra entre *facts* y *circumstancias* —idéntica a la *plena* y la *semiplena probatio*—, también referida por los sistemas continentales como prueba directa e indirecta o indicios, y que en todo caso se trata, visto lo visto, de una distinción anticuada basada en las enseñanzas del *ius commune* medieval y científicamente impropia. De hecho, para Bentham, las pruebas circunstanciales eran, nada menos, todas las que no partían de un testimonio directo⁵¹.

En resumidas cuentas, el Derecho inglés, tal vez por la necesidad de valorar la prueba testifical como consecuencia de la existencia del jurado⁵², había modernizado la toma en consideración de los estándares del proceso romano-canónico, pero no se había separado de las antiguas categorías de ese *ius commune*, que incluso citaba ocasionalmente⁵³ y aún están vigentes —con otras denominaciones— a día de hoy, lo que no deja de ser sorprendente. En realidad, el *Common Law* había seguido una interpretación a mi juicio mucho más correcta de las fuentes romanas que, como ya se indicó, no imponían estándares probatorios ni valores para ningún indicio, sino que solamente realizaban sugerencias sobre cuáles eran las pruebas más frecuentes en algunos casos concretos. Sea como fuere, las directrices inglesas hacían más fácil la apreciación de indicios como prueba. No eran sino indicios los que, tal vez por vez primera, tuvo en cuenta Locke⁵⁴ para proponer criterios de valoración de la prueba de interrogatorio, elaborando incluso unos ciertos grados de probabilidad que probablemente estaban inspirados, en parte, como veremos, en el Derecho canónico. En realidad, probablemente este es el camino doctrinal abierto por este autor el que luego recorrieron Blackstone y Bentham.

Una vez trasladadas esas ideas a Francia —país de *Civil Law*—, sobre todo por la influencia de Bentham —no es un dato menor que la obra de Bentham se publica por primera vez en Francia y en francés⁵⁵—, la adopción de esas directrices anglosajonas, que intentaban abolir el sistema de prueba legal⁵⁶, suponía el renacimiento en la Europa continental del originario sistema romano de libre valoración de la prueba, que es también el sistema llamado de la *intime conviction* que después se introdujo durante la Revolución Francesa como instrucción para jurados⁵⁷, y que de ahí influyó en todo el mundo gracias al *Code d'instruction Criminelle* de 1808⁵⁸. Sucedió con la libre valoración

⁵¹ Bentham, J. (1823). *Traité des preuves judiciaires*, I, p. 86.

⁵² Vid. La reconstrucción histórica de Shapiro (1991), “Beyond reasonable doubt” and “probable cause”, cit., pp. 6 y ss.

⁵³ Vid. El caso LXXIII, de fecha desconocida entre los siglos XIII y XVII, en Jenkins, *Eight centuries of reports: or eight hundred cases solemnly adjudged in the Exchequer-Chamber or, Upon writs of error*, London 1734, p. 134.

⁵⁴ Locke, J. (1690, 27 ed. London 1836). *An essay concerning human understanding*, pp. 507 y ss (ch. 16).

⁵⁵ Bentham, J. (1823). *Traité des preuves judiciaires*, cit.

⁵⁶ Vid. Tuzet, G. (2020). Assessment criteria or standards of proof? An effort in clarification, *Artificial Intelligence and Law*, 28, p. 100.

⁵⁷ Ley de 16-21 de septiembre de 1791. Vid. también Tuzet, *Certainty Beyond a Reasonable Doubt: A Pragmatist Understanding of the Criminal Standard of Proof*, cit. p. 407.

⁵⁸ Arts. 312 y 342.

de la prueba lo mismo que acaeció con la celeberrima idea de la oralidad y la publicidad, expuesta por el propio Blackstone en las siguientes páginas de su tratado⁵⁹, cuando deploraba la costumbre forense contraria del Derecho canónico que favorecía la escritura, realizando vanamente el valor de la oralidad al pensar el autor, erróneamente, que nadie se atreve a mentir en público y que, además, un interrogatorio abierto ayuda a esclarecer la verdad⁶⁰. Conclusiones que han convencido a excelentes juristas muy influyentes⁶¹, y que sólo hoy —con algún valioso y antiguo precedente⁶²— sabemos que son científicamente falsas⁶³, pero que todavía constituyen un icono claramente fetichista para demasiados juristas.

Finalmente, la antigua distinción del proceso romano-canónico entre los niveles de convicción se perdió casi por completo en la Europa continental, aunque todavía quedan algunos restos de aquellas antiguas categorías, sobre todo con respecto a la prueba *prima facie*, como por ejemplo al apreciar el *fumus boni iuris* de las medidas cautelares⁶⁴, o al decidirse la imputación en la instrucción del proceso penal⁶⁵. Sin embargo, se dejó de distinguir entre prueba plena y semiplena aunque, al margen de alguna referencia legal⁶⁶, se ha mantenido hasta hoy un uso ocasional, impropio y simplemente retórico de la primera expresión, tendente a reafirmar en un discurso la contundencia de una prueba, pero sin más carga dogmática. La expresión “prueba plena” ya solamente sirve, en realidad, para realzar la importancia que para un juez posee un indicio.

En cambio, en el ámbito del *Common Law* sí se mantuvieron esos antiguos niveles de prueba. Bentham ya habló claramente de “degrees of strength”⁶⁷, distinguiendo entre el “me inclino a creer”, el “creo” y el “sé”, como los tres niveles básicos, entre los cuales anunciaba el autor otros intermedios, siendo el más bajo la simple probabilidad y el más alto, justamente, el viejo estándar del Derecho canónico de la certeza moral, que de hecho fue la base del *beyond*

⁵⁹ Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, cit. pp. 372-373.

⁶⁰ Siguiendo esas mismas ideas y ampliándolas, Bentham, J. (1823). *Traité des preuves judiciaires*, cit. pp. 32-36.

⁶¹ Wigmore, J. H. (1904). *A Treatise on the System of Evidence in Trials at Common Law*, vol. II, §1367, p. 1697: “is beyond any doubt the greatest legal engine ever invented for the discovery of the truth.”

⁶² Von Liszt, F. (1902). *Strafrecht und Psychologie*, *Deutsche Juristen-Zeitung*, n. 1, pp. 16-18.

⁶³ Manzanero, A. L. (2008). *Psicología del testimonio*, pp. 38-39. Manzanero, A.L. (2023). El engaño en contextos judiciales, *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, n. 1, p. 7 y ss. Julià Pijoan, M. (2023). Un análisis del fundamento de la declaración del testigo ocular como medio de prueba, a partir de la investigación empírica, *Ius et Praxis*, vol. 29, n. 2, pp. 44 y ss. Loftus, E. (1996). *Eyewitness testimony*. Mazzoni, G. (2015). *Psicología della testimonianza*, Diges, M. (1997). *Los falsos recuerdos*. Vid. también Huber, S. (2022). Mündlichkeit und Unmittelbarkeit, *ZZP*, 135, 2, pp. 183 y ss.

⁶⁴ Vid. por ejemplo el art. 728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. También, por todos, Serra Domínguez, M. (con Ramos) (1974). *Las medidas cautelares en el proceso civil*, pp. 36-37.

⁶⁵ Art. 384 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española: “Desde que resultare del sumario algún indicio racional de criminalidad contra determinada persona, se dictará auto declarándola procesada...”.

⁶⁶ Arts. 319 a 323 y 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española.

⁶⁷ Utilizo ahora la posterior edición inglesa de 1825. Bentham, *A treatise on judicial evidence*, cit. p. 62.

*any reasonable doubt*⁶⁸, derivado del brocardo de origen romano⁶⁹, tantas veces repetido con diferente número de culpables, de que es mejor absolver a un culpable que condenar a un inocente⁷⁰, y que tiene precedentes sorprendentes en el Derecho mesopotámico⁷¹ y en el antiguo Derecho Chino del Shujing del siglo IV a.C.⁷². Bentham también denominó a todo ello “*degrees of proving power*”⁷³, refiriéndose sobre todo al grado de seguridad con que declara un testigo, diciendo expresamente que sería utilísimo averiguar con precisión los grados de creencia que siente⁷⁴, quejándose incluso de que los juristas no hubieran sabido establecer con claridad esos niveles de convicción⁷⁵.

Por descontado, Bentham intenta suplir esa laguna, anunciando de entrada que adopta un lenguaje matemático no basado en el cálculo de probabilidades, que denuncia como inadecuado para el proceso judicial, sino aquel modo de expresarse que consiste en elaborar una escala finita de 10 grados, sugiriendo que el testigo expresase el nivel de su creencia —es decir, su sensación de convicción— indicando un número del 1 al 10, lo que habría de ayudar a los jueces⁷⁶ partiendo, desde luego, de la ya indicada creencia de Bentham de que los testigos acostumbran a no mentir y que la fuerza de la creencia de un testigo es la guía más óptima para el juez⁷⁷, lo cual, permítaseme avanzarlo, es obviamente absurdo. A partir de aquí, el método era simple: si los testigos coinciden aproximadamente en el grado de creencia insisto, en la sensación de seguridad que transmiten—, el hecho será declarado probado, sucediendo al revés en caso contrario⁷⁸. Bentham recomendó utilizar este método sólo en los casos más importantes⁷⁹. Y argumentaba finalmente que la justicia requería la misma precisión que la química⁸⁰, lo que es toda una declaración de intenciones que, al menos en cuanto a su voluntad científica, se debe compartir perfectamente.

Sin embargo, ¿en qué estaba basada esa convicción del juzgador? Bentham también acaba descendiendo a ese detalle capital, que es crucial entender, como veremos, para poder avanzar en esta materia hacia algo menos intuitivo y bastante más científico. Al abordar la temática de los indicios, estima que las inferencias para establecer que un hecho demostrado conduce a dar otro por probado, están basadas en la analogía de esos dos hechos con lo que

⁶⁸ Whitman, *The Origins of Reasonable Doubt*, cit. p. 186 y ss.

⁶⁹ Dig. L. 48, tít. 19, 5. Ulpiano: “*sed nec de suspicionibus debere aliquem damnari divus traianus ad-sido severo rescripsit: satius enim esse impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari.*”

⁷⁰ Vid. Bentham, J. (1823). *Traité des preuves judiciaires*, II, pp. 27 y 168.

⁷¹ Código de Hammurabi, Ley 1.

⁷² Gelatt, T.A. (1982). The People’s Republic of China and the Presumption of Innocence, *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 73, 1, primavera, p. 263.

⁷³ Bentham, J. (1825). *A treatise on judicial evidence*, cit. p. 41.

⁷⁴ Bentham, J. (1825). *A treatise on judicial evidence*, cit. p. 41.

⁷⁵ Bentham, J. (1825). *A treatise on judicial evidence*, cit. p. 41.

⁷⁶ Bentham, J. (1825). *A treatise on judicial evidence*, cit. pp. 41-42.

⁷⁷ “*What better guide can he have?*”. Bentham, J. (1825). *A treatise on judicial evidence*, cit. p. 42.

⁷⁸ Bentham, J. (1825). *A treatise on judicial evidence*, cit. p. 42.

⁷⁹ Bentham, J. (1825). *A treatise on judicial evidence*, cit. p. 43.

⁸⁰ Bentham, J. (1825). *A treatise on judicial evidence*, cit. p. 43.

ya se conoce previamente como fruto de la “experiencia”⁸¹. Y descendiendo al estudio de esta última, la define, como ya se ha advertido, a modo de una “especie de instinto”, tanto por su rapidez como por la dificultad de explicarla, pero sobre todo por la imposibilidad de encontrar reglas que la guíen. Con todo, observa que esta “experiencia” es prácticamente uniforme en todos los seres humanos, puesto que —siempre según Bentham— si no fuera así, la “probabilidad”, como concepto, dejaría de existir.

De manera que, al final, la conclusión es que la inferencia está basada en el juicio intersubjetivo puramente intuitivo de dos o más seres humanos. Y, por supuesto, Bentham acaba su discurso explicando que los indicios no suelen servir para probar hechos, salvo que esos indicios sean muchos⁸², lo que es una conclusión claramente influenciada por el proceso romano-canónico, en el que se llegó al extremo, por supuesto absurdo, de prohibir demostrar la culpabilidad a través de indicios, como ya fue explicado.

A partir de ahí, por descontado, lo correcto científicamente sería intentar recoger los datos en que se basa esta “experiencia”, a fin de poder establecer en qué consiste. Sin embargo, Bentham concluye que los hechos de la vida real son tan infinitamente diversificados, que es imposible ese análisis completo de las vivencias que forman la “experiencia”⁸³. Pese a lo cual, considera más sencillo el examen de los indicios que el de la prueba directa o *plena probatio*, al estar esta última basada en las circunstancias enunciadas por el *ius commune* para el sistema de prueba legal⁸⁴, y que descartaban, como es sabido, la credibilidad de un testigo por razones puramente morales⁸⁵.

Es ya evidente que en todo lo anterior se encuentran las bases de la posterior formulación de los estándares probatorios⁸⁶, puesto que, en realidad, nada nuevo se ha dicho posteriormente que no sean reelaboraciones de lo construido por Bentham. La doctrina inmediatamente posterior reconoció sus ideas aun intentando concretar en qué consista la “experiencia”, añadiendo Greenleaf⁸⁷ que la valoración de los interrogatorios está muy influida por nuestro conocimiento y creencias previos sobre los hechos acerca de lo que normalmente acaece⁸⁸ —el *id quod plerumque accidit* de Aristóteles⁸⁹, tan repetido en el *Civil Law*—, que son las bases de nuestra no-

⁸¹ Vuelvo a la original edición francesa, que tal vez expresa mejor la idea que quiso exponer el autor. Bentham, J. (1823). *Traité des preuves judiciaires*, cit. p. 313.

⁸² Bentham, J. (1823). *Traité des preuves judiciaires*, cit. p. 314-315.

⁸³ Bentham, J. (1823). *Traité des preuves judiciaires*, cit. pp. 316-317.

⁸⁴ Bentham, J. (1823). *Traité des preuves judiciaires*, cit. p. 401.

⁸⁵ Bentham, J. (1823). *Traité des preuves judiciaires*, cit. p. 317. Un elenco de esas razones puede encontrarse en el Derecho medieval castellano: Partida III, tít. XVI, que impedía declarar, entre otros, a personas de mala fama, condenados por falso testimonio, falsificadores, envenenadores, abortistas, asesinos, adúlteros, libertinos, violadores, apóstatas, incestuosos, enajenados mentales, ladrones, proxenetas, tahúres, lesbianas travestidas, pobres de solemnidad, mentirosos, incumplidores de sentencias, judíos, musulmanes, herejes, presos, toreros o prostitutas.

⁸⁶ *Vid.* Ross, L. (2024). *The Philosophy of Legal Proof*, pp. 5 y ss.

⁸⁷ Greenleaf, S. (1844). *A Treatise on the Law of Evidence*, cit. p. 12.

⁸⁸ Greenleaf, S. (1844). *A Treatise on the Law of Evidence*, cit. p. 15.

⁸⁹ Aristóteles (2016). *Organón*, “Tópicos”, Lib II, cap. VI.

ción de probabilidad, aunque llamó ya la atención sobre la mayor fiabilidad del conocimiento experto de un perito⁹⁰. Pero reafirmó⁹¹, aun con matices, la creencia en la veracidad de los testigos de que habían hablado Blackstone y Bentham. De hecho, el citado autor ya habló, aunque indirectamente, de “*standard of probability*”⁹². Wigmore⁹³, más tarde, se refirió a la “*preponderance of evidence*”, aunque rechazando que el número de testigos determine su valoración, como había sucedido en el proceso romano-canónico⁹⁴.

En todo caso, no deja de ser curioso que sea también un sistema numérico, el de Bentham, el que está en la base de la doctrina de los estándares.

3. EL SUBJETIVISMO DEL JUEZ Y SU ORIGEN ANTROPOLÓGICO

La anterior es la base histórica sobre la que todavía descansa hoy el enjuiciamiento sobre los hechos. En pocas palabras, la confianza en la experiencia del juez, añadiéndole una cierta pátina filosófica. Es decir, se basa finalmente todo el sistema en la intuición del juez, sin más, teniendo como fundamento, aun sin expresarlo normalmente así, esa idea de Bentham⁹⁵ en torno a que los hechos de la vida real son tan sumamente diversificados que su análisis completo es imposible. Por eso, a falta de mejor apoyo, habría que confiar en eso que se llama “sentido común”. El *id quod plerumque accidit* aristotélico⁹⁶.

Con independencia de que se coincida o no con la anterior afirmación, debe reconocerse, en primer lugar, que esas ideas expulsan al estudio del enjuiciamiento del ámbito de la ciencia, situándolo de lleno en la pura filosofía, pese a que la intención de Bentham ya se ha visto que era justamente la contraria⁹⁷. Se anula así toda posibilidad de análisis experimental de los hechos del proceso en orden a su averiguación, por lo que su relato final en la sentencia se acaba sometiendo al olfato del juez, sólo sostenido, tal vez, con algunos datos que puedan tener, a veces, mayor base científica, como sucede con las pruebas periciales.

Pero en todo el resto, a la hora de imaginar qué fue lo realmente ocurrido, aquello de lo que disponen los jueces es solamente un puzzle de tamaño muy variable al que pueden faltarle muchísimas piezas, debiendo aventurar el juzgador la imagen final con lo poco que se sabe, es decir, con las pocas piezas de que dispone, y además de una manera extraordinariamente rápida, puesto

⁹⁰ Greenleaf, S. (1844). *A Treatise on the Law of Evidence*, cit. p. 14.

⁹¹ Greenleaf, S. (1844). *A Treatise on the Law of Evidence*, cit. p. 14.

⁹² Greenleaf, S. (1844). *A Treatise on the Law of Evidence*, cit. p. 13.

⁹³ Wigmore, J. H. (1904). *A Treatise on the System of Evidence in Trials at Common Law*, cit. vol. IV, § 2498, p. 3547. <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=mdp.35112104480316&seq=381>

⁹⁴ Wigmore, J. H. (1904). *A Treatise on the System of Evidence in Trials at Common Law*, cit. vol. III, § 2033-2034, pp. 2707 y ss.

⁹⁵ Bentham, J. (1823). *Traité des preuves judiciaires*, cit. pp. 316-317.

⁹⁶ Aristóteles (2016). *organón*, “Tópicos”, Lib II, cap. VI.

⁹⁷ Bentham, J. (1825). *A treatise on judicial evidence*, cit. p. 43.

que por muy extensos que sean los retrasos en los procesos, la valoración de la prueba, al ser tan sumamente intuitiva, se hace en realidad de una manera meteórica, lo que es exactamente lo contrario a lo que recomienda el método científico.

Cuando se descubrieron los fósiles de Lucy⁹⁸, aquella *australopithecus afarensis* de hace entre tres y cuatro millones de años, también se encontraron solamente algunos pocos fragmentos de su esqueleto que hubo que poner en orden con enorme esfuerzo. Lo mismo le pasó a Champollion con la escritura jeroglífica⁹⁹, que desde luego consiguió interpretar con unas limitaciones muy considerables, pero que también precisaron bastante tiempo. Pues bien, si en el proceso judicial lo fiamos todo a la “experiencia” del juez en materia probatoria, estamos actuando exactamente igual que hubieran hecho los paleontólogos descubridores de Lucy si a la vista de los huesos, y sin más análisis que lo que recuerden en ese momento de sus propios estudios, hubieran afirmado que se trataba de un chimpancé, que es a lo que más se parece, por cierto. O de un ser humano con malformaciones, como le sucedió nada menos que a Rudolf Virchow¹⁰⁰ —tal vez el mejor patólogo de su época, y aún después— con el *homo neanderthalensis*¹⁰¹. Lo mismo le hubiera sucedido a Champollion si hubiera basado su interpretación solamente en los dibujos que veía, intentando hilvanar a partir de ahí una historia más o menos coherente, con bastante imaginación, basada en la comparación de esas imágenes con las que recordara en ese momento de su vida cotidiana. De hecho, no hacían nada muy diferente los médicos hasta hace relativamente poco cuando, a falta de auténticas pruebas científicas, deducían una enfermedad solamente de los síntomas. Muchas veces acertaban, sin duda, porque el estudio de esos síntomas es una parte importantísima de la formación de un médico¹⁰², y ya lo era entonces. Sin embargo, sin ninguna de las pruebas diagnósticas que actualmente están disponibles, el resultado era en demasiadas ocasiones fruto del azar, pudiendo matar el remedio —o la falta de él— al paciente.

La pregunta es cómo hemos llegado en materia judicial a este grado de espantoso subjetivismo que, además, damos en general por bueno incluso cuando la materia a enjuiciar en absoluto es jurídica, como ocurre, por ejemplo, con la valoración del riesgo de reincidencia para adoptar la prisión provisional, que depende solamente del estudio de la psicología de la perso-

⁹⁸ Jungers, W.L. (1982). Lucy's limbs: skeletal allometry and locomotion in *Australopithecus afarensis*, *Nature*, 297, 24-6, pp. 676 y ss. Johanson, D.C.; White, T.D. (1979). A Systematic Assessment of Early African Hominids, *Science*, 203, 26-1, pp. 321 y ss.

⁹⁹ Dolnick, E. (2022). *Die Entschlüsselung der Hieroglyphen*.

¹⁰⁰ Virchow, Rudolf (1854). *Handbuch der speciellen Pathologie und Therapie*.

¹⁰¹ Virchow, R. (1872). Untersuchung des Neanderthal-Schädels, *Zeitschrift für Ethnologie*, 4, pp. 157 y ss.

¹⁰² Tomàs Tutusaus, R. (2-3-2023). Segur que calen tantes proves mediques?, *Diari Ara*. Rosendal, M.; Carlsen, A.H.; Rask, M.T. (2016). Symptoms as the main problem: a cross-sectional study of patient experience in primary care. *BMC Fam Pract* 17, pp. 29 y ss.

nalidad¹⁰³. La respuesta es sorprendente. Existen dos razones principales. La primera es antropológica. La segunda tiene que ver con el estudio científico en nuestra época.

La razón antropológica es probablemente la principal responsable. Permitimos que los jueces juzguen de la manera que lo hacen porque siempre lo han hecho así, y porque además sigue existiendo una confianza —aunque menguante— en el parecer del juez. Lo interesante es la razón de esa confianza, y para conocerla hay que remontarse muy atrás, a los albores del proceso judicial. No han existido enjuiciamientos en el mundo hasta hace aproximadamente cinco mil años¹⁰⁴, puede que más, pero no se sabe cuánto. Surgieron muy probablemente en la cultura egipcia¹⁰⁵, habiendo situado sus gobernantes la principal base fundacional de su sistema político en la correcta resolución de conflictos¹⁰⁶, lo que ponía a la justicia en el mismísimo centro del Estado, cosa que hoy en día sería insólita. Antes de ese momento, debieron existir en todo el mundo los llamados procesos asamblearios¹⁰⁷, que consistían en que las comunidades humanas, que contaban con un reducido número de miembros, valoraban en su conjunto un conflicto, habitualmente recurriendo a testimonios de integrantes de la propia comunidad, siendo así el interrogatorio el primer medio de prueba de la historia del proceso¹⁰⁸.

En ese contexto, los enjuiciamientos de la comunidad eran ciertamente democráticos, por decirlo así, pues se acababa haciendo lo que estimaba la mayoría, que además era la propia autora o sostenedora de las normas de convivencia de ese grupo, de manera que el resultado final del enjuiciamiento se correspondía perfectamente con la justicia percibida mayoritariamente por el grupo. Por lo demás, es obvio que los interrogatorios se valoraban a través de la gestualidad y el modo de expresarse del declarante, exactamente igual que lo explicó Bentham¹⁰⁹ mucho después en el siglo XIX, con la diferencia de que en aquel pasado remoto, la comunidad conocía muy bien a sus integrantes al haberlos visto nacer o haber convivido constantemente con ellos, por lo que el juez sí podía tener una más fundamentada sensación de saber cuándo mentían observando su conducta física y modo de expresión. Finalmente, cuando la comunidad no se ponía de acuerdo o no poseía testimonios, está probado en muchísimas culturas del mundo el recurso a aquello a lo que acude el ser hu-

¹⁰³ Vid. Fazel, S.; Burghart, M.; Fanshawe, T.; Gil, S.D.; Monahan, J.; Yu, R. (2022). The predictive performance of criminal risk assessment tools used at sentencing: Systematic review of validation studies, *Journal of Criminal Justice*, 81, pp. 1 y ss. Andrés Pueyo, A.; Arbach, K. (2022). Peligrosidad y valoración del riesgo de violencia en contextos forenses, en García-López, E. (dir.) (2022). *Psicopatología forense: comportamiento humano y tribunales de justicia*, pp. 505 y ss.

¹⁰⁴ Assmann, J. (1995). *Ma'at. Gerechtigkeit und Unsterblichkeit im Alten Ägypten*, p. 58.

¹⁰⁵ Assmann J. (1995). *Ma'at. Gerechtigkeit und Unsterblichkeit im Alten Ägypten*, cit. pp. 160 y ss

¹⁰⁶ Decoeur, J.H. (2011). Maat, entre Cosmologie et Mythe: Le Principe Constitutionnel d'un Etat de Racine Chthonienne en Ancienne Egypte. *Revue Juridique Themis*, 45, 2, p. 358.

¹⁰⁷ Vid. Nieva Fenoll, J. (2023). *El origen de la justicia*, cit. pp. 104 y ss.

¹⁰⁸ Vid. Deuteronomio, cap. 19, vs. 15-21, o los preceptos 11 y 13 del código de Hammurabi.

¹⁰⁹ Bentham, J. (1823). *Traité des preuves judiciaires*, cit. pp. 9 y ss.

mano cuando desconoce algo que le aflige; la divinidad. Así celebraban orda-lías intentando que el juez supremo sobrenatural diera una respuesta tangible.

Recapitulando esta breve explicación, se observará que los dos elementos principales del enjuiciamiento en su origen fueron solamente los siguientes: la intuición y el recurso a la fe. Lo percibieron muy bien los egipcios cuando inauguraron la que he denominado “cultura del juez único”, creando a Maat¹¹⁰, su diosa de la justicia —plagiada en la Themis griega¹¹¹ y la Iustitia romana—, y encomendando a una sola persona, o un reducido grupo, la misión de hacer de oráculos de la diosa en nombre del Faraón, supremo oráculo¹¹². Eso convertía claramente a los delegados del Faraón, los jueces, en sacerdotes —o al revés, es indiferente—, por lo que la confianza en su criterio supera esa proximidad psicológica o simpatía por la opinión de alguien —la confianza—, y se transforma directamente en fe.

Visto con perspectiva, por evidentemente falsario que fuera aquel sistema, fue sin duda inteligente al conseguir legitimación ante la sociedad. Tanta legitimación que, olvidados por completo esos antecedentes, la población en general sigue creyendo en la habilidad de los jueces para detectar la mentira¹¹³, lo que es científicamente aberrante, como hoy ya sabemos. Hemos ganado, no obstante, algo en lo que ya pensaron las sociedades antiguas: la elaboración de leyes. Gracias a esas normas se disciplina la labor del juez, evitando que la determinación de lo justo en cada situación dependa también de su intuición en tan gran medida. Eso es lo que ha ocurrido en la parte jurídica, que de esa forma se ha acercado claramente al terreno de la ciencia. Pero sin embargo, en la parte fáctica, al margen de la prueba pericial, no se ha hallado científicamente la manera de ayudar al juez.

En mi opinión, no se ha encontrado esa manera porque no se ha buscado realmente hasta hace muy poco. Y esa es la segunda razón del subjetivismo judicial en esta materia: el deficiente estudio científico. Los juristas nos hemos dedicado, sobre todo, a establecer los mejores métodos interpretativos de las normas jurídicas, aun fiándonos bastante también, en el fondo, de la intuición, pues suele prescindirse, por ejemplo, de análisis sociológicos o históricos que pongan las normas en contexto, y que deberían ser cotidianos de la labor judicial, situando motivadamente a las normas en su tiempo.

Pero al margen de ello, la parte fáctica ha quedado completamente huérfana, incluso siendo epistémicamente idéntica a la jurídica¹¹⁴. Todo lo que

¹¹⁰ Assmann, J. (1995). *Ma'at. Gerechtigkeit und Unsterblichkeit im Alten Ägypten*, cit. p. 15. Reyes Barrios, V. (2017). El concepto de equilibrio y verdad a través de Maat, *Egiptología 2.0*, 9, oct., pp. 24 y ss. Höber-Kamel, G. (2012). Maat – Lebensprinzip und göttliche Norm, *Kemet*, 2, p. 5. Lichtheim, M. (1992). *Maat in Egyptian Autobiographies and Related Studies*, p. 9.

¹¹¹ Heródoto, *Historia*, Barcelona (ed. Gredos) 2020, Libro II, incisos 49 y ss. pp. 272 y ss. Aristóteles (2005). *La constitución de los atenienses*. § 11, p. 43.

¹¹² Lichtheim, M. (1992), *Maat in Egyptian Autobiographies and Related Studies*, p. 17.

¹¹³ Manzanero, A.L. (2023). El engaño en contextos judiciales, *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, n. 1, p. 7 y ss.

¹¹⁴ Clermont, K.M. (2024). Generalizing Beyond Factfinding, en *A General Theory of Evidence and Proof*, p. 215.

podemos aportar en este sector es que el juez utiliza su “experiencia”. Hasta le hemos puesto una calificación supuestamente científica a ello: “máximas de la experiencia”¹¹⁵, que son las reglas que deberían usarse para averiguar los hechos, y que básicamente consisten en algo tan básico como pensar, es decir, en afirmar que el juez piensa cuando valora la prueba. Lo que evidentemente, no es ya que sea deficiente por completo en el terreno científico, sino que es poco menos que ridículo.

4. EL USO ABUSIVO DEL HEURÍSTICO DE REPRESENTATIVIDAD

Sin embargo, el resultado referido en el anterior epígrafe no sólo es fruto de la tradición y, en parte, de la comodidad y de la superstición. Existe también una explicación psicológica y, a la postre, sociológica a todo lo acaecido.

Amos Tversky y Daniel Kahneman¹¹⁶ explicaron que el ser humano, a la hora de tomar decisiones, se guía por unos cálculos estadísticos aproximados que suele formular en el acto, acerca del acierto de su posible decisión. Dividieron la explicación de ese hallazgo experimental en varias tendencias decisionales a las que denominaron heurísticos. Para lo que ahora interesa conviene analizar solamente uno de esos heurísticos, de hecho el primero que localizaron. Se trata del heurístico de representatividad¹¹⁷. El resto de heurísticos¹¹⁸ también podrían ser relevantes para el presente análisis del enjuiciamiento probatorio, pero para no distraer la atención, basta fijarse únicamente en el mencionado heurístico.

El heurístico de representatividad explica que antes de tomar una decisión, el ser humano contrasta, con su propio recuerdo vital, otras ocasiones en que se enfrentó a situaciones parecidas, decidiendo así rápidamente qué alternativa tomar recordando por qué optó y tuvo éxito en situaciones pasadas. Explicaron los psicólogos citados que el uso de un heurístico es el propio de las decisiones rápidas, puesto que las decisiones que realmente se desea que sean más reflexionadas requieren calma y, por tanto, mayor lentitud para poder recoger todos los datos relevantes y sopesarlos. Cabe añadir que poder obrar de esta última forma es un privilegio del ser humano que puede cumplir gracias a su memoria a largo plazo¹¹⁹ que, aun siendo deficiente, es

¹¹⁵ Stein, F. (1893). *Das private Wissen des Richters*, p. 15.

¹¹⁶ Tversky, A. y Kahneman, D. (1982). Judgments of and by Representativeness, en Kahneman; Slovic; Tversky (ed.). *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, pp. 84 y ss.

¹¹⁷ Tversky, A. y Kahneman, D. (1982). Judgments of and by Representativeness, cit. pp. 84 y ss.

¹¹⁸ Slovic, P.; Lichtenstein, S.; Fischhoff, B. (1988). Decision Making, en Atkinson; Herrnstein; Lindzey; Luce (ed.). *Stevens' Handbook of Experimental Psychology*, vol. 2. Learning and Cognition. Tversky, A.; Kahneman, D. (1982). Availability: A heuristic for judging frequency and probability, en Kahneman; Slovic; Tversky (ed.). *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, pp. 163 y ss. Kahneman, D.; Tversky, A. (1982). On the study of statistical intuitions, *Cognition*, 11, pp. 123 y ss.

¹¹⁹ Cowan, N. (2008). What are the differences between long-term, short-term, and working memory? *Essence of Memory*, Progress in Brain Research, vol. 169, pp. 323 y ss. Norris, D. (2017). Short-term

notablemente superior a la del resto de animales. De esa manera, el abanico de datos con el que tomar una decisión aumenta, lo que incrementa así las posibilidades de que sea acertada, cosa que representa una ventaja evolutiva muy relevante.

El heurístico de representatividad guía así nuestras decisiones más cotidianas. De hecho, lo que llamamos intuición no es más que el uso de este heurístico¹²⁰. En realidad, lo que nos dicta el “corazón” es aquello que somos capaces de recordar rápidamente como exitoso en nuestra propia experiencia, o incluso en la de otros. Pero como el recuerdo sólo es aproximado porque nuestra memoria desde luego no es fotográfica, aunque las decisiones puedan ser habitualmente acertadas, se producen errores que se denominan “sesgos”¹²¹. De ese modo, se tiende a sobrevalorar lo que a otros les ha ido bien, sin reflexionar sobre si aquello concretamente es realmente bueno para nosotros. También se sobredimensiona el valor de la experiencia exitosa propia, dado que a nadie le salen siempre bien las cosas. Tampoco seguir lo que hace una persona considerada triunfadora es una garantía de acierto, sino que se trata de otro de esos sesgos. Igualmente que no es siempre acertado optar por aquello que genere una emoción más intensa, por mucho que esa idea esté muy difundida positivamente en la sociedad, sobre todo gracias a la literatura, la romántica en particular, pero no solamente¹²².

Es fácil entender que un proceso judicial está precisamente configurado para que las decisiones del juez no sean rápidas, sino para que tenga en cuenta cuidadosamente todos los datos que le suministran particularmente los medios de prueba, al menos en la parte fáctica¹²³. Es decir, trata de evitarse la incidencia del heurístico de representatividad, aunque pocas veces o ninguna se haya sido realmente consciente de ello. De hecho, solamente el *summatim cognoscere* romano¹²⁴, y procedimientos similares, han favorecido que el juez decida lo que le parezca a primera vista, *prima facie*, para salir del paso, promoviendo así el uso del heurístico de representatividad. Pero no es lo que se espera de un proceso ordinario.

Lo sorprendente es que tras esa configuración, se fíe la valoración de la prueba a la “experiencia” del juez con el único matiz de la prueba pericial, que de hecho también puede ser valorada a través de esta experiencia del juzgador, lo que puede ser monstruoso al producirse entonces la situación paradójica de que un no experto se pone a valorar lo que afirma un experto,

memory and long-term memory are still different, *Psychological Bulletin*, Septiembre, 143, 9, pp. 992 y ss.

¹²⁰ Myers, D. G. (2003). *Intuición. El poder y el peligro del sexto sentido*, trad. de Guillermo Solana de *Intuition: its power and perils*, (2002). Hogarth, R. M. (2002). *Educación de la intuición. El desarrollo del sexto sentido*, pp. 27 y ss.

¹²¹ Kahneman; Slovic; Tversky (ed.) (1982). *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*.

¹²² Tversky; Kahneman, *Judgments of and by Representativeness*, cit. pp. 84 y ss.

¹²³ Julià Pijoan, M. (2023). Una razón de ser para el proceso judicial, *Revista General de Derecho Procesal*, n. 61.

¹²⁴ Dig.5.3.7.1. Ulpianus 14 ad ed. Dig.9.2.40. Paulus 3 ad ed. Dig.10.4.3.9. Ulpianus 24 ad ed. Dig.42.1.15.4. Ulpianus 3 de off. cons.

problema que intentaron paliar los criterios Daubert¹²⁵. Semejante manera de hacer suele ocasionar, comprensiblemente, errores. Graves errores, de hecho. Pero esa defensa de la “experiencia” del juez es la que ha ejercitado la doctrina claramente desde Blackstone y Bentham¹²⁶ de manera explícita, y antes de ellos cualquier otro jurista, aun sin explicarlo siempre o exactamente así. Como ya se ha advertido, la mayoría sigue considerando, de hecho, que la experiencia es la guía principal del razonamiento probatorio. Sólo últimamente, como veremos, se han intentado poner algunos límites a esa experiencia, o al menos guiarla, aunque de un modo menos naif que el proceso romano-canónico con sus estándares.

Por tanto, el principal problema de la prueba en los procesos es que, en realidad, los juristas defienden, la mayoría sin saberlo, el uso abusivo del heurístico de representatividad en su valoración, y de hecho también en su práctica. Se espera del juez que saque adelante su trabajo sin retrasos, y que tenga, con una rapidez milagrosa, unos recursos atencionales y una capacidad de acierto que, desde luego, no posee ningún ser humano. Si se mira con atención, lo que se les pide a los jueces es que, como en la antigüedad más remota, sigan haciendo de oráculos, al menos en materia probatoria, adivinando —más que determinando— cuál es la realidad de los hechos, intuyendo a ver si les convencen los testigos, o las partes con sus relatos, intentando adivinar —no descubrir— cuál es la realidad que se esconde detrás de la postura e impostura de ambas partes. Adivinación que es, naturalmente, la misma que la de los antiguos oráculos.

Ante ello, muchos jueces tratan de defenderse. En esta época conocen mejor sus propias debilidades, que son las derivadas de esa “experiencia”. Experiencia que, además, en demasiados casos ni siquiera existe en realidad. Pero para remediar esas debilidades, ante la absoluta inadecuación de la regulación de los procesos judiciales para tomar decisiones realmente reflexivas en todo caso, buscan, curiosamente, las antiguas seguridades del régimen de prueba legal. Y así, igual que los antiguos jueces egipcios¹²⁷, le dan un valor muchas veces abusivo a los documentos, desde luego en el proceso civil, pero también en el proceso penal, sobre todo con los muy frecuentes, hoy en día, documentos multimedia¹²⁸.

Tras ello, todo lo que no tenga ese soporte documental, directo o casi, se tacha de “elucubración”, descuidándose así la necesaria labor judicial en la apreciación de los indicios, es decir, la elaboración de las inferencias, separándose así tantas veces de la realidad. Y es que, como es obvio, la auténtica verdad de los hechos no siempre se documenta, sino que lo acaecido sólo ha ido dejando esas piezas del puzzle que debe recomponerse.

¹²⁵ Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, 509 U.S. 579 (1993). General Electric Co. v. Joiner, 522 U.S. 136 (1997). Kumho Tire Co. v. Carmichael, 526 U.S. 137 (1999).

¹²⁶ Bentham, J. (1823). *Traité des preuves judiciaires*, cit. pp. 33 y ss.

¹²⁷ Helck, W. (1999). Gerichtsbarkeit, en *Kleines Lexikon der Ägyptologie*, p. 98.

¹²⁸ Son muy numerosos los casos en que sucede. *Vid.* Por ejemplo SAP 608/2024 Madrid, Sec. 26, 16-10-2024. SAP 644/2024 Málaga Sec. 4, 24-9-2024.

Actuar de esa forma —confundir la inferencia con la elucubración— en otros ámbitos hubiera llevado a no descifrar los jeroglíficos egipcios hasta no encontrar a un egipcio de hace dos mil años que los conociera. O no confirmar la existencia del *australopithecus afarensis* hasta no descubrir un esqueleto completo. Seguiríamos afirmando que el hombre fue creado hace seis mil años con barro, naciendo la mujer de una de sus costillas. Y esa explicación, siendo tradicional, se correspondería con la experiencia del juez, viniendo además refrendada por sabios y antiquísimos textos religiosos de indudable autoridad.

Desde luego, lo anterior puede sonar a exageración, pero no lo es. Los jueces —con la excepción de los juristas del *Common Law*, como ya vimos— han descuidado en demasiadas ocasiones la apreciación de los indicios a lo largo de la historia, sin darse cuenta de que esos indicios son las piezas del puzzle que hay que recomponer. Esos indicios no tienen, además, inferior valor al que puede tener un “documento”. Ese documento no es más que otro indicio que también hay que tener en cuenta, pero no separándolo de todos los demás ni arrinconando ese resto de datos, que suelen ser aniquilados por ese “documento”. Claramente, demasiados jueces piensan que la “experiencia” —incluso el “sentido común”— enseña que si alguien dispone de un documento, el mismo será auténtico si es oficial o no hay datos de su manipulación. Es absurdo pensar hoy en día que un ser humano que da fe de la veracidad de un documento, no ha podido corromperse aprovechando la incomprensible clandestinidad que siguen teniendo aún hoy los actos notariales, incomprensible sobre todo con la enorme tecnología presente en la actualidad y que sí daría mejor fe de lo que se quiso documentar. Además, es igualmente estúpido pensar en este momento que cualquier transcripción de conversación de WhatsApp, cualquier vídeo o cualquier audio, son auténticos, porque la existencia de *deepfakes*¹²⁹ lo niega claramente, siendo que hay una parte importantísima de ellos que no son detectables. Pero el heurístico de la representatividad, es decir, la decisión rápida marcada por la tradición y que deriva en un modo de enjuiciar absurdo, avala el actual estado de los procesos judiciales, que es científicamente inaceptable. Sólo se salva, a veces como ya se ha dicho, la prueba pericial.

5. LA INFLUENCIA DEL “SESGO DE JUSTICIA”

Por si lo anterior fuera poco, esas lagunas científicas en la actividad probatoria favorecen fáciles manipulaciones por parte de los jueces, al dejarles un margen de maniobra inmenso que, esencialmente, es poco controlable, sobre todo si la revisión propia de los recursos se limita a la cuestión de de-

¹²⁹ Weiss M. (2019). Deepfake Bot Submissions to Federal Public Comment Websites Cannot Be Distinguished from Human Submissions, *Technology Science*, 2019121801, 18 diciembre. <http://techscience.org/a/2019121801>. Maddocks, S. (2020). A Deepfake Porn Plot Intended to Silence Me’: exploring continuities between pornographic and ‘political’ deep fakes, *Porn Studies*, 7, 4, pp. 415 y ss.

recho, como sucedió en el mundo del *Common Law* como consecuencia de la existencia del jurado¹³⁰, tendencia que ha sido absurdamente copiada en muchos países del *Civil Law* con la excusa de la inmediación del juez de primera instancia con respecto a los interrogatorios¹³¹. De ese modo, los jueces de primera instancia pueden optar por creer al testigo que les apetezca, con tal de que sus mentiras no sean demasiado escandalosas. Pueden recoger selectivamente los indicios que les plazca, priorizando unos a otros, sin demasiados problemas, siempre que lo hagan con algo de cuidado para no levantar la liebre. No es difícil que habiendo construido de antemano, en los primeros momentos del proceso, un relato intuitivo, después se busquen solamente las piezas que encajen en el mismo, dejando de lado el resto.

Y con ello, además, sentirá el juzgador que está haciendo “lo justo”, puesto que encargado como está el juez de averiguar la verdad en los procesos¹³², se habrá hecho ya una idea intuitiva de lo acaecido antes de dictar la sentencia, cambiando pocas veces ese parecer inicial durante su redacción, siendo víctima de otro heurístico, el de anclaje y ajuste, que provoca el sesgo de confirmación¹³³.

Pero todo ello viene, además, refrendado por otro sesgo que, en este contexto, tal vez habría que investigar. Podría denominársele “sesgo de justicia”, si no fuera porque no es deseable aumentar todavía más la extensísima lista de sesgos¹³⁴. En todo caso, es el sesgo que le hace pensar al juez que lo que percibe intuitivamente se corresponde con lo justo. Tiene una incidencia tremenda, y tal vez sea útil para que el juez se sienta seguro de sí mismo en su profesión, pero llevado al extremo hace de él una víctima propiciatoria de la soberbia.

Pero no es un sesgo exclusivamente del juez, sino del ser humano en general. Es el llamado sesgo de “tiene sentido”¹³⁵, que coincide en este contexto con el denominado “sesgo del experimentador” o “sesgo de la expectativa”¹³⁶. El primero es un error derivado, naturalmente, del heurístico de representatividad, y consiste en la convicción de que un relato es cierto sólo porque

¹³⁰ Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Lib. III, cit. p. 455.

¹³¹ SSTEDH de 26 de mayo de 1988, caso Ekbatani c. Suecia, § 32; 29 de octubre de 1991; 27 de noviembre de 2007, caso Popovici c. Moldavia (§ 71); 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España (§ 37).

¹³² Taruffo, M. (2009). *La semplice verità*, pp. 97 y ss.

¹³³ Tversky, A.; Kahneman, D. (1974). Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases, *Science*, New Series, vol. 185, n. 4157, 27-9, pp. 1128 y ss. Saks, M.J.; Kidd, R.F., Robert F. (1986). Human information processing and adjudication: Trial by heuristics, en Arkes; Hammond (ed.). *Judgment and decision making. An interdisciplinary reader*, p. 229. Garrido Martín, E.; Herrero Alonso, C. (1997). Influence of the Prosecutor's Plea on the Judge's Sentencing in Sexual Crimes: Hypothesis of the Theory of Anchoring by Tversky and Kahneman, en Redondo; Garrido; Pérez; Barberet, *Advances in Psychology and Law*, pp. 215 y ss.

¹³⁴ Entre otros muchos, Sheffield, E. (2021). Expectation Bias, en Raz, M., Pouryahya, P., *Decision Making in Emergency Medicine; Biases, Errors and Solutions*, pp. 135 y ss.

¹³⁵ Garnham, A.; Oakhill, J. (1996). *Manual de psicología del pensamiento*, p. 288. Einhorn, H.J.; Hogarth, R.M. (1986). Judging probable cause, *Psychological Bulletin*, 99, p. 5.

¹³⁶ Sheffield, E. Expectation Bias, cit. pp. 135 y ss.

se corresponde con las creencias previas del sujeto sobre el tema, es decir, nuevamente con su experiencia. El segundo se produce cuando un experimentador tiende a confirmar datos solamente porque son coherentes con sus expectativas sobre un experimento¹³⁷, lo que se corresponde a la perfección con lo que le puede suceder a un juez al valorar la práctica de la prueba, y de ahí que evaluar la solidez o coherencia interna —*consistency*— en este escenario sea erróneo, por más que insistan en ella algunos autores que han tratado de describir estándares de prueba. Justamente estos sesgos son los que tratan de inducir tantas veces los abogados en el juez, aprovechando el llamado *framing effect*¹³⁸, que intenta que la explicación de los litigantes le “cuadre” al juzgador, es decir, que le encaje en sus creencias previas, para que les dé la razón.

Pues bien, todo eso es lo que le provoca al juez seguir su “experiencia” como base de su razonamiento. Decisiones que tienen altísimas posibilidades de ser erróneas y que le hubieran explicado a Daniel Kahneman las perplejidades sobre las decisiones judiciales que expresó acertadamente en su último libro¹³⁹. Es tal vez triste pensar que la base de los procesos judiciales sea solamente la fe en la experiencia del juez, incluso en sectores donde no puede existir esta experiencia, como la evaluación gestual de la credibilidad, que hoy sabemos que carece de sentido científico¹⁴⁰. Pero ello es lo que se deriva de las enseñanzas de Bentham, que son las que sigue la doctrina prácticamente hasta el día de hoy. Por ello, no es extraño que los jueces tengan la sensación de estar haciendo “lo justo” obrando así. Puede que haya llegado el momento, por fin, mucho tiempo después¹⁴¹, de intentar cambiar las cosas.

6. INTENTOS DE OBJETIVACIÓN DE LOS ESTÁNDARES

Justamente eso es lo que pretenden los partidarios —casi cabría decir entusiastas— de los estándares de prueba: darle mayor racionalidad a la valoración de la prueba¹⁴², lo que es un fin, por otra parte, legítimo y probablemente ya inaplazable en nuestra realidad social actual, pese a todo —dejando al

¹³⁷ Williams, J.B., Popp, D., Kobak, K.A., Detke, M.J. (2012). P-640 - the Power of Expectation Bias, *European Psychiatry*, 27 (S1) 1-1. Sheffield, E., Expectation Bias, cit. pp. 135 y ss.

¹³⁸ Tversky, A.; Kahneman, D. (1981). The Framing of decisions and the psychology of choice, *Science*, 211, 4481, pp. 453 y ss. Plous, S. (1993). *The psychology of judgment and decision making*. Andrews, A.; Clawson, R.A.; Gramig, B.M. (2017). Finding the Right Value: Framing Effects on Domain Experts, *Political Psychology*, vol. 38, 2, Abril, pp. 261 y ss.

¹³⁹ Kahneman, D.; Sibony, O.; Sunstein, Cass R. (2021). *Noise, A Flaw in Human Judgment*, pp. 13 y ss.

¹⁴⁰ Vid. Strömwall, L.A., Granhag, P.A. y Hartwig, M. (2004). Practitioners' Beliefs About Deception, en P. A. Granhag y L. A. Strömwall (eds). *The Detection of Deception in Forensic Contexts*, pp. 229 y ss, Cambridge University Press). Sánchez, N.; Manzanero, A.L. (2023). El engaño en contextos judiciales, *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, n. 1, p. 8.

¹⁴¹ Von Liszt, *Strafrecht und Psychologie*, cit. pp. 16-18.

¹⁴² Vid. Guerra, A.; Luppi, B.; Parisi, F. (2019). Standards of Proof and Civil Litigation: A Game-Theoretic Analysis, *The B.E. Journal of Theoretical Economics*, pp. 1 y ss. Haack, S. (2014). *Evidence matters*, p. 56.

margen la conspiranoia— mucho más dominada por el empirismo que por la creencia. Dejando de lado ahora el relato histórico que ya fue llevado a cabo, y que aclara tantísimas cosas, algunos autores han intentado con gran esfuerzo otorgar un contenido lo más racional posible a esos estándares, tratando de mejorar la labor judicial.

Olvidando ahora a los bayesianos¹⁴³, podría decirse que los autores están divididos en tres sectores. Los que insisten en avalar un contenido intuitivo de los estándares, aquellos que intentan salvar la irracionalidad con cálculos que no son matemáticos, pero que se les parecen, y finalmente aquellos que proponen una serie de características que debería tener el razonamiento judicial en la determinación de cada estándar.

Los primeros son aquellos que defienden que el juez construye los estándares a través de su convicción interna, es decir, la intuición basada en la psicología y la introspección¹⁴⁴. Esta es la posición tradicional, que ya se examinó, muy frecuente en los tribunales, pero que ha recibido apoyos más sofisticados últimamente aunque concluyan en el mismo lugar inicial, incluso hablando impropriamente de “probabilidad”. Clermont¹⁴⁵, por ejemplo, afirma que no se puede reducir el “grado de creencia” de un juez a una sensación subjetiva, sino que el juez debe describir la realidad según le muestra la prueba tras seguir un proceso racional, cuyo resultado es un cierto grado de verdad. De ese modo, se estaría evaluando el grado de creencia, no el grado de veracidad¹⁴⁶, lo que resulta coincidente con la posición tradicional de Bentham sobre el grado de creencia de los testigos, que ya fue examinada anteriormente, pero eludiendo que el juez exprese su grado de creencia con guarismos, sino con lenguaje natural: 1. Mínima posibilidad; 2. Posibilidad razonable; 3. Posibilidad sustancial; 4. Empate; 5. Probabilidad; 6. Alta probabilidad; 7. Certeza¹⁴⁷. A partir de ahí, la labor del juez consistiría en comparar sus grados de creencia y escepticismo sobre los diferentes hechos. Este es el esquema de la llamada lógica difusa (*fuzzy logic*)¹⁴⁸, que no deja de tener cierta similitud con el de la autoevaluación judicial de la sensación de sorpresa de un jurado que piensa condenar, al conocer que una acusación es falsa¹⁴⁹. Al final, se está midiendo, por decirlo de algún modo, un sentimiento.

¹⁴³ Finkelstein, M. O.; Fairley, W. B. (1970). A Bayesian Approach to identification evidence, *Harvard Law Review*, vol. 83, pp. 489 y ss. Finkelstein, M. O.; Fairley, W. B. (1971). A comment on “Trial by Mathematics”, *Harvard Law Review*, vol. 84, pp. 1801 y ss. Finkelstein, M. O. (2009). *Basic Concepts of Probability and Statistics in the Law*.

¹⁴⁴ Clermont, K. (2023). A Theory for Evaluating Evidence Against the Standard of Proof, *Penn State Law Review*, v. 127, 2, 27-1, p. 348.

¹⁴⁵ Clermont, K. (2018-2019). Staying Faithful to the Standards of Proof, *Cornell Law Review*, n. 104, 1457, p. 15.

¹⁴⁶ *Vid.* Clermont, K. (2018-2019), Staying Faithful to the Standards of Proof, cit. p. 17.

¹⁴⁷ Clermont, K. (2018-2019). Staying Faithful to the Standards of Proof, cit. p. 21.

¹⁴⁸ Clermont, K. (2018-2019). Staying Faithful to the Standards of Proof, cit. p. 49.

¹⁴⁹ Ginther, M.; Cheng, E.K. (2018). Surprise vs. Probability as a Metric for Proof, *Seton Hall Law Review* 48, n. 4, pp. 1081 y ss. Pardo, M. S. (2018). Epistemology, psychology, and standards of proof: An essay on Risinger’s surprise theory, *Seton Hall Law Review*, 48(4). pp. 1039 y ss. Risinger, D. (2018).

El segundo grupo de autores intenta alejarse del subjetivismo de los jueces formulando una especie de cálculos que tratan de objetivar, en la medida de lo posible, la labor de valoración probatoria. De ese modo, Ferrer Beltrán¹⁵⁰ formula hasta siete estándares que establecen una graduación de niveles de convicción, describiendo con precisión el contenido de cada uno para que el juez sepa concretamente qué características debe tener la hipótesis que se dé por probada y cómo hay que haber llegado hasta ella, lo que añade un interesante enfoque metodológico a esta dirección doctrinal que está basado en la probabilidad inductiva¹⁵¹. Entrando en detalle, el autor describe esos niveles de convicción, fundamentalmente, en función de si el juez ha considerado “todas las hipótesis plausibles” con los datos que existan en el proceso y los que se pueda prever que aparezcan, de manera que solamente se dará por buena la hipótesis que, tras ese análisis, sea “coherente” con todos esos datos. Así se formula el estándar máximo de convicción, siendo los siguientes variaciones de este primero, en función de si se han refutado más o menos hipótesis alternativas o se ha contado con más o menos datos, llegándose a los dos estándares más bajos —que la hipótesis sea más probablemente verdadera que falsa a la luz de los datos existentes— que, desprovistos de otros elementos de evaluación, pueden ser completamente intuitivos.

El problema de esta orientación, como ya se habrá podido detectar, es que en el fondo —y en el mejor de los casos— depende de las nociones de “plausibilidad” y “coherencia” de cada cual, resultando que ambas categorías son subjetivas. Y es que bajo esos dos paraguas, el juez razonará sus conclusiones en función de su propia noción de lo plausible, que depende en gran medida —no por completo— de su experiencia, igual que esa noción de coherencia, que en el fondo se solapa con la primera al poder ser coherente solamente lo que es plausible, y al revés. Es decir, que seguimos en el ámbito de la subjetividad, con el inconveniente de que, además, le damos al juez el refrendo aparente de haber cumplido un estándar siguiendo solamente su intuición, lo que acaba siendo una justificación retórica inaceptable e incluso peligrosa, teniendo en cuenta las ansias y enorme frecuencia con que la práctica judicial acoge este tipo de pautas, que sólo tienen el objetivo de aparentar, con una motivación vistosa, que existe una valoración de la prueba que, en realidad, está ausente.

Es por ello por lo que no parece acertado que Laudan¹⁵² propusiera un estándar de prueba más bajo para poder condenar en el proceso penal a criminales reincidentes, estimando que el “más allá de toda duda razonable” de-

Leveraging surprise: What standards of proof imply that we want from jurors, and what we should say to them to get it, *Seton Hall Law Review*, 48(4). pp. 965 y ss.

¹⁵⁰ Ferrer Beltrán, J. (2021). *Prueba sin convicción*, pp. 209 y ss.

¹⁵¹ Cohen, L. J. (1970). *The implications of induction*. Cohen, L. J. (1977). *The probable and the provable*.

¹⁵² Laudan, L. (2017). Different Strokes for Different Folks: Fixing the Error Pattern in Criminal Prosecutions by “Empiricing” the Rules of Criminal Law and Taking False Acquittals and Serial Offenders Seriously, *Seton Hall Law Review*, 48, 4, pp. 1243 y ss.

jaba en libertad a demasiados criminales, lo que suponía un perjuicio para el sistema¹⁵³. Comparto la preocupación de Laudan sobre la reincidencia, pero dejando al margen cuál sea la solución a ese problema —y que puede que no tenga absolutamente nada que ver con los estándares de prueba—, no explica el autor cómo debería apreciarse ese estándar. En realidad, lo que hace es sobrevalorar la presencia de lo que no es sino un indicio —la multirreincidencia—, y a partir del mismo deriva el resto de su explicación, aunque no lo indique de ese modo. Simplemente parte de la base de que es suficiente un inferior nivel de convicción para condenar en esos casos, pero no explica cómo llegar a él. Lo que no deja de resultar curioso tras haber denunciado que la apreciación judicial del “más allá de toda duda razonable” era un desastre mal definido que olía a arbitrariedad¹⁵⁴.

Es más, cuando intenta concretar con mayor detalle cómo llegar a cumplimentar los estándares, simplemente da pistas lingüísticas para que los jueces —o los jurados¹⁵⁵— puedan evaluar más certeramente su nivel de convicción, que sigue siendo subjetivo... ya que el problema no está en cómo estructura un juez su subjetividad y alcanza a decir un porcentaje, intuitivo por supuesto, sino en explicar de un modo científicamente válido cómo nos alejamos definitivamente de esa subjetividad. Por ello, cuando afirma que lo correcto sería decirle a los jurados que condenen solamente si los datos que aporta la acusación descartan cualquier hipótesis “razonable” de inocencia “en que puedan pensar”¹⁵⁶, en realidad está retrocediendo ocho siglos atrás al *secundum allegata et probata (partium)*. e incluso hasta el *secundum conscientiam* contra el que pretendió luchar Azón, por poder encubrir arbitrariedad.

El problema principal de esta tesis consiste en que Laudan parte de la base —profundamente discutible— de que en los procesos se están debatiendo “acontecimientos humanos complejos”¹⁵⁷, es decir, situaciones de la vida real que, como dijo Bentham, son infinitamente diversificadas¹⁵⁸. Por consiguiente, se formule como se formule la estrategia cognitiva, únicamente se está mejorando el método de análisis de la sensación de convicción. Pero al final, se analiza solamente eso: una sensación de convicción, tratando de que el juzgador al menos se base en datos, y no en corazonadas. Datos que el juzgador deberá considerar como razonables... según su experiencia, claro está o, en palabras de Laudan, en lo que sea capaz de pensar. Es por ello por lo

¹⁵³ Esta posición, a la que llega observando que la mitad de las imputaciones policiales acaban en sobreseimientos o absoluciones, queda clara en Laudan, *Truth, Error and Criminal Law*, cit. p. 70. Vid. también Gardiner, G. (2019). The Reasonable and the Relevant: Legal Standards of Proof, *Philosophy & Public Affairs*, 47, n. 3, p. 289. Mialon, S.H. (2024). Filing Selection and the Optimal Standard of Proof, en SSRN, pp. 1 y ss. <https://ssrn.com/abstract=4700539> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4700539>

¹⁵⁴ Laudan, L. (2006). *Truth, Error and Criminal Law*, cit. p. 64.

¹⁵⁵ Equiparándolos, Allen, R.J. (2018). The Declining Utility of Analyzing Burdens of Persuasion. *Seton Hall Law Review*, vol. 48, n. 4, p. 995.

¹⁵⁶ Laudan, L. (2006). *Truth, Error and Criminal Law*, cit., p. 83.

¹⁵⁷ Laudan, L. (2006). *Truth, Error and Criminal Law*, cit., p. 83.

¹⁵⁸ Bentham, J. (1823). *Traité des preuves judiciaires*, cit. pp. 316-317.

que acaba comparando la labor del juez con la del historiador¹⁵⁹, volviendo a caer, inevitablemente, en la subjetividad.

Por último, están aquellos autores que, como ya se dijo, proponen una serie de características que debería tener el razonamiento judicial en la determinación de cada estándar. Allen¹⁶⁰ parte de la base —también profundamente discutible, como veremos— de que no suelen existir datos objetivos en los procesos, lo que descarta enfoques probabilísticos en esta materia, dadas las condiciones de incertidumbre que existen en cualquier litigio¹⁶¹. De ese modo, se trata de localizar una “plausibilidad relativa”, que se obtiene valorando la fuerza de una hipótesis a través de su consistencia o solidez —coherencia interna—, coherencia —externa—, simplicidad, ausencia de lagunas y el número de hipótesis alternativas¹⁶² improbables —o descartables— que hayan tenido que formularse¹⁶³. Y a partir de ahí, se trata de establecer una gradación en función de la calidad que obtengan esos parámetros conjuntamente considerados en cada caso concreto, pero combinándolos con la plausibilidad que sienta el juez en virtud de su experiencia, utilizando así claramente la abducción¹⁶⁴.

Esa gradación situaría su punto extremo en el *beyond any reasonable doubt* que, con una formulación sencilla, se produciría cuando la hipótesis de condena sea plausible y cumpla con los indicados parámetros de calidad, y a la vez no exista otra explicación plausible por parte de la defensa¹⁶⁵. Por su parte, el *clear and convincing evidence* se produciría cuando la versión del demandante sea mejor que la del demandado en términos de parámetros de calidad, y además el juez crea que esa versión es más plausible que la del demandado¹⁶⁶, de acuerdo con su experiencia, por supuesto. Por último, el *preponderance of evidence* se alcanzaría partiendo de que el “riesgo de error”¹⁶⁷ del juez ya no se depositaría en manos solamente del demandante o de la acusación, sino en ambos lados de la relación procesal; lo cual, por cierto y dicho sea de paso, no es más que un completamente innecesario arrastre de la antigua doctrina de la carga subjetiva de la prueba que, si bien sigue teniendo un papel en el *pretrial* de los sistemas procesales actuales del *Common Law*, hace mucho tiempo que fue superada claramente, no ya por Rosen-

¹⁵⁹ Laudan, L. (2006). *Truth, Error and Criminal Law*, cit., p. 84. Vid. también Calamandrei P. (1939). Il giudice e lo storico, *Rivista di diritto processuale civile*, XVII, pp. 105 y ss.

¹⁶⁰ Allen, The Declining Utility of Analyzing Burdens of Persuasion, cit. p. 998.

¹⁶¹ Allen, R.J.; Pardo, M.S. (2019). Relative Plausibility and Its Critics, *International Journal of Evidence & Proof*, vol. 23, no. 1-2, April, p. 9.

¹⁶² En ese punto insiste Sullivan, S. P. (2019). Challenges for Comparative Fact-Finding, *International Journal of Evidence & Proof*, vol. 23, n. 1-2, 2019, p. 100.

¹⁶³ Allen, R.J.; Pardo, M.S. (2019). Relative Plausibility and Its Critics, cit. p. 16.

¹⁶⁴ Allen, R.J.; Pardo, M.S. (2019). Relative Plausibility and Its Critics, cit. p. 20.

¹⁶⁵ Allen, R.J.; Pardo, M.S. (2019). Relative Plausibility and Its Critics, cit. p. 16.

¹⁶⁶ Allen, R.J.; Pardo, M.S. (2019). Relative Plausibility and Its Critics, cit. p. 16.

¹⁶⁷ Vid. Reyes Molina, S. (2020). Standards of proof as competence norms, en *Legal Interpretation and Standards of Proof*, p. 12.

berg¹⁶⁸, sino por el § 286 ZPO¹⁶⁹ y su derivado principio de adquisición procesal, como fue identificado y designado por Chiovenda¹⁷⁰. Pero al margen de ello, Allen y Pardo acaban afirmando que bajo el dominio de esta directriz, la hipótesis que mejor cumpla con los parámetros de calidad será también la más plausible¹⁷¹, en un evidente intento de objetivar la apreciación judicial que, no obstante, abandonan cuando afirman que “ninguna teoría explicará jamás todos los aspectos de una práctica social tan compleja y dinámica como la prueba”¹⁷². Cabría añadir si es imaginable que un juez mínimamente responsable pudiera jamás declarar como probada una hipótesis si no la encuentra coherente externa e internamente —consistente—. ¿Basándose en qué habría de hacerlo? Tal vez en su “experiencia”, claro está... Y por último, debe también considerarse que no siempre la “mejor explicación”, siguiendo esos parámetros, es la que refleja la realidad, sino que de hecho puede ser perfectamente lo contrario¹⁷³.

En definitiva, las tres opciones intentan describirle al juez los caminos epistémicos para llegar a un razonamiento de cierta calidad, y ahí se centra exclusivamente, a mi entender, la “ventaja” de estas orientaciones doctrinales: en premiar el mayor esfuerzo de calidad de la prueba aportada, aunque con el problema de que el cumplimiento de esos criterios de calidad, como sucede con cualquier *checklist*, puede alejarnos de la realidad con una coartada que pesará como una losa, aparentando el descubrimiento de la verdad. Pero, además, tienen también en común el defecto que se ha venido denunciando. No renuncian a la “experiencia” del juez, lo que, ya se ha dicho, es otra forma de hablar de su intuición, incluso aunque se intente disfrazar tras la expresión “razonamiento de una persona razonable”¹⁷⁴.

En definitiva, todo el resto de intentos doctrinales pecan del mismo mal: la referencia a la “experiencia”, es decir, a las consideraciones subjetivas del juez¹⁷⁵, aunque los autores se critiquen entre sí en la elaboración de la estrategia de convicción, manteniendo así un entretenido debate que, en realidad, no lleva a ninguna parte más que a asumir, de mejor o peor gana, que el juez hace más o menos lo que quiere, sin demasiados controles realmente objetivables. De hecho, cuando se pide distinguir a los jurados entre el están-

¹⁶⁸ Rosenberg, L. (1923). *Die Beweislast*, p. 30.

¹⁶⁹ § 286 Freie Beweiswürdigung. (1) Das Gericht hat unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei. In dem Urteil sind die Gründe anzugeben, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind. (2) An gesetzliche Beweisregeln ist das Gericht nur in den durch dieses Gesetz bezeichneten Fällen gebunden.

¹⁷⁰ Chiovenda, G. (1923). *Principi di Diritto Processuale*, 3ª ed. p. 748.

¹⁷¹ Allen, R.J.; Pardo, M.S. (2019). Relative Plausibility and Its Critics, cit. p. 17.

¹⁷² Allen, R.J.; Pardo, M.S. (2019). Relative Plausibility and Its Critics, cit. p. 19.

¹⁷³ Taruffo, M. (2019). Some Remarks about Relative Plausibility. *International Journal of Evidence & Proof*, vol. 23, n. 1-2, Abril, p. 131.

¹⁷⁴ Allen, R.J.; Pardo, M.S. (2019). Relative Plausibility and Its Critics, cit. pp. 9, 22.

¹⁷⁵ González Lagier, D. (2022). Is it possible to formulate a precise, objective standard of proof? Some questions based on an argumentative approach to evidence, en Ferrer Beltrán; Vázquez, *Evidential Legal Reasoning: Crossing Civil Law and Common Law Traditions*, pp. 386 y ss.

dar *preponderance of evidence* y el *clear and convincing evidence*, no parecen conseguirlo¹⁷⁶, y dudo mucho que los jueces sean realmente capaces de ello, aunque disponiendo de la herramienta de la motivación, pueden aparentarlo argumentativamente con mayor facilidad. No es extraño, de hecho, que los juristas ingleses herederos de los inventores del BARD, ahora formulen ese estándar de una forma mucho más simple como “*to be sure of guilt*”, sin modificar realmente el contenido¹⁷⁷. Tal vez intentan, en el fondo, que las frases hermosas no se transformen en excusas retóricas que, lejos de permitir construir conceptos epistémicamente sólidos, confunden más que otra cosa.

En conclusión, en ninguna de sus diferentes conceptualizaciones doctrinales consiguen los estándares de prueba transformarse en una herramienta realmente objetiva. Algunos autores lo asumen resignados¹⁷⁸, pero otros se resisten, afirmando que los estándares no miden el grado de creencia como una sensación psicológica, sino como medida de lo razonable en términos epistémicos¹⁷⁹, lo que sería correcto si no fuera porque el grado de creencia también se mide con esos parámetros de razonabilidad, salvo que el juez pretenda acudir a simples prejuicios sociales.

A mi juicio, los primeros yerran por asumir el fracaso de esta estrategia epistémica de los estándares, como si no hubiera alternativa. Los segundos al menos intentan combatir ese decepcionante resultado, dando más pistas que, en teoría, pudieran conducir a la objetivación. Pero esas pistas, y a lo que hemos visto me remito, son esencialmente subjetivas. Se dice que ese tipo de razonamiento experiencial se emplea, en el fondo, en cualquier otro campo científico¹⁸⁰, pero no es exactamente así. Por supuesto que en ciencia también se utilizan las intuiciones como estrategia inicial de una experimentación, pero cuidando que no estén sesgadas, en primer lugar, y sobre todo evitando en cualquier caso que ese conocimiento intuitivo sustituya al empírico, cayendo incluso, ya lo vimos, en el sesgo de la expectativa¹⁸¹. Hace mucho que en el ámbito científico no se admiten ni siquiera las predicciones que no estén basadas en datos. Y sin embargo, en el ámbito judicial parece que debemos contentarnos, de un modo u otro, con esas intuiciones.

¹⁷⁶ Sturman, Z. (2021). Do Standards of proof Matter in Civil Litigation? Evidence From a Randomized Survey Experiment, *The Review of Litigation*, v. 41, 1, pp. 127 y ss.

¹⁷⁷ Tuzet, G. (2023). Certainty Beyond a Reasonable Doubt: A Pragmatist Understanding of the Criminal Standard of Proof, *Contemporary Pragmatism* 20, p. 411.

¹⁷⁸ Vid. Johnson King, Z.A. (2021). The trouble with standards of proof, *Synthese*, 199, pp. 141 y ss, 151. Cumiz, J.; Dei Vecchi, D. (2019). Estándares de prueba y ponderación de derechos en la Corte Penal Internacional, *InDret* 2, p. 14.

¹⁷⁹ Haack, S. (2014). *Evidence matters*, cit. p. 56.

¹⁸⁰ Allen, R.J.; Pardo, M.S. (2019). Relative Plausibility and Its Critics, cit. p. 21.

¹⁸¹ Sheffield, Expectation Bias, cit. pp. 135 y ss.

7. DE LA SALA DE AUDIENCIAS AL LABORATORIO

Sea como fuere, tal vez sea necesario asumir algo que ya se sospecha o incluso se ha dicho, pero afirmándolo con más contundencia: que los jueces no siguen un razonamiento deductivo, como sería científicamente lógico, sino abductivo en realidad¹⁸², puesto que ningún jurista dice lo contrario ni parece pretenderlo. También es cierto que el razonamiento judicial no está exclusivamente basado en la intuición, pues los jueces trabajan, al menos, con los retazos de información de que disponen, aunque al tener un papel tan sumamente relevante la intuición, esos retazos a veces quedan en el olvido, incluso con cierta facilidad. Y es que no están acostumbrados a lo mismo que sí lo están los científicos en general. Cuando uno de ellos expone sus conclusiones en un artículo, los otros autores van a comprobar, en primer lugar, que haya utilizado todos los datos disponibles y les dé una explicación a la conjunción de esos datos que sea verificable en otra experimentación.

Por desgracia, casi nunca se trabaja así en las instancias superiores del sistema judicial. Es más, sea por la existencia pasada o presente del jurado —como ha ocurrido¹⁸³ u ocurre aún en los sistemas de *Common Law*—, sea por pura tradición infundada o comodidad¹⁸⁴, los tribunales superiores no se ocupan de la cuestión de hecho, siendo especialmente destacable el caso de los tribunales de casación en los países de *Civil Law*.

Todo lo anterior es difícilmente asumible. Aceptamos que se juegue con la vida y libertad de las personas a través de meras intuiciones de los jueces por la única razón de que suponemos, sin más, que esos juzgadores son razonables, no existiendo auténticos mecanismos que evalúen esa razonabilidad siguiendo el método científico, lo que al final se transforma en un auténtico brindis al sol. Cuidamos, eso sí, de que los jueces tengan una debida formación jurídica, pero ni siquiera eso garantiza que procedan de manera correcta cuando valoran la prueba, porque en ese caso su trabajo es más propio de un investigador, y no de un jurista en realidad. Sin embargo, por poner solamente un ejemplo, sus conocimientos de Criminalística suelen ser inexistentes, o sólo fruto de, una vez más, la “experiencia” de ver informes periciales en los procesos a lo largo de los años, informes en cuya elaboración, por supuesto, jamás colaboraron.

El hecho es que los jueces, a partir de estos retazos de información que existen en el proceso, deberían utilizar un razonamiento, como ya dije, deductivo, reconstruyendo la realidad con calma y paciencia a través de los datos que se vayan encontrando, y que muchos de los cuales serán objetivos. Es

¹⁸² Tuzet, G. (2019). Abduction, IBE and standards of proof, *The International Journal of Evidence & Proof*, v. 23 (1-2). p. 114.

¹⁸³ Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Lib. III, cit. p. 455.

¹⁸⁴ SSTEDH de 26 de mayo de 1988, caso Ekbatani c. Suecia, § 32; 29 de octubre de 1991; 27 de noviembre de 2007, caso Popovici c. Moldavia (§ 71); 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España (§ 37).

decir, puede que no tengamos una grabación de los hechos, pero sí múltiples indicios cuya presencia en el entorno del suceso sólo tiene una explicación posible desde el punto de vista científico, sin caer en la conspiranoia, claro está. Pero no es esa la idea generalizada existente desde hace mucho tiempo¹⁸⁵, sino que la realidad es que permitir ese razonamiento experiencial o intuitivo del juez es algo que está implícita, aunque muy ampliamente, asumido en la jurisprudencia¹⁸⁶, incluso cuando se trata de fingir su reglamentación acudiendo a una multitud de casos análogos, exponiendo sus circunstancias para intentar determinar un estándar¹⁸⁷.

Y lo cierto es que la prueba precisa conocimiento¹⁸⁸ de calidad, y la trayectoria experiencial de una persona no lo es¹⁸⁹. Ese recuerdo de vivencias, sin ir más lejos, se ve afectado por consideraciones morales¹⁹⁰ que pueden alejar del conocimiento. Y por más que eso conecte al juez con las percepciones éticas de la sociedad, lo cierto es que su trabajo ya no es ese —aunque lo fue—, sino cumplir las leyes y averiguar correctamente la verdad de los hechos, dándole la victoria a aquel litigante a quien acompañe dicha verdad y den la razón las leyes, y no la muchedumbre en el caso concreto.

En consecuencia, para obtener ese conocimiento de auténtica calidad científica, hay que salir de la sala de audiencias, donde sólo se van a activar prejuicios sociales y sensaciones de saber, y entrar definitivamente en algo parecido a un laboratorio. Y para ello son necesarios dos pasos previos: en primer lugar, cambiar la formación de los jueces, haciendo que aprendan no solamente Derecho, sino las materias que precisan para averiguar los hechos. No sólo criminalística¹⁹¹, sino también psicología cognitiva¹⁹² y de la personalidad¹⁹³, al menos, o semiótica textual¹⁹⁴, entre un abanico de materias que harán que la formación del juez sea básicamente jurídica, porque la aplicación del derecho es una parte ineludible de su trabajo en el 100 por 100 de casos. Pero el estudio de esas otras materias también debe ser fundamental, a fin de que adquieran realmente las herramientas que necesitan para cumplir la misión que les exigimos llevar a cabo: la averiguación de los hechos.

En segundo lugar, hay que borrar el recurso a la intuición en su razonamiento, siendo sustituido por el método científico. En todo caso, lo que no podemos hacer es seguir respetando que una justicia de calidad pase por un

¹⁸⁵ Allen, R.J.; Pardo, M.S. (2019). Relative Plausibility and Its Critics, cit. p. 21. Tuzet, Abduction, IBE and standards of proof, cit. pp. 114-115.

¹⁸⁶ Poli, R. (2023). Gli *standard* di prova nella giurisprudenza della cassazione civile, *Rivista di Diritto Processuale*, 2, p. 462.

¹⁸⁷ United States v. Melvin, 596 F.2d 492 (1st Cir. 1979). 13-4-1979.

¹⁸⁸ Moss, S. (2022). Knowledge and Legal Proof, *Oxford Studies in Epistemology*, v. 7, p. 2.

¹⁸⁹ Cfr. Moss, S. (2022). Knowledge and Legal Proof, *Oxford Studies in Epistemology*, cit. p. 23.

¹⁹⁰ Moss, S. (2022). Knowledge and Legal Proof, *Oxford Studies in Epistemology*, cit. p. 27.

¹⁹¹ Saferstein (2015). *Criminalistics: An Introduction to Forensic Science*.

¹⁹² Fleming, S. (2020). *Cognitive Psychology*.

¹⁹³ Andrés Pueyo, A. (2016). *La personalidad*.

¹⁹⁴ Cassany, D. (2006). *Tras las líneas*. Lozano, J.; Peña-Marín, C.; Abril, G. (2007). *Análisis del discurso*. Marrone, G. (2022). *Introduction to the Semiotics of the Text*, Berlin 2022.

uso abusivo del heurístico de representatividad, pues ese heurístico es sólo un atajo del pensamiento, ni tampoco que pueda ser por más tiempo el blanco de los marcos mentales que tantas veces intentan inducir los abogados en los jueces. En el razonamiento judicial, precisamente, lo que queremos es que el juez no caiga en la trampa de este tipo de atajos, porque deseamos que piense lento, no rápido¹⁹⁵. Queremos que reflexione. Y no podemos obligarle a reflexionar con la simple herramienta de su intuición, como si su experiencia hubiera de ser o convertirse en una especie de texto sagrado, como la base de datos y los algoritmos de cualquier herramienta de inteligencia artificial, cuyo uso en el ámbito judicial siempre sería precario ante la tremenda escasez de datos completamente seguros de procesos previos que, además, sean comparables con las circunstancias de un proceso concreto del presente¹⁹⁶.

Cuando los jueces eran prácticamente sacerdotes encargados de interpretar el oráculo de Maat en el antiguo Egipto¹⁹⁷, era perfectamente coherente que el juez juzgara a través de su intuición. Pero ahora mismo, seguir por el camino de la fe, aunque se le llame creencia, experiencia o intuición, supondrá seguir en una vía muerta. La fe debe aplicarse a la religión, no más allá. Como dijo otro ser humano mucho más autorizado que yo¹⁹⁸, y no se equivocaba, a Dios lo que es de Dios, y al César lo que es del César.

8. LA AVERIGUACIÓN DE LOS HECHOS: ¿UNA MISIÓN IMPOSIBLE? ¿HACIA UN CAMBIO CULTURAL?

Si no se procede del modo anterior, los procesos seguirán siendo solamente lo que han sido en la historia del mundo desde que nacieron hace unos cinco milenios: un mecanismo que, aparentando descubrir la verdad —y a veces consiguiéndolo—, lo que busca en realidad es una opinión de un tercero imparcial sobre el conflicto que, conectando con los valores éticos de la sociedad, deje tranquila a esa comunidad con la solución adoptada. Como hemos visto, los egipcios se esforzaron en que ese valor ético fuera la averiguación de la verdad¹⁹⁹, pero las tremendas dificultades de proceder a esa labor con los medios de la época y aún mucho después, frustraron ese objetivo hasta el día de hoy, siendo sustituido por el razonamiento intuitivo, más preocupado de que el juez trabaje rápido aparentando sapiencia que de cualquier otra cosa. Por ejemplo, en lugar de lo anterior, la población podría haber asumido que el juez no sólo fuera alguien especialmente inspirado, o incluso formado, para resolver litigios, sino que debería ser un científico

¹⁹⁵ Julià Pijoan, M. (2023), Una razón de ser para el proceso judicial, cit.

¹⁹⁶ Vid. Julià Pijoan, M. (2024), *La computarización del Derecho, a partir del proceso y los procedimientos judiciales*, pp. 41 y ss, 50.

¹⁹⁷ Assmann, J. (1995). *Ma'at. Gerechtigkeit und Unsterblichkeit im Alten Ägypten*, p. 58.

¹⁹⁸ Mateo 22:21.

¹⁹⁹ Lichtheim, M. (1992), *Maat in Egyptian Autobiographies and Related Studies*, cit. p. 18.

como todos los demás. Llegó a esa conclusión Bentham²⁰⁰, como ya se vio, y estaba en lo cierto, pero no desarrolló la idea.

Ha llegado, sin duda, el momento de hacerlo, aunque descubriendo, sin ambages, las limitaciones de los procesos judiciales. Es necesario asumir que no siempre va a ser posible descubrir la auténtica realidad de los hechos. Habrá muchas ocasiones en que los datos existentes sí permitan ese descubrimiento, porque esos datos sólo pueden estar presentes en una sola hipótesis, que será la que se dé por probada. Recuperando el ejemplo de Coke²⁰¹, si se ha visto a una persona salir corriendo de una habitación con una espada ensangrentada y la autopsia demuestra que la persona murió por un corte de dicha espada en órganos vitales, desde luego siempre podemos pensar que la víctima se clavó la espada ella misma, y que el que salió despavorido sólo intentó salvarle quitándosela, pero que presa del pánico, decidió huir para que no le responsabilizaran del homicidio. Por supuesto, podremos pensar también que otra persona escondida en la habitación fue la autora de la muerte, y que sólo salió de su escondrijo una vez hubo acabado la investigación, sin ser descubierta. Podemos pensar hasta que fue un extraterrestre, o un ser de un universo paralelo, quien se materializó en la estancia y mató a la víctima antes de esfumarse, pero todas ellas son hipótesis, o bien increíbles como la última, o completamente insólitas, no en la experiencia vital, sino en cualquier experimentación de una mínima seriedad intelectual.

Razonar con ese nivel exagerado de suspicacia en un proceso sería lo mismo que afirmar que un cadáver sin pulmones en una sala de autopsias al que se le han practicado diversas pruebas anatómicas, es en realidad un muñeco que aparenta la muerte de una persona que está viva debajo del muñeco. No hay razón alguna para activar —también intuitivamente, por cierto— un nivel superior de suspicacia cuando se está en un procedimiento judicial, al que se produce en cualquier experimentación científica, salvo que exista un buen motivo para ello. En ciencia, ese exagerado nivel de suspicacia puede obedecer a un afán crematístico de los investigadores. En el proceso judicial, desde luego, la razón de ese razonamiento paranoico puede ser el intento de falseamiento de una prueba, a fin de que prevalezca una determinada versión.

Pero esa sospecha debe poseer algún dato objetivo para activarse. No podemos dar por hecho que todos los abogados intentan engañar al juez, porque ni siquiera es así aunque ocurra en no pocas ocasiones. Pero para combatir ese fenómeno, podemos establecer mecanismos que mantengan los parámetros éticos en la labor del abogado, aunque la mejor manera de combatir esas trampas será siempre la experimentación, como sucede en cualquier sector del saber empírico.

De ese modo, la labor judicial podrá ser más comparable con la experimentación científica. Se podrán repetir en el proceso los hechos de la reali-

²⁰⁰ Bentham, J. (1825). *A treatise on judicial evidence*, cit. p. 43.

²⁰¹ Coke, E. (1826). *The Reports of Sir Edward Coke*, vol. V, parte IX, Mackalley's case, p. 122.

dad en busca del resultado, igual que se hace en cualquier experimentación, sin refugiarse en la experiencia. Quien compra, si suscribe un contrato al efecto y disfruta posteriormente del bien adquirido, sin duda quería comprarlo. Solamente eso ya descarta vicios del consentimiento, salvo que se pueda comprobar que el objeto del contrato no se adecuaba a las expectativas que quedaron fijadas en el contrato y con las que, de hecho, se consiguió que la oferta comercial tuviera éxito. El estudio de esas expectativas es capital en el análisis de los vicios del consentimiento.

Pero como decía, habrá situaciones en que será imposible averiguar la realidad, porque faltan datos. Cuando ello sucede, no ayuda la “carga de la prueba” ni ninguno de los atajos —a veces disparatados— que se han inventado los juristas a lo largo del tiempo. Hay que asumir que la duda persiste y que, en ese escenario, no es justo declarar que la realidad favorece a uno u otro contendiente, porque no es cierto. Y, por consiguiente, el sistema deberá permitir a los jueces que digan honestamente que no pueden averiguar la realidad, espantando el temor ancestral al *non liquet*. En la cultura egipcia se quiso, como ya vimos, que los jueces dieran la razón a aquellos a quienes respaldara la realidad. Hoy sabemos que, por desgracia, no siempre podemos averiguar esa realidad con un nivel de certeza científicamente aceptable. Y así habrá que asumirlo por primera vez desde hace siglos y siglos.

Esos son los casos en los que la mediación sigue siendo un recurso válido, a fin de que las partes puedan llegar a un acuerdo, resolviendo así un conflicto que la estrategia de averiguación de la realidad fue incapaz de resolver. Esa habrá de ser en el futuro —ya lo es en algunos lugares— otra parte importante de la formación de los jueces: que adquieran virtudes de pragmatismo y habilidades de acercamiento de litigantes en conflicto. No todo el mundo vale para eso, y por ello hay que escoger a los mejores en esas labores, sin olvidar los complementos de formación científica ya referidos anteriormente. Por cierto, en esta labor mediadora, la IAGen puede tener un papel futuro muy preponderante que todavía muy pocos imaginan²⁰². No puedo desarrollar ahora este tema por salirse de los márgenes de este estudio monográfico, pero lo que se sabe ya ahora mismo al respecto resulta verdaderamente prometedor.

Por supuesto, puede pensarse que la gente preferirá una verdad oficial declarada por un juez acudiendo a los métodos actuales, incluso perdiendo el proceso, que no someterse a una mediación en la que se sentirá incómodo al tener que hacer concesiones a quien sabe que no lleva ninguna razón. Desde luego, a lo que estoy apuntando es claramente a un cambio cultural. Puede ser cierto que actualmente la gente se sienta mejor habiendo sido vencida, que no quedándose en una situación de indefinición en la que tenga que

²⁰² Sarita and Harsh Kumar (2021). Mediation and Artificial Intelligence: Future of Dispute Resolution, *International Journal of Law Management & Humanities*, 4, pp. 1472 y ss. Larson, D. A. (2010). Artificial Intelligence: Robots, Avatars, and the Demise of the Human Mediator, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 25, pp. 161-162.

seguir manteniendo el contacto con la parte contraria. Es posible que actualmente nadie acepte dialogar con quien le robó o le lesionó, sino que prefiera perderlo de vista para siempre, con independencia del resultado del proceso. Todo ello es producto, insisto, de una cultura en la que nos hemos acostumbrado a la fe en el juez y a la cosa juzgada. Hemos aceptado una estrategia que, en el peor de los casos, sólo pretendía separar a dos contendientes para evitar males mayores. Quién sabe si estamos en un momento en el que deberíamos apuntar a cambios en este sentido, puesto que la incomunicación sigue sin ser un buen mecanismo convivencial a la postre. Sin embargo, ello habría de ser materia de otro estudio en el que no debo ahondar en este momento, sino que debe ser forzosamente objeto de otro trabajo.

9. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Aliste Santos, T. (2018). *La motivación de las resoluciones judiciales*, pp. 309 y ss.
- Allen, R.J. (2018). The Declining Utility of Analyzing Burdens of Persuasion. *Seton Hall Law Review*, vol. 48, n. 4, p. 995.
- Allen, R.J.; Pardo, M.S. (2019). Relative Plausibility and Its Critics, *International Journal of Evidence & Proof*, vol. 23, no. 1-2, April, p. 9.
- Alonso Romero, M. P. (1982). *El proceso penal en Castilla (siglos XIII-XVIII)*. pp. 151 y ss.
- Andrés Pueyo, A. (2016). *La personalidad*.
- Andrés Pueyo, A.; Arbach, K. (2022). Peligrosidad y valoración del riesgo de violencia en contextos forenses, en García-López, E. (dir.) (2022). *Psicopatología forense: comportamiento humano y tribunales de justicia*, pp. 505 y ss.
- Andrews, A.; Clawson, R.A.; Gramig, B.M. (2017). Finding the Right Value: Framing Effects on Domain Experts, *Political Psychology*, vol. 38, 2, Abril, pp. 261 y ss.
- Aristóteles (2005). *La constitución de los atenienses*, Ababa ed.
- Aristóteles (2016). *Organón*, "Tópicos", Lib II, cap. VI.
- Aronson, E. (2012). *The social animal*.
- Assmann, J. (1995). *Ma'at. Gerechtigkeit und Unsterblichkeit im Alten Ägypten*.
- Azón (1567). *Brocardica (aurea)*.
- Azón (1581). *Summa Azonis*.
- Baldo degli Ubaldi (1521). *Practica Baldi*
- Basset, W.W. (1978). Canon Law and the Common Law, *Hastings Law Journal*, vol. 29, 6, 1, p. 1406.
- Bentham, J. (1823). *Traité des preuves judiciaires*.
- Bentham, J. (1825). *A treatise on judicial evidence*.
- Blackstone, W. (1768). *Commentaries on the Laws of England*, t. I.
- Blackstone, W. (1775). *Commentaries on the Laws of England*, t. III.
- Boehm, C. (1985). Execution within the Clan as an Extreme Form of Ostracism, *Social Science Information*, 24, p. 311.
- Bosch, A. (1628). *Summari index o epitome dels admirables, y nobilissims titols de honor de Cathalunya, Rossello, y Cerdanya, y de les gracies, privilegis, prerrogatives, preheminencies, llibertats, è immunitats gosan segons les propries, y naturals lleys*.
- Calamandrei P. (1939). Il giudice e lo storico, *Rivista di diritto processuale civile*, XVII, pp. 105 y ss.
- Cassany, D. (2006). *Tras las líneas*.
- Chase, O. (2011). *Derecho, cultura y ritual. Sistemas de resolución de controversias en*

un contexto intercultural.

- Chioyenda, G. (1923). *Principi di Diritto Processuale*, 3ª ed. p. 748.
- Clermont, K. (2018-2019). Staying Faithful to the Standards of Proof, *Cornell Law Review*, n. 104, 1457, p. 15.
- Clermont, K. (2023). A Theory for Evaluating Evidence Against the Standard of Proof, *Penn State Law Review*, v. 127, 2, 27-1, p. 348.
- Clermont, K.M. (2024). Generalizing Beyond Factfinding, en *A General Theory of Evidence and Proof*, p. 215.
- Cohen, L. J. (1970). *The implications of induction.*
- Cohen, L. J. (1977). *The probable and the provable.*
- Coke, E. (1826). *The Reports of Sir Edward Coke*, vol. V.
- Cowan, N. (2008). What are the differences between long-term, short-term, and working memory?, *Essence of Memory*, Progress in Brain Research, vol. 169, pp. 323 y ss.
- Cumiz, J.; Dei Vecchi, D. (2019). Estándares de prueba y ponderación de derechos en la Corte Penal Internacional”, *InDret* 2, p. 14.
- De Dou y de Bassols (1803). *Instituciones del Derecho público general de España*, t. VIII.
- Decoeur, H. (2011). Maat, entre Cosmologie et Mythe: Le Principe Constitutionnel d'un Etat de Racine Chthonienne en Ancienne Egypte. *Revue Juridique Themis*, 45, 2, p. 358.
- Dennis, I. (2013). *The Law of Evidence.*
- Diges, M. (1997). *Los falsos recuerdos.*
- Dolnick, E. (2022). *Die Entschlüsselung der Hieroglyphen.*
- Durante (1602). *Speculum iuris.*
- Einhorn, H.J.; Hogarth, R.M. (1986). Judging probable cause, *Psychological Bulletin*, 99, p. 5.
- Elizondo, F. Antonio (1783). *Práctica universal forense de los Tribunales de España, y de las Indias*, t. 4, pp. 302 y ss.
- Elster, J. (2023). Norms of Revenge, 100, 1990, p. 865.
- Farinacii, P. (1597). *Praxis et Theoricae Criminalis.*
- Fazel, S.; Burghart, M.; Fanshawe, T.; Gil, S.D.; Monahan, J.; Yu, R. (2022). The predictive performance of criminal risk assessment tools used at sentencing: Systematic review of validation studies, *Journal of Criminal Justice*, 81, pp. 1 y ss.
- Fernández de la Herrera Villarroel (1724). *Práctica criminal.*
- Ferrer Beltrán, J. (2021). *Prueba sin convicción.*
- Ferrer Beltrán, J. (2022). Prolegomena to a Theory of Standards of Proof, en Ferrer; Vázquez (ed.). *Evidential and Legal Reasoning: Crossing Civil Law and Common Law Traditions*, pp. 395 y ss.
- Finkelstein, M. O. (2009). *Basic Concepts of Probability and Statistics in the Law.*
- Finkelstein, M. O.; Fairley, W. B. (1970). A Bayesian Approach to identification evidence, *Harvard Law Review*, vol. 83, pp. 489 y ss.
- Finkelstein, M. O.; Fairley, W. B. (1971). A comment on “Trial by Mathematics”, *Harvard Law Review*, vol. 84, pp. 1801 y ss.
- Fleming, S. (2020). *Cognitive Psychology.*
- Fry, D. P. (2000). Conflict management in cross-cultural perspective, en F. Aureli and F.B.M. de Waal (eds.) *Natural Conflict Resolution*, p. 339.
- Gardiner, G. (2019). The Reasonable and the Relevant: Legal Standards of Proof, *Philosophy & Public Affairs*, 47, n. 3, p. 289.
- Garnham, A.; Oakhill, J. (1996). *Manual de psicología del pensamiento*, p. 288.
- Garrido Martín, E.; Herrero Alonso, C. (1997). Influence of the Prosecutor's Plea on the Judge's Sentencing in Sexual Crimes: Hypothesis of the Theory of Anchoring

- by Tversky and Kahneman, en Redondo; Garrido; Pérez; Barberet, *Advances in Psychology and Law*, pp. 215 y ss.
- Gascón Abellán, M. (2004). *Los hechos en el derecho*.
- Gelatt, T.A. (1982). The People's Republic of China and the Presumption of Innocence, *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 73, 1, primavera, p. 263.
- Ginther, M.; Cheng, E.K. (2018). Surprise vs. Probability as a Metric for Proof, *Seton Hall Law Review* 48, n. 4, pp. 1081 y ss.
- González Lagier, D. (2022). Is it possible to formulate a precise, objective standard of proof? Some questions based on an argumentative approach to evidence, en Ferrer Beltrán; Vázquez, *Evidential Legal Reasoning: Crossing Civil Law and Common Law Traditions*, pp. 386 y ss.
- Greenleaf, S. (1844). *A Treatise on the Law of Evidence*, vol. I, 2ª ed.
- Guerra, A.; Luppi, B.; Parisi, F. (2019). Standards of Proof and Civil Litigation: A Game-Theoretic Analysis, *The B.E. Journal of Theoretical Economics*, pp. 1 y ss.
- Haack, S. (2014). *Evidence matters*.
- Helck, W. (1999). Gerichtsbarkeit, en *Kleines Lexikon der Ägyptologie*, p. 98.
- Heródoto (2020). *Historia*, ed. Gredos.
- Höber-Kamel, G. (2012). Maat – Lebensprinzip und göttliche Norm, *Kemet*, 2, p. 5.
- Lichtheim, M. (1992). *Maat in Egyptian Autobiographies and Related Studies*, p. 9.
- Hogarth, R. M. (2002). *Educar la intuición. El desarrollo del sexto sentido*.
- Huber, S. (2022). Mündlichkeit und Unmittelbarkeit, *ZZP*, 135, 2, pp. 183 y ss.
- Jaumar Carrera (1840). *Práctica forense*.
- Jiménez Fortea, J. (2007). El proceso penal de los pueblos indígenas de Latinoamérica. Una visión desde Europa. *Sistemas Judiciales*, año 6, n. 12, p. 33.
- Johanson, D.C.; White, T.D. (1979). A Systematic Assessment of Early African Hominids, *Science*, 203, 26-1, pp. 321 y ss.
- Johnson King, Z.A. (2021). The trouble with standards of proof, *Synthese*, 199, pp. 141 y ss, 151.
- Julià Pijoan, M. (2023). “Una razón de ser para el proceso judicial”, *Revista General de Derecho Procesal*, n. 61.
- Julià Pijoan, M. (2023). Un análisis del fundamento de la declaración del testigo ocular como medio de prueba, a partir de la investigación empírica, *Ius et Praxis*, vol. 29, n. 2, pp. 44 y ss.
- Julià Pijoan, M. (2024), *La computarización del Derecho, a partir del proceso y los procedimientos judiciales*, pp. 41 y ss, 50.
- Jungers, W.L. (1982). Lucy's limbs: skeletal allometry and locomotion in *Australopithecus afarensis*, *Nature*, 297, 24-6, pp. 676 y ss.
- Kahneman, D.; Tversky, A. (1982). On the study of statistical intuitions, *Cognition*, 11, pp. 123 y ss.
- Kahneman, D; Sibony, O.; Sunstein, Cass R. (2021). *Noise, A Flaw in Human Judgment*.
- Kahneman, D.; Slovic, P.; Tversky, A. (ed.) (1982). *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*.
- Kappeler, V.; Sluder, R.; Alpert, G. (1988). *Forces of Deviance: Understanding the Dark Side of Policing*, Prospect Heights.
- Kohler, J. (1884). Studien über die Ordalien der Naturvölker, *Zeitschrift für vergleichenden Rechtswissenschaft*, 5, pp. 368 y ss.
- Larson, D. A. (2010). Artificial Intelligence: Robots, Avatars, and the Demise of the Human Mediator, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 25, pp. 161-162.
- Laudan, L. (2006). *Truth, Error and Criminal Law*.
- Laudan, L. (2017). Different Strokes for Different Folks: Fixing the Error Pattern in Criminal Prosecutions by “Empiricing” the Rules of Criminal Law and Taking Fal-

- se Acquittals and Serial Offenders Seriously, *Seton Hall Law Review*, 48, 4, pp. 1243 y ss.
- Lessius, L. (1612). *De iustitia et iure caeterisque virtutibus cardinalibus*.
- Lichtheim, M. (1992). *Maat in Egyptian Autobiographies and Related Studies*.
- Llobell, J. (1997). Moral Certainty in the Canonical Marriage Process, «Forum». A Review of Canon Law and Jurisprudence, 8, pp. 303 y ss.
- Locke, J. (1690, 27 ed. London 1836). *An essay concerning human understanding*.
- Loftus, E. (1996). *Eyewitness testimony*.
- López Garrido, D. (1987). *El Aparato policial en España : historia, sociología e ideología*, pp. 61 y ss.
- Lozano, J.; Peña-Marín, C.; Abril, G. (2007). *Análisis del discurso*.
- Maddocks, S. (2020). A Deepfake Porn Plot Intended to Silence Me': exploring continuities between pornographic and 'political' deep fakes, *Porn Studies*, 7, 4, pp. 415 y ss.
- Malinowski, B. (1982). *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*.
- Manzanero, A. L. (2008). *Psicología del testimonio*.
- Manzanero, A.L. (2023). El engaño en contextos judiciales, *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, n. 1, p. 7 y ss.
- Marrone, G. (2022). *Introduction to the Semiotics of the Text*, Berlin 2022.
- Mazzoni, G. (2015). *Psicología della testimonianza*,
- McConvill, M.; Mirsky, C, L. (2005). *Jury Trials and Plea Bargaining: A True Story*.
- Mialon, S.H. (2024). Filing Selection and the Optimal Standard of Proof, en SSRN, pp. 1 y ss. <https://ssrn.com/abstract=4700539> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4700539>
- Morales Villanueva, A. (1988). *Administración policial española*, pp. 174 y ss.
- Moss, S. (2022). Knowledge and Legal Proof, *Oxford Studies in Epistemology*, v. 7, p. 2.
- Murphy, P. (2005). *Murphy on Evidence*.
- Myers, D. G. (2003). *Intuición. El poder y el peligro del sexto sentido*, trad. de Guillermo Solana de *Intuition: its power and perils*, (2002).
- Nieva Fenoll, J. (2007). *Enjuiciamiento prima facie*.
- Nieva Fenoll, J. (2023). *El origen de la justicia*.
- Nieva Fenoll, J. (2024). *Derecho Procesal III; proceso penal*.
- Nörr, K. W. (2012). *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*.
- Norris, D. (2017). Short-term memory and long-term memory are still different, *Psychological Bulletin*, Septiembre, 143, 9, pp. 992 y ss.
- Nottarp, H. (1956). *Gottesurteilstudien*.
- Pardo, M. S. (2018). Epistemology, psychology, and standards of proof: An essay on Risinger's surprise theory, *Seton Hall Law Review*, 48(4). pp. 1039 y ss.
- Patetta, F. (1890). *Le ordalie*.
- Plous, S. (1993). *The psychology of judgment and decision making*.
- Poli, R. (2023). Gli standard di prova nella giurisprudenza della cassazione civile, *Rivista di Diritto Processuale*, 2, p. 462.
- Potter, G. (2013). *The History of Policing in the United States*, Parte 2, ECU School of Justice Studies, accessible en www.academia.edu/30504361/The_History_of_Policing_in_the_United_States.
- Reyes Barrios, V. (2017). El concepto de equilibrio y verdad a través de Maat, *Egiptología 2.0*, 9, oct., pp. 24 y ss.
- Reyes Molina, S. (2020). Standards of proof as competence norms, en *Legal Interpretation and Standards of Proof*, p. 12.
- Risinger, D. (2018). Leveraging surprise: What standards of proof imply that we want from jurors, and what we should say to them to get it, *Seton Hall Law Review*, 48(4). pp. 965 y ss.
- Rosenberg, L. (1923). *Die Beweislast*.

- Rosendal, M.; Carlsen, A.H.; Rask, M.T. (2016). Symptoms as the main problem: a cross-sectional study of patient experience in primary care. *BMC Fam Pract* 17, pp. 29 y ss.
- Ross, L. (2024). *The Philosophy of Legal Proof*.
- Ross, L.; Nisbett, R. E. (2011). *The person and the situation*.
- Saferstein (2015). *Criminalistics: An Introduction to Forensic Science*.
- Saks, M.J.; Kidd, R.F., Robert F. (1986). Human information processing and adjudication: Trial by heuristics, en Arkes; Hammond (ed.). *Judgment and decision making. An interdisciplinary reader*, p. 229.
- Sánchez, N.; Manzanero, A.L. (2023). El engaño en contextos judiciales, *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, n. 1, p. 8.
- Sarita and Harsh Kumar (2021). Mediation and Artificial Intelligence: Future of Dispute Resolution, *International Journal of Law Management & Humanities*, 4, pp. 1472 y ss.
- Serra Domínguez, M. (con Ramos) (1974). *Las medidas cautelares en el proceso civil*.
- Shapiro, B. (1991). *Beyond reasonable doubt” and “probable cause*.
- Sheffield, E. (2021). Expectation Bias, en Raz, M., Pouryahya, P., *Decision Making in Emergency Medicine; Biases, Errors and Solutions*, pp. 135 y ss.
- Sheffield, E., “Expectation Bias”, cit. pp. 135 y ss.
- Slovic, P.; Lichtenstein, S.; Fischhoff, B. (1988). Decision Making, en Atkinson; Herrnstein; Lindzey; Luce (ed.). *Stevens’ Handbook of Experimental Psychology*, vol. 2. Learning and Cognition.
- Spottswood, M. (2019). On the Limitations of a Unitary Model of the Proof Process, *The International Journal of Evidence & Proof*, vol. 23, 1-2, p. 80.
- Stein, F. (1893). *Das private Wissen des Richters*.
- Strömwall, L.A., Granhag, P.A. y Hartwig, M. (2004). Practitioners’ Beliefs About Deception, en P. A. Granhag y L. A. Strömwall (eds). *The Detection of Deception in Forensic Contexts*, pp. 229 y ss.
- Sturman, Z. (2021). Do Standards of proof Matter in Civil Litigation? Evidence From a Randomized Survey Experiment, *The Review of Litigation*, v. 41, 1, pp. 127 y ss.
- Sullivan, S. P. (2019). Challenges for Comparative Fact-Finding, *International Journal of Evidence & Proof*, vol. 23, n. 1-2, 2019, p. 100.
- Taruffo, M. (2009). *La semplice verità*.
- Taruffo, M. (2019). Some Remarks about Relative Plausibility. *International Journal of Evidence & Proof*, vol. 23, n. 1-2, Abril, p. 131.
- Tomás de Aquino (1497). *Summa theologiae*.
- Tomàs Tutusaus, R. (2-3-2023). Segur que calen tantes proves mèdiques?, *Diari Ara*.
- Tuzet, G. (2019). Abduction, IBE and standards of proof, *The International Journal of Evidence & Proof*, v. 23 (1-2). p. 114.
- Tuzet, G. (2020). “Assessment criteria or standards of proof? An effort in clarification”, *Artificial Intelligence and Law*, 28, p. 100.
- Tuzet, G. (2023). Certainty Beyond a Reasonable Doubt: A Pragmatist Understanding of the Criminal Standard of Proof, *Contemporary Pragmatism* 20, p. 411.
- Tversky, A.; Kahneman, D. (1974). Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases, *Science*, New Series, vol. 185, n. 4157, 27-9, pp. 1128 y ss.
- Tversky, A.; Kahneman, D. (1981). The Framing of decisions and the psychology of choice, *Science*, 211, 4481, pp. 453 y ss.
- Tversky, A.; Kahneman, D. (1982). Judgments of and by Representativeness, en Kahneman; Slovic; Tversky (ed.). *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, pp. 84 y ss.
- Tversky, A.; Kahneman, D. (1982). Availability: A heuristic for judging frequency and probability”, en Kahneman; Slovic; Tversky (ed.). *Judgment under Uncertainty:*

- Heuristics and Biases*, pp. 163 y ss.
- Virchow, R. (1872). Untersuchung des Neanderthal-Schädels, *Zeitschrift für Ethnologie*, 4, pp. 157 y ss.
- Virchow, R. (1854). *Handbuch der speciellen Pathologie und Therapie*.
- Von Liszt, F. (1902). Strafrecht und Psychologie, *Deutsche Juristen-Zeitung*, n. 1, pp. 16-18.
- Walker, S. (1996). *The Police in America: An Introduction*. Harring, S. (2017). *Policing a Class Society: The experience of American Cities*.
- Weiss M. (2019). Deepfake Bot Submissions to Federal Public Comment Websites Cannot Be Distinguished from Human Submissions, *Technology Science*, 2019121801, 18 diciembre. <http://techscience.org/a/2019121801>.
- Wigmore, J. H. (1904). *A Treatise on the System of Evidence in Trials at Common Law*, vol. II.
- Williams, J.B., Popp, D., Kobak, K.A., Detke, M.J. (2012). P-640 - the Power of Expectation Bias, *European Psychiatry*, 27 (S1) 1-1.
- Withman, J.Q. (2008). *The Origins of Reasonable Doubt*.
- Wundt, W. (1862). *Beiträge zur Theorie der Sinneswahrnehmung*.

