

Qf

Quaestio *facti*

Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio
International Journal on Evidential Legal Reasoning

2024 | N. 6

www.quaestiofacti.com

DIRECTORES

Diego Dei Vecchi
Universitat de Girona, España

Jordi Ferrer Beltrán
Universitat de Girona, España

COMITÉ DE REDACCIÓN

Daniela Accatino
Universidad Austral de Chile, Chile

Daniel González Lagier
Universidad de Alicante, España

Edgar Aguilera
Universidad Autónoma del Estado de México.
Universitat de Girona, España

Carmen Vázquez
Universitat de Girona, España

COMITÉ EDITORIAL

Christian Dahlman
Lund University, Suecia

Antonio Manzanero
Universidad Complutense de Madrid, España

Mauricio Duce
Universidad Diego Portales, Chile

Paul Roberts
University of Nottingham, Reino Unido

Mercedes Fernández
Universidad de Alicante, España

Sarah Summers
University of Zurich, Suiza

Raymundo Gama
Instituto Tecnológico Autónomo de México

Giovanni Tuzet
Università Bocconi, Italia

Ho Hock Lai
National University of Singapore, Singapur

Jonatan Valenzuela
Universidad de Chile, Chile

CONSEJO ASESOR

- Ronald Allen
Northwestern University, EEUU
- Amalia Amaya
Universidad Nacional Autónoma de México, México
- Perfecto Andrés Ibáñez
Magistrado emérito de la Sala Segunda del Tribunal
Supremo Español
- José María Asencio
Universidad de Alicante, España
- Lorena Bachmaier
Universidad Complutense de Madrid, España
- Zhang Baosheng
University of Political Science and Law (CUPL),
China
- Juan Carlos Bayón
Universidad Autónoma de Madrid, España
- Lorenzo Bujosa
Universidad de Salamanca, España
- Rodrigo Coloma
Universidad Alberto Hurtado, Chile
- Margarita Diges
Universidad Autónoma de Madrid, España
- Gary Edmond
University of New South Wales, Australia
- Luigi Ferrajoli
Università degli Studi di Roma, Italia
- Paolo Ferrua
Università degli Studi di Torino, Italia
- Marina Gascón
Universidad de Castilla-La Mancha, España
- Joaquín González
Universidad Autónoma de Madrid, España
- Susan Haack
University of Miami, EEUU
- Juan Igartua
Universidad del País Vasco, España
- John Jackson
University of Nottingham, Reino Unido
- Larry Laudan
University of Texas, EEUU
- Giuliana Mazzoni
University of Hull, Reino Unido
- Dale Nance
Case Western Reserve University, EEUU
- Jordi Nieva-Fenoll
Universitat de Barcelona, España
- Eduardo Oteiza
Universidad Nacional de La Plata, Argentina
- Andrés Páez
Universidad de los Andes, Colombia
- Jairo Parra Quijano
Universidad Libre, Colombia
- Catherine Piché
Université de Montréal, Canadá
- Joan Picó i Junoy
Universitat Pompeu Fabra, España
- Geraldo Prado
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil
- Giovanni Priori
Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
- Vitor Lia de Paula Ramos
Uniritter, Brasil
- Frederick Schauer
University of Virginia, EEUU
- Paulo de Sousa Mendes
Universidade de Lisboa, Portugal
- Michele Taruffo
Università degli studi di Pavia, Italia
- William Twining
University College of London, Reino Unido
- Giulio Ubertis
Università Cattolica del Sacro Cuore, Italia
- Alan Uzelac
University of Zagreb, Croacia
- Adrian Zuckerman
University of Oxford, Reino Unido

ÍNDICE

ENSAYOS

| | |
|--|-----|
| Amit Pundik, <i>La prueba predictiva en los procesos penales: ¿por qué el Derecho penal debe tratar a las personas como si tuvieran libre albedrío impredecible?</i> | 11 |
| Paula Costa e Silva, <i>An account of events, by definition, involves an understanding of the actors: a prova na arbitragem comercial internacional</i> | 49 |
| Pablo E. Navarro y Jorge L. Rodríguez, <i>Apuntes para una lógica de la prueba en el derecho</i> | 77 |
| Miquel Julià-Pijoan, <i>A raison d'être for the judicial process. An analysis from the Spanish procedural system</i> | 101 |
| Mauricio Rettig Espinoza, <i>Consideraciones dogmáticas y probatorias sobre el dolo en el proceso penal</i> | 133 |
| Gabriel Doménech Pascual, <i>El Análisis económico del derecho probatorio (con especial referencia al ámbito administrativo)</i> | 169 |

CONJETURAS Y REFUTACIONES

| | |
|--|-----|
| Federico Picinali, <i>Evidential reasoning, testimonial injustice and the fairness of the criminal trial</i> | 201 |
|--|-----|

| | |
|---|-----|
| Sarah Summers, <i>Reply to the Comments on Epistemic Ambitions of the Criminal Trial: Truth, Proof and Rights</i> | 237 |
|---|-----|

CIENCIA
PARA EL PROCESO

| | |
|--|-----|
| Carmen Vázquez, <i>A manera de introducción de la sección. A propósito del contenido de los informes periciales</i> | 251 |
| Fátima Alejandra Esparza López, <i>Deficiencias de un dictamen pericial en psicología. Análisis crítico a propósito de un caso en materia familiar</i> | 257 |
| Jorge Urrea Zamorano, <i>Contenido, forma y valoración racional de la prueba pericial. Un análisis a partir del informe de C.C.A.</i> | 271 |
| Matías Meza, <i>El informe pericial químico en la determinación de residuales de disparos. Contenidos mínimos, razonamiento experto y debido proceso</i> | 285 |

IURIS
PRUDENTIA

| | |
|--|-----|
| Arturo Muñoz Aranguren, <i>La agonía de la regla de exclusión de la prueba ilícita. Variaciones sobre un caso trágico. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, nº 891/2022, de 11 de noviembre</i> | 301 |
|--|-----|

ENSAYOS

LA PRUEBA PREDICTIVA EN LOS PROCESOS PENALES: ¿POR QUÉ EL DERECHO PENAL DEBE TRATAR A LAS PERSONAS COMO SI TUVIERAN LIBRE ALBEDRÍO IMPREDECIBLE?

Amit Pundik

RESUMEN: En los procesos penales, a efectos de la determinación de si un individuo ejecutó una acción culpable, la prueba predictiva es usualmente ignorada. Por ejemplo, la elevada tasa de delitos que involucran armas de fuego ilegales en cierto vecindario no es usada en sustento de una condena en contra de una persona que allí reside por un delito que involucra un arma de fuego ilegal. Este artículo procura explicar y justificar la hostilidad del derecho penal hacia la prueba predictiva, sugiriendo que el derecho penal, en lo concerniente a la determinación de los hechos, se adhiere implícitamente a la visión según la cual la conducta culpable presupone un libre arbitrio necesariamente *impredecible*. Se argumenta luego que el derecho penal debe tratar a las personas sobre la base de la asunción de que ellas poseen libre albedrío impredecible, *incluso en caso de que esta asunción carezca de fundamento o resulte falsa*. El argumento procede mostrando cómo el uso de pruebas predictivas socava la efectividad del reproche. Se muestra también que esta justificación tiene una ventaja considerable frente a la justificación popular basada en los incentivos.

PALABRAS CLAVE: prueba estadística, relevancia, prueba, reproche, puenteo.

PREDICTIVE EVIDENCE IN CRIMINAL TRIALS: WHY CRIMINAL LAW SHOULD TREAT PEOPLE AS IF THEY HAVE UNPREDICTABLE FREE WILL?

ABSTRACT: When determining whether an individual performed a certain culpable action, predictive evidence is often ignored in criminal proceedings. For example, the high rate of crimes involving

illegal firearms in a certain neighbourhood is not used to support the conviction of an individual resident in a crime involving an illegal firearm. This article seeks to explain and justify the hostility of criminal proceedings toward predictive evidence by suggesting that criminal fact-finding implicitly adheres to the view that culpable conduct requires free will that is necessarily *unpredictable*. It further argues that criminal law should treat people based on the assumption that they have unpredictable free will, *even if this assumption is unfounded or even false*. The argument proceeds by showing how the use of predictive evidence undermines the effectiveness of condemnation. It is also shown that this justification has a considerable advantage over the popular incentive-based justification.

KEYWORDS: statistical evidence, relevance, proof, condemnation, bypassing.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. MI CONCEPCIÓN DE LA CULPABILIDAD: 2.1. La justificación de la hostilidad hacia la prueba predictiva. 2.2. La extensión acotada de mi concepción de la culpabilidad.— 3. LIBRE ALBEDRÍO IMPREDECIBLE.— 4. ¿POR QUÉ EL DERECHO PENAL DEBERÍA TRATAR A LAS PERSONAS COMO POSEEDORAS DE LIBRE ALBEDRÍO IMPREDECIBLE?— 5. REPROCHE VS. INCENTIVOS PARA UNA CONDUCTA ACORDE A DERECHO.— 6. CONCLUSIÓN.— BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Cuando en los procesos penales se intenta establecer si una determinada persona ejecutó cierta acción culpable, la prueba predictiva es a menudo rechazada¹. Concretamente, y solo con algunas pocas excepciones, las bases estadísticas quedan excluidas². El empleo de dicha prueba en los tribunales parece también *intuitivamente inapropiado*. Por ejemplo, parece altamente objetable apelar a una tasa elevada de delitos que involucran armas de fuego ilegales en un cierto vecindario a efectos de condenar a una persona que allí reside por un delito que involucra un arma de fuego ilegal (en adelante, «escenario con tasa de criminalidad»). La objeción contra las bases estadísticas no solo apunta contra la suficiencia de dicha prueba (en virtud de que las tasas de criminalidad son insuficientes por sí mismas para probar que el individuo es culpable). La objeción enfatiza, además, que dicha prueba no debería ser empleada en absoluto a efectos de determinar si una persona individualmente considerada es culpable: las tasas de criminalidad deberían considerarse *inadmisibles* en el proceso penal³. La hostilidad hacia la prueba predictiva en el marco de la determinación

¹ Me valgo de la distinción de Uviller (1982, p. 847) entre rastros probatorios (*trace evidence*) y prueba predictiva (*predictive evidence*): la primera resulta de un evento pasado que deja ciertos rastros en el presente (como testigos o huellas digitales), mientras que la segunda «mira hacia adelante a partir de un evento o rasgo establecidos a efectos de predecir la probable repetición de su ocurrencia».

² Para un estudio descriptivo del uso de índices estadísticos en Estados Unidos, véase Koehler (2002).

³ Esta objeción intuitiva contra la admisibilidad permite distinguir este ejemplo de aquellos otros relativos a las paradojas de la lotería o del prefacio (en epistemología) y a las paradojas del prisionero y del colado (en teoría del derecho). En el texto que acompaña a la nota 30 se discute esta última.

de los hechos en el proceso penal (*criminal fact-finding*) es evidente también en la sospecha, profundamente arraigada, que suscita la apelación al mal carácter y a las condenas previas⁴.

He intentado explicar y justificar esta hostilidad en trabajos previos (Pundik, 2020)⁵, sugiriendo que el derecho penal, en lo concerniente a la determinación de los hechos, se adhiere implícitamente a la visión según la cual la conducta culpable presupone un libre arbitrio necesariamente *impredecible*. Al tiempo que los teóricos tienden a acordar que es posible predecir la acción libre, al menos con cierto grado de confianza, sostengo que la visión adoptada en el marco de la determinación de los hechos en el proceso penal niega que puedan atribuirse probabilidades tanto subjetivas como objetivas a las acciones libres. No es solo la falta de información suficiente lo que impide una predicción precisa acerca de cómo va a actuar libremente un agente: las acciones libres *no pueden predecirse* porque su probabilidad no existe.

Pero a pesar de que el libre albedrío impredecible suministra, como arguyo, una justificación unificada de por qué ciertos tipos de prueba predictiva no deberían admitirse para la averiguación de los hechos en el proceso penal, esta justificación se asienta en una teoría del libre albedrío que es, contemporánea y abiertamente, contraintuitiva y demasiado demandante en sus compromisos metafísicos. Aunque tiendo a pensar que si el libre albedrío existe se ajusta a esta teoría radical, aquí no me ocuparé de su defensa. En este trabajo intentaré mostrar, en cambio, que la justificación que propongo puede ser usada por quienes *niegan* que tengamos libre albedrío impredecible (sea porque nuestro libre albedrío es predecible, sea porque no tenemos libre albedrío en absoluto)⁶. Para ello, sostendré que, con independencia de la postura que se adopte frente a la pregunta metafísica de si las personas poseen libre albedrío y de si este último es impredecible, *el derecho penal debería tratar a las personas partiendo de la suposición de que poseen libre albedrío impredecible*⁷.

Para empezar, para el derecho penal puede ser racional suponer que la gente posee libre albedrío impredecible *aun si la suposición carece de fundamento* o incluso si es falsa. En varias áreas del derecho, algunos conceptos se interpretan de modo que no pretenden ser fieles a su significado «verdadero» (sea lo que fuere lo que «verdadero» signifique), ni a su uso común en el lenguaje ordinario o incluso ni siquiera a su más

⁴ «La sospecha del derecho inglés respecto de la prueba del mal carácter y de las inconductas ajenas se ha cultivado por siglos. Se encuentra profundamente arraigada en la cultura judicial inglesa y en sus instituciones, y con frecuencia se la propone y celebra», véase Roberts y Zuckerman (2010, p.586).

⁵ En apariencia, mi posición podría evocar el trabajo de Sancinetti (1991) sobre tentativa, así como su uso del concepto de «propensión». Quiero agradecer al/la revisor anónimo/a que me señaló este punto.

⁶ Esta justificación puede resultar atractiva también para quienes sostienen que el derecho penal debiera permanecer neutral en el debate sobre libre albedrío y determinismo. Véanse, por ejemplo, Roxin (1992, p. 799 y ss.) y Jakobs (1992, p. 584 y ss.). Quiero agradecer a un/a revisor anónimo/a por señalarme este punto.

⁷ Sin embargo, para una crítica a las teorías compatibilistas del derecho penal que adoptan una visión *como si* respecto del libre albedrío, véase Moore (1985, p. 1121-1128).

defendible conceptualización filosófica. En contraste, su interpretación está guiada por los objetivos o valores que el derecho en cuestión pretende promover. Un ejemplo familiar es el de causalidad jurídica que difiere considerablemente de la noción de causalidad fáctica (Hart y Honoré, 1985)⁸. Además, el derecho penal adopta a veces suposiciones evidentemente falsas: la ignorancia del derecho no es una defensa porque se presume que la gente está familiarizada con el ordenamiento. Aun así, es difícil creer que toda persona imputada conozca cada una de las prohibiciones penales existentes en su jurisdicción y mucho menos su definición exacta. Análogamente, quizás el derecho penal deba asumir que las personas tienen libre albedrío impredecible sin importar si de hecho es así (por ejemplo, porque ello fomenta la conducta acorde al derecho). Después de todo, incluso filósofos que son profundamente escépticos acerca del libre albedrío y que lo consideran una ilusión arguyen en ocasiones que la sociedad podría, no obstante, beneficiarse de que las personas sigan creyendo que de hecho lo poseen⁹. El propósito de este texto es, por tanto, proponer un argumento justificativo de por qué el derecho penal no solo debería tratar a la gente como si tuviera libre albedrío, sino además como si tuviera libre albedrío impredecible.

En el apartado 2 presento mi concepción de la culpabilidad y detallo cómo la teoría del libre albedrío impredecible tiene aptitud para explicar y justificar la hostilidad hacia la prueba predictiva en el ámbito de la determinación de los hechos en el proceso penal. En el apartado 3 bosquejo esta teoría del libre albedrío y la defiendo de la objeción que alega que ella conduce a que todas las elecciones libres se tornen irracionales, arbitrarias o antojadizas. En el apartado 4 expongo por qué el derecho penal debería asumir que las personas poseen libre albedrío impredecible. Por último, en el apartado 5 arguyo que mi justificación para no emplear prueba predictiva presenta una ventaja considerable respecto de la justificación corriente de conformidad con la cual, condenar a la gente sobre la base de prueba predictiva socava el incentivo para abstenerse de la conducta delictiva.

2. MI CONCEPCIÓN DE LA CULPABILIDAD

De acuerdo con el modo en que concibo la culpabilidad, la prueba predictiva solo sustenta la pretensión acusatoria —según la cual la persona acusada cometió el delito que se le atribuye— en la medida en que la conducta de esa persona haya estado determinada por cierto factor *causal*, lo que priva de libertad a su conducta. Sin embargo, en el contexto de la atribución de culpabilidad es necesario presuponer exactamente lo contrario: que la persona acusada tenía libertad para determinar su propia conducta. El uso de este tipo de generalizaciones a efectos de determinar

⁸ Una manera alternativa de defender la distinción es aceptando el pluralismo causal, es decir, la tesis según la cual el concepto de causación varía de contexto a contexto, por ejemplo, de la ciencia al derecho. He propuesto un argumento a favor del pluralismo causal en Pundik (2007).

⁹ Véase, en especial, Smilansky (2000).