

FREDERICK SCHAUER

LA PRUEBA

**Los usos de la prueba en el derecho,
en el diseño de políticas y en todo lo demás**

Traducción
y estudio preliminar de
Alan Limardo

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2025

ÍNDICE

	Pág.
ESTUDIO INTRODUCTORIO UNA INVITACIÓN A LEER UN HERMOSO LIBRO SOBRE PRUEBA , por Alan Limardo	13
Unas palabras preliminares	13
Los trabajos de Schauer sobre razonamiento probatorio.....	15
La obra de Schauer dentro de la tradición racionalista de la prueba.....	17
Algunas discusiones en las que Schauer toma posición.....	20
Reflexiones finales.....	24
Bibliografía.....	25
PRÓLOGO	27
CAPÍTULO 1. UNA CUESTIÓN DE HECHO	31
El concepto de prueba	34
La exigencia de la verdad.....	35
Hechos y opiniones	37
Algunas palabras sobre el Derecho	39
Una presentación preliminar	40
CAPÍTULO 2. CEBRAS, CABALLOS Y LA NATURALEZA DE LA INFE- RENCIA	45
¿Para qué sirven las pruebas?.....	52
Los sermones del reverendo Bayes	54
De regreso a las cebras	59
¿La prueba es holística?	60

	Pág.
CAPÍTULO 3. EL ESTÁNDAR DE PRUEBA	65
¿Ligeramente culpable?	75
¿Más vale prevenir que curar? El principio precautorio	79
La tiranía de los adjetivos	81
Una larga nota al pie sobre la significación estadística	85
CAPÍTULO 4. CÓMO DECIR LA VERDAD CON LAS ESTADÍSTICAS	89
Colados, patios de prisión, autobuses azules y otras historias	92
¿Prueba de qué?	102
Una nota sobre la elaboración de perfiles	105
El muestreo como prueba	107
CAPÍTULO 5. EL TESTIMONIO, NO SOLO EN LOS TRIBUNALES	111
El testimonio de George M. Cohan	112
El testimonio de oídas: qué está mal y qué está bien	115
Me lo contó un pajarito: los rumores como pruebas	119
CAPÍTULO 6. EVALUANDO EL TESTIMONIO	127
Perry Mason y el arte del contrainterrogatorio televisivo	131
Calibrando el testimonio	133
CAPÍTULO 7. MENTIRAS Y MENTIROSOS	139
¿Qué es una mentira?	142
<i>Paltering</i>	145
Detección de mentiras: antes y ahora, lo bueno y lo malo	146
Por fuera de los tribunales	152
Dos enseñanzas más grandes	154
CAPÍTULO 8. ¿PODEMOS CREER EN NUESTROS OJOS Y OÍDOS?	157
Como... ..	163
La cámara no miente, ¿verdad?	166
CAPÍTULO 9. EXPERTOS Y CONOCIMIENTO EXPERTO	171
Sobre observar, quizás demasiado, lo que comemos	180
Vacunación, antes y ahora	184
Sobre la idea de un consenso	186
Los límites de la ciencia y los límites del conocimiento experto	187
CAPÍTULO 10. LA CIENCIA DEL DELITO	191
Enseñanzas recurrentes	200
Una nota sobre el ADN	203

	Pág.
CAPÍTULO 11. EL SIEMPRE CRECIENTE CAMPO DEL CONOCIMIENTO EXPERTO	207
¿Es realmente un Rembrandt?	209
Pruebas e historia	217
CAPÍTULO 12. LA RELEVANCIA DEL PASADO PARA EL PRESENTE	223
La peculiar actitud del derecho	226
El carácter: bueno y malo	231
Fuera de los tribunales	235
Otra nota sobre la elaboración de perfiles	239
CAPÍTULO 13. VER LO QUE QUEREMOS VER	243
Los mecanismos del razonamiento sesgado	245
Una distinción porosa pero útil	250
El doctor Pangloss entra en escena	251
Coda	253
BIBLIOGRAFÍA	255

ESTUDIO INTRODUCTORIO UNA INVITACIÓN A LEER UN HERMOSO LIBRO SOBRE PRUEBA

Alan LIMARDO

Universidad de Buenos Aires

UNAS PALABRAS PRELIMINARES

Para ser completamente honesto, solo hablé personalmente con Frederick Schauer en una oportunidad. Fue el 25 de mayo de 2022, a las 10:50, hora de España, en la primera edición del *Michele Taruffo Girona Evidence Week*. La precisión de la fecha y hora se debe a que un amigo me sacó una fotografía mientras intercambiaba unas palabras con él y Jordi Ferrer Beltrán. El diálogo duró apenas unos minutos, pero siempre recuerdo ese momento con mucha alegría. Me dio su tarjeta personal, la cual todavía conservo. Schauer no estaba al tanto, pero yo lo consideraba mi amigo. Él nunca lo supo, pero hizo lo que hacen los amigos: dar sin pedir nada a cambio. Schauer me dio ganas de pensar y herramientas para intentar hacerlo mejor. Su obra —sobre la que hablaré un poco más adelante— fue crucial para mi manera de analizar el derecho en general y el razonamiento probatorio en particular, e imagino que también para la de muchas otras personas.

Por esa razón, su fallecimiento en septiembre del año pasado fue una noticia muy triste. Además, el hecho de saber que no habría más trabajos de Schauer fue un golpe duro, más aún cuando una de sus últimas grandes obras se vinculaba con el razonamiento probatorio. Es inevitable imaginar lo mucho

que habría ayudado, con su excepcional agudeza, a echar luz en temas sumamente complejos. Sin embargo, creo que la mejor manera de honrar a Schauer y su magnífica trayectoria es presentar este hermoso libro sobre prueba en nuestro idioma. Schauer es uno de esos autores que siempre nos va a dejar algo y jamás sentiremos que fue en vano leer un trabajo suyo. Será posible no coincidir con alguna de sus posiciones, pero su claridad analítica nos habrá ofrecido algo mucho mejor que la simpatía por una determinada postura: un trabajo de Schauer siempre nos hará pensar. Particularmente, esta obra es una invitación a pensar la prueba.

No intentaré aquí resumir las ideas que desarrolla a lo largo del libro ya que, en mi opinión, Schauer es de los pocos autores sobre los que puede afirmarse que no hay nada más claro que la lectura directa de su trabajo. De este modo, para quienes vayan a leer la obra será más útil recorrer las páginas del libro que leer una síntesis de mi autoría. En esa aventura, mis únicas sugerencias serán: 1) advertir que si bien el propio Schauer —en el primer capítulo— refiere que cada capítulo es «ligeramente autónomo», el contenido de la obra en su conjunto se aprovecha mejor si se lee en orden y de principio a fin; 2) que tal como afirma el autor en el prólogo, «el texto está diseñado para ser leído sin consultar las notas» y una primera lectura de ese modo puede resultar mucho más ágil, aunque recomiendo la consulta de las referencias bibliográficas que allí se efectúan porque constituye un relevamiento sumamente actualizado de los últimos aportes respecto de cada uno de los temas que se tratan en el libro.

Por lo tanto, una vez descartada cualquier pretensión de sintetizar el libro que tiene la persona lectora en sus manos, en estas breves páginas mis objetivos serán los siguientes. En primer lugar, me gustaría repasar el trabajo de Schauer sobre asuntos vinculados con la prueba de los hechos en los procesos judiciales (apartado 2), para que quien lo desee pueda consultar esos textos y profundizar en algún tema de su interés, algo que seguro ocurrirá luego de la lectura de este libro. A continuación, buscaré justificar por qué la obra de Schauer podría inscribirse dentro de la llamada «tradición racionalista de la prueba» (apartado 3), para finalmente mostrar que si bien el autor pretende, en general, una presentación de los grandes problemas de la prueba en los procesos judiciales o una introducción más bien simple a ellos, en algunos casos puede advertirse que Schauer toma posiciones claras en discusiones importantes al interior de esta concepción de la prueba (apartado 4).

LOS TRABAJOS DE SCHAUER SOBRE RAZONAMIENTO PROBATORIO

Lo primero que a uno se le viene a la cabeza cuando piensa en Schauer no es la prueba de los hechos. Teoría del derecho, derecho constitucional y filosofía del derecho probablemente sea lo más inmediato, ya que su obra en esos ámbitos es descomunal¹. Tal vez precisamente por eso, su trabajo sobre temas vinculados con razonamiento probatorio en los procesos judiciales siempre estuvo a la sombra de las otras áreas. Espero que la publicación de este libro venga a compensar la justicia que la situación demanda. Para quien se encuentre interesado en leer otros trabajos sobre prueba de Schauer (lo que sin dudas sucederá después de leer este libro), en este apartado mencionaré algunos de ellos e intentaré orientar sobre los temas que puede encontrar analizados en cada uno.

En dos de sus obras más conocidas, *Playing By The Rules* (1991) y *Thinking Like a Lawyer* (2009)², Schauer se involucra con la prueba de los hechos en los procesos judiciales. En la primera de ellas, lo hace de una manera indirecta al presentar las características centrales de las generalizaciones (aunque no lo vincule con la prueba de los hechos) y se verá complementada en trabajos posteriores. En la segunda, ya es posible encontrar un pasaje —el capítulo XI— dedicado especialmente a la reconstrucción de la premisa fáctica de las decisiones judiciales.

Si bien *Profiles, Probabilities, and Stereotypes* (2003) no es un libro sobre prueba, creo que ciertas ideas de sus trabajos anteriores que allí profundiza —especialmente, el puntilloso desarrollo sobre el concepto de generalizaciones que inició en SCHAUER (1991) y el vínculo de las generalizaciones con las nociones de estereotipos y prejuicios— son fundamentales para analizar adecuadamente el fenómeno probatorio. Esta obra es la que me permitió comprender con claridad qué había (o qué debería haber) detrás del término «máximas de experiencia», que con tanta frecuencia encontramos empleado en nuestra legislación y jurisprudencia, pero cuyo uso resulta mucho más una etiqueta que una razón comprensible en un intercambio argumentativo³.

En este trabajo, Schauer regresa al concepto de generalizaciones —que en *Playing By The Rules* había desarrollado para explicar, fundamentalmente, la estructura de las normas jurídicas— y, en esta ocasión, demuestra que cons-

¹ Cualquier resumen de la obra de Schauer no haría justicia a su importancia. Pueden verse sus trabajos en: <https://scholar.google.com/citations?user=p7qqk5UAAAAJ&hl=en>.

² En esta colección de Marcial Pons pueden encontrarse ambas con excelentes traducciones al castellano, véase SCHAUER, 2004 y 2013.

³ Sobre el concepto subyacente al término «máximas de experiencia», véase LIMARDO, 2021.

tituyen una herramienta indispensable para nuestros razonamientos sobre hechos, en la medida en que nuestros argumentos probatorios descansan siempre en una generalización: para poder avanzar desde una prueba hacia una conclusión sobre la existencia o inexistencia de un hecho *siempre necesitaremos una generalización*⁴.

De este modo, Schauer busca diferenciar entre aquellas generalizaciones que nos pueden permitir dar ese salto desde las pruebas a la conclusión (las que denomina «generalizaciones no espurias») y aquellas que no tienen esa cualidad («generalizaciones espurias»), y en esa tarea identifica el «apoyo empírico» o «apoyo estadístico» de las generalizaciones como el criterio que diferencia unas de otras⁵. Las generalizaciones con apoyo empírico o estadístico son útiles porque describen adecuadamente lo que *generalmente* ocurre en el mundo y, en esa medida, nos otorgan información sobre lo que allí sucede, que podemos incorporar a nuestros razonamientos probatorios.

Asimismo, otro de los puntos más relevantes de esta obra es el análisis de las nociones de estereotipos y prejuicios a la luz del concepto de generalizaciones. Al respecto, Schauer pretende desenredar cierta confusión analítica que rodea principalmente la noción de «estereotipo» y demostrar que esa clase de enunciados podrían funcionar de la misma manera en que lo hacen las generalizaciones, razón por la cual no todo estereotipo debería ser rechazado. Sobre este tema, también es una referencia obligada *La generalidad y la diferenciación del derecho, con especial atención a los estereotipos y su uso* (2022a).

El capítulo quinto es, tal vez, el capítulo más interesante de esa obra y, al mismo tiempo, el que merecería una mayor reflexión en el campo del razonamiento probatorio⁶. Allí, Schauer analiza particularmente las generalizaciones que se apoyan en el género de las personas y concluye que, si bien pueden existir generalizaciones de género que no sean espurias, tal vez habría razones para no utilizarlas. Este rechazo a las generalizaciones de género no espurias, para Schauer, no se apoyaría en razones epistémicas —esto es, no respondería a que describen el mundo de una manera inadecuada—, sino que, en cambio, su rechazo respondería a razones morales o políticas, y estas razones serían ciertos mandatos para evitar esas generalizaciones cuyo origen se explica en una historia de discriminación y, de esta manera, evitar perpetuarlas, enviar un mensaje de repudio o tomar distancia de ellas.

⁴ GONZÁLEZ LAGIER (2005: 55) explica esto muy claramente al trasladar la estructura de los argumentos probatorios de TOULMIN (2007) al razonamiento probatorio judicial y, si bien bajo la denominación «máximas de experiencia», demuestra que nuestras argumentaciones sobre hechos se encuentran apoyadas en generalizaciones, con la excepción de aquellos razonamientos que utilizan una presunción para avanzar desde las pruebas a la conclusión sobre la existencia o inexistencia de un hecho.

⁵ El desarrollo de estas ideas se encuentra principalmente en la introducción y en el capítulo II. También puede verse SCHAUER, 2022b.

⁶ Sobre algunas ideas que allí desarrolla volveré en el apartado 4.

En *On the Supposed Jury-Dependence of Evidence Law* (2006), Schauer fue crítico con las posiciones que asocian la existencia de reglas de exclusión de pruebas con deficiencias cognitivas por parte de las personas integrantes del jurado y consideró que, tal vez, debería analizarse la plausibilidad de implementar reglas probatorias similares a las que existen en sistemas con juicio por jurados en aquellos sistemas en los cuales las personas llamadas a decidir son jueces y juezas profesionales. Este trabajo va de la mano con su posición sobre el valor que tiene el seguimiento de reglas, desarrollada de manera prominente en *Playing by the rules* (1991) y, particularmente sobre reglas probatorias, en *In defense of rule-based evidence law – and epistemology too* (2008) y *The Role of Rules in the Law of Evidence* (2021).

Schauer también se inscribió en la enorme discusión sobre la utilización de prueba estadística en los procesos judiciales: además de las consideraciones que desarrolla en el capítulo 4 de esta obra, un agudo análisis sobre las pretendidas diferencias entre la prueba estadística y la «prueba individualizada» puede verse en *Generalizaciones no espurias, estadísticas y conocimiento de los hechos* (2022).

El capítulo 4 de este libro destaca el carácter «probabilístico» de la prueba en cualquier ámbito y aporta al debate sobre el tipo de probabilidades que refleja la prueba, en el que acaloradamente debaten los «bayesianos» —quienes sostienen la utilización de alguna forma de probabilidad de tipo matemático para mostrar cómo impactan las pruebas en nuestro proceso de formación de creencias—, con el resto del abanico de posiciones que apoyan tipos de probabilidades no matemáticas, entre los que podemos encontrar ideas como «justificación epistémica», «probabilidad lógica o inductiva» o «inferencia a la mejor explicación». En el marco de esta discusión, Schauer publicó *One small step towards a metatheory of evidence and proof* (2019), que es un comentario crítico sobre ciertos aspectos de la «teoría de la plausibilidad relativa» desarrollada por ALLEN y PARDO (2019), en el cual realiza una clarificación analítica para demostrar que no existe un vínculo conceptual entre los pares prueba probabilística (en el sentido matemático) y valoración atomista de la prueba, así como tampoco entre prueba no probabilística y valoración holista de la prueba.

LA OBRA DE SCHAUER DENTRO DE LA TRADICIÓN RACIONALISTA DE LA PRUEBA

Podría decirse que estudiar razonamiento probatorio es estudiar la manera de lidiar con la incertidumbre. Aunque suene poético o existencialista, no deja de ser cierto. En palabras de Schauer que el lector podrá encontrar en el capítulo 3 de esta obra: «nos guste o no, la incertidumbre en las decisiones sobre