Revista de Derecho Vol. XXVI - Nº 2 - Diciembre 2013 Páginas 245-261

Contra la "prueba libre"*

*Alex Stein***, ***

Resumen

La forma tradicional (i.e. benthamiana) de comprender la libertad de prueba, ha implicado separar la noción de probabilidad de la idea de peso probatorio. En este artículo se afirma que la determinación del peso de una prueba no puede quedar entregada a las preferencias del juez, sino que el sistema jurídico debe proveer de criterios normativos que guíen las inferencias judiciales. El derecho de prueba debe regular las estrategias de exclusión, preferencia y corroboración, que guían las inferencias probatorias de los jueces en contextos de incertidumbre, con el fin de minimizar los riesgos de error, y de repartirlos entre los litigantes cuando ellos sean inevitables. Para graficar este argumento, el artículo ofrece algunos ejemplos de la litigación penal.

Libertad de prueba – derecho de prueba – probabilidades y peso

Against "Free Proof"

Abstract

The traditional form (i.e. benthamian) of understanding the free proof has involved separating the notion of probability of evidentiary weight idea. This article states that the determination of the weight of evidence cannot be delivered to the preferences of the judge, but that the legal system must provide normative criteria that lead the judicial inferences. Evidence law should regulate de strategies of exclusion, preference and corroboration that guide the evidentiary inferences of the judges when uncertainty in order to minimize the risks of error and to distribute them among the litigants when they are unavoidable. To illustrate this argument, this article offers some examples of the criminal litigation.

Free proof – evidence law – probabilities and weight

---

* Basado en Stein, A., "The Refoundation of Evidence Law", *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, Vol. 9, 1996, 279, 279-284; 289-322 (en adelante: REL), en donde se puede encontrar una explicación más detallada de la visión del autor sobre la materia.

** Facultad de Derecho, Hebrew University of Jerusalem.

*** "Against 'Free Proof'", *Israel Law Review*, 31, 1997, 573-589. Traducción de Jorge Larroucau Torres, Universidad Alberto Hurtado (jlarrouc@uahurtado.cl). Le agradezco al profesor Alex Stein y a la *Israel Law Review* (Law Faculty, Hebrew University of Jerusalem y Hebrew University's Minerva Center for Human Rights) su amabilidad al autorizar la publicación en castellano de este trabajo. La traducción forma parte de un proyecto que se financia mediante un Fondecyt Iniciación (Nº 11121293: "Los estándares de prueba en la justicia civil patrimonial"), cuyo respaldo agradezco de igual forma (N. del T.).

Artículo recibido el 30 de agosto de 2013 y aceptado para su publicación por el Comité Editorial el 28 de octubre de 2013.

I. Introducción

Considere las siguientes afirmaciones, que describen el derecho de prueba angloamericano:

Las reglas de prueba señalan qué cuestiones pueden ser tomadas en cuenta en el establecimiento de los hechos y, en cierto modo, cuál es el peso que poseen. Son reglas desarticuladas y dispersas en su mayoría, basadas en razones disímiles y en ocasiones contradictorias: una mezcla de hazañas judiciales asombrosas y desastres inoportunos y estériles. Hay un derecho de contratos, y tal vez incluso un derecho de daños, pero solo existe un puñado de leyes de prueba[1].

En uno de nuestros clásicos de la literatura, *Alicia en el país de las maravillas*, uno de los personajes es el gato Cheshire, que aparece, desaparece y se esfuma, de modo que a veces puede verse todo su cuerpo, otras solo la cabeza, algunas veces un vago perfil y en otras ocasiones nada en absoluto, de modo que Alicia nunca está segura de si él se encuentra allí o no, o incluso, de si existe en realidad. En la práctica, nuestras reglas de prueba obran de igual modo[2].

La cuestión de si estas y otras afirmaciones similares retratan adecuadamente el derecho es, a mi juicio, un tema abierto[3]. Otro asunto, de naturaleza normativa, surge en relación con esos mismos enunciados. ¿Hay espacio para reglas probatorias que restrinjan el poder de los jueces cuando resuelven aspectos de hecho que son controvertidos? Esta es la pregunta a discutir en lo que sigue.

II. La idea de "prueba libre"

Divulgada por Jeremy Bentham y sus seguidores[4], esta idea se opone a la regulación legal del establecimiento judicial[5] de los hechos. En su versión contemporánea, que en buena medida corresponde a la doctrina probatoria preponderante, esta idea sostiene lo siguiente:

---

[1] Heydon, J., *Evidence: Cases and Materials, Butterworths*, 2ª ed., London, 1984, 3.

[2] Twining, W.L., *Rethinking Evidence*, Oxford, Basil Blackwell, 1990, 197.

[3] Véase REL, 322-342.

[4] Véase Bentham, J., *Rationale of Judicial Evidence*, Vol. V, Hunt and Clarke, London, 1827, 477-494; Chamberlyne, C. F., "The Modern Law of Evidence and Its Purpose", *American Law Review*, Vol. 42, 1908, 757; Hand, L., "The Deficiencies of Trials to Reach the Heart of the Matter", *Lectures on Legal Topics*, 1921-1922, Association of the Bar of the City of New York, 1926, 96-104; Wigmore, J. H., *A Treatise on The Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, 3ª ed., Boston, Little, Brown and Company, 1940, §8c (suscribiendo varias de las posturas de Bentham, pero sin apoyar una abolición total de las reglas probatorias); Davis, K. C., "An Approach to Rules of Evidence for Non-Jury Cases", *American Bar Association Journal*, Vol. 50, 1964, 723, 726; Davis, K. C., *Administrative Law Treatise*, San Diego, California, 1980, §16:2. Para discusiones sobre esta idea véase Twining, W.L., *Theories of Evidence: Bentham and Wigmore*, Stanford University Press, 1985 y Lewis, A. D. E., "The Background to Bentham on Evidence", Utilitas, Vol. 2, 1990, 195.

[5] Utilizo los términos "jueces" y "judicial" de un modo genérico, alusivo tanto a jueces como a jurados.

Sujetas a

(1) valores que prevalecen sobre lo correcto de la decisión a base de fundamentos excepcionales (como la protección de secretos de Estado y la confidencialidad de ciertas comunicaciones, usualmente protegidos mediante privilegios probatorios);
(2) incentivos probatorios que promueven conductas socialmente beneficiosas (como la formación de contratos auténticos y previsibles, promovidos por medio de la "regla de la interpretación literal" [*parol evidence rule*]; o un adecuado tratamiento de los sospechosos por parte de la policía, alentado por las reglas que excluyen las pruebas obtenidas ilegalmente);
(3) valores procesales independientes[6];
(4) medidas que previenen un daño indebido; y
(5) preferencias sociales en la distribución del riesgo de error, recogidas en cargas y estándares de prueba.

[6] La justicia procesal no siempre es tratada desde un punto de vista instrumentalista. De ciertos acuerdos procesales, como el derecho a ser oído y a presentar evidencias, las personas pueden ser titulares desde un punto de vista deontológico. Esto logra explicar, por ejemplo, el derecho del acusado a un interrogatorio cruzado, en tanto que la admisibilidad de un testimonio incriminatorio en su contra está condicionada a que se le provea de una adecuada oportunidad para ejercer ese derecho. La prueba que se excluye bajo esta condición no se suprime porque carezca de peso probatorio; se descarta porque llevar a un juicio criminal a alguien sin entregarle una oportunidad justa de confrontar los testimonios adversos le priva de una garantía política. Las conclusiones que se podrían extraer de un testimonio no examinado pueden ser correctas, pero su corrección no es el punto. El asunto es si una comunidad en donde es posible librar un juicio penal sin la completa participación del acusado resulta atractiva políticamente. Véase Summers, R., "Evaluating and Improving Legal Process – A Plea for 'Process Values'", *Cornell Law Review*, Vol. 60, 1974, 1; Bayles, M.D., "Principles for Legal Procedure", *Law & Philosophy*, Vol. 5, Nº 1, 1986, 33.

Como ha señalado Lawrence Tribe: "El derecho a ser oído, y el derecho a recibir razones, son analíticamente distintos del derecho que asegura un resultado diverso; estos derechos de reciprocidad expresan la idea básica de que ser una persona, en lugar de una cosa, supone al menos ser consultado acerca de lo que se hará con uno. … Cuando el Estado obra de un modo tal que escoge a ciertos individuos –de una forma en que es probable suponer que se apoya en conjeturas acerca de esas personas en específico– promueve la consideración especial de ser aludido personalmente por la decisión más que simplemente tratado por ella". Tribe, L., *American Constitutional Law*, Foundation Press, New York, 1978, 503-504.

Hay, de todos modos, una buena razón para ser escéptico acerca de los derechos procesales independientes. Asumamos, contrafácticamente, que no existe un problema de falibilidad epistémica y que vivimos en un mundo de jueces infalibles. ¿Habría espacio en ese mundo para derechos procesales que sean valiosos intrínsecamente más que de un modo instrumental? Creo que la respuesta a esta pregunta es negativa. De serlo, el derecho a ser oído parece más cercano a nuestra falibilidad epistémica que a nuestro virtuosismo moral.

Los derechos procesales también pueden ser vistos (aunque de manera infrecuente) como fuente de algunas satisfacciones psicológicas indispensables. Véase, por ejemplo, Leonard, D., "The Use of Character to Prove Conduct: Rationality and Catharsis In the Law of Evidence", University Colorado Law Review, Vol. 58, 1986-87, 1 (ofreciendo una explicación basada en la catarsis del derecho a presentar evidencias que pongan de relieve el propio carácter). Se trata, con todo, de una cuestión empírica el que estos derechos se consideren efectivamente de esa manera. Que los contribuyentes que subsidian la litigación deban cubrir también las satisfacciones psicológicas (o de otra índole ritual) de las partes es otra de las cuestiones que arroja serias dudas sobre el enfoque de los "derechos independientes".

Las inferencias que los jueces extraen de las fuentes probatorias cuando deciden los hechos operativos (tal como lo prescribe el derecho sustantivo relevante) no deben ser guiadas por la ley. La validez de estas inferencias es una cuestión de relevancia probatoria y de peso, determinada por el sentido común, la lógica y la experiencia general.

Según la doctrina probatoria mayoritaria, la Libertad de Prueba es el régimen normal y, más aún, apropiado para guiar la tarea de juzgar los hechos. Esta libertad se encuentra rodeada, pero no interferida, por reglas y principios jurídicos, los cuales promueven objetivos importantes, aunque no inferenciales y por lo tanto extrínsecos al juicio de hecho. La racionalidad epistémica no puede ni debe ser controlada por el derecho. Es el derecho mismo, en la medida en que depende de cuestiones de hecho, el que debe subordinarse a los cánones de la racionalidad epistémica. Los jueces no precisan de ninguna regulación especial que les diga cómo resolver los desacuerdos acerca de cuestiones empíricas. Gracias a un experimentado conocimiento, que les brinda credibilidad, ellos pueden resolver esas discrepancias confiando en la evidencia y en sus habilidades cognitivas.

De este modo, la determinación judicial de la relevancia y del peso probatorio emergen como una cuestión puramente epistémica. Sin "ningún imperio sobre la lógica"[7] (ni probablemente sobre las facultades epistémicas tampoco), el derecho no debe ejercer control alguno sobre esta actividad. Por consiguiente, no existe

> [una] necesidad general de redactar reglas de prueba en el derecho, ni de precisar un nivel adecuado de calificación intelectual para los jueces. Necesitamos solo un sujeto razonable, no un lógico ni un estadístico, para determinar lo que es más allá de toda duda razonable[8].

Esto, sin embargo, no se aplica a los desacuerdos acerca de valores, ampliamente desprovistos de una solución objetiva. Conferir a los jueces el poder de hacer legalmente exigibles las preferencias de valor equivaldría a permitir la dictadura judicial. Las preferencias de esta índole que son demandables solo pueden establecerse por un acuerdo social, a saber, por el derecho. El derecho, después de todo, ha probado ser el único, aunque imperfecto, denominador común que es viable en una sociedad liberal y pluralista[9].

Este enfoque explica el tratamiento diferenciado que le brindan, quienes apoyan la libertad de prueba, al derecho sustantivo, por un lado, y al derecho de prueba, por el otro. Si los derechos probatorios y sustantivos derivan de un cálculo moral que es básicamente el mismo, de modo que, contrario a lo que muchos sistemas jurídicos actualmente hacen, debemos ser reticentes a dejar en manos de jueces individuales las cuestiones probatorias. Permitirle a los jueces esta discreción sería lo mismo que

---

[7] Thayer, J.B., *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, Boston, Little, Brown and Company, 1898, 314n.

[8] Cohen, L.J., "Freedom of Proof", en Twining, W.L. (ed.), *Facts in Law*, Association for Legal and Social Philosophy, Wiesbaden, 1983, 1, 21.

[9] Cf. Raz, J., *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, 1986, 181.

dejarles resolver asuntos contractuales, penales y de responsabilidad, e incluso temas constitucionales, a base de sus propias preferencias de valor[10]. Por razones bien conocidas, los sistemas jurídicos en democracias asentadas tienden a no proporcionarles a los jueces este permiso. Dicha autorización es considerada no democrática, a diferencia del permiso para decidir materias probatorias, que los jueces habitualmente tienen. Por este motivo, quienes sostienen la prueba libre distinguen entre asuntos que son puramente probatorios y, por ende, pueden ser resueltos por la sola aplicación de los estándares epistémicos imperantes, y temas que demandan juicios de valor similares a los que se sitúan en el dominio del derecho sustantivo. Estos últimos aspectos son típicamente clasificados como "extrínsecos" al juicio de hecho.

La Libertad de Prueba, entonces, descansa sobre dos supuestos, uno explícito y otro implícito. Derivada de la creencia común en la competencia epistémica humana, la primera asunción (explícita) sostiene que los jueces son capaces de actuar racionalmente cuando valoran los hechos basados en las pruebas[11]. Este supuesto, que guía a mucha gente habitualmente en sus acciones cotidianas, no será objetado en este artículo. Se le considerará prácticamente justificado. El razonamiento práctico se vería profundamente mermado –y, de hecho, confinado a la indecisión– si esta premisa fuera corroída por alguna sombra de duda acerca de sus bases filosóficas[12].

El otro supuesto, implícito, que moldea los fundamentos de la prueba libre es este:

> La relevancia y el peso de la prueba (también descrito como "valor probatorio" de la evidencia) pueden y deben ser determinados por los jueces sin apelar a preferencias de valor.

El juicio de hecho y las preferencias de valor son vistos como algo separado. Los valores, en la medida en que son reconocidos por el derecho, pueden ciertamente afectar el ámbito y, con ello, los resultados de las indagaciones judiciales sobre los hechos controvertidos, pero no deben incorporar ninguna regla para la evaluación judicial de las pruebas. La racionalidad interna de esta última función es, y debe permanecer, epistémicamente pura.

---

[10] Aquí se alude a una "discreción fuerte", de acuerdo con la clasificación desarrollada por Dworkin, R., *Taking Rights Seriously, Cambridge*, Harvard University Press, 1977, 31-39.

[11] Cohen, *supra* n. 8, 10 ss.

[12] Véase Cohen, L.J., *The Probable and the Provable*, Oxford, Clarendon Press, 1977, cap. 24. Para una discusión más amplia sobre esta premisa, véase Twining, supra n. 2, cap. 4. Para un desafío basado en la teoría cognitiva, véase Kahneman, D., Slovic, P. & Tversky, A. (eds.), *Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge University Press, New York, 1982. En cuanto a la discusión filosófico-jurídica reciente, véase Nicolson, D., "Truth, Reason and Justice: Epistemology and Politics in Evidence Discourse", *Modern Law Review*, Vol. 57, 1994, 726; Seigel, M. L., "A Pragmatic Critique of Modern Evidence Scholarship", *Northwestern University Law Review*, Vol. 88, Nº 3, 1994, 995.

Como he dicho en otro lugar, a esta hipótesis la denomino "el supuesto de la separación"[13]. Tradicionalmente los escritos sobre derecho de prueba no solo acogen esta suposición, sino que tienden a extremarla todavía más. Lo hacen del siguiente modo:

(1) representando a las reglas probatorias como excepciones a la Libertad de Prueba, las cuales, a su vez, tienen sus propias excepciones que reinstalan dicha libertad. Esto marginaliza la injerencia legal, *i. e.*, motivada por valores, respecto del razonamiento supuestamente empírico de los jueces;
(2) dividiendo estas reglas excepcionales, de forma dicotómica, en dos categorías (wigmorianas):
    (a) reglas basadas en políticas "auxiliares" o "probativas", que se justifican por fundamentos empíricos (esto es, por la experiencia);
    (b) reglas motivadas por políticas "extrínsecas", *i. e.*, por consideraciones de valor *excepcionalmente* sólidas que dejan al margen la rectitud del fallo.

Con esto se agudiza la marginalización del papel que desempeña el derecho en el juicio de hecho. Un vívido ejemplo de esta confinación puede verse en el influyente artículo de Dale Nance, dedicado al "principio de la mejor evidencia". El profesor Nance escribe:

> En términos más amplios, este artículo demuestra que, sin considerar aquellas normas, como las que regulan privilegios, que dicen servir a políticas sociales extrínsecas, las demás reglas probatorias se vinculan de un modo más plausible a las tareas epistémicas de un tribunal… Este significado racionalizado, del cual puede decirse que se relaciona con la prueba que es "epistémicamente mejor", constituye nuestro foco de atención primario[14].

El supuesto de la separación es, obviamente, esencial para sustentar la Libertad de Prueba. Apoyar la Libertad de Prueba sin seguir esta idea implica suscribir una dudosa teoría de la legitimidad política que autoriza a los jueces a fallar casos invocando sus propios valores. Esta es una teoría resistida, y no debe sorprender que ninguno de los adherentes a la prueba libre la haya respaldado alguna vez.

El supuesto de la separación será escrutado, en lo que sigue, por medio de un enfoque centrado en la determinación judicial del peso probatorio. La determinación de la relevancia no precisa ser discutida, pues no entraña ningún problema especial que no comprenda ya el establecimiento del peso. Bajo la doctrina convencional, la prueba es relevante cuando potencialmente tiene peso, *i. e.*, cuando *prima facie* es capaz de apoyar alguna hipótesis jurídicamente relevante incrementando su probabilidad.[15] La determinación del peso probatorio, *i. e.*, del grado real en que la prueba apoya una

[13] Stein, REL, 296 ss.

[14] Véase Nance, D., "The Best Evidence Principle", *Iowa Law Review*, Vol. 73, 1988, 227, 229; 240.

[15] Véase Federal Rule of Evidence (USA) (en adelante: FRE) 401; Montrose, J.L., "Basic Concepts of the Law of Evidence", *Law of Quarterly Review*, Vol. 70, 1954, 527; Lempert, R., "Modeling Relevance",

hipótesis es, por lo tanto, la única función judicial que requiere examinarse. Para sondear la validez del supuesto de la separación el punto clave puede ser definido con mayor detalle:

> ¿Puede la determinación judicial del peso probatorio justificarse mediante criterios puramente epistémicos?

Nótese que esta cuestión es de naturaleza normativa y que alude a todos los parámetros decisorios que *deben ser* tomados en cuenta en la determinación judicial del peso probatorio. Esta cuestión normativa no puede responderse mediante una simple descripción fáctica de la práctica judicial existente. Sería erróneo aseverar descriptivamente: "La determinación judicial del peso es una tarea puramente epistémica porque los jueces habitualmente la cumplen sin acudir a otro razonamiento más que al empírico". La carga a satisfacer por cualquier participante en el debate de la prueba libre es de índole argumentativa. Determinar el peso probatorio sin colacionar todos los factores que deben ser tomados en cuenta, es embarcarse en un razonamiento fallido e inherentemente injustificado.

En lo que sigue demostraré que el supuesto de la separación no se sostiene[16]. El juicio de hecho está saturado por repartos del riesgo de error en condiciones de incerteza. La distribución de este riesgo está rigurosamente subordinada a valores. Como tal, debe ser regulada por el derecho, más específicamente, por el derecho de prueba. El derecho de prueba debe conferir a los litigantes una serie de derechos contra los riesgos, los que deben asumir la forma de inmunidades contra la imposición judicial del riesgo de error. Los derechos de esta clase, de hecho, son provistos (aunque no siempre adecuadamente) por el núcleo de reglas probatorias, como el "testimonio de oídas" [*hearsay*], la "conducta previa" [*character*] y la "declaración objetiva sobre los hechos" [*opinion*].

La materialización del riesgo de error se traduce en sí misma en un fallo erróneo, que de forma equivocada priva a alguien de su libertad o de su propiedad. Por lo tanto, el reparto del riesgo de error debe considerarse como una decisión ligada a valores o de naturaleza propiamente sustantiva. Cuando los derechos probatorios son percibidos, como debe ser, como inmunidades contra el riesgo de error, el que existan prácticas discrecionales en el ámbito del proceso y no discrecionales en el área de los derechos sustantivos supone una contradicción patente. En un artículo reciente, el que (entre otras cosas) sugiere reinterpretar el derecho de prueba como una red de derechos contra los riesgos, he argumentado que esta contradicción es real[17]. La discrecionalidad en el proceso y la prueba, y la no discrecionalidad en el derecho sustantivo, son mutuamente

Michigan Law Review, Vol. 75, 1977, 1021; Tillers, P., "Modern Theories of Relevancy", en Wigmore, *supra* n. 4 (P. Tillers rev.), Vol. 1A, sec. 37, 1983.

[16] Para un argumento completo, véase Stein, REL.

[17] Stein, REL.

inconsistentes. La discrecionalidad probatoria es tan peligrosa para los valores liberal-democráticos como la discrecionalidad en el ámbito del derecho sustantivo[18].

III. El supuesto de la separación

La premisa de la separación no se sostiene por una razón relativamente simple. La prueba escasea. En cualquier juicio, al menos una de las pruebas relevantes no está disponible. De allí que los jueces deban resolver hechos controvertidos con información incompleta. Su razonamiento, por ende, ha de tomar nota de las posibilidades forenses que no se han consumado, para tratar de resolver el siguiente asunto contrafáctico:

> ¿Podría cambiar la decisión si hubiese habido más prueba (y así más información) disponible, o si la prueba existente se hubiese sometido a un examen más riguroso y amplio?

Cuestiones como estas no admiten una respuesta exacta. Esto es así porque las generalizaciones a que apela el razonamiento contrafáctico solo pueden derivarse de mundos posibles, más que efectivos. La aplicabilidad de tales generalizaciones a casos concretos estaría abierta a un incesante cuestionamiento destinado a destruir, construir y reconstruir inferencias judiciales. Para evitar esta infinidad, la indagación debe culminar en algún punto. Pero concluirla en un punto dado supone una elección estratégica, más que epistémica. Terminar en un cierto punto es decidir estratégicamente acerca de los límites de la indagación judicial, más que decidir epistémicamente sobre sus contenidos. Esto es especialmente cierto en asuntos criminales, donde las posibilidades forenses que no se ejecutaron permiten arrojar una duda razonable sobre la culpabilidad del acusado.[19] La clave a resolver, en un juicio penal, es si el acusado es culpable de los cargos, no si

[18] La poca atención de los académicos hacia el problema del riesgo de error puede favorecer (erróneamente, a mi juicio) la demolición de las estructuras formales del derecho de prueba. Véase, por ejemplo, Damaska, M.R., *Evidence Law Adrift*, Yale University Press, New Haven, 1997. Quienes adoptan la aproximación utilitarista de Bentham, que entiende al derecho procesal y probatorio como propenso a maximizar solo el número de decisiones correctas, también apoyan la discrecionalidad probatoria. Debido a que los hechos de cada caso son únicos, las reglas concretas sobre cuestiones probatorias promueven mejor las decisiones correctas que las reglas generales. El principio utilitario permite así que los riesgos de error sean repartidos por los jueces, sin conceder inmunidades a litigantes individuales. En cuanto a los riesgos considerados particularmente nocivos, como la condena de un inocente, ellos deben evitarse –cada riesgo individualmente– sobre bases utilitaristas. Véase Postema, G. J., *Bentham and the Common Law Tradition*, Oxford, Clarendon Press, 1986, 341-357; 403-408; Twining, W.L., *Theories of Evidence: Bentham and Wigmore*, Stanford University Press, 1985, 47 ss, 98-100.

[19] En los casos civiles, la prueba faltante puede obviarse, en la medida en que no quepa atribuir su ausencia a una de las partes litigantes. Esto reparte el riesgo de error de un modo toscamente igualitario. Véase Porat, A & Stein, A., "Liability for Uncertainty: Making Evidential Damage Actionable", *Cardozo Law Review*, Vol. 18, 1997, 501.

es culpable de los cargos sobre la base de que toda la información requerida se contiene en la prueba existente[20].

Este es el lugar para distinguir entre la *probabilidad* de los hechos litigados y la suficiencia probatoria o *peso* que todo juicio de probabilidad señala. La probabilidad se determina *sobre la base* de la prueba existente, sin que le afecte la amplitud, o la resiliencia, de la base probatoria subyacente, la que depende de lo prolongado de la indagación judicial. Este último factor, el que (siguiendo a Keynes[21]) denominaré "peso", alude a la suficiencia de la prueba sobre la cual se formula el juicio de probabilidad. La probabilidad puede percibirse como algo que deriva del contenido de la prueba sobre la cual se determina, no del monto relativo de esa prueba. Las decisiones que conciernen a esto último, *i. e.*, las decisiones acerca de la *suficiencia* de la prueba para dictar un fallo, no son decisiones de probabilidad. En otras palabras, el peso es una función de la medida en que la información relevante del juicio de probabilidad es especificada por la prueba. De allí que algunos juicios de probabilidad puedan ser más pesados que otros. Dos juicios de probabilidad apuntando a la misma conclusión pueden comportar diversos pesos. La prueba no tiene peso *per se*; únicamente los argumentos *desde la prueba*, que impulsan hacia adelante el proceso inferencial, pueden albergar un mayor o menor peso, dependiendo de la amplitud de su base probatoria. Como ha explicado Keynes,

> Al aumentar la prueba relevante a nuestra disposición, la magnitud de la probabilidad del argumento puede decrecer o incrementarse, de acuerdo con cómo el nuevo conocimiento fortalece la prueba desfavorable o la favorable; pero *algo* parece haber aumentado en cada caso –tenemos una base más sustancial sobre la cual apoyar nuestra conclusión–. Yo expreso esto diciendo que la adquisición de nueva prueba incrementa el *peso* de un argumento. A veces la prueba nueva disminuirá la probabilidad de un argumento, pero siempre aumentará su "peso". [E]l peso, metafóricamente hablando, mide la *suma* de la prueba favorable y desfavorable, la probabilidad mide la *diferencia*[22].

Esta distinción fundamental es aplicable no solo a las probabilidades matemáticas, sino que también a las no matemáticas, como las que emplea la adjudicación[23]. Basados en esta distinción, podemos ver que cualquier juicio de probabilidad (*v. gr.*, un fallo afirmando que la culpabilidad del acusado ha sido establecida más allá de toda duda razonable) está condicionado, en cuanto a su fuerza [*cogency*], a su base probatoria. En consecuencia, algunos juicios de probabilidad deben ser considerados como más sólidos que otros.

---

[20] Véase Cohen, L.J., "The Role of Evidential Weight in Criminal Proof", *Boston University Law Review*, Vol. 66, 1986, 635, 636-37.

[21] Keynes, J.M., A *Treatise on Probability*, Macmillan & Co., 1ª ed., London, 1921, 77.

[22] Keynes, *ibíd.*, 77, 84.

[23] Véase Stein, A., "Judicial Fact-Finding and the Bayesian Method: The Case for Deeper Scepticism About their Combination", *International Journal of Evidence & Proof*, Vol. 1, 1996, 25.

El razonamiento judicial sobre los hechos controvertidos debe percibirse, por tanto, como algo que actúa dentro de dos dimensiones (probabilidad y peso), en lugar de solo una (probabilidad). Las decisiones que se toman dentro de la dimensión de la probabilidad deben adecuarse al estándar de prueba predominante, como el de "más allá de toda duda razonable", si el asunto es criminal, o la "preponderancia de la prueba", si el caso es civil. Como ya he mencionado, la necesidad de contar con estos estándares prescritos por el derecho no es controvertida por los partidarios de la prueba libre. Los adeptos a la prueba libre aceptan esta forma de regular el juicio de hecho porque refleja las preferencias sociales en el reparto del riesgo de error, el que debe determinarse democráticamente en lugar de quedar entregado solo a los jueces. Es por todos aceptado que los jueces no están en una posición privilegiada para dirimir esas preferencias.

No obstante, según los partidarios de la prueba libre, esto no aplicaría a las decisiones acerca de si la prueba satisface el estándar de prueba predominante en un caso concreto. Los adeptos de la prueba libre dejan tales decisiones en las manos de cada juez. Si ellos dieran cuenta de la terminología "peso-probabilidad", dirían que no se requiere de ninguna regulación en el ámbito del peso. Las probabilidades que arrojan tal o cual prueba –dirían– es una cuestión propiamente epistémica sobre la que el derecho no debe ejercer ningún control.

¿Pero y si les representamos, como hago ahora, que juicios que registran la misma probabilidad pueden tener diversos pesos, dependiendo del margen de la indagación judicial subyacente y de la cantidad de pruebas recopiladas en razón de ello? Los juicios de probabilidad pueden obtenerse válidamente siguiendo los estándares epistémicos dominantes, en la medida en que las condiciones de trasfondo informativo se tomen como dadas. Pero esto no se aplica a las decisiones que se refieren a la corrección de esas condiciones informativas. En el razonamiento práctico, la misma condición informativa puede ser apropiada en ciertos casos, pero inadecuada en otros. Esto es así porque nunca disponemos de una información completa, y porque la indagación judicial debe acabar y, por tanto, cubrir hasta cierto punto. Cualquiera de esas coberturas da cuenta de una elección estratégica más que epistémica que entraña una distribución del riesgo de error.

No exige demasiado probar que esta cobertura tiene lugar en cualquier inferencia judicial que se haga a partir de cualquier elemento probatorio. Las proposiciones que aluden al "peso" o "credibilidad" probatoria siempre deben ser entendidas como refiriéndose a *argumentos* probatorios y no a fuentes probatorias. Las fuentes no tienen peso; ellas existen o no existen. Solo los argumentos que transforman las fuentes probatorias en evidencia pueden importar un peso más o menos sólido. Decir, por ejemplo, que "la declaración testimonial T dada por W acerca de H es creíble", no se entiende, a menos que esa afirmación se profiera elípticamente (como típicamente ocurre), de modo que juegue a favor de algún argumento implícito que transforme T en H[24]. Lo concluyente del argumento depende de las razones que lo apoyen, ligadas en último término a alguna teoría epistémica. En el juicio de hecho, la teoría epistemológicamente predominante es

[24] Tales argumentos se etiquetan y tratan como "argumentos transformativos", en Stein, REL.

la del empirismo lógico[25]. Por tanto, cuando alguien pasa de T a H sosteniendo que su argumento (¡no T!) es suficientemente "pesado" o "creíble", debe entenderse implícito que asume tener razones empíricas suficientes para inferir H de T.

En consecuencia, el peso probatorio debe comprenderse como una función de las razones que se dan en apoyo de los argumentos probatorios relevantes. Desbordando siempre el contenido asertivo de una sola fuente probatoria, tales razones descansan sobre numerosas fuentes de prueba, incluyendo la experiencia general. Estas razones son invariablemente "ampliativas" en su naturaleza. Ellas siempre amplifican la información existente más que meramente reiterarla (en un sentido trivial o por enumeración estadística) y aplicarla deductivamente[26]. En tanto se dirigen a lo no demostrable, esas razones entrañan el problema usual de la incerteza inductiva y su resultado está destinado a ser probabilístico[27]. También están destinadas a ser incompletas, y no solo por el problema habitual de la incerteza inductiva. Un examen completo de esas razones requeriría de una información, tiempo y recursos del que los procesos judiciales nunca disponen[28].

IV. Aplicaciones

La regulación del juicio de hecho puede operar de tres maneras claves, que paso a delinear respecto de los juicios criminales[29].

Primero, debido a que la indagación judicial está constreñida por límites, las investigaciones que envuelven riesgos inaceptables no deben ser permitidas *ab initio*. Esta prohibición debe implementarse mediante la exclusión de pruebas que dan pie a una indagación inaceptablemente riesgosa. Ella puede justificar, sobre bases perfectamente racionales, la inadmisibilidad de las declaraciones de oídas, de prueba sobre la conducta previa [*character evidence*] y de información científicamente controvertida, cuando se alegan *en contra del acusado*.

Según la regla de testimonios de oídas, una afirmación hecha fuera del tribunal no puede admitirse como prueba de la verdad de su contenido[30]. Con numerosas excepciones, tal prueba se excluye por falta de confrontación. En la medida en que esta regla funciona a favor del acusado, puede justificarse como una inmunidad ante el riesgo de error. Esta justificación puede comprenderse fácilmente, desplegando las inferencias relativas a la credibilidad que vierten quien afirma y quien se opone a una declaración de oídas. Tómese un caso penal (tristemente) típico en donde, por una razón no preci-

[25] Véase Twining, *supra* n. 2, cap. 3 y 4.

[26] El término "ampliación inductiva" está tomado de Cohen, L.J., *An Introduction to the Philosophy of Induction and Probability*, Oxford, Clarendon Press, 1989, 1-4.

[27] Véase Cohen, *ibíd.*, §1.

[28] Véase Stein, REL, 309-311.

[29] Para una discusión del mismo tema respecto de los casos civiles, véase Stein, REL, 333-342.

[30] Véase FRE 801. Para una definición más amplia, seguida en Inglaterra, véase *Wright v. Doe d. Tatham* (1837) 7 A & E 313; *R. v. Kearly* [1992] 2 All ER 345.

sada, un testigo clave de la Fiscalía no asiste a declarar en juicio tras haber incriminado al acusado fuera del tribunal (ante la policía o en una audiencia ante un gran jurado)[31]. La escasez de información que caracteriza a estos casos da pie a la aplicabilidad de, al menos, dos generalizaciones:

(1) La gente desinteresada en el resultado de un juicio suele decir la verdad;
(2) La gente interesada en el resultado de un juicio promoverá sus intereses acudiendo a la falsedad.

La validez de estas generalizaciones, como aplicables o inaplicables al caso concreto, nunca podrá examinarse completamente. En algún punto, la indagación judicial al respecto se encuentra sujeta a un límite. La objeción del acusado a que se admita esa declaración se expresará en los siguientes términos:

(1) En su juicio no se le dio la oportunidad de confrontar completamente al testigo;
(2) Por lo tanto, los jueces tienen que conjeturar sobre lo que habría ocurrido, si es que se hubiese examinado plenamente al testigo;
(3) Si se le hubiese confrontado completamente, nueva información, obtenida de ese modo, podría haber puesto su caso bajo la segunda generalización, la absolutoria.

Poniendo a un lado los casos inusuales, cubiertos por excepciones justificadas a la regla de los testimonios de oídas[32], no logro vislumbrar una respuesta plausible a esta objeción[33].

Ahora, considérese la regla que excluye las condenas previas y otros rasgos reprochables del carácter, como pruebas en contra del acusado. Cualquier argumento construido sobre esa prueba entrañaría una generalización que le atribuye algún nexo causal recurrente a la personalidad y la acción. Aplicables a ciertos casos, pero no a todos, tales generalizaciones no son susceptibles de un examen individualizado. Su aplicabilidad específica al caso nunca puede establecerse de un modo adecuado. Debido a que cualquier indagación judicial sobre este punto está ceñida a límites, es lo correcto, a mi juicio, considerar demasiado riesgoso el que tan solo se inicie una. Al acusado debe concedérsele una inmunidad ante el riesgo de error que entraña la prueba de la conducta previa [*character evidence*].

---

[31] En Israel, tales declaraciones son habitualmente admisibles según la sec. 1ª de la Ordenanza Probatoria [Nueva Versión] 1971.

[32] Las que se basan en sustitutos funcionalmente equivalentes a la confrontación, que aseguran el examen de los dichos controvertidos: véase Swift, E., "A Foundation Fact Approach to Hearsay", *California Law Review*, Vol. 75, 1987, 1339.

[33] Véase Stein, REL, 312-316. Quienes sepan hebreo encontrarán más sobre el tema en Stein, A., "Hearsay Statements as Evidence in Criminal Trials: 'Is' and 'Ought'", *Mishpatim*, Vol. 21, 1992, 325, y en Stein, A., "The Admissibility of Out-of-Court Statements as Evidence in Criminal Trials: On the New Bill, New Ideas, and the Same Old Tenets", *Mechkarei Mishpat*, Vol. 10, 1993, 157.

Permítaseme aludir ahora a la bien sabida controversia acerca de la admisibilidad de los nuevos descubrimientos científicos, que aún no han sido aprobados por la comunidad científica. La famosa decisión en *Frye* v. *United States* estableció el rígido estándar de un "reconocimiento estable y científico" como una precondición para admitir la prueba científica[34]. Este estándar, a pesar de ser muy criticado y no siempre seguido por los jueces[35], sobrevivió hasta 1993, cuando fue revocado por la Corte Suprema de los Estados Unidos[36]. Precedido por un discutible juicio acerca de la racionalidad científica[37], el nuevo estándar que fija la Corte requiere que la prueba científica sea susceptible de un examen empírico y falseable. De ahora en adelante, el "reconocimiento científico estable" *per se* afectará al "peso" más que a la admisibilidad de los descubrimientos científicos[38]. En Inglaterra, sin suscribir explícitamente *Frye*, los tribunales han mostrado una dosis justa de prudencia hacia las conclusiones científicas que todavía no han sido aprobadas por la comunidad científica relevante[39]. En Israel, el principio de admisibilidad es al menos tan liberal como en los Estados Unidos tras *Daubert*[40].

Parte de esta controversia puede eliminarse si se plantea en forma adecuada. El juicio de hecho en la adjudicación se vincula con el reparto de los riesgos de error. La distribución de este riesgo no puede depender de pronósticos judiciales acerca del éxito (o fracaso) de la evolución o revolución científica en curso[41]. Por lo tanto, la prueba científica que no logra satisfacer el estándar *Frye* debe ser excluida siempre que se rinda en contra del acusado en un juicio criminal. Esa prueba debe excluirse porque no hay una forma *específica* de relacionarla, más que su negación, con el caso concreto[42].

El ineludible margen de cobertura hace a algunas indagaciones inaceptablemente riesgosas, en comparación con pesquisas dirigidas al mismo fin, de otra forma. Cuando la investigación favorable está disponible, la prueba abierta a ella deviene *preferente*. Esta prueba adquiere prioridad por sobre otras que conducen a indagaciones judiciales inaceptablemente riesgosas. La prueba que se marca como inferior puede, en consecuencia, ser excluida; además, cuando uno de los litigantes es responsable de haber frustrado una

[34] *Frye v. United States* 293 F. 1013 (1923).

[35] Véase Giannelly, P. C., "The Admissibility of Novel Scientific Evidence. Frye v. United States: A Half-Century Later", *Columbia Law Review*, Vol. 80, 1980, 1197.

[36] *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc*., 113 S. Ct. 2786 (1993).

[37] La Corte Suprema aparentemente ha zanjado la famosa controversia Popper-Kuhn en la filosofía de la ciencia a favor de Karl Popper. Véase *ibíd.*, 2796-2797.

[38] *Ibíd.*, 2797. Para una reveladora discusión de los problemas instalados por *Daubert*, véase Allen, R.J., "Expertise and the *Daubert* Decision", *Journal of Criminal Law & Criminology*, Vol. 84, Nº 4, 1994, 1157.

[39] Véase Zuckerman, A. A. S., *The Principles of Criminal Evidence, Oxford University Press*, 1989, 62-69.

[40] Véase, por ejemplo, *Aflalu v. State of Israel* (1980) 34 (iii) *P. D. 56; Brooks v. State of Israel* (1989) 43 (iii) *P. D.* 441.

[41] Porque los jueces son incompetentes, tanto institucionalmente como *de facto*, para resolver controversias científicas, solo pueden diferirlas a los expertos. Véase Allen, *supra* n. 38; Zuckerman, *supra* n. 39, 63-64.

[42] Para otra visión escéptica acerca de la aplicabilidad de *Daubert* a la prueba incriminatoria del acusado véase Berger, M.A., "Procedural Paradigms for Applying de *Daubert* Test", *Minnesota Law Review*, Vol. 78, 1994, 1345, 1352-1363. A diferencia de mi posición, el profesor Berger no llega a sostener que Frye deba reponerse para este limitado (aunque probatoriamente importante) propósito.

investigación favorable, las inferencias adversas que le afecten pueden prescribirse como obligatorias y, según ello, prioritarias a otras inferencias en competencia.

Los jueces deben, por lo tanto, seguir el "principio de la mejor evidencia", el que excluye pruebas secundarias cuando una mejor se encuentra disponible. Este principio le asigna prioridad no solo a un documento original, en lugar de su duplicado, sino también a una testimonial, en lugar de una declaración extrajudicial dada por el mismo testigo[43]. Aunque muchas de estas afirmaciones ya son excluidas por la regla de los testimonios de oídas, esta ampliación del principio de la "mejor evidencia" no sería redundante. Ella se aplicaría a la *admisibilidad* de las declaraciones de oídas. Cualquiera de esas afirmaciones debe ser excluida si quien las realiza se encuentra disponible y puede, por tanto, ser citado y examinado como un testigo. Esta restricción debe aplicarse tanto a la Fiscalía como al acusado.

Más aún, virtualmente en todos los casos el acusado será el mejor testigo para declarar acerca de su culpabilidad o inocencia. Por ello, su declaración debe considerarse como prioritaria respecto de sus otras pruebas. Excluir esta prueba cuando el acusado se abstiene de testificar prácticamente aboliría el derecho a guardar silencio, lo que sería altamente controversial. Al mismo tiempo, la negativa del acusado a subir al estrado normalmente debe conducir a inferencias adversas, las que reforzarán la tesis de la Fiscalía[44].

En relación con esto, cuando uno de los testigos de la Fiscalía no declara como resultado de la violencia, intimidación u otros medios impropios empleados por (o a nombre de) el acusado, cualquier afirmación previa hecha por este testigo debe admitirse como prueba en contra del acusado. La última objeción a que se admita este testimonio, sustentada comúnmente bajo la regla del testimonio de oídas, sería, por consiguiente, reemplazada. Al margen de esto, el recurso del acusado a medios impropios debería usarse como prueba en favor de su condena[45]. Estos principios fomentarían la admisión de la mejor evidencia.

Finalmente, en algunos casos, ninguna clausura es permisible hasta que la existencia o inexistencia de una cierta información esté adecuadamente establecida. La determinación

---

[43] Véase Nance, *supra* n. 14. *Cfr*. Seigel, M. L., "Rationalizing Hearsay: A Proposal for a Best Evidence Hearsay Rule", *Boston University Law Review*, Vol. 72, 1992, 893 (una propuesta más radical de reemplazar las reglas de testimonios de oídas por un principio más amplio de la mejor evidencia).

[44] Esta aproximación es suscrita por el Derecho Procesal Penal israelí [Versión Consolidada], sec. 162. En los Estados Unidos, esta lectura requeriría abolir *Griffin* v. *California*, 380 US 609 (1965).

[45] Siempre que sus acciones en contra del testigo se prueben más allá de toda duda razonable (como lo exigen, por ejemplo, en Inglaterra, *R.* v. *Acton Justices, Ex Parte McMullen and others; R.* v. *Tower Bridge Magistrates` Court, Ex parte Lawlor*, 92 Cr. App. Rep. 98, 104 (1991)). En USA, las condiciones de admisibilidad pueden acreditarse mediante una preponderancia de la prueba: véase *Bourjaily v. United States*, 483 US 171 (1987); *Daubert* v. *Merrell Dow Pharmaceuticals Inc.*, 113 S. Ct. 2786, 2796 n. 10 (1993). Aunque es generalmente adecuada, esta regla debería diferenciarse más. Mi propuesta se corresponde plenamente con FRE 804(b)(6) y el argumento dado por Friedman, R. D., "Confrontation and the Definition of Chutzpa", *Israel Law Review*, Vol. 31, 1997, sobre este asunto en p. 506 (excepto por el estándar de prueba requerido, el que, bajo el derecho estadounidense y en la explicación de Friedman, es considerablemente menos exacto). En Israel, la cuestionada declaración sería admitida bajo condiciones incluso menos estrictas, que fija la sec. 10A(b) de la Ordenanza Probatoria [Nueva Versión] 1971.

de los hechos que no va precedida y, en último término, que no se apoya en una indagación como esa, también puede ser considerada un riesgo inaceptable. Esta estrategia de reparto de riesgos puede generar diferentes requisitos de corroboración para ciertos tipos de casos, por ejemplo, para casos que envuelven testimonios de complicidad, prueba de identificación o confesiones. También puede producir estándares que demanden una mayor especificidad de bases informativas a las que se supedite la evaluación judicial de las probabilidades relevantes. Por ejemplo, las inferencias puramente estadísticas, incluso cuando estén convenientemente determinadas, no pueden estimarse suficientes para condenar[46].

Como he demostrado, las estrategias de exclusión, preferencia y corroboración que distribuyen el riesgo de error pueden explicar, al menos, algunas de las reglas probatorias existentes. Si estas estrategias se implementaran a todo nivel como estándares decisorios generales, el control legal sobre las evaluaciones judiciales del peso se fortalecería significativamente. Vincularía a cada inferencia en particular hecha bajo incerteza por los jueces. De este modo, la regulación que *controla el peso* funcionaría junto con la regulación que *controla la probabilidad* y la *indagación*, como lo exhiben los estándares y las cargas de prueba existentes. La viabilidad de este esquema regulatorio la he demostrado en otro lugar[47].

Bibliografía

Allen, R.J., "Expertise and the *Daubert* Decision", *Journal of Criminal Law & Criminology*, Vol. 84, Nº 4, 1994, pp. 1157-1175.

Bayles, M.D., "Principles for Legal Procedure", *Law & ≠ Philosophy*, Vol. 5, Nº 1, 1986, pp. 33-57.

Bentham, J., *Rationale of Judicial Evidence*, Vol. V, Hunt and Clarke, London, 1827.

Berger, M.A., "Procedural Paradigms for Applying de *Daubert* Test", *Minnesota Law Review*, Vol. 78, 1994, pp. 1345-1386.

Chamberlyne, C. F., "The Modern Law of Evidence and Its Purpose", *American Law Review*, Vol. 42, 1908, pp. 757-773.

Cohen, L.J., *The Probable and the Provable*, Oxford, Clarendon Press, 1977.

Cohen, L.J., "Freedom of Proof", en Twining, W.L. (ed.), *Facts in Law*, Association for Legal and Social Philosophy, Wiesbaden, 1983, pp. 1-21.

Cohen, L.J., "The Role of Evidential Weight in Criminal Proof", *Boston University Law Review*, Vol. 66, 1986, pp. 635-649.

Cohen, L.J., *An Introduction to the Philosophy of Induction and Probability*, Oxford, Clarendon Press, 1989.

Damaska, M.R., *Evidence Law Adrift*, Yale University Press, New Haven, 1997.

Davis, K. C., "An Approach to Rules of Evidence for Non-Jury Cases", *American Bar Association Journal*, Vol. 50, 1964, pp. 723-726.

Davis, K. C., *Administrative Law Treatise*, San Diego, California, 1980.

[46] *Cfr. State of Connecticut* v. *Skipper,* 637 A. 2d 1101 (1994).

[47] Véase Stein, REL, 322-342.

Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977.
Friedman, R. D., "Confrontation and the Definition of Chutzpa", *Israel Law Review*, Vol. 31, 1997, pp. 506-535.
Giannelly, P. C., "The Admissibility of Novel Scientific Evidence. *Frye* v. *United States*: A Half-Century Later", *Columbia Law Review*, Vol. 80, 1980, pp. 1197-1250.
Hand, L., "The Deficiencies of Trials to Reach the Heart of the Matter", *Lectures on Legal Topics, 1921-1922*, Association of the Bar of the City of New York, 1926, pp. 89-105.
Heydon, J., *Evidence: Cases and Materials*, Butterworths, 2ª ed., London, 1984.
Kahneman, D., Slovic, P. & Tversky, A. (eds.), *Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge University Press, New York, 1982.
Keynes, J.M., *A Treatise on Probability*, Macmillan & Co., 1ª ed., London, 1921.
Lempert, R., "Modeling Relevance", *Michigan Law Review*, Vol. 75, 1977, pp. 1021-1057.
Leonard, D., "The Use of Character to Prove Conduct: Rationality and Catharsis In the Law of Evidence", *University Colorado Law Review*, Vol. 58, 1986-87.
Lewis, A. D. E., "The Background to Bentham on Evidence", *Utilitas*, Vol. 2, 1990, pp. 195-219.
Montrose, J.L., "Basic Concepts of the Law of Evidence", *Law of Quarterly Review*, Vol. 70, 1954, pp. 527-555.
Nance, D., "The Best Evidence Principle", *Iowa Law Review*, Vol. 73, 1988, pp. 227-297.
Nicolson, D., "Truth, Reason and Justice: Epistemology and Politics in Evidence Discourse", *Modern Law Review*, Vol. 57, 1994, pp. 726-744.
Porat, A & Stein, A., "Liability for Uncertainty: Making Evidential Damage Actionable", *Cardozo Law Review*, Vol. 18, 1997, pp. 1891-1960.
Postema, G. J., *Bentham and the Common Law Tradition*, Oxford, Clarendon Press, 1986.
Raz, J., *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, 1986.
Seigel, M. L., "A Pragmatic Critique of Modern Evidence Scholarship", *Northwestern University Law Review*, Vol. 88, Nº 3, 1994.
Seigel, M. L., "Rationalizing Hearsay: A Proposal for a Best Evidence Hearsay Rule", *Boston University Law Review*, Vol. 72, 1992.
Stein, A., "The Refoundation of Evidence Law", *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, Vol. 9, 1996, pp. 279-342.
Stein, A., "Judicial Fact-Finding and the Bayesian Method: The Case for Deeper Scepticism About their Combination", *International Journal of Evidence & Proof,* Vol. 1, 1996, pp. 25-47.
Stein, A., "The Admissibility of Out-of-Court Statements as Evidence in Criminal Trials: On the New Bill, New Ideas, and the Same Old Tenets", *Mechkarei Mishpat*, Vol. 10, 1993, pp. 157-181 (Hebreo).
Stein, A., "Hearsay Statements as Evidence in Criminal Trials: 'Is' and 'Ought'", *Mishpatim*, Vol. 21, 1992, pp. 325-355 (Hebreo).
Summers, R., "Evaluating and Improving Legal Process – A Plea for 'Process Values'", *Cornell Law Review*, Vol. 60, 1974, pp. 1-52.
Swift, E., "A Foundation Fact Approach to Hearsay", *California Law Review*, Vol. 75, 1987, pp. 1339-1428.
Thayer, J.B., *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, Boston, Little, Brown and Company, 1898.
Tillers, P., "Modern Theories of Relevancy", en *Wigmore on Evidence* (P. Tillers rev.), Vol. 1A, sec. 37, 1983.
Tribe, L., *American Constitutional Law*, Foundation Press, New York, 1978.
Twining, W.L., *Theories of Evidence: Bentham and Wigmore*, Stanford University Press, 1985.
Twining, W.L., *Rethinking Evidence*, Oxford, Basil Blackwell, 1990.

WIGMORE, J. H., *A Treatise on The Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, 3ª ed., Boston, Little, Brown and Company, 1940.

ZUCKERMAN, A. A. S., *The Principles of Criminal Evidence*, Oxford University Press, 1989.