

REPENSANDO LAS MÁXIMAS DE EXPERIENCIA*

Alan Limardo

Universidad de Buenos Aires

alanlimardo@derecho.uba.ar

RESUMEN: El trabajo se propone realizar un análisis del concepto subyacente al término «máximas de experiencia». En primer lugar, se intenta establecer el estado actual de la comprensión del término por parte de la doctrina. A partir de ello, se da cuenta de la diversidad de conceptos que se manejan y se propone evaluar la estructura lógica de los enunciados a los que se suele catalogar como máximas de experiencia y el rol que cumplen en la valoración de la prueba. A continuación, el texto busca explorar el reemplazo del término por el concepto de generalizaciones y escoge una clasificación de estas. Finalmente, se advierte acerca de algunos peligros en su utilización y se proponen ciertos criterios para su empleo en los razonamientos sobre hechos.

PALABRAS CLAVE: máximas de experiencia; generalizaciones; razonamiento sobre hechos; valoración de la prueba; sana crítica racional.

* Agradezco a Daniel González Lagier las observaciones y comentarios que me realizara a las sucesivas versiones de este trabajo, y a Edgar Aguilera García por las críticas y recomendaciones efectuadas al integrar el tribunal —junto con González Lagier— que evaluó una versión previa de este artículo presentada como Trabajo Final del Máster en Razonamiento Probatorio de la Universidad de Girona. También deseo expresar mi gratitud, por la lectura del texto y las sugerencias que me propusieran —que enriquecieron estas líneas—, hacia Julieta Beutler, Pablo Larsen, Damián Radiminski, Pablo Rovatti, Agustín Varela, Diana Veleda y dos revisores/as anónimos/as que evaluaron la versión final. Por último, quisiera dedicarle este trabajo a Romeo.

RETHINKING «MAXIMS OF EXPERIENCE»

ABSTRACT: This study aims to analyze the concept beyond the term «maxims of experience». First, it attempts to settle how the term is currently understood by legal scholars. Secondly, it finds that a wide variety of concepts are being used and, consequently, examines the logical structure of the statements that are usually classified as maxims of experience and their role in evidence assessment. Afterwards, the essay seeks to explore if the term could be replaced by the concept of generalizations and choose a classification of these. Finally, the work warns about some risks in their use and some criteria are proposed for their application to legal fact reasoning.

KEYWORDS: generalizations; legal fact reasoning; evidence assessment; experience; stock of knowledge.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. LAS MÁXIMAS DE EXPERIENCIA: ENTRE LA SANA CRÍTICA, LOS CONOCIMIENTOS CIENTÍFICOS Y LA EXPERIENCIA DEL JUEZ O LAS COMUNIDADES.— 3. LA ESTRUCTURA LÓGICA DE LOS ENUNCIADOS Y SU ROL EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA. EL CONCEPTO DE GENERALIZACIONES EMPÍRICAS: 3.1. ¿Cuál es la estructura lógica de los enunciados que, bajo diversas clasificaciones, llamamos máximas de experiencia? — 3.2. ¿Cuál es su rol en la valoración de la prueba? — 3.3. El concepto de generalizaciones empíricas.— 3.4. El aparato conceptual de Schauer sobre las generalizaciones empíricas.— 4. Los peligros de las generalizaciones: invalidez de la generalización y peligros en el uso de las generalizaciones: 4.1. Invalidez de la generalización.— 4.2. Peligros en el uso de las generalizaciones: 4.2.1. La solidez de las generalizaciones.— 4.2.2. La selección de las generalizaciones: 4.2.2.1. Las generalizaciones específicas del caso y de contexto vs las generalizaciones «ad-hoc».— 4.2.2.2. Las fuentes de las generalizaciones.— 5. ALGUNOS CRITERIOS PARA LA UTILIZACIÓN DE LAS GENERALIZACIONES.— 6. CONCLUSIONES.

RECOMMENDED CITATION: LIMARDO A., 2020: «Repensando las máximas de experiencia», in *Quaestio facti*, 2: 115-153. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. DOI: http://dx.doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i2.22464

“Querer lograr la absoluta exclusión de la duda, es algo que se prohíbe a sí mismo toda persona que haya seguido la historia del saber humano”
Friedrich STEIN (1893: 36)

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo busca comenzar a efectuar un análisis del concepto subyacente al término «máximas de experiencia».

Si existiese un concepto claro, preciso, bien definido y útil, toda esta empresa no tendría mucho sentido, ya sea teórico o práctico. Sin embargo, considero que, si bien se suele utilizar y repetir con frecuencia el término en los razonamientos sobre hechos, podría integrar ese conjunto oscuro de nociones respecto de las cuales no se sabe muy bien a qué se hace referencia con exactitud o, al menos, de los que no se repara muy rigurosamente en sus características y notas definitorias¹.

Por esa razón, aquí se intentará arrojar algo de luz sobre el concepto para iniciar un proceso de delimitación más precisa y, a su vez, una utilización más fructífera en el campo del razonamiento probatorio, lo que podría llevar, al final del día, a su reemplazo.

Creo que la importancia de la tarea puede apreciarse si se atiende a la trascendencia que posee la utilización de las «máximas de experiencia» en las decisiones sobre hechos de los procesos judiciales. Si, como se verá en profundidad más adelante, nos valemos de estas máximas para formular inferencias fácticas a partir de ciertas pruebas y pretendemos hacer valer sus conclusiones como coincidentes con la realidad², parece que su selección, formulación y utilización constituyen pasos importantes en el marco de un procedimiento preocupado por aproximarse en la mayor medida posible a la verdad de los hechos.

Piénsese en el siguiente caso. La policía es alertada por la detonación de un arma de fuego en una casa. Al llegar al lugar, los oficiales ven a un hombre salir del domicilio y comenzar a correr. Esta persona es detenida e identificada como la pareja de la víctima, quien se encuentra muerta en el interior producto de un disparo. Supóngase que a partir de esta limitada información (el sujeto fue detenido cuando salía corriendo del lugar del asesinato) debe formularse una inferencia sobre la responsabilidad, o no, de la persona detenida.

La fiscalía podría recurrir, para sostener la hipótesis de culpabilidad de la persona, a un enunciado que indique que «las personas que huyen de la escena del crimen suelen ser sus autores». La defensa, en sentido contrario, tal vez alegue que su cliente no es el autor, pues «las personas que cometen un asesinato, y son detenidas mientras huyen, habitualmente tienen en su poder el arma homicida». La primera inferencia se orienta a la culpabilidad del acusado, mientras que la segunda a su inocencia. La diferencia, *ceteris paribus*, radica en la «máxima de experiencia» empleada.

¹ Podría compartir este conjunto oscuro de nociones con, por ejemplo y sin ánimo de exhaustividad, «más allá de toda duda razonable», «reglas de la sana crítica», y las categorías «acusatorio» o «inquisitivo» como grandes etiquetas.

² Este trabajo, conviene adelantar desde ahora, toma como punto de partida las tesis centrales de la *tradición o concepción racionalista de la prueba*. Sobre el contenido de esas tesis, en especial sobre la prueba jurídica y los presupuestos filosóficos y epistemológicos, puede verse una excelente presentación en ACCATINO, 2019. También puede consultarse un resumen, crítico de algunos presupuestos expresados por FERRER BELTRÁN —en particular sobre estándares de suficiencia probatoria—, en la obra de AGUILERA, 2016.

Ahora bien, ¿de dónde surge el enunciado que indica que las personas que huyen de la escena del crimen suelen ser sus autores? ¿De qué modo podríamos justificar su formulación en un proceso judicial? Es decir, ¿Con qué criterios o parámetros contamos para diferenciar las «máximas de experiencia» de otro tipo de enunciados? ¿Son acaso aquellos mencionados en el párrafo anterior verdaderas máximas de experiencia? A su vez, ¿cómo podríamos defender racionalmente nuestra preferencia por la primera o por la segunda de ellas? Y como si estos interrogantes no fueran suficientes, ¿en qué grado esos enunciados apoyan la conclusión a la que queremos arribar?

Todo esto demuestra que poner el foco de atención en aquello que se ha denominado máximas de experiencia es, en gran medida, preocuparnos por una valoración racional de la prueba y una reconstrucción lo más precisa posible de los hechos. En términos más concretos, una o varias máximas de experiencia pueden llegar a constituir la diferencia entre una persona culpable que es dejada en libertad o una inocente que es condenada erróneamente.

Si bien un análisis exhaustivo del asunto llevaría a abordar una gran cantidad de aspectos que guardan vinculación con el tema escogido —directa o indirectamente—, solo concentraré mi atención en la función que las «máximas de experiencia» poseen en el momento de la valoración de los medios de prueba, algo que podríamos denominar su rol *justificativo*³.

El trabajo se estructura de la siguiente manera. En primer lugar, examinaré el modo en que la doctrina de la tradición continental-europea ha entendido a las máximas de experiencia, para demostrar las profundas diferencias en la comprensión del término y, por consiguiente, la imprecisión conceptual que existe (2). A continuación, a partir de un análisis de la estructura lógica de los enunciados a los cuales típicamente se ha calificado como máximas de experiencia y de su rol en la valoración de la prueba, propondré como fructífero su reemplazo por el concepto de *generalizaciones empíricas* (3). Luego, ingresaré en la tarea de señalar algunos criterios para determinar cuándo una generalización puede ser empleada en un razonamiento sobre hechos, con el objetivo de evitar, reducir o ser conscientes al menos de ciertos peligros inherentes a las generalizaciones y otros vinculados con su utilización (4). Finalmente, intentaré enunciar algunos criterios para afrontar esos problemas (5).

³ Como dije al inicio, se trata de comenzar a explorar un camino y trazar algunas líneas de trabajo. Quedarán por fuera, al menos de un análisis detallado, otros puntos respecto de los cuales se podrían alegar interrelaciones concretas, tales como las presunciones, la denominada prueba «por indicios», los hechos notorios, el rol de las narrativas o historias (*story-telling*), el razonamiento abductivo, la función heurística de las generalizaciones, otras herramientas (por ejemplo, definiciones o conceptos) para formular inferencias, la prueba de la relación de causalidad o el control de la valoración en etapas recursivas.

2. LAS MÁXIMAS DE EXPERIENCIA: ENTRE LA SANA CRÍTICA, LOS CONOCIMIENTOS CIENTÍFICOS Y LA EXPERIENCIA DEL JUEZ O LAS COMUNIDADES

El origen del término «máximas de experiencia» suele atribuirse a Friedrich STEIN (1893)⁴, quien a finales del siglo XIX ya destacó su falta de atención teórica⁵. En aquel entonces, STEIN afirmó que las máximas de experiencia⁶:

Son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos (1893: 27).

A lo largo de los años subsiguientes, la doctrina procesal de la tradición europeo-continental levantó el guante dejado por STEIN⁷ y comenzó a emplear la denominación que él acuñó⁸. Sin embargo, bajo ese término se han ofrecido definiciones de lo más disímiles. Algunas de ellas se señalarán a continuación para intentar demostrar la imprecisión conceptual que afecta al término hoy en día.

En la doctrina española se ha considerado, en el marco de una concepción silogística-deductiva del razonamiento judicial —tal como la sostenida por STEIN⁹—, que las máximas de experiencia constituyen su premisa mayor en materia de hechos y permiten valorar los distintos medios de prueba para llegar a conclusiones fácticas:

La valoración de la prueba es una operación mental que se resuelve en un silogismo en el que:
1) La premisa menor es la fuente-medio de prueba (el testigo y su declaración, el documento y

⁴ Así, entre otros, TARUFFO (2002: 270 y 2009: 439), NIEVA FENOLL (2010: 28) y UBERTIS (2017: 75).

⁵ El autor afirma en el prólogo de su obra: «Las cuestiones que van a ser tratadas en las páginas siguientes pertenecen en su mayor parte a la vida jurídica de todos los días: tal vez sea esa precisamente la causa por la que la mayor parte de ellas nunca hasta ahora han sido objeto de trabajo científico» (1893: 1).

⁶ El término empleado no le resultaba del todo convincente: «Nos quedaremos pues, por ahora, con este último nombre. No está libre de objeciones: lo sé y estoy dispuesto a sustituirlo por otro mejor que me sea propuesto» (STEIN, 1893: 19).

⁷ STEIN no profundizó particularmente sobre los rasgos definitorios y términos de la definición ofrecida, de manera que ello tal vez incidió en el desarrollo histórico de diversas interpretaciones conceptuales. Ciertamente, de su noción de máximas de experiencia se desprende con claridad que constituyen la premisa mayor de los razonamientos sobre hechos en una concepción silogística del juicio de hecho—de manera que sirven para valorar los medios de prueba—, poseen carácter fáctico, no son declaraciones sobre acontecimientos individuales sino el producto de la observación de numerosos casos, y que no existiría mayor diferencia entre los conocimientos científicos —que ingresan al proceso mediante los peritos— y las máximas de experiencia (1893: 15, 23-24, 34, 41-44, 59 y 67).

⁸ Tal vez por la influencia de la *intime conviction* en el modo de concebir la valoración de la prueba, TARUFFO señala que no se encuentran rasgos del término en la cultura jurídica francesa (2009: 439).

⁹ La concepción silogística-deductiva del juicio de hecho sostenida por STEIN es también destacada por TARUFFO (2009: 439).

su presentación), 2) La premisa mayor es una máxima de la experiencia, y 3) La conclusión es la afirmación de la existencia o de la inexistencia del hecho que se pretendía probar (MONTERO AROCA, 2008: 437).

En este contexto, se afirmó que las máximas de experiencia son el *equivalente* a las reglas de la sana crítica y se obtienen de la experiencia vital de cada juez:

En el sistema de prueba libre las máximas de la experiencia se aplican por el juez, se extraen por este de su experiencia de la vida, y se deben aplicar a cada uno de los medios de prueba. No se trata de que el juez decida en conciencia sino de [que] aplique las [...] reglas de la sana crítica y estas reglas son simplemente máximas de experiencia (MONTERO AROCA, 2008: 438)¹⁰.

La visión de las máximas de experiencia como premisa mayor de un razonamiento silogístico-deductivo que permite avanzar a la conclusión sobre los hechos no es aislada. Así se ha expresado que:

conforme al modelo silogista, la «máxima de experiencia» vendría a ser la premisa mayor —a menudo implícita— del susodicho silogismo; el «dato probatorio» disponible funcionaría como la premisa menor; y la conclusión constituiría el «hecho probado» (IGARTUA SALAVERRÍA, 2004: 116).

A pesar de esa coincidencia parcial¹¹ sobre su ubicación sistemática, existe una discrepancia respecto a su origen. Pues mientras anteriormente se indicó que encuentran su génesis en la experiencia vital del juez, aquí se señala que «[l]as máximas de experiencia son *reglas* que se extraen observando *numerosos y similares* casos reales» (IGARTUA SALAVERRÍA, 2004: 117).

Otros autores de la doctrina española, si bien sitúan a las máximas de experiencia como parte de las «reglas del criterio racional» para valorar la prueba, i) no las consideran completamente *equivalentes*, sino como un componente más de aquellas y, a su vez, ii) efectúan una ulterior distinción entre las máximas «comunes» y aquellas «especializadas», que ingresarían al proceso a través de los peritos:

Libre valoración de la prueba no significa discrecionalidad o arbitrariedad, sino que la valoración de la prueba se ha efectuar, [...], «según las reglas del criterio racional», es decir, según las normas de la lógica, las máximas de experiencia común o de las especializadas que proponen los peritos (DE LA OLIVA SANTOS ET. AL., 2007: 486).

Por su parte, GONZÁLEZ LAGIER (2013: 43-44) —sobre cuya posición se volverá— realiza una clasificación más amplia y distingue entre aquellas de carácter «científico o especializado» (como las que aportan los peritos), «jurídico» (derivadas del ejercicio profesional del juez) y «privado» (provenientes de la experiencia del juez al margen de su profesión).

También es posible advertir cómo algún autor coincide con la circunstancia de que la premisa mayor del razonamiento judicial sobre hechos se trata del resultado de

¹⁰ LLUCH (2012: 415) destaca que también sostiene esa posición SERRA DOMÍNGUEZ.

¹¹ La coincidencia es parcial pues el último autor citado, si bien considera que las máximas de experiencia integran la premisa mayor del razonamiento sobre hechos, no postula que sean equivalentes a las reglas de la sana crítica.

una inducción —algo deslizado ya por STEIN e insinuado por IGARTUA SALAVERRÍA—, producto de la «cultura» del juez y de su «contacto» con la realidad:

En el silogismo clásico, es decir, el silogismo deductivo, la premisa mayor presupone un razonamiento inductivo basado en la experiencia. Cuando el juez, por las reacciones emocionales del testigo infiere que este no es veraz, [...] es evidente que sobre el cauce formal silogístico se halla aplicando anteriores criterios empíricos adquiridos merced a su cultura y su continuado contacto con la realidad. De ahí que afirmemos que al lado de la estructura lógica existe asimismo un fundamento experimental (MUÑOZ SABATÉ, 1967: 174-175).

Y respecto de su función, es claro el autor citado en punto a que posibilitan avanzar desde la información aportada por los medios de prueba hacia la conclusión del juez, ya que hacen factible que este último subsuma el supuesto de hecho con el que se enfrenta en una categoría mayor, más general, a partir de las experiencias previas:

Representa en el campo más reducido del derecho probatorio el magno problema de los universales, de la generalización la experiencia, del paso de lo particular a lo universal. Aunque no consistan en una norma abstracta aplicable, sin más, al caso concreto, las máximas de experiencia contribuyen de un modo eficaz a la formación de la persuasión judicial en tanto en cuanto el juez se aperciba de que aquel supuesto concreto entra en la categoría de acontecimientos que han dado origen a la máxima aludida (MUÑOZ SABATÉ, 1967: 175).

Asimismo, en la doctrina italiana se ha considerado que se tratan de:

enunciaciones de tipo general obtenidas a partir de la observación de sucesos pasados, susceptibles de ser formuladas por «cualquier persona de buen entendimiento y mediana cultura» (UBERTIS, 2017: 75, con cita de CHIOVENDA, 1977: 575).

En la medida en que pueden ser formuladas por cualquier persona, se diferenciarían de las leyes científicas pues estas últimas poseen:

la peculiaridad [...] de hallarse inscritas (y justificadas por) un sistema de asertos generalmente aceptado, a diferencia de las máximas de experiencia que se consideran existentes o no cada una con independencia de las demás (UBERTIS, 2017: 82).

Por su parte, TARUFFO (2002: 219) señala que son nociones derivadas de la experiencia común que representan la base de conocimientos generales para la valoración de la prueba, pero que «esos conocimientos expresan nociones de sentido común que tienen como único fundamento el hecho de formar parte de la cultura del hombre medio en un cierto lugar y en un cierto momento». A continuación, agrega:

unas veces, en efecto, son vulgarizaciones de leyes lógicas o naturales, de modo que existe —al menos en teoría— la posibilidad de fundar la valoración de las pruebas sobre esas leyes. Más a menudo, en cambio, estas bases no existen y las máximas de experiencia expresan únicamente toscas generalizaciones, tendencias genéricas, opiniones o prejuicios difundidos, en cuya base está la cultura del sentido común sin convalidación o confirmación alguna de tipo científico (2002: 219).

En otro trabajo, puntualiza que aquello prototípico de las máximas de experiencia es que consisten en enunciados que expresan una regularidad sobre acontecimientos —de modo similar a IGARTUA SALAVERRÍA, MUÑOZ SABATÉ y UBERTIS— y que se manifiestan en forma de reglas, pues se refieren a una:

pluralidad de hechos o de comportamientos cuyo conocimiento se supone derivado de la experiencia que se tiene a partir de estos hechos o comportamientos, y enuncian la que parece ser una *regularidad* en la ocurrencia de los mismos (2009: 440).

Finalmente, retomando la primera de las definiciones, precisa que se tratan de conocimientos generales, derivados de la experiencia «común» y que su función consiste en posibilitar la valoración de los elementos de prueba:

conocimientos generales vinculados con el hecho a probar y útiles, de alguna manera, a los efectos de su determinación; es más, sin estos conocimientos la valoración de la prueba sería normalmente imposible. Se trata de las nociones derivadas de la experiencia común que encuentran su formulación en las denominadas máximas de experiencia (las *Erfahrungssätze* de la doctrina alemana) y que desarrollan un papel relevante en la valoración de las pruebas. Estas nociones representan, pues, la base de conocimientos «generales» que sirven para la valoración de las pruebas y determinan en gran medida su resultado (2012: 219).

En latitudes latinoamericanas, es posible encontrar que, en la doctrina colombiana, las máximas o reglas de la experiencia se tratarían de «simples normas de criterio para el entendimiento de los hechos» (DEVIS ECHANDÍA, 1981: 176), o bien que se utilizarían por los jueces para valorar la prueba y consistirían, simplemente, en la *experiencia que todo hombre posee*:

eso que aprendió y que acumuló para ser empleado en nuevas situaciones. En otras palabras, lo que llamamos en el mundo del proceso reglas de la experiencia, no es más que una aplicación en concreto de la experiencia que todo hombre posee (PARRA QUIJANO, 2007: 80).

Por su parte, en la doctrina rioplatense se pueden observar también conceptos discordantes.

Algunas personas autoras han considerado que las máximas de experiencia son «conocimientos pacíficamente incorporados al patrimonio cultural de un círculo social determinado, y se hallan por ello al margen del objeto probatorio» —en otras palabras, no deberían ser probadas en el marco del proceso— y que «entrañan principios generales extraídos de la observación de los fenómenos físicos o del corriente comportamiento de los hombres», como también «juicios adquiridos a raíz de conocimientos técnicos especiales, en cuyo supuesto aquellas son transmitidas al juez por los peritos», y se utilizan al momento de valorar la prueba (PALACIO, 2000: 21). Aquí vemos como, una vez más, implícitamente se mantiene la distinción entre máximas «comunes» y «especializadas», se las considera el resultado de una inducción y se las vincula, a su vez, a un círculo o grupo social particular.

Otros han destacado que la valoración de las pruebas debe realizarse de acuerdo a las reglas de la sana crítica, que estarían integradas por la lógica, la psicología y la experiencia común (VELEZ MARICONDE, 1982: 363), o a «las reglas que orientan el recto pensamiento humano», «reglas que permiten discernir lo verdadero de lo falso», que resultarían ser la lógica, los principios de las ciencias y (una vez más) la experiencia común (CAFFERATA NORES, 1998:7), y que esta última se encontraría constituida por «conocimientos vulgares indiscutibles por su raíz científica; v.gr., inercia, grave-

dad» (CAFFERATA NORES, 1998:46), es decir, estaría —una vez más— la experiencia en una relación de género-especie con los principios científicos.

Por otra parte, también se ha considerado que las máximas de experiencia son: «normas de valor general, independientes del caso específico, pero que, extraídas de cuanto ocurre generalmente en múltiples casos, pueden aplicarse en todos los otros casos de la misma especie» (COUTURE, 1958: 229-230), utilizadas junto con los principios de la lógica para la valoración de la prueba, pues:

La sana crítica es, además de lógica, la correcta apreciación de ciertas proposiciones de experiencia de que todo hombre se sirve en la vida. Esas conclusiones no tienen la estrictez de los principios lógicos tradicionales, sino que son contingentes y variables con relación al tiempo y al lugar. El progreso de la ciencia está hecho de una serie de máximas de experiencia derogadas por otras más exactas (COUTURE, 1958: 272).

En la doctrina chilena, HORVITZ LENNON y LÓPEZ MASLE entienden que integran la sana crítica racional junto con los principios de la lógica, pero que a diferencia de ellos, las máximas de experiencia serían variables en función del tiempo y el lugar (2004: 149) y que «por definición, expresan nociones de sentido común cuyo único fundamento es el hecho de formar parte de la cultura del hombre medio en un cierto lugar y en un cierto momento» (2004: 336), aunque en la nota al pie aclaran, siguiendo a TARUFFO, que en algunos casos pueden constituir la vulgarización de leyes lógicas o naturales.

Se podría continuar con la enumeración de definiciones o menciones realizadas por diversos doctrinarios y doctrinarias acerca de las máximas de experiencia, pero por cuestiones de extensión —y para evitar el tedio del lector—, se tomará lo dicho hasta aquí como un panorama legítimo sobre el estado de la cuestión¹².

Pues bien, a partir del relevamiento efectuado de la doctrina de la tradición jurídica europeo-continental es posible afirmar que el panorama es desalentador para tratar de comprender los contornos y componentes del concepto que subyace al término «máximas de experiencia» o, lo que es igual, contar con parámetros útiles para calificar válidamente a un enunciado como una de ellas.

¹² Vale aclarar que se omitió conscientemente un relevamiento acerca de aquello que la jurisprudencia ha venido sosteniendo sobre el punto. Esto se debe a un doble orden de razones. Por un lado, un criterio de autoridad impide efectuar una reseña que pueda presentarse como parámetro válido: usualmente los máximos tribunales nacionales o las altas cortes internacionales —aquellos que podrían ser utilizados como *referencias de peso*, tanto por sus consideraciones como por su influencia jerárquica—, debido a factores vinculados a la estrechez o especificidad de sus recursos, no suelen abordar temas vinculados a la valoración de la prueba en los procesos. En segundo término, y en relación con lo anterior, la alternativa de analizar casos judiciales de diversos países resulta, por un lado, inabarcable para los límites de esta investigación y, a su vez, la utilización de algunas sentencias como criterio de referencia podía generar una falta de homogeneidad profunda de la muestra escogida. Al respecto, podría resultar un ejercicio interesante —para ajustar o profundizar las consideraciones de este trabajo— analizar alguna jurisdicción en particular. Sin embargo, creo que el argumento que pretendo poner en discusión puede sostenerse de manera genuina a partir del estado de la cuestión en la doctrina.

Muchos de los interrogantes formulados al inicio del trabajo encuentran respuestas confusas en este marco. De STEIN para aquí, los intentos doctrinales no han podido ofrecer una definición lo suficientemente clara y completa para mejorar la delimitación del concepto —y así conseguir una utilización más fructífera—; por el contrario, se ha configurado una confusión preocupante sobre lo que las máximas de experiencia son, al punto de encontrar conceptos abiertamente contradictorios. El aspecto inmutable de coincidencia es que se utilizarían, de alguna manera imprecisa, para valorar la prueba. De allí en adelante, los caminos se bifurcan.

Para algunas personas autoras representan el equivalente de las reglas de la sana crítica, para otros tan solo son una parte integrante de aquellas —es decir, un *subconjunto* dentro de ellas—, pasando por aquellos que las consideran como «simples normas de criterio» o ciertos juicios generales, que pueden —o no— implicar conocimientos técnico-científicos especiales. A su vez, podemos hallar definiciones que las equiparan, sin matices, con los conocimientos científicos y, a la par, otras que consideran que existe entre ambos una relación género-especie.

También es posible apreciar que ciertos doctrinarios y doctrinarias ponen el foco en su volatilidad, es decir, en la idea de que no son inmutables ni necesariamente evidentes y que, por el contrario, varían constantemente en función del tiempo y en espacio, debido al nivel cultural y las características de las personas en cuyo ámbito nos encontremos.

En paralelo, otras personas autoras sostienen que debe eximirse la prueba de aquellas, es decir, que no podrían ser objeto de actividad probatoria; esta mirada parece aceptar una transversalidad, una notoriedad —al menos parcial— de cierto núcleo de máximas que integrarían algo así como la experiencia o la cultura de *toda* persona.

No es difícil imaginar las consecuencias que puede generar un panorama como el expuesto. Tómese como punto de partida los siguientes enunciados y piénsese si pueden ser considerados máximas de experiencia, de acuerdo con las definiciones señaladas más arriba:

- 1) «Los testigos capaces y no sospechosos dicen la verdad» (CARNELUTTI, 1982: 63).
- 2) «Quien roba una cosa, ordinariamente, la conserva en su poder» (CAFFERATA NORES, 1998: 193).
- 3) «Las personas no trabajan gratuitamente» (con una formulación ligeramente distinta es mencionada por UBERTIS, 2017: 82, con cita de NOBILI, 1969: 144).
- 4) «Estómago e intestino de un recién nacido se llenan de aire después de aproximadamente seis horas» (ROXIN, 2000: 238).
- 5) «Los actos se inspiran en los móviles que se reflejan en el mundo exterior» (COUTURE, 1958: 232).

Es claro que no habría una coincidencia unánime. Mientras algunas personas autoras solo reconocerían aquellas que poseen una raíz científica (en principio, únicamente el enunciado 4), otros podrían sostener que aquellas que provienen de la experiencia profesional del juez también lo son (1 y 2, por ejemplo), en tanto al-

gunos considerarían las que cuenten con un cierto consenso o transversalidad en la experiencia común (asumamos los enunciados 3 y 5), pero también podría limitar su campo de aplicación en razón del tiempo o el lugar (así, el enunciado 3 podría no ser considerado como tal en alguna comunidad).

A su vez, podrían imaginarse otros enunciados que suelen mencionarse como «máximas», tanto en la vida cotidiana como en los procesos judiciales, en cuyo caso las dificultades parecen ser aun mayores para evaluar su procedencia como partes integrantes de un razonamiento probatorio: «el que calla otorga» (en su versión adaptada al proceso penal, podría ser «las personas que guardan silencio frente a una imputación suelen ser culpables»), «el que se excusa, se acusa» (que es posible traducir judicialmente como «las personas que dan demasiadas explicaciones no son creíbles») o «el hábito no hace al monje» (es decir, algo así como «el aspecto de las personas no es un indicador sobre su confiabilidad»).

Entonces, parece llevar razón TARUFFO cuando considera que:

Cualquier análisis sintético de todo lo que circunda a la noción de «máximas de la experiencia», demuestra que en ella se producen las cosas más diversas y extrañas, frecuentemente privadas de cualquier credibilidad, ya sea por errores, prejuicios, generalizaciones infundadas o simplificaciones indebidas (2012: 250).

Así las cosas, comenzar a recorrer el camino para conseguir una mayor precisión sobre el concepto subyacente al término «máximas de experiencia» parece ser una tarea necesaria si se tiene una genuina preocupación epistémica acerca de los procesos judiciales.

A continuación, se propondrá una manera de iniciar el abordaje de esa tarea.

3. LA ESTRUCTURA LÓGICA DE LOS ENUNCIADOS Y SU ROL EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA. EL CONCEPTO DE GENERALIZACIONES EMPÍRICAS.

3.1. ¿Cuál es la estructura lógica de los enunciados que, bajo diversas clasificaciones, llamamos máximas de experiencia?

Para responder a la primera pregunta partiré de tres ejemplos. Uno de ellos es aquel presentado en la introducción: *i)* «Las personas que huyen de la escena del crimen suelen ser sus autores». El segundo será: *ii)* «Los testigos que declaran bajo juramento suelen decir la verdad». El último: *iii)* «Los seres humanos no pueden estar al mismo tiempo en dos lugares».

Si se observa con atención, esta clase de enunciados sujetan a la presencia de una condición, una determinada propiedad o característica. Es decir, si se constata la condición *co1)* «persona que huye de la escena del crimen», *co2)* «testigo que declara bajo juramento» o *co3)* «ser humano» o «humano en lugar *X*», se atribuye o

correlaciona la propiedad o característica ca1) “autoría del crimen”, ca2) “veracidad en el relato” y ca3) “imposibilidad de estar en dos lugares al mismo tiempo” o “imposibilidad de estar en un lugar distinto de X”.

De este modo, el antecedente del enunciado estaría constituido por una condición («P») y el consecuente por una propiedad vinculada causalmente a la constatación de ese antecedente («Q»). En otras palabras, podríamos expresar su estructura lógica como «Si P, entonces Q». Los enunciados que presentan esta forma han sido denominados *enunciados condicionales* (COPI y COHEN, 2013: 379; HEMPEL, 1966: 39).

A su vez, antecedente y consecuente del enunciado poseen un referente empírico constatable, y se expresa entre ellos una implicación causal que determina que la conexión entre ellos deba (o pueda) descubrirse empíricamente (COPI y COHEN, 2013: 380)¹³. Es decir, se encuentran integrados por datos o afirmaciones acerca del mundo, que buscan describirlo y explicarlo, y que es posible conocer y verificar. De ese modo, podemos hablar, con mayor precisión, de enunciados fácticos condicionales. Esta circunstancia determina que este tipo de enunciados pueda ser susceptible de verdad o falsedad, en la medida en que se correspondan, o no, con la realidad.

La correlación expresada en un enunciado de esta clase nunca puede ser absoluta, es decir, infalible o exenta de toda excepción, aun a futuro. Esto, en definitiva, es algo inherente al conocimiento humano. Ni siquiera en el caso de la ley de gravedad, que usualmente es mencionada y empleada como una regla absoluta, podemos asegurar que en el futuro nunca nos encontraremos con un caso que la desafíe, por lo que se trata de un enunciado condicional derrotable, en el sentido de hallarse sujeto a alguna excepción. En esa medida, la correlación tendrá siempre un grado de regularidad en la asociación (o, lo que es igual, un «grado de derrotabilidad»), aunque muchas veces implícito por cuestiones de economía del lenguaje, que puede verse expresado tanto en el antecedente como en el consecuente.

De esta manera, la verdad o falsedad de estos enunciados dependerá de la verificación, en primer lugar, de la existencia de la correlación y, a su vez, de la correspondencia entre el grado de intensidad de esa asociación expresado y aquel constatable en la realidad. Así, en el primer ejemplo, la verdad del enunciado «las personas que huyen de la escena del crimen suelen ser sus autores» dependerá de: a) la constatación de un vínculo o correlación entre la huida de la escena del crimen y la autoría del delito, b) la verificación del grado de intensidad de la correlación expresado en el enunciado (en este caso, aquel equivalente a «suelen»).

La omisión de explicitar el grado de la asociación entre antecedente y consecuente en esta clase de enunciados podría explicar por qué razón, en diversas ocasiones, son

¹³ En este trabajo, expresiones como «implicación causal», «correlación causal», etc., deben tomarse en un sentido amplio, es decir, tanto como relaciones de causalidad *stricto sensu* (causa-efecto) como, también, asociaciones regulares que no puedan ser calificadas como tales. Se volverá sobre los tipos de asociaciones en el apartado 4.

expresados como «reglas» pretendidamente capaces de conformar un razonamiento deductivo, es decir, sin posibilidad de ser derrotadas.

Así, en nuestra vida cotidiana, por motivos prácticos (por ejemplo, comunicarnos más rápido con nuestro interlocutor) no aclaramos que «[la mayoría de las/muchas de las/algunas de las] personas que viven en Argentina comen asado» y, en su lugar, directamente afirmamos que «los argentinos comen asado».

Por otra parte, existen casos en los que utilizamos enunciados cuyo tan alto grado de asociación entre antecedente y consecuente nos lleva a omitir precisar que podría existir alguna clase de excepción. Un ejemplo de ello es el tercer enunciado expresado más arriba. Si bien sabemos que ningún conocimiento es absoluto o infalible, no afirmamos diariamente que «los seres humanos [por ahora/hasta ahora no se ha refutado que] no pueden estar al mismo tiempo en dos lugares», lo que implica ocultar su carácter derrotable.

Por último, en los enunciados objeto de análisis, el antecedente siempre se encuentra configurado por una condición *general*, es decir, que representa a una clase (de hechos, de personas, etc.) y no particulariza sobre un integrante puntual de aquella. En esta medida, un patrón común de lo que habitualmente se califica como máximas de experiencia es que la correlación expresada busca explicar y brindar información acerca de un *conjunto* y una propiedad a él presuntamente asociada, es decir, un grupo de casos en abstracto (casos o situaciones tipo), y no consisten, por consiguiente, en observaciones singulares o particularizadas.

Ese conjunto que conforma el antecedente podrá ser más grande o más pequeño («los seres humanos» o «los argentinos», «los automóviles» o «los automóviles automáticos Ford»), pero siempre, como es obvio, conformado por más de un integrante. De esta manera, nuestras intuiciones nos guían a excluir como una máxima o regla a la asignación de una propiedad o característica determinada a la verificación de una condición individual.

De este modo, el enunciado «Juan no es veraz» no es más que una descripción de una característica presente en un sujeto *en particular*, una observación o enunciado singular que, en todo caso, como veremos, podrá ser la conclusión de un razonamiento fáctico, pero nunca podrá integrarlo para *avanzar* en la valoración de la prueba. Sin embargo, sí tendemos a aceptar como una máxima un enunciado del tipo «los familiares del acusado no son veraces», esto es, un enunciado *general* (HERNÁNDEZ MARÍN, 2013: 14) y, *a priori*, nos inclinamos a pensar que tendría algún tipo de utilidad en la tarea de analizar circunstancias concretas de un caso.

A partir de lo dicho hasta aquí, es posible comenzar ya a separar la paja del trigo. Una primera distinción se hace necesaria para alejar una parte de la confusión conceptual. No pueden asimilarse estos enunciados con lo que se denomina —también, en general, de modo difuso— como «reglas de la sana crítica».

Esto requeriría mayores explicaciones, pero bastará con señalar aquí que estas últimas no se vinculan con cierto grado de conocimiento empírico acerca de hechos,

eventos o asociaciones, sino que se trata de reglas que *prescriben* cómo debe valorarse racionalmente la prueba, es decir, qué clase de razonamientos son correctos para tal fin (TARUFFO, 2009: 441) y podrían considerarse como criterios de racionalidad epistemológica, que configuran enunciados de carácter *normativo* (GONZÁLEZ LAGIER, 2018). Por lo tanto, su fundamentación no es empírica —lo que daría lugar a enunciados de carácter descriptivo susceptibles de verdad o falsedad— como es el caso de los enunciados condicionales anteriormente señalados.

Veamos. El enunciado condicional que establece que «los aficionados de Boca Juniors se retiran del estadio diez minutos antes de que termine el encuentro cuando su equipo va perdiendo» es un enunciado condicional (asocia la condición «hincha de Boca Juniors» con la característica «retirarse antes del encuentro cuando su equipo va perdiendo») y puede ser contrastado empíricamente: bastaría detenerse en las salidas del estadio para evaluar si, efectivamente, eso sucede en el mundo. De este modo, puede ser calificado como verdadero o falso. En cambio, el enunciado normativo que determina «cuantos más elementos de juicio a favor de una hipótesis, esta se encuentra corroborada en un grado más alto» no puede ser objeto de ese análisis (GONZÁLEZ LAGIER, 2018)¹⁴.

Similares consideraciones pueden efectuarse para distinguir estos enunciados del conjunto de las reglas o principios de la lógica. En esta dirección, COLOMA CORREA y AGÜERO SAN JUAN señalan que ese conjunto no suministra información sobre el mundo o sobre la realidad, sino que instituye los límites del ejercicio del razonamiento y permite conocer «de antemano, qué movimientos o jugadas argumentativas pueden ser calificadas como correctas, posibles, incorrectas o imposibles» (2014: 682).

Una conclusión parcial con lo dicho hasta aquí es, entonces, que aquello que usualmente se ha denominado como «máximas de experiencia» son enunciados fácticos generales y condicionales.

3.2. ¿Cuál es su rol en la valoración de la prueba?

Ahora bien, uno de los pocos puntos de coincidencia en la reseña efectuada en el apartado 2 es que las «máximas de experiencia» servirían para, de algún modo,

¹⁴ De cualquier manera, podría discutirse si el fundamento último de aquellos enunciados no es de carácter empírico, esto es, del resultado de una inducción integrada por determinados procedimientos que han resultado exitosos para conocer el mundo y que, en consecuencia, ese éxito haya determinado que les otorguemos este carácter. A su vez, podría evaluarse si la actividad epistémica de recolección y/o constatación de los datos empíricos que nos permiten otorgar ese carácter normativo es una tarea posible o realizable. Por último, habría que preguntarse cómo sortear el problema de la circularidad (GONZÁLEZ LAGIER, 2018) y cómo, entonces, sería posible asignarles una calidad normativa. La discusión excede los límites de este trabajo y creo que bastará aquí para los objetivos propuestos con lo señalado más arriba. Agradezco a Daniel GONZÁLEZ LAGIER la observación que me efectuara sobre el punto. En un reciente trabajo, GONZÁLEZ LAGIER (2020) comienza a abordar algunos de los interrogantes mencionados anteriormente, a la luz de la epistemología *fundherentista* de Susan HAACK.

valorar la prueba, es decir, para la tarea de avanzar a conclusiones fácticas a partir de cierta evidencia con la que contamos dentro de un proceso judicial.

Una aclaración importante, en función de la diferencia de estos enunciados con las *reglas de la sana crítica* o *criterios de racionalidad epistemológica* efectuada en el apartado anterior, es que la utilidad que pueden tener en la actividad de valoración de la prueba no puede comprenderse como una de tipo *normativa* o *prescriptiva*; su valor no reside en acercarnos los mejores criterios para aproximarnos a la realidad de los hechos, sino que constituye un medio o un instrumento —un enunciado general descriptivo, con proyección empírica— que debemos emplear de acuerdo con esos criterios epistémicos generales¹⁵.

Para tratar de obtener un poco más de precisión sobre cuál es su rol *específico* en ese complejo entramado de instrumentos que entran en juego en la valoración de la prueba, se partirá de un esquema clásico sobre la estructura de un argumento acerca de hechos, como el propuesto por TOULMIN (2007: 132 y ss.)¹⁶.

De modo simplificado, el autor propone que es posible advertir que en todo razonamiento fáctico se contará, al menos, con tres elementos: 1) un dato o afirmación [“D”], 2) una conclusión a la que pretendemos arribar [“C”] y 3) una *garantía* [“G”], que permitirá legitimar el paso entre «D» y «C».

Resulta sencillo identificar los datos o afirmaciones con la información que surge de los medios de prueba con los que se cuenta en un proceso judicial y a la conclusión con el enunciado fáctico, al que se refiere ese medio de prueba, que pretendemos establecer como verdadero.

Ahora bien, siguiendo a TOULMIN, la garantía de los argumentos consiste en enunciados hipotéticos (o condicionales) de carácter general del tipo «Si D, entonces C» (2007: 134). Si bien la propuesta del autor incluye también *modalizadores* [“M”] y *condiciones de excepción o de refutación* [“E”] de las garantías, como elementos «dis-

¹⁵ Agradezco a un/a revisor/a anónimo/a por permitirme notar la importancia de esta aclaración. Cuando en la doctrina se afirma que esas máximas de experiencia se utilizan para valorar la prueba, debiera comprenderse, por lo visto hasta ahora, en el sentido más instrumental posible: como una herramienta o un medio para alcanzar el fin de esa actividad (aproximarse a la verdad de los hechos) y no como una suerte de guía para su concreción. ¿Cómo debe realizarse esa actividad y, de modo más específico, cómo deben utilizarse esos enunciados? La respuesta la encontraremos en la propuesta prescriptiva que nos brindan los criterios de racionalidad epistemológica o reglas de la sana crítica. Considerar que esta clase de enunciados posee una capacidad normativa sería equivalente a intentar conocer cuál es la mejor manera de hacer un agujero con un taladro a partir de la compra de esa clase de herramienta.

¹⁶ Soy consciente de que el esquema de TOULMIN podría no reflejar con precisión todas las etapas del razonamiento probatorio en un proceso judicial. Sin embargo, como enuncié al comienzo, me interesa concentrarme únicamente en el momento de la valoración de la prueba. Una crítica al potencial del esquema aquí escogido puede verse en AGUILERA (2020: 31-32), quien recurre al modelo —por cierto, sumamente interesante— de TUZET (2014) para distinguir dos fases del razonamiento probatorio y destacar, a su vez, la importancia del razonamiento abductivo. Sin dudas, este aspecto excede los límites del presente trabajo como se señaló en la introducción, pero es un punto que debe estudiarse para comprender de manera global el objeto de esta investigación.

tintos» de estas últimas (2007: 137) que integran el argumento sobre hechos, por ahora será suficiente aceptar como punto de partida la propuesta básica del argumento integrado por D, G y C.

Asimismo, TOULMIN (2007: 141) señala que toda garantía posee un *respaldo* [«R»], esto es, razones a partir de las cuales aceptamos como válida una G en particular, y que consisten en *enunciados categóricos acerca de hechos* —de la misma clase que los datos o afirmaciones—. Sin embargo, aclara de seguido que la garantía «es algo más que la repetición de los hechos aducidos: es una *moraleja* o consecuencia general de carácter práctico sobre la manera en que se puede argumentar con seguridad a la vista de esos hechos» (2007: 143).

Sobre ese marco, si lo que se suele llamar máxima de experiencia busca servir como una herramienta —empírica— la valoración de la prueba y, como se vio, posee la estructura de los enunciados que prototípicamente cumplen la función de garantía en un argumento sobre hechos —enunciados generales condicionales—, y explícitamente descartamos que la garantía sea un enunciado particular sobre un hecho (una observación singular), podemos afirmar que su utilización en el razonamiento probatorio busca *legitimar el paso* entre un dato (que proviene de un medio de prueba) y una conclusión (o enunciado fáctico a probar) al cumplir el rol de *garantía* en un argumento sobre hechos.

La utilización del esquema propuesto no es novedosa y la ubicación de esta clase de enunciados dentro de él tampoco. Por ejemplo, GONZÁLEZ LAGIER sigue el esquema de TOULMIN sobre modelos de argumentos y propone una estructura de inferencia probatoria análoga: «Los hechos probatorios constituirían las razones del argumento; los hechos a probar, la pretensión o hipótesis del caso; la garantía estaría constituida por las máximas de experiencia, las presunciones y otro tipo de enunciados generales que correlacionan el tipo de hechos señalados en las razones con el tipo de hechos señalados en la pretensión» (2013: 41)¹⁷.

Para diferenciar los distintos tipos de garantías que podemos encontrar en una inferencia probatoria, GONZÁLEZ LAGIER señala que si bien tanto las máximas de experiencia, las presunciones y las definiciones son enunciados generales, lo que cambia es su concreta estructura: en el caso de las máximas de experiencia, «Si X, entonces probable Y»; en el caso de las presunciones: «Si X, entonces probado Y»; y en el caso de las definiciones, «X cuenta como Y», y explica que la diferencia entre presunciones y máximas de experiencia consiste en que las primeras son enunciados revestidos de autoridad (2013: 44).

Aquí, como se dijo en un comienzo, no se abordarán otras clases de garantías como podrían ser las presunciones o definiciones. Sin embargo, el párrafo anterior

¹⁷ En este punto, GONZÁLEZ LAGIER (2013: 59) precisa que la garantía consiste en «una regla (en el sentido de enunciado que expresa una regularidad) que correlaciona las razones (los hechos probatorios) con la pretensión (la hipótesis)».

demuestra un punto importante. En la medida en que el razonamiento probatorio es prototípicamente probabilístico (FERRER BELTRÁN, 2007: 91-92), excepto en el caso de las presunciones —que cuentan con fuerza normativa¹⁸— y las definiciones —que se trataría de un supuesto de subsunción o calificación¹⁹—, las conclusiones a las que permitirán llegar los enunciados condicionales con referente empírico serán únicamente probables, en mayor o menor medida, por el carácter también eminentemente probabilístico del conocimiento humano. Ello descarta la posibilidad de considerar como válida una estructura sobre la inferencia probatoria como un silogismo deductivo, en los términos expuestos —por ejemplo y entre otros— por STEIN.

Asimismo, al menos en el marco de un sistema de libre valoración de la prueba, la utilización de garantías que podrían catalogarse como *normativas*²⁰, como las presunciones, suele ser bastante limitada y, por el contrario, *la mayoría de los argumentos sobre hechos se construyen con base en garantías con fundamento o respaldo empírico, como los enunciados que se vienen considerando*: enunciados fácticos generales y condicionales.

Esto también deja en evidencia la importancia de avanzar en una mayor precisión del asunto.

3.3. El concepto de generalizaciones empíricas

En la doctrina de la tradición angloamericana, se ha afirmado de modo pacífico que toda inferencia probatoria empírica²¹ depende de una *generalización* (ANDERSON, 1999: 455, ANDERSON, SCHUM y TWINING, 2015: 139, STEIN, A., 2005: 65, ROBERTS y ZUCKERMAN, 2004: 111 y 115). De hecho, se ha replicado en diversas

¹⁸ Cuando se habla de fuerza normativa, lo que se quiere significar, en definitiva, es que para los enunciados presuntivos que cumplen la función de garantía, el respaldo (el enunciado categórico o, en otros términos, la *razón* que sostiene la garantía) proviene de la autoridad de la que se encuentran revestidos a partir del Derecho (GONZÁLEZ LAGIER, 2013: 62). De este modo, no se trata aquí de un respaldo vinculado a enunciados o razones empíricas sino, en verdad, su apoyo lo confieren razones normativas (la existencia de una norma jurídica de presunción). Por eso sería posible hablar de garantías de tipo normativas, a diferencia de las garantías empíricas, en virtud de la clase de razones que subyacen a cada una de ellas. De cualquier manera, ello no impide afirmar que las normas de presunción no posean, a su vez, razones empíricas que las sustenten en muchas ocasiones, a las que correspondería añadir, también en algunas oportunidades, razones no necesariamente epistémicas (*i.e.*, pragmáticas). Agradezco a un/a revisor/a anónimo/a por advertirme acerca de la necesidad de precisar este punto.

¹⁹ Esto es advertido por GONZÁLEZ LAGIER (2013: 61): «cuando la unión entre los hechos probatorios y el hecho a probar viene dada por una teoría o una definición (esto es, cuando el vínculo es conceptual), no nos encontramos en sentido estricto ante un caso de prueba, sino de interpretación o calificación de los hechos».

²⁰ Véase *supra* nota 18.

²¹ El concepto de inferencia probatoria empírica se utiliza aquí en los términos de GONZÁLEZ LAGIER (2018): aquella cuya garantía consiste en un enunciado fáctico general y condicional, y su respaldo, por tanto, es de corte empírico.

oportunidades una metáfora de SCHUM que afirma que «las generalizaciones son el pegamento que mantiene a nuestros argumentos unidos» (1984: 82)²².

En el plano continental europeo, FERRAJOLI ha señalado que la inferencia probatoria es típicamente inductiva, y que sus premisas la constituyen la descripción del hecho, las pruebas practicadas y «generalizaciones habitualmente sobreentendidas (entimemáticas) sobre la fiabilidad de experiencias análogas», para así arribar a una conclusión que consiste en el hecho que se acepta como probado (1995: 53). También GONZÁLEZ LAGIER explica que, en ocasiones, una generalización es lo que asocia los hechos que queremos probar con aquellos que surgen de las pruebas con las que contamos (2013: 76), y FERRER BELTRÁN refiere que son la garantía de una inferencia que va de un hecho a otro (2007: 133).

En síntesis, diversos autores y autoras han identificado, aunque no necesariamente de manera explícita, a las generalizaciones con las garantías de los argumentos sobre hechos. De manera tal que podría resultar fructífero explorar ese concepto para aclarar el panorama de las máximas de experiencia, tal como parece insinuar TARUFFO al vincular el fundamento cognoscitivo de las máximas de experiencia *a la validez y admisibilidad* «de las generalizaciones que expresan» (2009: 441).

SCHAUER es quizás quien mejor se ha ocupado de las generalizaciones. Su obra *Profiles, probabilities and stereotypes* (2003) comienza con la descripción del «pensamiento actuarialista» de las compañías aseguradoras: agrupar a las personas en grandes categorías y asignar a la totalidad de cada una de esas categorías ciertas características probabilísticamente presentes en la mayoría de sus miembros, más allá de que alguno en particular no la posea (2003: 4). A partir de allí, su reflexión es la siguiente: *todos operamos de ese modo en diferentes aspectos de nuestra vida*, en mayor o menor medida. Por ejemplo, al elegir compañías aéreas que consideramos confiables o puntuales, o asociar ciertas características a una determinada nacionalidad, por lo cual esa actividad, esto es, la actividad de *generalizar* no puede ser considerada irracional (aún cuando sepamos que puede producir errores en casos particulares).

En este sentido, SCHAUER explica que al enfrentar la realidad si bien nos encontramos con individuos, los identificamos como parte de agrupamientos mayores. De esta manera, no los vemos como «individuos» a secas, sino como *individuos con una cierta característica x por su pertenencia a esas clases o grupos*, motivo por el cual son, en verdad, *instancias* de esa categoría mayor (2004: 76).

A su vez, un punto importante de su tesis es la *simultaneidad* de las categorías, esto es, que un individuo pertenece, al mismo tiempo, a más de una. Estas no son excluyentes ni, muchas veces, de tan nítida diferenciación, pero lo central aquí es que: 1) elegimos categorizar al individuo y dejar de verlo como un singular y, 2) en paralelo, también optamos por una de las diversas clases o categorías en la cual subsumirlo.

²² La referencia a SCHUM puede verse, entre otros, en BEX, 2011: 36; ANDERSON, SCHUM y TWING, 2015: 139; STEIN, A., 2005: 65-66; TARUFFO, 2009: 446.

De este modo, SCHAUER define a la actividad de identificar a un individuo como parte de una categoría como *generalizar* y a su producto como una *generalización* (2004: 77). Esta actividad es siempre *gradual* y *direccionada*: la selección de una categoría más amplia o restringida, integrada parcialmente por miembros en común, decantará en una generalización más o menos general, y demostrará también la preferencia por la asignación de un grupo de pertenencia respecto de otro (2004: 79).

El resultado de la actividad de generalizar descripta por SCHAUER consiste, básicamente, en formular enunciados condicionales generales de la clase que se analizaron más arriba. Esos enunciados se denominan *generalizaciones empíricas*, en virtud de que son producto del ejercicio de generalizar y, a su vez, buscan describir e informar acerca del mundo explicándolo de manera adecuada. Cuando afirmamos que «los brasileños son buenos jugadores de fútbol» estamos asociando una característica a la categoría «brasileño» —a pesar de ser conscientes de que existen personas de Brasil que no juegan bien al fútbol— y pretendemos describir adecuadamente la realidad de ese conjunto.

A su vez, a partir de otro ejemplo podemos ver la cuestión vinculada al grado de generalidad y la dirección de la generalización, y cómo varían en función del modo en que realizamos la actividad de generalizar.

Uno podría generalizar en una dirección en particular: «las mascotas son buenas compañeras», pero también podría decidir hacerlo en otra: «los seres sensibles son buenos compañeros». Aquí puede verse cómo, de acuerdo con la variación en la dirección escogida, algunas clases de individuos integraran un grupo, pero estarán fuera del otro, o bien podría estar en los dos (los «perros» probablemente estén en los dos, ¿pero diríamos lo mismo de los «zorros»?). Por otra parte, «los gatos son buenos compañeros» es un grupo con un mayor grado de generalidad, y uno más reducido sería «los gatos siameses son buenos compañeros». Las generalizaciones empíricas que se obtienen en cada caso buscan describir e informar sobre realidades diversas.

A partir de lo dicho hasta aquí, podría evaluarse reemplazar aquel concepto oscuro de «máximas de experiencia» por el de *generalización* o *generalizaciones empíricas*, y evaluar si el aparato teórico asociado a este concepto nos permite una implementación fructífera.

3.4. El aparato conceptual de Schauer sobre las generalizaciones empíricas

La cuestión central se trata, entonces, de analizar cuándo una generalización podría ser considerada válida, o no, para integrar el razonamiento probatorio como garantía de nuestras inferencias, si tenemos en miras una finalidad epistémica de su utilización, esto es, aproximarnos de la mejor manera posible a la verdad de los hechos.

Se tomará como punto de partida la propuesta analítica de SCHAUER, quien efectúa una primera distinción entre generalizaciones *espurias* (*spurious generalizations*) y *no espurias* (*nonspurious generalizations*): el primer grupo no presenta una base empírica sólida, mientras que el segundo sí lo hace (2003: 7).

A su vez, dentro de la última categoría, diferencia entre aquellas generalizaciones *universales*, esto es, en las que la característica asociada al conjunto define a *todos* sus integrantes y se encuentra *siempre* presente (2003: 8)²³ y las *no universales*, es decir, aquellas en las cuales la característica asociada al conjunto no es definitoria y no se aplica a *todos* los miembros (2003: 9)²⁴, pero cuya invalidez para algún caso particular no nos limita a dejar de utilizar la generalización²⁵. De hecho, destaca que muchas veces aplicamos generalizaciones cuando ni siquiera la mayoría de los integrantes del conjunto de *x* poseen la característica *y* (2003: 10)²⁶.

De este modo, SCHAUER considera que una generalización contará con apoyo empírico sólido cuando: a) se trate de una de las caracterizadas como *universales*; b) describa con precisión las características de una mayoría de los integrantes de una clase; o c) retrate a los miembros de la clase *x* que tienen un rasgo o característica con mayor prevalencia respecto del conjunto *z* (conjunto mayor del que también forma parte *x*), aunque el rasgo o característica aparezca en menos que la mayoría de los integrantes de ambos grupos (2003: 10).

Sobre este último caso de generalizaciones *no universales*, SCHAUER precisa que aquello que torna sólida a una generalización de este tipo (en su ejemplo: «los bulldogs tienen problemas de caderas») es que conocer el dato acerca del conjunto *x* resulta *relevante* a los fines de la característica *y*, esto es, saber quienes conforman *x*, *otorga más información* sobre la presencia de la característica *y* que no poseer el dato relativo al conjunto *x*.

²³ Su estructura sería «todos los *x* son *y*». A pesar de utilizar el término *definen*, el propio SCHAUER destaca que existen casos en los que las generalizaciones universales no se deben a razones de definición de un término sino, en verdad, a cuestiones empíricas: mientras que «los solteros no están casados» se vincula con el primer grupo, «no hay seres humanos mayores a 2,74 metros» [el autor usa aquí «9 feet tall»] es una generalización con sustento empírico, pues nada de la definición de ser humano indica que deban tener una altura máxima determinada. El primer supuesto podría tratarse de una generalización *conceptual*, mientras que el segundo ejemplo se trata de una generalización *empírica*.

²⁴ En este caso, la estructura de estas generalizaciones sería: (*Muchos, la mayoría, un número desproporcionado* de *x* es *y*).

²⁵ Así, el autor explica que la generalización «los quesos suizos tienen agujeros» *se utiliza a pesar de saber que no todos los quesos suizos poseen esa característica*, y aún con ese conocimiento no antepone «la mayoría», «muchos» u otra expresión similar. De este modo, señala que mientras nos encontremos satisfechos con ella, por cuestiones de celeridad y comunicación, es parte aceptada de cualquier conversación, a sabiendas de su inexactitud (2003: 9).

²⁶ El siguiente ejemplo es utilizado en el texto: la generalización «los bulldogs tienen problemas de caderas» no significa que la *mayoría* de los bulldogs tenga ese problema, sino que presentan ese problema *en una cantidad mayor que toda la categoría (más amplia) «perros» a la que pertenecen*, y también en un porcentaje mayor que otras razas.

Por el contrario, SCHAUER considera que se tratará de una generalización *espuria* cuando no exista evidencia relevante de conexión entre la categoría *x* y la característica *y*, lo que –señala– en términos de derecho probatorio se denomina *irrelevancia* (2003: 13): esto sucederá en cada oportunidad en que la generalización no cumpla con alguno de los tres criterios mencionados anteriormente para determinar su apoyo empírico.

Las generalizaciones espurias, explica, se suelen denominar *prejuicios* (*prejudices*) cuando se vinculan con grupos de personas. Sin embargo, también pone de manifiesto SCHAUER que se suele emplear el término «prejuicio» cuando se realiza una generalización no universal con base sólida (2003: 16), lo que beneficia la confusión conceptual entre estas dos categorías. A su vez, advierte que similares consideraciones pueden realizarse respecto del término *estereotipo* (2003: 17), pues la ambigüedad aquí también se encuentra presente: se puede referir a una generalización sin ningún tipo de respaldo empírico, o bien a la utilización de generalizaciones con base sólida para la toma de decisiones respecto de toda la clase «estereotipada», incluyendo los miembros a los cuales no se les aplica correctamente la generalización.

A continuación, se pondrá a prueba este aparato conceptual vinculado a las generalizaciones empíricas desarrollado por SCHAUER y se evaluará concretamente su utilidad para tratar los problemas más habituales vinculados a las garantías de los razonamientos sobre hechos, de modo comparativo con algunas otras propuestas analíticas y clasificatorias.

4. LOS PELIGROS DE LAS GENERALIZACIONES: INVALIDEZ DE LA GENERALIZACIÓN Y PELIGROS EN EL USO DE LAS GENERALIZACIONES

4.1. Invalidez de la generalización

El primer paso de quien pretenda utilizar una generalización como garantía de una inferencia, o analizar su corrección, será evaluar si se trata de una generalización *válida*²⁷. Es decir, de acuerdo con la propuesta de SCHAUER, una que cuenta con base empírica sólida o si, caso contrario, se intenta utilizar una generalización espuria. Se trata aquí de detectar (y descartar) un posible caso de invalidez de la *generalización*: una generalización será inválida en la medida en que no cuente con apoyo empírico, de alguno de los modos expresados más arriba.

Este punto de partida es *independiente de la inferencia concreta en la que se la pretenda utilizar o se la haya utilizado*, pues una generalización será válida (no espuria)

²⁷ De aquí en adelante, generalización «válida» debe entenderse como sinónimo de generalización *no espuria*, es decir, que cuente con base empírica sólida o, más sencillamente, apoyo empírico, en los términos explicados.

o inválida (espuria), en los términos de apoyo empírico, con prescindencia del razonamiento en el cual se pretenda insertar o se la haya incluido, y *con independencia del sujeto que la formule*.

Sin perjuicio de ello, parece sensato que, si se pretende efectuar este análisis en el marco de una argumentación en un proceso judicial, el primer paso sea identificar con precisión cuál es la generalización que se busca analizar. Muchas veces este no es un ejercicio sencillo, en la medida en que nuestros razonamientos –en la vida cotidiana y, también, en el derecho– suelen ser entimemáticos (ALCHOURRÓN, 2000: 12; FERRAJOLI, 1995: 53; TOULMIN; 2007: 136, BONORINO; 2015: 42), es decir, alguna de sus partes (premisas o conclusión) no se encuentra explícitamente formulada.

Si bien el modo de enfrentarnos a los entimemas requeriría un análisis más profundo, se enunciará alguna propuesta en el siguiente apartado. Por el momento, bastará decir que si la parte omitida es la garantía del argumento, lo que resulta sumamente frecuente, se deberá *completar* –obviemos por ahora cómo llevar adelante esta tarea– con la generalización ausente para poder analizar, entonces, si aquella es válida o espuria.

Pues bien, una vez identificada la generalización, para cumplir ese objetivo debe analizarse si cuenta o no con apoyo empírico o base empírica sólida. Como se mencionó más arriba, las expresiones «apoyo empírico» o «base empírica sólida» reflejan tanto: 1) la verificación de vínculos que expresan *asociaciones universales* (por ejemplo, relaciones causales en sentido estricto como la ley de gravitación o características presentes en todos los integrantes de una clase, como una altura menor a x en las personas humanas); 2) la constatación de una característica en, al menos, más de la mitad de los miembros de una clase (lo que podríamos llamar una *asociación fuerte*); 3) casos de un alto grado de representatividad de una clase menor respecto de una mayor en punto a la presencia de una característica (que se podría denominar como *asociación por representatividad*).

La validez de una generalización implica que la pertenencia a la clase que conforma su antecedente hace más probable poseer la característica prevista en su consecuente²⁸. Por lo tanto, la clase resulta *relevante* –como expresa SCHAUER, en términos similares a lo que llamamos *relevancia* en el derecho probatorio– para la característica asociada, toda vez que aumenta la probabilidad de que esta se encuentre presente. Así como, en el razonamiento probatorio, la existencia de una prueba relevante hace más probable una conclusión sobre un determinado hecho²⁹.

²⁸ DAHLMAN (2016: 84), de un modo similar, considera que una generalización conecta dos «clases»: la clase «de referencia» (*reference class*) y la clase «apuntada» (*target class*); y que la pertenencia a la clase de referencia aumenta las posibilidades de integrar la clase apuntada.

²⁹ Si las generalizaciones permiten mantener nuestros argumentos unidos y dar el paso datos-conclusión, podría pensarse que el criterio general de relevancia (FERRER BELTRÁN, 2007: 42-43) no es más que una instancia de análisis de, al menos, la validez de las generalizaciones que se pretenden utilizar. Las pruebas que se intentan hacer valer como relevantes, en definitiva, lo serán *en función de*

Por lo dicho hasta aquí, es más fácil comprender por qué SCHAUER plantea ese *piso mínimo para la validez de una generalización*: si la generalización no nos proporcionara información correcta sobre el mundo, no lo describiera de una manera adecuada, en términos de aproximación a la realidad del grupo de casos que describe, no tendría ninguna capacidad o utilidad epistémica y por esa razón se trataría de una generalización inválida, ya que no se correspondería con la realidad. Por ese motivo, también SCHAUER considera que los casos de asociación por representatividad (el ejemplo que propone sobre los bulldogs) constituyen generalizaciones válidas, en la medida en que la constatación del antecedente posee utilidad epistémica, al incrementar las posibilidades de que se encuentre presente una característica determinada, al menos en términos relativos respecto de cualquier otra clase mayor, más allá de que, en términos absolutos, no pueda predicarse una asociación fuerte³⁰.

Las ventajas de este aparato conceptual para funcionar como un primer filtro de exclusión de generalizaciones inválidas-espurias podrían ser las siguientes.

En primer lugar, permite tomar distancia de un factor que, si bien muchos doctrinarios y doctrinarias han destacado, quizás no resultaría tan útil, al menos para

una generalización que asocie una característica (que se encontrará en la conclusión a la que queremos llegar) con una clase (a la que pertenecerá la prueba, esto es, la información que de allí se derive). Algo similar parecería sostener GONZÁLEZ LAGIER (2013: 58) cuando afirma que: «determinar qué hechos son pertinentes para confirmar la hipótesis depende de las máximas de experiencia y presunciones que constituyan la garantía del argumento. Un hecho no será pertinente cuando no está correlacionado con la hipótesis ni por presunciones ni por máximas de experiencia adecuadas y bien fundadas, por lo que este requisito remite a la corrección de la garantía».

³⁰ Esto también permite observar otro aspecto importante. Muchas veces se considera que el filtro de relevancia es una cuestión *de todo o nada*: se dice que una prueba es o no es relevante, sin matices. Sin embargo, si la relevancia se trata de la verificación de una instancia o un caso particular que pertenece a una generalización, podría ser más difícil sostener esa posición. Esto, centralmente, en la medida en que, como se señaló más arriba, la actividad de generalizar, y por lo tanto su producto –la generalización–, admite una graduación: puede ser más o menos general y eso afectará, casi con seguridad, el grado de la asociación, y en consecuencia, puede suceder que, incluso, una generalización válida para una clase resulte inválida para otra mayor a la que pertenece –no necesariamente–, como también que una generalización inválida para una clase más amplia puede ser correcta para un antecedente más reducido –no necesariamente–. O bien que, entre dos generalizaciones válidas (clase x y clase x1), existan distintos grados de solidez de la asociación. Esto podrá verse mejor con algunos ejemplos (asumiendo que la calificación de validez o invalidez es una conclusión verdadera sobre su grado de apoyo empírico):

Ampliación del antecedente y modificación de su relevancia hasta la invalidez

Generalización válida: Los estudiantes universitarios de Girona suelen trabajar cuatro horas por día.

Generalización válida: Los estudiantes universitarios de Catalunya suelen trabajar cuatro horas por día.

Generalización inválida: Los estudiantes universitarios de España suelen trabajar cuatro horas por día.

Reducción del antecedente y modificación de su relevancia hasta la validez

Generalización inválida: Los argentinos perciben un sueldo de \$60.000.

Generalización inválida: Los habitantes de la ciudad de Buenos Aires perciben un sueldo de \$60.000.

Generalización válida: Los profesionales de la ciudad de Buenos Aires perciben un sueldo de \$60.000.

este primer paso vinculado al análisis de validez: la clasificación según el origen o la fuente de la generalización³¹.

En efecto, si bien se podría intentar construir una prelación abstracta de fuentes o ámbitos de generalizaciones en función de su validez habitual (conocimiento científico altamente afianzado, conocimiento de las comunidades expertas, conocimiento «común», etc.), o establecer orígenes de generalizaciones («científico o especializado», «jurídico» y «privado», como se vio que propone GONZÁLEZ LAGIER), en principio parecería no tener mucha utilidad, toda vez que, más allá de cuál fuera su fuente u origen —circunstancia que, por lo demás, en ocasiones es difícil de identificar³²— nunca se encontrará eximida la generalización en concreto del análisis mencionado. Es decir, aun cuando *a priori* pueda afirmarse que una generalización tiene su origen en un conocimiento científico afianzado, o en el «sentido común», o bien que proviene de la experiencia profesional o personal del juez, será necesario detenerse a evaluar su apoyo empírico³³.

En segundo término, también hace posible otorgarles un justo lugar a los factores *tiempo y espacio* que, como se pudo ver, eran otro de los aspectos mencionados por diversos doctrinarios y doctrinarias cuando trataban las «máximas de experiencia». Así, tal como en las ciencias se exige para la formulación de hipótesis que estas se funden en los conocimientos existentes en un tiempo y lugar determinado (FERRER BELTRÁN, 2007: 130, con cita de BUNGE, 1967: 200 y 237-242), a la epistemología de su tiempo, también este requisito se reflejará en la validez de las generalizaciones: una generalización que pretenda sustentarse a contramano de aquel conocimiento no estará reflejando una correspondencia con la descripción de la realidad que se considera verdadera con base en los métodos de obtención de conocimiento vigentes.

³¹ Esta tendencia hacia el establecimiento de fuentes *con mayor validez, con menor validez y con nula validez*, de modo abstracto, puede verse, por ejemplo, en el eje de confiabilidad propuesto por ANDERSON, SCHUM y TWINING, 2015: 325, aunque allí también se efectúan consideraciones respecto del grado de solidez de la generalización. También parecen insinuarlo GASCÓN ABELLÁN, 2010 [1999]: 160 y BEX, 2011: 19.

³² Piénsese en la tan repetida generalización acerca de la huida como indicador de culpabilidad: ¿se trata de una generalización que proviene del sentido común o, en cambio, se vincula con conocimientos de física o biología (capacidad de desplazamiento de los seres humanos o la huida como un rasgo evolutivo del propio ser humano), de psicología (huida como reacción frente a una situación de *stress*)?

³³ Vemos con un ejemplo por qué este modo de diferenciar las generalizaciones, en abstracto, no sería tan útil. La generalización «los hinchas de Boca Juniors se retiran del estadio antes de que finalice el partido cuando su equipo se encuentra perdiendo» podría ser una generalización válida o inválida: esto dependerá de su correspondencia con la realidad. Sin embargo, la clasificación que se critica parecería indicar que es una generalización espuria *per se*, o *tendencialmente* espuria, al no poder identificar una fuente «científica» o de conocimientos afianzados, con independencia de su grado de correspondencia con la realidad. Si la clasificación pretendiera funcionar como una suerte de indicador de «alerta» para analizar con mayor detenimiento una clase de generalizaciones, las que se alejan del polo «científico», podría correrse un riesgo muy alto frente a su pretendida utilidad: el riesgo de aceptar acríticamente —es decir, sin un análisis riguroso de su validez— aquellas con cierta científicidad. Al final del día, tal vez no reporta tantas utilidades como en una primera aproximación.

Por último, permite escindir esos factores cuando no presentan utilidad para el análisis: en este sentido, en la medida en que el apoyo empírico *implica correspondencia con la realidad*, no tendrá incidencia —en principio, como regla general— el grado de convicción compartida o la permeabilidad de una generalización en una comunidad determinada³⁴.

Ahora bien, lo dicho hasta aquí permitirá efectuar un análisis de validez de las generalizaciones depurado y excluir generalizaciones espurias de nuestros argumentos sobre hechos. Sin embargo, una vez que nos encontramos con una generalización válida, se abre un nuevo campo de análisis para su utilización como garantía del razonamiento y para la evaluación del apoyo que, como tal, otorga a la conclusión.

4.2. Peligros en el uso de la generalización

Una vez que es posible afirmar que pretendemos utilizar una generalización válida, nos enfrentamos al segundo grupo de desafíos. Estos son muy variados e involucran cuestiones que van desde la fuerza con la que esa generalización apoya el paso desde el dato a la conclusión, la relevancia de la clase escogida para generalizar frente a otras también válidas posibles, la representatividad asignada a la generalización y muchos otros más.

Se trata, en definitiva, de problemas no necesariamente propios de la generalización —que ya fue calificada como válida— sino de posibles *peligros derivados de su utilización en una inferencia probatoria concreta*.

4.2.1. La solidez de las generalizaciones

Si el primer paso consiste en descartar las generalizaciones espurias, una vez admitida una como válida —dejemos de lado, por el momento, cualquier otra clase de problemas— debemos evaluar cuánto apoya la conclusión hacia la que se quiere llegar desde la información existente.

Usualmente se distingue, para efectuar este análisis, entre el fundamento y la fuerza de una generalización (GONZÁLEZ LAGIER, 2013: 76) o, en otras palabras, entre su fuerza de respaldo y su fuerza probatoria (ANDERSON, SCHUM y TWINING, 2015: 323). Aquí, en lugar de fuerza o fuerza probatoria, se hablará de solidez. Veamos con un ejemplo.

³⁴ Por ejemplo, los aficionados de River Plate podrían estar, en su totalidad, convencidos hace años de la validez de la generalización «los hinchas de Boca Juniors se retiran del estadio antes de que finalice el partido cuando su equipo se encuentra perdiendo». Sin embargo, de acuerdo con la noción de validez propuesta, este factor es irrelevante para su evaluación: si uno se detuviera en las salidas del estadio de Boca Juniors y constatará que los aficionados no se retiran, ni en su mayoría ni uno solo, antes de que termine el partido, la convicción compartida y asentada de los hinchas de River Plate no tendría incidencia alguna.

La generalización universal «*todos* los objetos que son lanzados al aire son *en todos los casos* atraídos a la tierra por la fuerza de gravedad» correlaciona a cada uno de los integrantes del antecedente «objeto lanzado al aire» con una característica «atraídos a la tierra» que se encuentra presente en todos ellos.

Esto implica que *el grado o la intensidad de la asociación detectada es sumamente alto*, el más alto posible. Este será, sin dudas, un factor que considerar para determinar la solidez de la generalización. Cuanto mayor sea el grado o intensidad de la asociación que expresa la generalización, mayor tenderá a ser su solidez. Sin embargo, sería un error derivarla únicamente de ese factor.

No solo resulta importante conocer ese dato, sino también es necesario contar con el fundamento cognoscitivo a partir del cual se lo extrajo. Si se formulara la generalización «los vecinos del barrio del Clot –Barcelona– tienen más de 60 años» a partir de la entrevista al 60% de la población de ese vecindario, pareceríamos estar en peores condiciones epistémicas que si lográramos preguntarle su edad al 80% de las personas que allí viven y arribar a esa conclusión. Este es el segundo factor que hay que considerar para determinar, en definitiva, la solidez de la generalización³⁵. Y como tal, constituye otro foco de posibles peligros en el uso de una generalización.

En este sentido, la mayoría de los autores y autoras parece coincidir en que la fuerza de la generalización, comprendida como la solidez que proporciona al enlace entre el dato y la conclusión, es proporcional a: 1) el fundamento cognoscitivo que *respalda la inducción* que da origen a la generalización y, 2) la intensidad o grado de probabilidad de la asociación subyacente (GONZÁLEZ LAGIER, 2013: 76; GASCÓN ABELLÁN, 2010 [1999]: 160; ROBERTS y ZUCKERMAN, 2004: 114).

Por estas razones, es adecuado detenerse a evaluar el juego que estos dos factores otorgan, de manera conglobada, para expresar el grado de apoyo inductivo que la generalización de que se trate brinda al salto del elemento de juicio a la conclusión. Pero ese campo es donde, precisamente, se hace presente el peligro de manipulación: asignar una mayor solidez a la generalización de la que verdaderamente posee, pretender atribuirle un mayor fundamento cognoscitivo a su respaldo o distorsionar la intensidad de la asociación.

4.2.2. *La selección de las generalizaciones*

Otro foco de potenciales riesgos en el uso de las generalizaciones consiste en su *selección*. Al respecto, vale decir que, en muchos casos, no resulta evidente cuál es la generalización, de entre muchas *válidas* posibles, que mejor se ajusta a la inferencia y, de hecho en la mayoría de las ocasiones existe más de una calificable como elegible.

³⁵ En el primer ejemplo, sin embargo, no se constató *cada uno de los integrantes* del antecedente, pero el tipo razonamiento demostrativo que subyace permite establecer con un *altísimo fundamento cognoscitivo* que todos los integrantes poseerán la característica.

De este modo, deberíamos escoger aquella/s generalización/es que nos conduzca/n a un mejor resultado epistémico —una más precisa correspondencia con la realidad—, pues de lo contrario incurriríamos en un uso inadecuado de la generalización: se insertaría en la inferencia una generalización que arrojaría resultados epistémicamente sub-óptimos. ¿Cómo inclinarnos, entonces, racionalmente por una/s o por otra/s? ¿Debemos preferir una generalización más «específica» pero con menor grado de solidez o, por el contrario, debemos confiar en aquellas generalizaciones con un nivel de generalidad mayor pero también con un alto grado de apoyo empírico?

Por ejemplo, para evaluar la credibilidad de un testigo un litigante podría alegar la generalización «las personas que declaran bajo juramento suelen decir la verdad». Sin embargo, la contraparte o el juez podría echar mano a aquella que establece que «la coherencia del relato suele ser indicador de veracidad», fundado en que la psicología del testimonio ofrece mejores garantías para valorar los indicadores de credibilidad. Asimismo, el juez de una etapa recursiva podría estimar que una generalización adecuada es aquella, más específica, que dispone que «las personas con antecedentes penales por falso testimonio no suelen ser veraces».

Veamos qué propuestas se han realizado para dirimir esta encrucijada.

4.2.2.1. Las generalizaciones específicas del caso y de contexto vs las generalizaciones “ad-hoc”

La distinción que trazan ANDERSON, SCHUM y TWINING entre generalizaciones de contexto y específicas del caso (2015: 325) tal vez nos guíe por un camino equivocado para el análisis de la selección de las generalizaciones.

Para los autores, «especialmente si son apoyadas por pruebas», las generalizaciones específicas del caso suelen triunfar o desplazar a las generalizaciones de contexto. Como ejemplos de las primeras mencionan aquellas vinculadas a los hábitos o al carácter *de una persona* y, concretamente, enuncian la siguiente: «el empleador-demandado en este caso regularmente discriminaba a mujeres en sus prácticas laborales» (2015: 326). Concluyen su punto al afirmar que «[u]na generalización específica-del-caso, respaldada por un testigo, sobre los hábitos de [X] a este respecto hubiese sido mucho más persuasiva que cualquiera de estas generalizaciones de contexto» (2015: 327). En una posición similar se ubica TARUFFO, para quien solo pueden utilizarse máximas de experiencia (a esta altura, llamémoslas generalizaciones) que se refieran *directamente* al caso específico, pues aquellas demasiado vagas y genéricas carecen de utilidad e incrementan el riesgo de malentendido (2009: 453). Es decir, la tesis de estos autores es que las generalizaciones específicas del caso son *epistémicamente preferentes* por sobre las de contexto. Podríamos identificar este argumento como el de la «preferencia epistémica por las generalizaciones específicas».

Para evaluar la plausibilidad del argumento, es importante detenerse en los ejemplos que proponen ANDERSON, SCHUM y TWINING para comprender qué es lo que entienden por generalizaciones específicas del caso. Así, enunciados del tipo «la per-

sona x tiene el hábito y) o «el empleador-demandado regularmente discriminaba a mujeres en sus prácticas laborales» serían, en su opinión, prototípicamente generalizaciones de esa clase.

Sin embargo, si se observa con atención, esos enunciados podrían integrar un argumento sobre hechos en calidad de datos o bien como conclusiones, pero no tendrían el rol de garantía del argumento. Veamos con mayor detalle la cuestión a partir del primer enunciado que se propone.

Para afirmar que la persona x tiene el hábito y , esto es, para arribar a esa conclusión fáctica, debemos contar con ciertos datos. Esos datos presumiblemente sean que x realiza y con una cierta frecuencia (diaria, z veces a la semana, semanal, z veces al mes, etc.). Para avanzar desde esos datos hacia la conclusión «la persona x tiene el hábito y », probablemente utilicemos, en el caso, una garantía de tipo conceptual (una definición de «hábito»).

Asimismo, también podríamos considerar que el enunciado «la persona x tiene el hábito y » se trata de un dato o afirmación que nos permitirá avanzar hacia una conclusión en un caso concreto. Por ejemplo, sabemos que existe una persona que tiene el hábito de robar utilizando una máscara de un personaje famoso y vestido con colores llamativos. En el caso concreto, nos encontramos con una persona acusada de un robo con idénticas características. El enunciado mencionado nos permitiría avanzar hacia la conclusión «la persona x es la autora de este delito» siempre y cuando utilizáramos una generalización que afirmara que «las personas suelen comportarse de acuerdo con sus hábitos».

Pretender que enunciados individuales de ese estilo («la persona x realiza la acción y diariamente» o «la persona x tiene el hábito y ») puedan ser considerados generalizaciones puede obedecer, por un lado, a una confusión entre las garantías o generalizaciones conceptuales y las garantías empíricas; por el otro, a la omisión de identificar los roles que cumplen cada uno de esos enunciados en un razonamiento sobre hechos, sin un análisis sobre su diversa estructura lógica y características definitorias.

Sin embargo, tampoco parecería aportar claridad a la tarea de seleccionar la generalización más adecuada la afirmación de que las generalizaciones «ad-hoc» o formuladas especialmente para el caso concreto no son confiables (TARUFFO, 2009: 453; GONZÁLEZ LAGIER, 2013: 59). Este argumento podría denominarse como el de «rechazo epistémico de las generalizaciones *ad-hoc*».

Al menos dos objeciones se pueden formular en su contra.

En primer lugar, no es del todo claro qué significa que una generalización sea formulada únicamente para el caso en concreto. En este sentido, el análisis de validez de una generalización, comprendido como constatación de apoyo empírico, es lógicamente previo a la utilización de la generalización en un razonamiento particular —como se señaló más arriba— de manera que parece difícil imaginar una generalización «para el caso concreto». Eventualmente, la discusión será si *este* o *aquel* caso es una instancia de esa generalización o si no existe otra generalización más adecuada.

A su vez, si la construcción de una generalización *ad-hoc* implica el intento de utilizar una con un antecedente singular (básicamente, uno presente en el caso del que se trate), se podrían formular idénticas consideraciones a las señaladas más arriba para criticar las generalizaciones «específicas del caso». En definitiva, que ese enunciado no puede ser considerado una generalización y, en todo caso, será una conclusión a la que se llega gracias a una generalización —por ejemplo, sobre los hábitos o comportamientos de las personas— y que podría servir, a su vez, como dato o afirmación para formular una nueva conclusión sobre un individuo en particular, necesariamente a través de otra generalización.

Sin embargo, podría ser imaginable un supuesto en que efectivamente se formulara una generalización *para el caso concreto*. Pero esto siempre y cuando sea comprendido en los siguientes términos: si se realizara una actividad epistémica de recolección de datos hasta ese momento inexplorada (por las razones que fuese) para fundamentar la validez de una generalización. Ejemplo: en un determinado caso, la defensa intenta demostrar, por algún motivo relevante, que una persona de x años, con las características a , b y c , tarda un tiempo t_1 en recorrer caminando la distancia d_1 . Imaginemos que solo hay 100 personas de x años con las características a , b y c . Una de ellas es el acusado. La defensa, de manera privada, encuentra a otras 85 personas y les solicita que recorran esa distancia a pie. Todas tardan un tiempo t_1 . Asumamos, también, que las condiciones experimentales no son objeto de disputa. Luego de realizar esa actividad epistémica, la defensa está en condiciones de formular una generalización: «las personas de x años con las características a , b y c tardan un tiempo t_1 en recorrer caminando la distancia d_1 ».

La pretensión de catalogarla de «específica del caso» o «ad-hoc» dependería, únicamente, de que el primer lugar en donde fue utilizada se trató de *ese caso*. Pero su potencial epistémico excede los límites del proceso y se trata, lisa y llanamente, de una generalización válida.

De este modo, la etiqueta de generalización «específica del caso» o «ad-hoc» puede no resultar un parámetro satisfactorio para la selección de las generalizaciones.

En todo caso, frente a los escollos que presentan estas dos visiones del problema, tal vez resulte de alguna utilidad para la preferencia por una de entre dos o más generalizaciones en competencia, detenerse a observar el *grado de generalidad* del antecedente (de más general a menos, por ejemplo: «las personas...»; «los testigos...»; «los testigos con antecedentes penales...»).

Sin embargo, como se dijo anteriormente, el aumento o descenso de la generalidad puede venir de la mano, a su vez, con una variación de la intensidad de la asociación (por ejemplo: «las personas...casi siempre...», «los testigos... en muchas ocasiones...», «los testigos con antecedentes penales... a veces...»). A su vez, esa variación en el grado de generalidad también puede aparejar una modificación en la base empírica a partir de la cual se produce la generalización (i.e., la generalización

vinculada a los testigos con antecedentes penales tal vez tenga una mayor parte de los individuos de esa clase relevados, pues sería una categoría más reducida).

De este modo, parece difícil establecer un criterio claro *a priori* y, en todo caso, deberá ser un aspecto en el que la argumentación por la *preferencia epistémica* involucre tanto el grado de generalidad como la intensidad de la asociación, entre otros factores.

4.2.2.2. Las fuentes de las generalizaciones

Como se indicó más arriba, existe una gran preocupación en la doctrina respecto de la *fuerza* de las generalizaciones lo que, además de incidir en su validez, tendría injerencia *decisiva* en su solidez o confiabilidad como garantía del argumento (ANDERSON, 1999: 458-459; ANDERSON, SCHUM y TWINING, 2015: 325³⁶; GONZÁLEZ LAGIER, 2013: 59; GASCÓN ABELLÁN, 2010 [1999]: 160; BEX, 2011: 19). Ello pues, se afirma, existirían *en abstracto* fuentes de generalizaciones más confiables y otras menos confiables para formular inferencias. Esto traería consigo, en consecuencia, otro posible *foco de peligro* en el uso de las generalizaciones.

De manera sintética, se suele ubicar en el extremo de mayor confiabilidad a las leyes o reglas científicas y a los conocimientos expertos; en un punto medio, a las generalizaciones que son compartidas al interior de una sociedad determinada durante un tiempo prolongado y, por último, en el sitio de menor confiabilidad se ubica a las provenientes de la experiencia personal y el sentido común, a los que se suele calificar como prejuicios y estereotipos.

A su vez, existe una particularidad que ofrecen muchas de las generalizaciones que, en su mayoría, son utilizadas en el razonamiento probatorio, y es que parecen no poseer sustento empírico. Si uno excluye de la discusión aquellas que constituyen la cristalización de leyes científicas en el lenguaje vulgar («todo objeto que se eleva luego deberá bajar»), o las que provienen de un conocimiento necesariamente experto («la presencia de *x* puntos de coincidencia particulares indica que dos huellas dactilares son de la misma persona»), en las restantes resulta difícil evaluar *cuánto* es el apoyo empírico de la generalización («las personas que huyen de la escena del crimen suelen ser sus autores»). De hecho, uno podría genuinamente preguntarse si, en estos casos, no se pretende utilizar una generalización inválida ya que es difícil establecer *cuál* es su apoyo empírico.

Estas generalizaciones, se afirma, tendrían su origen en el sentido común, en las experiencias de las personas o en ciertas intuiciones compartidas: algo que suele identificarse como el *stock of knowledge*. A su vez, se considera que, por esa razón, este grupo de generalizaciones poseería un fundamento empírico que sería de muy difícil o imposible constatación y, también, que su grado de confiabilidad resultaría

³⁶ Las consideraciones que siguen son aplicables respecto del eje de *confiabilidad* propuesto por los autores, como así también respecto del eje de *fuerza*.

sensiblemente menor de ser válidas. Este grupo es identificado como el de las generalizaciones sintético-intuitivas (ANDERSON, 1999: 457; ANDERSON, SCHUM y TWINING, 2015: 331-332), en la medida en que sintetizan ciertas creencias o intuiciones de las personas.

Sobre este marco, creo conveniente hacer dos aclaraciones.

En primer lugar, la posición que postula la existencia de un cierto orden de prelación epistémica entre las distintas fuentes de generalizaciones, que llevaría a preferir una clase por sobre otra en punto a su confiabilidad, tal vez podría ser matizada o no necesariamente sostenerse de un modo tan extremo.

Si bien la actividad epistémica científica de recolección y análisis de datos puede ser muy rigurosa y reposar sobre teorías bien establecidas, y por esa razón suele ubicarse a las generalizaciones que de allí derivan como más confiables, muchas veces también carece de límites fácticos que resultan contraproducentes para la solidez de sus conclusiones (i.e., su campo de análisis es extremadamente extenso), mientras que áreas «no científicas» podrían producir prácticas epistémicas sumamente completas y confiables (por ejemplo, el supuesto analizado para las generalizaciones del caso concreto). De manera que, si bien la fuente podría funcionar como un indicio sobre la validez de la generalización, no se presenta como un factor sumamente relevante para el análisis de un caso en particular, ya que siempre deberá analizarse la generalización *en concreto* y, asimismo, frente a la existencia de dos generalizaciones en competencia de una misma clase de fuente directamente carecería de toda utilidad.

En segundo lugar, tampoco parece prudente descartar, *a priori*, todas aquellas generalizaciones cuya fuente y/o fundamento no podemos identificar o desconocemos, o que bien parecen referir a un sentido común compartido o una experiencia *intersubjetiva*, pues no es lo mismo confrontar una generalización determinada y concluir que no posee apoyo empírico, que evaluar la validez de una generalización y no poder formular una conclusión concreta. Esto último, en principio, requeriría una explicación adicional acerca de por qué deberíamos, frente a la disyuntiva de descartarla o aceptarla con cautela, inclinarnos por la primera, como sostienen algunas posiciones. Contrariamente, tal vez la falta de constatación de su falsedad podría ser un factor adicional para optar por su utilización, sumado a nuestras intuiciones sobre su corrección.

En alguna medida, algo de esto parece insinuar TARUFFO (2012: 252-254) al señalar tres condiciones de aplicabilidad para las nociones de sentido común: i) que se trate de nociones aceptadas en el ámbito social y cultural donde ha sido formulada la decisión; ii) que no sean falsas u opuestas al conocimiento científico, y iii) que no se encuentren en contradicción con otras nociones de sentido común. En este sentido, podría ser de utilidad un análisis a partir del eje del *grado de coincidencia* (ANDERSON, SCHUM y TWINING, 2015: 325), que busca discriminar las generalizaciones de acuerdo con cuán ampliamente podría ser aceptada o compartida al interior de la comunidad particular en la que una cuestión deba ser resuelta, que podría ir desde

un pequeño grupo de personas hasta la totalidad de la comunidad. En esta clase de casos, quizás, la exigencia de coincidencia pueda ser extremada para compensar la carencia de información acerca del apoyo empírico y la fuerza específica con la que cuenta la generalización.

Por último, se suele afirmar que el sentido común y las generalizaciones que de allí derivan suelen estar cargadas de «prejuicios» y «estereotipos» (TARUFFO, 2009: 445), y que por esa razón se debe ser extremadamente cuidadoso en su utilización.

En primer término, frente a afirmaciones de esa clase se impone señalar que, como vimos más arriba, «estereotipo» o «prejuicio» puede hacer referencia tanto a una generalización espuria como a una generalización no universal con apoyo empírico. De ese modo, es evidente que una generalización espuria, sea un estereotipo, un prejuicio o una falsa asociación, nunca debería integrar un argumento sobre hechos.

En segundo lugar, para los estereotipos considerados como generalizaciones válidas pero no universales, si bien es cierto que suelen ser tratados como generalizaciones empíricas por su estructura similar, también lo es que hay ciertos casos en los cuales poseen diferencias importantes.

De este modo, parece útil para analizar la validez y selección de un estereotipo tener presente la distinción entre estereotipos *normativos* y *descriptivos*. Los primeros son usados con la pretensión de definir y constituir roles, mientras que los segundos para proporcionar información sobre las características de un grupo (ARENA, 2016: 54-55), y se trata de aquellos que guardan similitud con las generalizaciones empíricas que aquí se mencionan.

Esta distinción permite analizar con criterios de relevancia y aceptación diversos cada una de las clases. Y también hace posible evaluar con mayor precisión algunos casos en los que se atacan ciertas generalizaciones bajo el rótulo de «estereotipos», y se los suele asociar a la falta de apoyo empírico, cuando en verdad se está hablando de estereotipos normativos y su inadecuación por otras razones, o bien se hace referencia a generalizaciones válidas pero se considera, también, inadecuada su selección³⁷.

³⁷ Por ejemplo, ANDERSON, SCHUM y TWINING afirman que en el límite inferior del eje de confiabilidad se encuentran «los prejuicios sin fundamentos que se basan en estereotipos falsos –tales como los prejuicios basados en género, raza, clase o edad–» y, en la nota al pie, mencionan un extracto del caso *Bradwell v. Illinois*, 83 U.S. 130 (1872) como un ejemplo de un prejuicio basado en un estereotipo falso: «El destino y misión fundamental de las mujeres es cumplir con los oficios nobles y benignos de esposa y madre. Esa es la ley del Creador. Y las reglas de la sociedad civil deben adaptarse a la constitución general de las cosas, y no pueden basarse en casos excepcionales» (2015: 326). Si se observa con atención, y se deja de lado el repudio que puede causar leer algo así, se podrá advertir que el tribunal emplea en su argumentación un estereotipo *normativo* («las mujeres deben ser esposas y madres») que no busca proporcionar información acerca del mundo, sino establecer ciertos deberes, de manera que el apoyo empírico que posea, o mejor dicho, su falta de apoyo empírico, no lleva a abandonar el estereotipo o considerarlo inválido, ya que su dirección de ajuste es grupo social-estereotipo (ARENA, 2016: 55). De hecho, podría suceder que la generalización, o el estereotipo descriptivo, que afirma «las mujeres son, en su mayoría, esposas/madres» sea válida, en el sentido de que describa adecuadamente la realidad, de

5. ALGUNOS CRITERIOS PARA LA UTILIZACIÓN DE LAS GENERALIZACIONES

En este último apartado se buscará enunciar, sin ánimos de exhaustividad, algunos criterios que pueden resultar útiles a la hora de trabajar con las generalizaciones en los procesos judiciales. Un estudio riguroso del asunto llevaría a la elaboración de un trabajo independiente, pero considero que pueden ofrecerse algunas opciones para comenzar el debate. Ojalá la propuesta sirva como punto de partida³⁸.

En primer lugar, antes de entrar en el asunto, es importante tener en cuenta que se habla aquí de *criterios* para la utilización de las generalizaciones pues, como destaca GONZÁLEZ LAGIER, el exceso de precisión en este tipo de tópicos corre el riesgo de establecer un nuevo criterio de valoración tasada de la prueba y, en cambio, los criterios más amplios permiten mantener las ventajas del sistema de libre valoración (2013: 64).

1. Ahora bien, uno de los primeros criterios que decanta de lo desarrollado en los apartados anterior es que una generalización para ser epistémicamente útil debiera poseer apoyo empírico sólido. Sin embargo, una vez superado ese primer filtro, vemos que la solidez es una cuestión gradual, una generalización puede ser *más o menos* sólida, de acuerdo con el apoyo con el que cuente. Así, probablemente no dudaremos en afirmar que una generalización que describa una asociación en la que se hayan analizado u observado todos los integrantes del grupo x que conforma el antecedente y se haya detectado la propiedad y en el 90% de los individuos que lo conforman, será más sólida que una generalización fundada en la observación de una característica en la mitad más uno de todos los integrantes del grupo. Sin embargo, ¿hasta dónde podemos exigir la actividad epistémica de recolección de datos respecto de todos los integrantes de la clase? ¿Y si la generalización respecto del grupo x únicamente se basó en la observación de una cantidad y de sus integrantes?

De esta manera, podría pensar que *un primer criterio* podría expresar que (i) una generalización será más sólida que otra cuando: (a) la actividad epistémica de recolección de información haya abarcado una mayor cantidad de integrantes de la clase y (b) la presencia de la característica y asociada a esos individuos se encuentre presente en un mayor número de casos.

manera que no podría afirmarse que se trate de un estereotipo «falso». De hecho, podría ser correcta esa descripción de la realidad por la existencia previa de un estereotipo normativo que imponía esos roles y que determinó históricamente la configuración de esa realidad. Pero la generalización empírica no sería inválida, en términos de apoyo empírico, aunque pudiera ser irrelevante, sospechosa o ilegítima por otros motivos (SCHAUER, 2003: 150-155). Para un análisis profundo sobre las diferencias entre estereotipos normativos y descriptivos, véase ARENA, 2016.

³⁸ Pueden verse otros criterios, algunos parcialmente coincidentes pero desde una perspectiva distinta a la de este trabajo, en TARUFFO (2002: 424-425).

2. A continuación, otro punto importante se trata de la *selección* de la generalización. Como se vio, la actividad de generalizar siempre se encuentra direccionada en un sentido, es decir, elegimos concentrarnos en una clase de las muchas posibles en las que puede ser ubicado un individuo. Y al hacer eso, descartamos otras posibles orientaciones de la generalización. De manera que la dirección de la generalización, en definitiva, se trata de una *elección*. Así, deberíamos ser capaces de *justificar racionalmente esa preferencia*. ¿Por qué incluir a un sujeto dentro del grupo «profesores universitarios» y excluirlo, por ejemplo, de la clase «testigos»?

A su vez, dentro de una misma dirección podríamos tener distintos *grados de generalidad*: «testigos», «testigos con antecedentes penales», «testigos con antecedentes penales por falso testimonio». ¿Es siempre preferible una clase más restringida o podemos/debemos optar por aquella generalización con mayor soporte empírico frente a dos en competencia?

Sobre este punto, un *segundo criterio de mayor relevancia epistémica de la generalización* parece presentarse como una herramienta útil para la toma de decisiones acerca de qué generalización escoger. Esto es, podría formularse un criterio que establezca que: (ii) una generalización válida desplazará a otra en competencia cuando haga más probable que su contrincante una mejor aproximación a la realidad, esto es, cuando su *solidez* sea mayor.

3. De este criterio puede desprenderse un tercero a modo de corrección. Si bien, en principio, aquella generalización de mayor solidez debería prevalecer en la ponderación, pueden existir casos (por ejemplo, generalizaciones cuyo antecedentes puedan ser categorías «sospechosas» como aquellas basadas en cuestiones de género) en los cuales debemos inclinarnos a descartar, *a priori*, esa clase de generalizaciones por —paradójicamente— la existencia de una generalización «compensatoria» (SCHAUER, 2003: 151-154) que nos indica que esa clase de generalizaciones suelen camuflar consideraciones de otras clases —i.e., prácticas discriminatorias— que nos llevarían a resultados *moralmente inadecuados*³⁹. De este modo, un *tercer criterio* podría ser: (iii) las generalizaciones relevantes pueden ser desplazadas cuando existan razones fuertes para sospechar que su utilización nos llevará a conclusiones moralmente inadecuadas⁴⁰.

4. También hemos visto que, muchas veces, las generalizaciones utilizadas en los razonamientos sobre hechos permanecen *in pectore* de la persona que formula el

³⁹ También respecto de la exclusión por razones no necesariamente epistémicas, DAHLMAN, 2016: 92-93.

⁴⁰ Un ejemplo tal vez permita exponer mejor la idea. Asumamos, solo para explicar el punto, que la generalización «las mujeres son amas de casa» cuenta con apoyo empírico, es decir, describe adecuadamente la realidad. El criterio bajo análisis nos indicaría que esta generalización, si bien es válida, podría ser el producto de ciertas prácticas históricas discriminatorias hacia las mujeres, que le impusieron a lo largo de mucho tiempo ese rol. En consecuencia, si nos valiésemos de esa generalización estaríamos validando la práctica que dio lugar a esa configuración del mundo y, por lo tanto, tendríamos buenas razones morales para rechazar su utilización.

argumento, esto es, no se explicitan total o parcialmente. Esto es lo que se denomina un razonamiento entimemático y que, en el campo de la prueba, podríamos denominar *entimema probatorio* (BONORINO, 2015). Sin embargo, también es cierto que es prácticamente imposible explicitar con precisión todos los pasos y componentes de nuestros argumentos. De hecho, en general en nuestro día a día, solemos enunciar las garantías que nos permiten dar el paso de los datos a la conclusión cuando somos desafiados a hacerlo (TOULMIN, 2007: 136; ANDERSON; 1999: 456; ANDERSON, SCHUM y TWINING, 2015: 140; FERRER BELTRÁN, 2007: 133). Siendo conscientes de ello, pero también de que en los procesos judiciales las consecuencias son mucho más graves que en nuestra vida diaria, podría pensarse que se reduciría el riesgo inherente al uso de generalizaciones si se las explicita para ser objeto de análisis y crítica. De este modo, se formularía un cuarto criterio que establezca que: (iv) las generalizaciones que emplean las partes y el juez deben ser explicitadas en la mayor medida posible; en particular, cuando (a) ha existido contradicción entre las partes, directa o indirectamente, sobre alguna/s de ella/s, y (b) cuando un decisor sobre los hechos epistémicamente responsable⁴¹ estime que la/s generalización/es involucradas posee/n una importancia particular⁴².

5. Asimismo, existen casos en los que las generalizaciones necesariamente ingresan al proceso a través de testigos expertos, por su fundamento eminentemente técnico-científico. En estos supuestos, es claro que se acepta la posibilidad de que las generalizaciones sean objeto de la actividad probatoria, es decir, que se produce prueba para acreditar la existencia de tal o cual generalización.

Sin embargo, también podría darse el caso en el cual, ya sea por la contradicción entre las partes o por la responsabilidad epistémica del juzgador de los hechos, se produzca prueba auxiliar para sostener la plausibilidad de una generalización determinada («prueba sobre la prueba», en los términos de FERRER BELTRÁN, 2007: 133). Muchas veces esto puede ser muy sencillo si se trata de un antecedente con un grupo reducido de individuos, esto es, cuando el grado de *generalidad* sea menor. Pero también es posible que esa clase de prueba sea de muy difícil, o imposible, concreción.

Esta circunstancia se suele dar en aquellas generalizaciones sintético-intuitivas, en la terminología de ANDERSON, SCHUM y TWINING. A pesar de eso, muchas de esas generalizaciones parecen ser consideradas, desde las intuiciones de quienes las utilizan, como correctas. A su vez, esas intuiciones parecerían llevarnos a pensar que la generalización, en verdad, no es inválida —en el sentido de falta de apoyo empírico— sino, únicamente, que no se realizó la actividad epistémica necesaria para constatarla.

⁴¹ Aquí se trata de comenzar a pensar el vínculo entre ciertas virtudes que deberían tener los decisores epistémicamente responsables y el análisis de las generalizaciones usadas en los casos concretos. Véase, entre muchos otros, AMAYA, 2015.

⁴² De un modo similar, TARUFFO (2006: 265) señala que resultaría impracticable la explicitación de cada uno de los pasos de nuestros razonamientos y, en esa medida, no habría un deber especial para explicitar la elección de una máxima de experiencia «si es evidente el fundamento que la misma encuentra en el patrimonio de conocimientos del sentido común».

De este modo, un quinto criterio podría ser: (v) las generalizaciones pueden ser objeto de actividad probatoria para demostrar su validez, pero también (a) pueden existir casos en los que pueda argumentarse y sostenerse que una generalización cuyo fundamento se desconoce sea aceptada como válida, (a1) siempre y cuando no sea confrontada por otra generalización válida, (a2) y no se acredite su falta de apoyo empírico.

6. Un último punto se vincula con el modo en que se deberían controlar, en el marco de la etapa recursiva, la utilización de las generalizaciones durante el proceso de conocimiento. Aquí pueden detectarse dos interrogantes: ¿todas las generalizaciones deben ser controladas? ¿cómo *rellenar* los huecos en los entimemas probatorios? La primera de las preguntas podría remitir a consideraciones similares a las expuestas para esbozar el cuarto criterio, pero vinculadas con los motivos de agravio de las partes recurrentes. Sin embargo, la segunda –que también podría trasladarse a la situación del juez del juicio– requiere alguna precisión adicional.

En esta dirección, una herramienta que se presenta, en principio, fructífera es el *principio de caridad*, que «insta a interpretar los textos argumentativos optando por la versión en la que sus argumentos resulten más sólidos» (BONORINO, 2015: 55). A pesar de que, a primera vista, puede resultar una herramienta adecuada, debe ser compatibilizada con el instituto de la carga de la prueba, o si se quiere ser más específico, con los de carga de producción y carga de persuasión, dependiendo del proceso en que se trata. Esto se debe a que, tal vez, una aplicación irrestricta o a modo de regla, podría llevar a resultados indeseados a la luz de ciertos principios rectores, como ser la presunción de inocencia. De tal modo, un sexto criterio puede formularse así: (vi) las generalizaciones deben ser controladas (a) en la medida en que sea materia de agravio por las partes recurrentes o (b) que un juez de revisión epistémicamente responsable estime que la/s generalización/es involucrada/s posee/n una importancia particular, y (c) los entimemas probatorios deben ser completados apelando al principio de caridad, a menos que (c.1) esto pueda resultar contrario a los principios de la carga de la prueba o a otros principios fundamentales.

6. CONCLUSIONES

La primera conclusión que se desprende de lo expuesto es que el término «máximas de experiencia» podría traer más problemas que soluciones. El entramado conceptual que lo ha rodeado decantó en una confusión acerca de su estructura y su función en el razonamiento probatorio. En esa medida, quizás en este caso valga la pena abandonar por completo el término y avanzar, de aquí en adelante, de la mano de las generalizaciones.

La segunda conclusión que podemos extraer de lo dicho hasta aquí es que, tal como señala TWINING (2006: 334), las generalizaciones son *necesarias pero peligrosas*.

Son necesarias porque son el «pegamento» que mantiene nuestros argumentos unidos. No podemos prescindir de ellas para razonar sobre hechos a partir de pruebas. Constituyen la garantía que nos permite dar el paso entre la información con la que contamos y la conclusión que pretendemos hacer valer como verdadera.

Sin embargo, como también vimos, son peligrosas porque pueden traer aparejados problemas de invalidez de la generalización y peligros en el uso de la generalización. En esta dirección, pueden provocar razones inválidas (falsas) o ilegítimas para aceptar una conclusión.

Uno de los principales problemas por los cuales estos riesgos pueden pasar desapercibidos es porque, en ocasiones, las generalizaciones que constituyen las garantías de los argumentos no son expresadas y se suele razonar de modo entimemático.

Las personas, en la vida cotidiana, suelen exteriorizar las generalizaciones que subyacen a sus inferencias cuando son desafiadas a justificar sus conclusiones. Sin embargo, en el marco de un proceso judicial preocupado por la búsqueda de la verdad, no deberían aceptarse, de modo inconsciente y en todos los casos, los entimemas probatorios, esto es, los que implican un razonamiento sobre los hechos y su prueba.

Con esta precaución, es posible detectar si nos encontramos frente a alguna clase de entimema y buscar, de ser necesario, la explicitación de la premisa conformada por la generalización, para así poder controlarla e identificar posibles peligros.

En términos ideales, deberíamos indagar acerca de todos los componentes necesarios para descartar, en primer lugar, las generalizaciones espurias y, a continuación, poder hacer una evaluación sobre su potencialidad epistémica, para lo que deberíamos conocer la fuerza de la generalización, la posibilidad de generalizaciones en competencia, etc.

El camino de las generalizaciones es largo, complejo y, en gran medida, inexplorado. Pero, aun así, si nos preocupa la búsqueda de la verdad de los hechos, debemos recorrerlo a paso firme.

7 BIBLIOGRAFÍA

- ACCATINO, D., 2019: «Teoría de la prueba: ¿somos todos “racionalistas” ahora?», en *Revus* [Online], 39.
- AGUILERA, E., 2016: «Jordi Ferrer y la tradición racionalista de la prueba jurídica: una mirada crítica», en *Isonomía*, 44: 163-189.
- , 2020: «Una propuesta de aplicación de la epistemología jurídica en la investigación del delito», en FERRER BELTRÁN, J. y VÁZQUEZ, C., *Del derecho al razonamiento probatorio*. Madrid: Marcial Pons: 17-44.
- ALCHOURRÓN, C., 2000: «Sobre derecho y lógica», en *Isonomía*, 13: 11-33.
- AMAYA, A., 2015: «Coherencia, virtud y prueba en el derecho», en PÁEZ, A. (coord.), *Hechos, evidencia y estándares de prueba. Ensayos de epistemología jurídica*. Bogotá: Ediciones Uniandes.
- ANDERSON, T., SCHUM, D., & TWINING, W., 2015: *Análisis de la prueba*. Traducción de Flavia Carbonell y Claudio Agüero. Madrid: Marcial Pons.

- ARENA, F., 2016: «Los estereotipos normativos en la decisión judicial. Una exploración conceptual», en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, Vol. XXIX, nº 1: 51-75.
- BACIGALUPO, E., 1994: *La impugnación de los hechos probados en la casación y otros estudios*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- BEX, F. J., 2011: *Arguments, stories and criminal evidence: A formal hybrid theory*. Dordrecht: Springer.
- BONORINO, P., 2015: «Entimemas probatorios», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 38: 41-71.
- CAFFERATA NORES, J. I., 1998: *La prueba en el proceso penal*. 3ª edición, Buenos Aires: Depalma.
- CHIOVENDA, G., 1977: *Principios de derecho procesal civil. II*. Traducción de J. Casals Santaló. Madrid: Instituto Editorial Reus.
- COLOMA CORREA, R. & AGÜERO SAN JUAN, C., 2014: «Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba», en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, núm. 2: 673-703.
- COPI, I. M. & COHEN, C., 2013: *Introducción a la lógica*. Traducción de Jorge Alejandro Rangel Sandoval. México: Limusa.
- COUTURE, E. J., 1958: *Fundamentos de derecho procesal civil*. 3ª edición, Buenos Aires: Depalma.
- DE LA OLIVA SANTOS, A.; ARAGONES MARTÍNEZ, S.; HINOJOSA SEGOVIA, R.; MUERZA ESPARZA, J.; TOMÉ GARCÍA, J. A., 2007: *Derecho procesal penal*. 8ª edición. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.
- DEI VECCHI, D., 2017: *La decisión de encarcelar preventivamente y otros peligros procesales: una aproximación a la prisión preventiva desde la óptica de la justificación de decisiones judiciales*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- DEVIS ECHANDÍA, H., 1981: *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo I, Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía Editor.
- FERRAJOLI, L., 1995: *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- FERRER BELTRÁN, J., 2007: *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- , 2017: «El control de la valoración de la prueba en segunda instancia. Inmediación e inferencias probatorias», en *Revus*, 33: 107-126.
- GASCÓN ABELLÁN, M., 2010: *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- GONZÁLEZ LAGIER, D., 2013: *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. México: Fontamara.
- , 2018: «¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba». *Ponencia presentada en el Congreso Mundial de Razonamiento Probatorio*, Universitat de Girona, Girona (Recuperado de: https://www.academia.edu/37549075/Es_posible_formular_un_est%C3%A1ndar_de_prueba_preciso_y_objetivo_Algunas_dudas_desde_un_enfoque_argumentativo_de_la_prueba).
- , 2020: «¿Qué es el fundherentismo y qué puede aportar a la teoría de la prueba en el Derecho?» (Borrador). Recuperado de: https://www.academia.edu/42333749/Qué_es_el_fundherentismo_y_qué_puede_aportar_a_la_teor%C3%ADa_de_la_prueba_en_el_Derecho_borrador
- HEMPEL, C. G., 1983: *Filosofía de la ciencia natural*. Traducción de Alfredo Deaño. Madrid: Alianza Editorial.
- HERNÁNDEZ MARÍN, R., 2013: *Razonamientos en la sentencia judicial*. Madrid: Marcial Pons.
- HORVITZ LENNON, M. y LÓPEZ MASLE, J., 2004: *Derecho procesal penal chileno*. Tomo II. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- IGARTUA SALAVERRÍA, J., 1996: *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- , 2004: *El Comité de Derechos Humanos, la Casación Penal española y el control del razonamiento probatorio*. Pamplona: Civitas.123
- LLUCH, A., 2012: *Derecho probatorio*. Barcelona: José María Bosch Editor.
- MONTERO AROCA, J., 2008: *Proceso penal y libertad. Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*. Navarra: Thomson Civitas.
- MUÑOZ SABATÉ, L., 1967: *Técnica probatoria. Estudio sobre las dificultades de prueba en el proceso*. Barcelona: Editorial Praxis S.A.

- NIEVA FENOLL, J., 2010: *La valoración de la prueba*. Marcial Pons, Madrid.
- NOBILI, M., 1969: «Nuove polemiche sulle cosiddette “massime d’esperienza”», en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 12: 123-193.
- PALACIO, L. E., 2002: *La prueba en el proceso penal*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- PARRA QUIJANO, J., 2007: *Manual de derecho probatorio*. 16ª edición. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional LTDA.
- ROBERTS, P. & ZUCKERMAN, A., 2004: *Criminal evidence*. Oxford: Oxford University Press.
- ROXIN, C., 2000: *Derecho procesal penal*. Traducción de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- SCHAUER, F., 2003: *Profiles, probabilities and stereotypes*. Cambridge, Mass.-London: Harvard University Press.
- , 2004: *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basadas en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*. Madrid: Marcial Pons.
- SENTÍS MELENDO, S., 1979: *La prueba: los grandes temas del Derecho Probatorio*. EJE, Buenos Aires.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M., 1969: «Contribución al estudio de la prueba», en *Estudios de Derecho Procesal*. Barcelona: Ariel.
- SCHUM, D., 1984: *Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning*. Illinois: Northwestern University Press.
- STEIN, A., 2005: *Foundations of evidence law*. Oxford: Oxford University Press.
- STEIN, F., 1893: *El conocimiento privado del juez*. Traducción al español de Andrés De la Oliva Santos. Bogotá: Temis, 1988.
- TARUFFO, M., 2002: *La prueba de los hechos*. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta.
- , 2006: La motivación de la sentencia civil. Traducción de Lorenzo Córdoba Vianello. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- , 2009: «Consideraciones sobre las máximas de la experiencia», en *Páginas sobre justicia civil*. Traducción de Maximiliano Aramburo Calle. Madrid: Marcial Pons: 439-453.
- , 2012: *Proceso y decisión. Lecciones mexicanas de derecho procesal*. Madrid: Marcial Pons.
- TOULMIN, S., 2007: *Los usos de la argumentación*. Traducción de María Morrás y Victoria Pineda. Barcelona: Península.
- TWINING, W., 2006: «Narrative and Generalizations in Argumentation about Questions of Fact», en *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*. 2º ed. Cambridge: Cambridge University Press: 332-343.
- UBERTIS, G., 2014: «Comparative perspectives: truth, evidence and proof in criminal proceedings», en *International Journal of Procedural Law*, Vol. 4, Núm. 1: 79-96.
- , 2017: *Elementos de epistemología del proceso judicial*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta.
- VÉLEZ MARICONDE, A., 1982: *Derecho procesal penal*. Tomo 1. 3ª edición, 1ª reimpresión. Córdoba: Marcos Lerner Editora Córdoba.

