

Trabajo final de máster

Máster en Razonamiento Probatorio

Título: ACERCA DEL IRREDUCTIBLE ÁMBITO DE SUBJETIVIDAD EN LA FORMULACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS ESTÁNDARES DE PRUEBA

Alumna/o: MANUEL A. CALDERÓN MEYNIER

Tutor/a: Dr. DIEGO DEI VECCHI

Convocatoria: ABRIL DE 2022

ACERCA DEL IRREDUCTIBLE AMBITO DE SUBJETIVIDAD EN LA FORMULACION Y APLICACIÓN DE LOS ESTÁNDARES DE PRUEBA

ABSTRACT: En diversos trabajos -algunos de ellos de larga data- Jordi Ferrer Beltrán, ha postulado consistentemente la necesidad de formular estándares de prueba objetivos, al menos en el sentido de que la afirmación relativa a que determinado hecho se encuentra probado –“está probado P”- no debería resultar subsidiaria de la convicción que aquel sujeto que realiza la afirmación, tiene respecto de la prueba de dicho evento. En esta dirección, tal como lo señala en el título de su último libro, la convicción de quien juzga no es necesaria para la prueba de los hechos. Ahora bien, independientemente de que dicha idea me resulta particularmente muy atractiva, puesto que ello garantizaría de mejor modo el control entre personas de las proposiciones del tipo “está probado P”, creo que existen, incluso dentro de las formulaciones de estándares pretendidamente objetivos, ámbitos irreductibles de subjetividad. El propósito de este trabajo consiste en mostrar alguno de dichos ámbitos, determinar su real dimensión y, si es posible, proponer ciertos bemoles a la pretensión de Ferrer Beltrán de formular EDP de este carácter.

Keywords: Estándares de prueba – Clases de conceptos – Subsunción descriptiva y Subsunción imputativa - Subjetividad

Sumario: I. INTRODUCCION. II. ACERCA DE LOS ESTANDARES DE PRUEBA Y SUS CLASES. III. ACERCA DE LA CONVENIENCIA DE EDP CONTROLABLES. IV. AMBITOS IRREDUCTIBLES DE SUBJETIVIDAD EN LA FORMULACION Y APLICACIÓN DE LOS ESTANDARES DE PRUEBA. IV. 1. La noción de CONCEPTO. Las distintas teorías. IV. 2. Clases de conceptos. IV.3. La subsunción conceptual descriptiva y la subsunción conceptual imputativa. IV.3.1. Introducción. IV.3.2. Las nociones de “subsunción conceptual descriptiva” y la “subsunción conceptual imputativa”. IV.3.3. Acerca del vínculo entre la subsunción conceptual descriptiva y subsunción conceptual imputativa como actividad decisoria. IV.3.4. Ámbitos irreductibles de subjetividad en la formulación y aplicación de estándares de prueba. V. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

La tesis que expondré a continuación tiene como objetivo central formular algunas reflexiones respecto de la posición defendida por Jordi Ferrer Beltrán (en lo sucesivo JFB o FB) en relación a la necesidad y posibilidad real de crear estándares de prueba (desde aquí, EDP) *objetivos*. En este sentido, centrándome en este trabajo en ese segundo ámbito de análisis, procuraré mostrar que ello resulta casi imposible.

Para poder formular estos juicios críticos trataré diversas nociones que resultan indispensables.

En este sentido es que iniciaré mi labor distinguiendo conceptualmente entre EDP *subjetivos, objetivos e intersubjetivamente controlables*. Luego me introduciré en el análisis de conveniencia de la formulación de clases de EDP controlables, dentro de los que se encuentran los que propone FB. Como tercer aspecto de mi trabajo haré un esfuerzo por mostrar la existencia de ámbitos irreductibles de subjetividad en la formulación y aplicación de EDP. Luego, por ende, salvo algunos casos muy particulares, es particularmente complejo formular y aplicar estándares de prueba objetivos. Asimismo, en esta dirección, también realizaré algunas reflexiones respecto de la menos exigente categoría de EDP *intersubjetivamente controlables*.

Al momento de mi análisis crítico me centraré en la explicación de la noción de *concepto* y sus clases; así como del proceso de subsunción conceptual, o sea, el trabajo de identificación de una entidad y su vinculación con un determinado concepto. Más tarde, mostraré la noción de *argumento* y su vinculación con los conceptos.

Luego profundizaré la idea relativa a que el proceso de análisis de suficiencia probatoria constituye un ejercicio argumentativo y, por ello, se encuentra plagado de razonamientos que remiten a conceptos.

Seguidamente desarrollaré mi posición en cuanto a que la relación que existe entre los EDP -de cualquier clase- y los enunciados probatorios del tipo “está probado P” implica una labor de subsunción conceptual imputativa, donde, a contrario de identificar características del objeto y vincularlas con el concepto, directamente atribuimos el concepto.

Por último, formularé una conclusión vinculando mi pretensión inicial con el resultado del análisis realizado.

II. ACERCA DE LOS ESTANDARES DE PRUEBA Y SUS CLASES

Si bien la noción de estándares de prueba resulta más o menos homogénea entre los distintos autores que se encargan de estudiar este tópico, citaré la definición formulada por Ferrer Beltrán (2021:24): «[...] en efecto, como he señalado ya repetidamente, los estándares de prueba son reglas que determinan el grado de confirmación que una hipótesis debe tener, a partir de las pruebas, para poder ser dada por probada a los efectos de adoptar una determinada decisión [...]».

Como lo indicara en la Introducción, existe una línea de investigación muy importante actualmente que pretende identificar la distinción entre EDP subjetivos y objetivos.

Básicamente la diferencia entre unos y otros consiste en que los primeros plantean que el análisis y la determinación de aquello que ha de resultar suficiente para considerar que un hecho está probado se establece a partir de la confianza o creencia personal e interna de un sujeto respecto de una hipótesis.

De manera simplificada, según este tipo de EDP, la prueba de un hecho resulta subsidiaria o parasitaria del nivel de confianza que, en la ocurrencia de la hipótesis, tiene el operador. De modo tal que, si dicho nivel de confianza es alto, el mismo resulta revelador de una cantidad y calidad de prueba relevante que autoriza al mismo a afirmar que dicha hipótesis *está probada*.

Por su parte, los estándares objetivos proponen que la determinación de aquello que resulta suficiente para considerarse que un hecho está probado sea resultado de una regla cuyo consecuente -la “prueba suficiente”- dependa de que la ocurrencia del antecedente de la misma (es decir, aquello en virtud de lo cual el juez debe aceptar sin más que *hay prueba suficiente*) sea absolutamente ajena a una dimensión íntima del decisor. En este sentido, dado un EDP objetivo, el sujeto que decide en un caso concreto solo debe corroborar el cumplimiento de las condiciones o supuestos neutrales que esa norma prevé como condición necesaria y suficiente de la prueba del enunciado fáctico.

En este sentido, por ejemplo, Laudan (2005:108) formula un EDP en los siguientes términos:

[Hay prueba suficiente de una cierta hipótesis acusatoria H toda vez que] los hechos establecidos por la acusación refutan cualquier hipótesis aun ligeramente razonable que [quien juzga] puede pensar respecto de la inocencia del acusado. Si ellos lo hacen, [quien juzga] debe condenarlo [en el sentido de tener la hipótesis como probada]. De otro modo, [quien juzga] debe absolver [en el sentido de tener la hipótesis como no probada]¹.

En este contexto, la pretensión de Laudan -y creo también la de Ferrer Beltrán, aunque a partir de EDP de distinto contenido- es que el operador solo deba corroborar, a modo de una suerte de *check list*, la presencia de las condiciones que permiten tener a H como probada. Así, siguiendo el modelo de Laudan, la condición cuya ocurrencia determina que haya *prueba suficiente* es *la refutación de cualquier hipótesis ligeramente razonable a favor de la inocencia del acusado*. Pero debe tenerse en cuenta que el EDP será objetivo sí, y solo si, dicha condición -en el caso, la refutación- refiere en efecto a un hecho

¹ Entre [] es agregado por mí con el objeto de hacer enteramente comprensible la fórmula.

objetivo. Si, ello no fuera así el EDP terminaría siendo, a fin de cuentas, subjetivo, o en el mejor de los casos uno intersubjetivamente controlable.

Atendiendo a este punto de vista, los EDP objetivos, al revés de los subjetivos, le dicen al operador qué es lo que deben buscar en el conjunto de elementos probatorios a fines de establecer, independientemente de sus convicciones, si hay prueba suficiente. En esta dirección, el nivel de confianza acerca de la hipótesis resultaría una consecuencia de algo que el agente ha encontrado en la prueba que le permite arribar a dicho estadio².

Por su parte, EDP intersubjetivamente controlable es todo EDP que remita a criterios de justificación epistémica, como sería, por ejemplo, la Sana Crítica Racional³, sistema que, aunque brindando un margen de relativa discrecionalidad a nivel de la motivación, resulta claramente intersubjetivamente controlable⁴.

III. ACERCA DE LA CONVENIENCIA DE ESTÁNDARES DE PRUEBA CONTROLABLES

Sin duda alguna que, la pretensión de FB, desde un punto de vista de dogmática procesal penal, procura disminuir la arbitrariedad de las resoluciones judiciales, y, de este modo, se enrola en una tesis garantista de derechos fundamentales.

Lo que FB sostiene fundamentalmente es que las afirmaciones del tipo “está probado que Juan mató a Pedro” no pueden depender, en ningún caso, de la convicción del juez respecto de la verdad de dicha proposición, pues esto hace que dichas afirmaciones resulten absolutamente imposibles de controlar⁵. La razón reside en que, como bien sostiene, la convicción no es susceptible de verdad o falsedad, de corrección o incorrección, sino que es un hecho, o, en otras palabras, solo “es”.

En este marco, a lo largo de su labor, FB ha reconocido modelos procesales que receptan EDP que se apoyan, precisamente, en fórmulas que hacen que la prueba de los hechos sea función exclusiva de la convicción individual de quien juzga (2021:19-22). Por eso es que se ha propuesto crear EDP que minimicen esa discrecionalidad incontrolable. A esos

² Pero esto, según la lógica que plantea FB, es verdaderamente eventual toda vez que, como el título de su última obra lo afirma –“Prueba sin convicción”, (PSC)-, es perfectamente posible considerar que “está probado P” incluso cuando el juez esté convencido de lo contrario.

³ Habría que aclarar que, en la medida en que se mantenga la distinción entre *valoración de la prueba* y *decisión sobre la suficiencia*, la SCR es un sistema de valoración, no un EDP. Sin embargo, se trata de un sistema de valoración que proporciona criterios sobre la base de los cuales decidir la suficiencia probatoria.

⁴ Acerca de la prescindencia de criterios diferentes de los de valoración de la prueba a los fines del análisis de la prueba de una hipótesis ver Bayón 2008:22-23.

⁵ En esta dirección, Ferrer Beltrán 2002:32-34, 94 ss.

EDP los ha denominado, inicialmente, *objetivos* (2007:20, 114) y, más próximos en el tiempo, *intersubjetivamente controlables* (2018:6, 17).

Ahora bien, creo que resulta relevante señalar en este momento algunas aclaraciones: 1) en primer lugar, FB adopta una posición político-criminal por la cual pretende que Juan solo pueda ser condenado por el homicidio de Pedro -que se le atribuye-, si, al menos⁶, Juan hubiera matado a Pedro; 2) en este sentido entonces, la afirmación “Juan mató a Pedro” debe resultar descriptiva⁷ de un estado de cosas -la realidad-; 3) en esta dirección es que, consecuencia de que un enunciado sea descriptivo es la posibilidad de predicar verdad o falsedad del mismo; 4) así es que, vinculado con 1, se compromete con una noción de verdad como correspondencia en el sentido que pretender sostener la verdad de la afirmación “Juan mató a Pedro” solo es posible cuando, *en la realidad*, Juan haya matado a Pedro; 5) para poder predicarse verdad o falsedad respecto de un enunciado referido a hechos, ese hecho debe ser objetivo en el sentido que debe ser externo e independiente al sujeto que se pronuncia acerca de su verdad o falsedad⁸; 6) de este modo, debe sostener que, los EDP que fijan cuándo un determinado grado de corroboración de una hipótesis relativa a un hecho objetivo es suficiente para afirmar que esa hipótesis está probada, debe, necesariamente también, ser objetivo, y creo que en esta es la interpretación que debe dársele cuando dice:

Ello no tiene como consecuencia, por cierto, que la fuerza ilocucionaria de un enunciado probatorio del tipo “está probado que ‘p’” no pueda ser descriptiva, o que sea constitutiva [...] Si la fuerza fuera constitutiva o performativa, no habría posibilidad conceptual de error. [...] Que en la determinación de la suficiencia probatoria intermedien razones normativas no impide, por otro lado, que pueda afirmarse la fuerza la fuerza descriptiva de “está probado que ‘p’”. Las razones normativas cuentan para determinar el estándar de prueba, que establece el umbral de suficiencia probatoria requerido para que pueda considerarse una hipótesis fáctica como probada; y las razones epistémicas cuentan para determinar si, a la luz de las pruebas presentadas al proceso, se alcanza o no ese umbral. Siendo así, nada impide sostener que es verdadero o falso que el grado de corroboración de ‘p’ supera el umbral de suficiencia y, en consecuencia, que “está probado que ‘p’”⁹.

⁶ Más allá de cualquier otro requisito dogmático y procesal que resultara necesario para atribuir responsabilidad penal, pero que aquí no interesa señalar.

⁷ Inicialmente, en Ferrer Beltrán, 2001, luego, casi sin modificaciones, en Ferrer Beltrán, 2002. La última referencia expresa en 2021:200-201, nota 88.

⁸ Hasta aquí, más o menos textualmente, en Ferrer Beltrán, 2021:17-18.

⁹ Ferrer Beltrán 2021:200-201 nota 88.

Entonces, más allá de la formulación que FB realiza en PSC respecto de su pretensión de formular EDP *intersubjetivamente controlables*, sostener 1 a 5 implica, indefectiblemente, sostener también 6. Según esta lógica, ¿de qué modo podría afirmarse consistentemente que el hecho objetivo “Juan mató a Pedro” ha de considerarse probado si los criterios de suficiencia probatorias tienen algún componente no objetivo?

Así, solo de EDP existentes como hecho objetivo y formulados también objetivamente es que puede predicarse verdad o falsedad de la afirmación relativa a que, en la realidad, se ha alcanzado ese estándar.

Más allá de la importante cuestión conceptual, en su última obra también ha señalado (2021:22-28) que EDP de esta clase brindan, fundamentalmente, dos valores procesales relevantes. Por una parte, seguridad jurídica, dado que todos los justiciables podrán controlar el cumplimiento de las condiciones requeridas por el EDP para sostener “está probado que P”, de modo que la labor de los jueces se hará, de alguna manera, más previsible, Por otra parte, los EDP asegurarían igualdad de trato (probatorio), en el sentido de que los ciudadanos serán todos sometidas a un mismo baremo intersubjetivamente controlable de suficiencia probatoria y no *al que le toque* según cuál sea el juez que en suerte le sea asignado.

En estos términos, la conveniencia de EDP comunes y racionalmente controlables resulta evidente. Ahora bien, mi intuición general, adelantándola, es que un modelo como el que propone el profesor Ferrer Beltrán apoyado en EDP objetivos, busca prescindir de la insoslayable dimensión *humana* de las decisiones judiciales. Mi posición, es que, sin negar dicho carácter, de todos modos, se pueden construir EDP intersubjetivamente controlables con un diseño distinto, que incorpore dichos aspectos ineludibles de la actividad decisoria, aunque eso no será objeto de trabajo en esta oportunidad.

IV. AMBITOS IRREDUCTIBLES DE SUBJETIVIDAD EN LA FORMULACIÓN Y APLICACIÓN DE ESTÁNDARES DE PRUEBA

IV.1. La noción de “concepto”. Las distintas teorías

He de iniciar el despliegue de mi posición procurando establecer algunas ideas básicas que resultan relevantes para este trabajo. Así es que, en primera instancia quiero distinguir entre las siguientes nociones:

- a. *Oración.*
- b. *Proposición.*

c. *Concepto*.

Una *oración* es un conjunto de palabras relacionadas mediante conectores, también llamados *términos sincategoremáticos* como son, por ejemplo, los artículos, las preposiciones, etc. Esa relación debe llevarse a cabo de acuerdo a las reglas que impone un determinado sistema lingüístico de modo tal que la aplicación correcta de esas reglas aporta un sentido a la combinación (DÍEZ Y MOULINES, 1999:92).

Por su parte, una *proposición* es el significado de la oración en función asertiva¹⁰.

Más controvertido resulta precisar la noción de *concepto*, controversia que se irradia en dos direcciones: por un lado, vinculado a su carácter ontológico, o sea, en la pretensión de responder ¿qué es un concepto?; y, por otro lado, vinculado a su estructura, lo que procura responder a la pregunta ¿qué es lo que constituye a un concepto?

Desde el primero de esos aspectos, algunos teóricos sostienen que son *representaciones mentales*; otros refieren que son *aptitudes o habilidades* que tienen las personas; y una tercera posición las señala como *entidades abstractas*.

La primera de las opiniones que toma a los conceptos como representaciones mentales, tiene su origen en el empirismo clásico. Para esta concepción los conceptos son entidades psicológicas que pueblan nuestras mentes y que se constituyen a partir de nuestra percepción sensorial de los objetos del mundo. En este marco, por ejemplo, el concepto PIEDRA¹¹ es la representación mental -una imagen, por ejemplo- que tenemos de la “piedra-tipo” o “piedra-muestra”.

La segunda posición que los define como habilidades o aptitudes afirma que los conceptos son condiciones o facultades -como la de correr o saltar- cognitivas que los sujetos poseen y que les permiten discriminar diversos objetos y sucesos en el mundo. En este marco, PERRO consistiría en la aptitud de distinguir aquellas entidades que son perros de los demás objetos del mundo.

Para el tercer enfoque los conceptos son entidades abstractas que integran y componen las proposiciones, son no localizables espacio-temporalmente y resultan accesibles para los seres humanos en tanto sujetos epistémicos permitiéndoles conocer el mundo y orientarse en él (DÍEZ Y MOULINES, 1999:93). Así, los conceptos no están en la cabeza de las personas, sino que son entidades que median entre el pensamiento y el mundo que el

¹⁰ Existen oraciones distintas que expresan la misma proposición, i.e.: “*Raúl escalará el Monte Everest*” y “*El Monte Everest será escalado por Raúl*”.

¹¹ Utilizaré versalitas para referirme al concepto designado por el término; letra normal a los fines del uso de la palabra -vengo utilizando hasta aquí, y seguiré haciéndolo, cursiva para destacar el uso de una palabra-; y, eventualmente, la palabra entre comillas para mencionarla, pero sin usarla.

sujeto capta o *trae*, precisamente, cuando tiene algún pensamiento: las palabras. En esta dirección, “casa” es la forma de expresar CASA -en el sentido de vivienda- .

Dos reflexiones iniciales podemos formular hasta aquí. En primer lugar, la distinción entre una noción y otra no resulta en absoluto irrelevante en la medida en que, pareciera ser, la idea de concepto como entidad abstracta podría considerarse de una dimensión *objetiva* precisamente porque su existencia en nada dependería de un individuo, sino que resulta absolutamente ajena a él. Por su parte, las dos posiciones restantes, tendrían un contenido eminentemente *subjetivo*, ya sea vinculado a la circunstancia de que la *representación mental*, en virtud de ser mental, se vincula, precisamente, a cada sujeto en particular¹² y, a su vez, la posición restante, resulta de algún modo subsidiaria de las mayores o menores habilidades y capacidades de cada individuo para llevar adelante esa discriminación entre objetos y eventos del mundo.

Por su parte, los conceptos, ya sea que se los considere como *entidades abstractas* o *representaciones mentales* mantienen una decisiva vinculación con los sistemas lingüísticos o, en otras palabras, existe una vital relación entre conceptos y palabras. Ese lazo es *la expresión* (DÍEZ Y MOULINES, 1999:94). La mayoría de las palabras que forman los juicios¹³, no son otra cosa que la forma de expresión de los conceptos (LARROYO en ARISTÓTELES, 2008: XLVIII).

De hecho, una de las clasificaciones que se hace en relación a los conceptos es la que distingue entre *conceptos lexicales* y *conceptos complejos* (MARGOLIS Y LAURENCE 1999). Los primeros son los que se expresan a partir de una sola palabra –“perro”-. Los

¹² En este sentido, una piedra -el objeto, la cosa- es objetiva, mientras que la representación mental de una piedra es subjetiva, y es subjetiva, simplemente, porque es mental. Nótese, sin embargo, que la subjetividad de este tipo no excluye la posibilidad de que la misma representación sea compartida desde que dos personas pueden tener el mismo tipo de representación mental. Lo que resultaría muy difícil es que dos personas tengan la misma representación de *muestra* (sería algo así como la misma imagen que se viene a la mente en relación al objeto). Esto nos lleva a una segunda distinción subjetivo-objetiva. Se puede decir de esta manera: Las representaciones mentales son subjetivas en la medida que esas muestras pertenecen solo y exclusivamente a un solo sujeto. Su ser subjetivo en este sentido, sin embargo, no impide que se pueda compartir en el sentido relevante, ya que, de nuevo, dos personas pueden tener la misma representación por cada una de las muestras del mismo tipo. Cuando alguien dice que dos personas tienen el mismo concepto, no es necesario suponer que está diciendo que ambos poseen el mismo *elemento muestra*. Es evidente que lo que importa para ser capaz de abrigar el mismo concepto, es ser capaz de tener *muestras del mismo tipo, de la misma clase*, de modo que el concepto sería el tipo o clase, no la muestra en sí. Así, mientras que las representaciones mentales son subjetivas en los dos sentidos que hemos aislado -son mentales y solo pertenecen a un solo sujeto-, esto no les impide ser objetivos en el sentido de ser compartibles, no a nivel de referencia muestra sino a nivel de referencia clase.

¹³ Sería muy difícil poder incluir a los *términos sincategoremáticos* dentro de los que expresan conceptos, salvo quizás en algún tipo de lenguaje científico-formal muy particular. Existen también casos de combinación de palabras que individualmente constituyen la expresión de conceptos, pero que al relacionarse, aunque gramaticalmente lo hagan correctamente, pierden ese carácter, i.e. “*cuadrado triangular*”.

conceptos complejos son lo que se expresa mediante el uso de más de una palabra –“perro compañero”- y que, además, constituyen un concepto distinto de cada uno de los que expresaría las palabras que los conforman, individualmente consideradas.

Teniendo en cuenta esta noción podríamos afirmar entonces que los juicios son también algo más que relaciones entre palabras: son relaciones entre conceptos.

De otro costado, y en estricta relación con la estructura de los conceptos, existen distintas teorías acerca de como están constituidos, o sea, cuáles son sus componentes, y que podríamos distinguir en: *teoría clásica*, *teoría de los prototipos*, la “*teoría-teoría*” de los *conceptos*, la *teoría neo-clásica* y el *atomismo conceptual* (MARGOLIS Y LAURANCE, 1999). Creo que profundizar demasiado estas nociones es una labor que excede los límites del presente trabajo, aunque resulta necesario decir que, las cinco primeras, sostienen que los conceptos se estructuran en base a propiedades -que a su vez se remiten a otros conceptos- que se reconocen en los objetos y cuyo reconocimiento nos permite subsumir esas entidades dentro de los respectivos conceptos. Por su parte, el atomismo conceptual se diferencia de esa clase de teorías al sostener, por el contrario, que los conceptos carecen absolutamente de estructura. Así, el contenido de un concepto no está determinado por su relación con otros conceptos -las características o condiciones a las que se refieren el resto de las teorías- sino por su relación con el mundo. Son verdaderos *átomos* absolutamente desvinculados del resto de los conceptos al punto que podríamos utilizarlos sin siquiera conocer otros conceptos que las teorías estructurales establecen como vinculaciones. Por ejemplo, diariamente utilizamos MOTOR sin saber absolutamente que hay dentro de esa gran caja de hierro que hace que los automóviles se desplacen.

Mi tesis incluye la mayoría de ellas, dejando fuera solo la del *atomismo conceptual*.

IV.2. Clases de conceptos¹⁴

Ya he señalado arriba la distinción entre *conceptos lexicales* y *conceptos complejos* a la cual me remito.

Carl G. Hempel (1952:50), en una sistematización compartida por Díez y Moulines (1999:101 ss) y la mayoría de los filósofos de la ciencia, ha formulado una clasificación de los conceptos identificando tres categorías: la de *conceptos clasificadorios*,

¹⁴ La clasificación no es exhaustiva en ningún sentido: no reflejaré todas las clases desarrolladas por los teóricos en el mundo, y ni siquiera serán todas las que utilizaré en este trabajo, como se verá más abajo, en el punto IV.3.4.

comparativos y métricos. Haré una pequeña referencia a ellos en lo que interesan en esta exposición.

Los *conceptos clasificatorios* son los usados con mayor frecuencia en la vida diaria y cotidiana ya que son los primeros que se aprenden y constituyen las herramientas que utilizamos desde niños para subsumir los objetos que nos rodean. Existen de muchas clases, algunos de ellos son los conceptos clasificatorios de color (ROJO, AZUL, VERDE), de temperatura (CALIENTE, FRÍO), de forma (REDONDO, CUADRADO, TRIANGULAR), de animales (VACA, PERRO, GATO), de plantas (ÁRBOL, FRUTAS, VERDURAS), de profesión (BOMBERO, POLICÍA, ABOGADO), de edad (JOVEN, NIÑO, ADULTO), de uso (MARTILLO, MESA, PLATO), de sustancia (LÍQUIDO, GASEOSO, SÓLIDO), etc.

En una segunda categoría encontramos los *conceptos comparativos* que González Lagier (2007) define como «[...] aquellos que permiten comparar en qué grado dos objetos (o hechos) poseen una misma propiedad en común (por ejemplo, “dureza, "antigüedad", "altura", etc.) [...]». Dentro de estos encontramos, por ejemplo, MÁS PESADO QUE, EQUIVALENTE A, etc.

Por último, los *conceptos métricos* son aquellos que asignan una magnitud a determinado objeto o fenómeno, como serían por ejemplo LONGITUD, DISTANCIA, PESO.

En lo que aquí importa, los jueces, al desarrollar la labor intelectual consistente en valorar la prueba y luego al tratar la suficiencia de la misma en relación a las hipótesis fácticas en discusión, utilizan constantemente conceptos de las tres categorías explicadas arriba. Conceptos como los de ARMA, MUERTO, DINERO, etc., pueden identificarse claramente dentro de la categoría de conceptos clasificatorios.

Otros, como los de PRUEBA, VALORAR, SUFICIENTE, etc. expresan a veces un concepto clasificatorio (‘está probado que P’), otras veces uno métrico (‘hay x grado de prueba en favor de P’ ‘hay bastante prueba en favor de P’), y también, en algún caso, comparativo, como por ejemplo cuando digo ‘P está más probado que Q’. Así, por ejemplo, VALORAR abarca el comparar elementos de prueba, asignándoles valor, de modo tal que en algún ámbito constituirá un concepto métrico y en otras uno del tipo comparativo. Lo mismo podemos decir de la noción consistente en indagar acerca de la suficiencia de determinado grado de corroboración que la prueba aporta en relación a determinada hipótesis. Sostener que determinado grado de convicción es SUFICIENTE para afirmar ‘está probado P’ implica, clasificar y también medir.

Finalmente, conceptos del tipo: BAJA PROBABILIDAD, ALTA PROBABILIDAD, etc. resultan ser conceptos métricos en la medida que asignan una magnitud a determinado objeto o condición.

En definitiva, es importante señalar que, como puede verse, varios conceptos de los arriba señalados encuadran, como resulta razonable esperar, en más de una categoría, e, incluso, en todas ellas.

Otra clasificación que creo relevante identificar aquí es la de *conceptos descriptivos* y *conceptos imputativos*.

Imaginemos un vaso que contiene agua en su interior. Las condiciones que me permiten afirmar que el líquido allí contenido es agua es que la sustancia de mención está formada por moléculas compuesta por dos átomos de hidrógeno y uno de oxígeno. En este marco se puede apreciar que las “condiciones” o “características” que me permiten subsumir conceptualmente al objeto dentro del concepto se encuentran en el objeto, y cuando digo “en”, me refiero a elementos que lo constituyen, de alguna manera, ontológicamente.

Ahora bien, vayamos un paso atrás en la historia y pensemos que nos encontramos en un bar donde pedimos al camarero que nos sirva un vaso con agua. Así, el empleado se acerca a nuestra mesa con una jarra que contiene agua y además con un vaso vacío. Apoya el vaso en la mesa y luego toma la jarra y comienza a servirnos agua dentro del vaso. Mientras el sujeto está llevando a cabo dicha conducta y cuando ha llenado medio vaso le decimos: “Gracias, el agua que me sirvió es suficiente para saciar mi sed”.

Ahora bien, el carácter suficiente de la cantidad de agua que se ha introducido en el vaso constituye una cualidad que no se desprende de ninguna característica o condición que *tenga* la sustancia que se ha introducido a nuestro vaso, sino por una que yo he atribuido, o, dicho de otro modo, he imputado a la cantidad líquido: su carácter de suficiencia.

Es en este contexto que creo útil identificar dos clases de conceptos que estimo para mi tesis resultarán relevantes: el de *conceptos descriptivos* y el de *conceptos imputativos*.

Son *conceptos descriptivos* aquellos que se vinculan con características que tienen los objetos o sucesos del mundo y que nos permiten su uso solo a través de un ejercicio de reconocimiento que los usuarios realizamos de dichas características. Por su parte, serán *conceptos imputativos* aquellos en los que las características o condiciones que nos permiten utilizarlos no están *en* el objeto o *en* el suceso del mundo, sino que son atribuidas por los usuarios a partir de circunstancias laterales o periféricas a la sustancia del objeto o suceso, como sería, en este caso, la cantidad del líquido que se introdujo en el vaso.

Así las cosas, que el agua contenida en el vaso sea *suficiente* para saciar mi sed no es una condición del agua como unidad conceptual, sino una característica periférica al objeto como es su cantidad. No hay nada *en el agua* como tal que la haga suficiente para saciar mi sed, sino que dicha condición es atribuida por mí mismo al objeto a partir de la valoración estimativa de la *cantidad* de agua que se halla en el recipiente. En este sentido también es posible afirmar que dichas características son, de algún modo, contextuales, o sea, dependen de la situación o circunstancia particular de uso del concepto, por caso, en el ejemplo, de mi *cantidad* de sed.

Lo mismo pasa con muchos otros conceptos vinculados a objetos o fenómenos materiales del mundo. Pensemos en un perro, por ejemplo: lo que hace que un objeto *sea* un perro, es la presencia en él de las características definitorias de PERRO, supongamos: animal de cuatro patas que mueve la cola y ladra. Esas características son propias del objeto y lo único que hacemos nosotros, que pretendemos utilizar el concepto PERRO para señalar a esa entidad, es reconocerlas en la cosa. Ahora bien, cuando yo señalo que mi perro Toro es *compañero*, lo que estoy haciendo es atribuirle a mi perro un cierto carácter que él no tiene como elemento definitorio de la subsunción que realizo de sí como un PERRO. No hay nada en Toro en tanto que PERRO que yo pueda reconocer como lo que me permite clasificarlo como COMPAÑERO salvo la de algunas circunstancias o condiciones periféricas que utilizo para atribuirle dicho carácter, por ejemplo, que pase mucho tiempo cerca de mí cuando estoy en casa.

Ahora bien, no todos los conceptos se refieren a cosas, personas o sucesos del mundo, sino que también existen otros que no se refieren a ellos y que, en contraposición a aquellos que podríamos denominar *conceptos concretos* -en virtud que se refieren a algo que podemos apreciar de algún modo a través de nuestros sentidos- he de denominar *conceptos abstractos* en el sentido de que tienen una existencia que podríamos llamar *no corpórea* o *no material*, como, por ejemplo, SUFICIENTE, COMPAÑERO, INMORAL, etc., aunque siempre se vinculan con otros *conceptos concretos*¹⁵.

En esta dirección entonces lo que quiero indicar es que los conceptos imputativos son, en todos los casos, conceptos abstractos -aunque se vinculen con objetos o fenómenos del

¹⁵ Esto no significa que no podamos definir *inmoral* o *suficiente* prescindiendo de algún objeto o suceso particular del mundo, sino que, incluso esa definición se vinculará con *algo* del mundo. Ej. Inmoral es *aquello que* no cumpla con los valores de decencia de una sociedad. La referencia a “aquello que” es lo que vincula a *inmoral* con el mundo.

mundo, como los tres que señalé arriba¹⁶- y, en alguna medida, también conceptos que implican alguna valoración que excede las condiciones intrínsecas y centrales del objeto que clasifico dentro de esa categoría.

Ferrer Beltrán (2002:49) se ha referido a esto cuando hace referencia a la distinción entre hechos descriptivos y hechos valorativos. Allí sostiene que:

En el primer caso, la identificación del supuesto de hecho se realiza a través de datos empíricos, esto es, las características definitorias del supuesto de hecho en cuestión son exclusivamente empíricas. En el segundo caso, en cambio, se utilizan términos valorativos para definir el supuesto de hecho al que se vincula la consecuencia jurídica.

Esta noción puede aplicarse perfectamente a la de conceptos que aquí defiendo toda vez que los hechos a los que hace referencia y sobre los que plantea su distinción están vinculados, como hemos visto, a una dimensión conceptual que los precede y que permite incluirlos dentro de alguna de sus categorías. La cuestión aquí es que los conceptos valorativos no tienen un contenido exhaustivamente descriptivo sino imputativo. En el texto, a modo de ejemplo, utiliza la noción de OBSCENO, así, sostener que un evento - exhibir los genitales en un bus repleto de personas- resulta obsceno implica atribuir a ese suceso, a partir de la existencia de elementos periféricos al mismo -el lugar donde se lleva adelante, por ejemplo-, dicho carácter.

Ahora bien, como también lo señala FB, es cierto que muchos conceptos valorativos son también complejos en el sentido de que están formados por dos o más palabras que, conjuntamente, señalan un concepto distinto de cada una de ellas identificadas individualmente: el de “perro compañero” por ejemplo, o el de “cantidad suficiente de agua para saciar mi sed”. En esta dirección muchos conceptos complejos están conformado por conceptos valorativos que se vinculan con objetos o fenómenos del mundo, o sea, con otros conceptos concretos, pero esto no quita en nada el carácter imputativo del concepto valorativo que forma parte del concepto complejo. Dicho de otro modo, que estemos hablando de un perro cuando hablamos de *compañero* no quita que éste último carácter, que forma parte del concepto complejo, no tenga naturaleza imputativa: lo que hace el usuario del concepto es, precisamente, atribuir dicho carácter a un concepto descriptivo, lo que no le quita al concepto complejo su carácter atributivo.

¹⁶ Aunque resulta importante señalar que no todos los conceptos abstractos son imputativos.

IV.3. La subsunción conceptual descriptiva y la subsunción conceptual imputativa

IV.3.1. Introducción

Hemos visto hasta aquí que el discurso probatorio utiliza constantemente proposiciones formadas por conceptos de distintas clases.

Ahora bien, es importante a esta altura señalar cómo es la labor que realizan los jueces, para vincular las nociones de entidades, características o condiciones y conceptos.

Como mencioné al principio, lingüísticamente los conceptos se vinculan dando lugar a formulaciones denominadas *juicios o enunciados*. Si tomamos una sentencia judicial podemos apreciar que a la misma le cabe perfectamente esta idea en virtud de que no es otra cosa más que un documento formado por una gran cantidad de juicios concatenados de modo tal que algunos se constituyen en las premisas sobre las que se asientan otros juicios denominados conclusiones; y al mismo tiempo son también las conclusiones que se derivan de las relaciones entre otros enunciados.

En este marco, tanto en la labor de constitución del acervo probatorio, en la de valoración probatoria como en la de análisis de suficiencia probatoria, encontramos también esta estructura de premisas, conclusiones y conceptos.

IV.3.2. Las nociones de “subsunción conceptual descriptiva” y “subsunción conceptual imputativa”

Un juez, a quien se le encomienda la tarea de resolver un conflicto consistente en la supuesta violación de la norma penal se enfrenta, entre otras, a la labor de determinar la existencia de hechos que resultan relevantes jurídico-penalmente.

Los jueces tienen acceso a dos rangos de hechos: indirectamente -mediando la intervención de otra persona o de otros medios- a aquellos sobre cuya existencia deben pronunciarse y también directa -por sí mismo- o indirectamente a otros que sirven como apoyo de la existencia de los primeros. En relación a ambos deben ejercer una labor analítica y valorativa para determinar el grado de corroboración de la hipótesis de que se trate.

En lo que aquí interesa, ambas categorías de hechos deben someterse a distintos análisis, siendo el que me interesa aquí, el vinculado con la conformación de la premisa fáctica del caso y no con la norma aplicable a ellos.

En este sentido, en primer lugar -lo llamaré “análisis conceptual”-, una vez que se ha tenido acceso a ellos, los hechos deben ser encuadrados en el marco de algún concepto.

Desde un segundo punto de vista -lo denominaré *valoración probatoria*-, sopesándolos - individual y conjuntamente- con el objeto de determinar el grado de corroboración de la hipótesis que esos elementos probatorios están dirigidos a respaldar.

Un tercer aspecto -lo nombraré *análisis de suficiencia probatoria*- corresponde al de la determinación de si el grado de corroboración que se le atribuyó a la hipótesis durante el despliegue de la actividad valorativa, resulta suficiente para afirmar que dicha hipótesis *se encuentra probada* según los estándares de cada sistema procesal.

En definitiva, cuando a un objeto concreto es percibido por el juez, identificando sus características descriptivas y encuadrándolo en un concepto, despliega una actividad de *subsunción conceptual descriptiva*. Por su parte, cuando a esa entidad la identifica dentro de la extensión de un concepto imputativo, solo se lo atribuye discrecionalmente a partir del reconocimiento de características que son contextuales a aquellas que resultan definitorias de tales, en términos de su encuadramiento dentro de un concepto concreto. Esta labor la llamo *subsunción conceptual imputativa*.

Finalmente, actividad de subsunción descriptiva y/o subsunción imputativa de segundo orden¹⁷ es la de hacer encuadrar los hechos que se consideran probados -Juan mató a Pedro- dentro de una norma jurídica que regule el evento, en general, dentro del ámbito del derecho penal, atribuyendo consecuencias a los sujetos que de alguna manera hubieran participado en su producción. Esta actividad también implica subsumir un hecho concreto e individual dentro de una categoría de hechos (homicidios, por ejemplo) reflejados por una norma jurídica. Esta clase de subsunción podría denominarse *subsunción jurídica, la cual no es otra cosa más que un tipo particular y específico de subsunción conceptual*.

Aunque también es importante señalar que en la labor de encuadramiento jurídico también se llevan adelante acciones de imputación conceptual. Así, cuando calificamos una conducta de exhibición del cuerpo desnudo de una persona como *obscena* lo hacemos no con significación para la vida común sino, especialmente en el contexto jurídico, con relevancia normativa.

IV.3.3. Acerca del vínculo entre la subsunción conceptual descriptiva y subsunción conceptual imputativa como actividad decisoria

¹⁷ Con esa expresión no quiero significar que sea de un menor nivel de importancia, sino que se lleva a cabo posteriormente a la subsunción conceptual.

Los seres humanos, en nuestra vida normal, diariamente, desarrollamos decenas de miles de actividades de subsunción conceptual e imputativa de conceptos. Cada vez que nos levantamos por la mañana y comenzamos nuestra jornada en el baño identificamos al “palito que tiene pelitos en la punta” como nuestro CEPILLO DE DIENTES; luego, al “trozo de tela que sirve para secarse” lo señalamos como una TOALLA; al “trozo de vidrio que refleja nuestra imagen” como el ESPEJO, y así es que pasamos todo el día interactuando con entidades que constantemente nos imponen ser conceptualizadas para poder relacionarnos con el mundo de modo más o menos dinámico.

La cuestión aquí es que esta actividad la realizamos, en la mayoría de los casos, sin ponernos a pensar si el palito con pelitos es un CEPILLO DE DIENTES y así sucesivamente, sino que esa acción se despliega automáticamente.

González Lagier (2013:4 ss) ha distinguido, en alguna de sus varias formas de clasificar los hechos, *entre externos y hechos internos*, y dentro de ésta última clase, entre *estados mentales* y *acciones mentales*, incluyendo dentro de las acciones mentales a las decisiones. Así las cosas, lo que pretendo destacar aquí es que toda actividad conceptualizadora, ya sea de subsunción descriptiva y mucho más aún de subsunción imputativa, implica, en alguna medida y en algún momento la toma de una decisión.

En dogmática penal, más precisamente en la discusión acerca de qué es una ACCIÓN para el derecho penal, se ha desarrollado la idea de que las conductas automatizadas, esto es, conductas que llevamos a cabo sin ponernos a pensar en tiempo real acerca que, precisamente, estamos llevándola adelante, constituyen, igualmente ACCIONES. La noción dogmáticamente uniforme acerca del concepto de ACCIÓN es la que las define como “comportamiento -o conducta- voluntaria”, conceptualizando a su vez la voluntad como la capacidad para decidir llevar adelante la conducta. En este contexto, cuando conducimos un automóvil desarrollamos una cantidad importante de comportamientos que, aunque voluntarios, resultan automatizados: pisar el freno, el embrague, el acelerador, poner las marchas, etc. La circunstancia particular de que estemos hablando de conductas automatizadas no cambia, de ningún modo, su carácter voluntario dado que el aspecto en el que la dogmática se detiene para sostener que dichas conductas cumplen con dicho carácter es que, en algún momento, implicaron consciencia de tiempo presente, o sea, cuando transitamos el proceso de aprender a conducir un vehículo dichos comportamientos eran plenamente conscientes y constituían, cada uno de ellos, el objeto de una decisión consciente. Solo cabe recordar mi primera vez conduciendo un vehículo con mi padre al lado que me decía que pisara el embrague para poner la primera marcha,

para luego, paulatinamente, ir *soltando* el pedal mientras comenzaba a presionar el acelerador procurando realizar la combinación justa que impidiera que el vehículo se detuviera. Ese cúmulo de conductas, recuerdo perfectamente, no implicaban, mientras muy nervioso las iba desplegando, otra cosa más que la plena consciencia y decisión de realizar cada una de ellas coordinadamente. Ahora bien, como consecuencia de la práctica y de la repetición constante, eso que alguna vez fue conscientemente explícito -en el sentido de consciencia en tiempo presente- pasó a ser conscientemente implícito, o, dicho de otra manera, automatizado. Lo importante destacar aquí es precisamente esto: la circunstancia de resultar automatizado no priva de ningún modo el carácter voluntario de la conducta y de la decisión que a dicha conducta le subyace. En este sentido, aunque no esté pensando en ello, cada vez que me subo a mi vehículo y aprieto el embrague para encenderlo, estoy actuando en base a una decisión en ese sentido.

Esto mismo ocurre con los conceptos: cuando por primera vez clasifiqué una entidad - animal de cuatro patas que mueve la cola y ladra- dentro de una categoría -PERRO-, tomé una decisión en ese sentido, y esto tiene un triple sustrato que, creo, resulta la explicación que fundamenta mi afirmación. Por un lado, si pudiéramos remitirnos al acto de creación del concepto PERRO habríamos de poder identificar, irremediablemente, que el que lo creó tomó una decisión de vincular una entidad con una categoría. En segundo lugar, y atendiendo que los seres humanos en la actual etapa de nuestra evolución pensamos con contenido lingüístico, cuando a esa entidad se le asignó la palabra “perro” también se tomó una decisión en ese sentido. Por último, en las primeras oportunidades en que los seres humanos nos enfrentamos a la entidad que permite ser incluida dentro de la categoría PERRO formalizamos dicha labor subsuntiva de manera consciente y por ello decidiendo que eso que estábamos viendo formaba parte de esa categoría. Y esto ocurrió hasta que nos familiarizamos tanto con esas entidades que cada vez que vemos un animal de cuatro patas que ladra y mueve la cola ya no decidimos a nivel explícito incluirlo en la categoría PERRO, sino que lo hacemos automáticamente. Esto parece semejante al hecho de que después de diez o quince ocasiones en que nos subimos a un automóvil para conducirlo ya no pensamos en pisar el embrague antes de ponerlo en marcha, sino que solo lo hacemos.

En definitiva, lo que quiero significar es que detrás de cada labor subsuntiva, subyace una decisión, que podrá ser mediata o inmediata, pero una decisión al fin.

Ahora bien, creo que esta dimensión decisional que he vinculado a la relación exclusiva entre entes y conceptos, también puede apreciarse en el ámbito del lenguaje. En este

sentido creo necesario distinguir entre tres categorías: la entidad, el concepto y la palabra que expresa el concepto. Lo que he señalado arriba relaciona entidades con conceptos y allí es que puede apreciarse un contenido decisional, pero también dicho carácter se identifica en el uso de los términos que expresan el concepto.

Creo que esto se podrá graficar mejor con otro ejemplo: hay casos en los que tenemos dudas acerca de la extensión de un concepto o sea en relación a si determinados objetos del mundo se ven abarcados por él. Supongamos que en la apreciación de las características del objeto -para el caso que adhiramos a la posición que sostiene que los conceptos se forman a partir de características que identificamos en las entidades- este no cumple con los parámetros de normalidad y frecuencia que tienen las entidades que habitualmente identificamos con dicho concepto. En esta dirección imaginemos que nos enfrentamos a un animal que ladra, pero que solo tiene dos patas y tampoco tiene cola. Evidentemente esa no es la *imagen normal* que nos permite vincular al concepto PERRO y a la palabra “perro” sino que, frente al evento, tenemos que desarrollar un análisis un poco más profundo del mismo para ver si reúne las características *mínimas, promedio o esenciales* -depende que teoría de los conceptos adhiramos- que me permitan incluirlo dentro de esa categoría. En ese caso, si dijéramos que no obstante las deficiencias en las características lo mismo esa entidad debe ser clasificada dentro de la categoría de los PERROS y que “perro” es la palabra que la designa, lo que hemos de estar haciendo es llevar adelante la toma de una decisión ya no automática sino con consciencia del tiempo presente, una decisión *aquí y ahora*. De esta manera, lo que quiero significar es que, frente a casos de dificultad de poder identificar el ente dentro de la categoría en razón que no sabemos hasta dónde llega la extensión del término a partir de su vaguedad, la idea de *decisión* aparece mucho más palpable.

Los casos de vaguedad nos exigen tomar una decisión de porqué el caso ni cae ni deja de caer en el concepto, lo que parecería ser compatible con que en los casos claros no haya decisión, y es aquí donde la cuestión nos remite a las dimensiones decisionales que he expresado arriba: una decisión automática no equivale a ausencia de decisión.

Lo mismo puede predicarse de la otra característica que reconocemos en el lenguaje que es su ambigüedad, o sea, la característica que tienen las palabras de tener varios significados distintos y de este modo ser la forma de expresión de distintos conceptos.

Volvamos al ejemplo de los perros. Más de una vez en el devenir de mi carrera futbolística amateur he tenido que enfrentarme a expresiones del tipo: “¡¡No podés dar un pase a dos metros, perro!!”, o “¡¡Sos un perro, mirá el gol que erraste!!”, entre otras. Evidentemente

que lo que mis compañeros -e incluso a veces también los rivales entre risas- quieren decir cuando me llaman “perro” no es que identifican en mí a un animal de cuatro patas que mueve la cola y ladra, sino que el término se utiliza, al menos en Argentina, para significar a alguien que desarrolla alguna actividad, fundamentalmente vinculada a la práctica deportiva, de manera gravemente deficiente.

Ahora bien, cuando el hablante usa conmigo el calificativo “perro”, en razón de que el mismo tiene al menos dos significados -el animal y el deportista malo-, no puede hacer otra cosa más que decidir usar ese término en ese sentido y no en otro, lo que implicó que antes identificara en la entidad -yo jugando fútbol- las características propias del concepto PERRO/deportista malo.

En el marco que vengo relatando, todo lo que acabo de decir se irradia por supuesto a nivel de la actividad de imputación conceptual. Así, mucho más aún que en los casos de conceptos complejos concretos/abstractos es que la labor decisional se lleva adelante. Sin lugar a dudas, cuando califico a una exhibición del cuerpo como *obscena* estoy decidiendo hacerlo en ese carácter. Allí la labor decisional abarca todo el componente valorativo propio de muchos conceptos abstractos y en ese sentido, creo, dicha dimensión se aprecia de forma más patente.

En esta dirección parece pronunciarse el propio FB (2002:73-75) cuando manifiesta:

De esta forma, la verdad de una proposición no depende en absoluto de quién formule el enunciado que la expresa [...] Si trasladamos esto al contexto que aquí importa, la verdad de la proposición p que se menciona en el enunciado probatorio “Está probado que p” no depende en absoluto de lo que decida el juez, que emite el enunciado probatorio en su decisión. [...] Depende, única y exclusivamente, de su correspondencia con el mundo: de que los hechos que p describe se hayan producido efectivamente.

Lo que si depende del juez o tribunal que decide el caso es considerar a p como verdadera. Esto es, el juez puede tener a p por verdadera en su decisión, a la luz de los elementos de juicio aportados al expediente judicial para probar la verdad de la proposición, e incorporarla como tal a su razonamiento decisorio, o no tenerla por verdadera. [...]

Cabe la posibilidad de que se decida tener por verdadera una proposición e incorporarla en un razonamiento por otras razones que no son la creencia en su valor de verdad. [...] En este sentido, el derecho, como cualquier otro sistema normativo, puede regular la decisión de un sujeto de tener por verdadera una proposición e incorporarla como tal a su razonamiento. Puede, por ejemplo, obligarle a hacerlo, dadas ciertas condiciones, o también prohibirle hacerlo, etc. En cambio, no tiene sentido regular la verdad de una proposición. Ni tampoco la creencia del sujeto acerca de esa verdad.

¿Y cuál es la relación de todo esto con la prueba jurídica? Pues bien, creo que una buena forma de presentar el problema de la relación entre prueba y verdad puede ser ésta: la finalidad de la prueba como institución jurídica es la que de permitir alcanzar el conocimiento acerca de la verdad de los enunciados fácticos del caso. Cuando los específicos medios de prueba incorporados al proceso aportan elementos de juicio suficientes a favor de la verdad de una proposición (lo que no debe confundirse con que la proposición sea verdadera), entonces puede considerarse que la proposición está probada. En ese caso, el juez debe incorporarla a su razonamiento decisorio y tenerla por verdadera.

Siguiendo a Cohen (1989, 1992) y a Ullman-Margalit y Margalit (1992) parece posible dar cuenta de la idea de tener por verdadero *p* mediante la noción de “aceptación” [...] Como puede observarse, la noción de aceptación, así definida, resulta ser una actitud voluntaria y es independiente respecto de las creencias que le sujeto tenga de la verdad del enunciado. Esto es, es perfectamente posible que alguien decida aceptar como verdadero un enunciado, aún cuando crea (acertadamente o no) que es falso.

IV.3.4. Ámbitos irreductibles de subjetividad en la formulación y aplicación de estándares de prueba

De lo dicho hasta aquí se aprecia un específico ámbito de subjetividad imposible de evitar, a priori, en la labor tanto de formulación como de aplicación de los estándares de prueba -análisis de suficiencia probatoria-, que es el que se vincula a la dimensión decisional de la actividad del operador jurídico.

Sostiene FB (2021:32) que:

A pesar de todo ello, desde un punto de vista epistemológico, es claro que del convencimiento psicológico del juzgador respecto de *p* no se infiera nada acerca de la verdad de *p* ni tampoco respecto del grado de corroboración que las pruebas aportan a *p*. Tampoco desde un punto de vista causal hay evidencia alguna de que un mayor grado de corroboración probatoria esté vinculado con una mayor firmeza del convencimiento que las pruebas pudieran producir en los decisores. De hecho, todos observamos día a día cómo diferentes personas expuestas a la percepción de las mismas pruebas, alcanzan conclusiones distintas y grados de confianza subjetiva diversos en esas conclusiones. Eso es así, muy banalmente, porque en la conformación de nuestras creencias (y del grado de nuestra confianza en ellas) inciden múltiples factores, como nuestros prejuicios, sesgos, ideología, religión, conocimiento previo, experiencia vital, etc., además de las pruebas.

Esto es exactamente lo mismo que ocurre, según mi punto de vista, con la toma de decisiones, porque, si bien en el párrafo habla del modo de conformación de las creencias -que por naturaleza no implicaría una toma de decisión- a la misma sí le subyacen micro

decisiones que consisten en una labor de subsunción conceptual y/o atribución conceptual de los hechos que sirven de respaldo a la creencia.

Las personas, en el contexto de la adopción de decisiones, nos enfrentamos a una serie de información que utilizamos como herramienta para tomar dichas decisiones del mejor modo posible. Ahora bien, muchas veces la información que brinda el contexto es tanta que nos resultaría sumamente dificultoso analizar en profundidad cada una de las variables y circunstancias a las que nos enfrentamos al momento de tomar la decisión al punto que, si lo hiciéramos, no podríamos decidir casi nada. De este modo, y para poder lidiar mejor con la complejidad a la que me he referido, las personas utilizamos métodos de simplificación del análisis de la información. La cuestión aquí es que muchas de esas herramientas de simplificación son conscientes, mientras que muchas otras son inconscientes o implícitas.

Dicen Nuria Cortada de Kohan y Guillermo Macbeth (2006:57) que los procedimientos utilizados en la resolución de un problema o en la toma de una decisión pueden ser por algoritmos o por heurísticos. Los algoritmos son estrategias que garantizan la solución. Por ejemplo, un algoritmo son las reglas para realizar una división cualquiera de dos números, es decir lo que haríamos para dividir $10/2$. Esta garantizado que estas reglas nos darán un resultado indefectiblemente correcto. Por su parte, los procedimientos heurísticos, en cambio, son procedimientos que proveen ayuda en la solución de un problema, pero no de manera necesariamente justificada ni racional. Son juicios intuitivos, que se basan en el conocimiento parcial, en la experiencia o en suposiciones que a veces son correctas y a veces erradas.

Este tipo de procedimientos mentales de simplificación (heurística), si bien con carácter general puedan ser útiles para la vida corriente, pueden estar enmarcados a partir, fundamentalmente, de sesgos, prejuicios y estereotipos.

En relación a los primeros encontramos de dos tipos, los denominados sesgos cognitivos y los llamados sesgos implícitos. Es clásico el estudio pionero de Tversky y Kahneman (1974) donde procedieron a relacionar y sistematizar esas técnicas o reglas heurísticas (heuristics), definiéndolas como aquellas «reglas cognitivas que todo ser humano aplica al procesar la información que recibe del exterior, y que permiten reducir las tareas complejas de asignar probabilidad y predecir valores a operaciones de juicio más simples».

Otra categoría de variables que influyen de manera no necesariamente consciente en la toma de decisiones son los estereotipos, a los que podríamos definir como «creencias

populares sobre los atributos que caracterizan a una categoría social y sobre los que existe un acuerdo sustancial» (MARLENE 1973:435). En este sentido, «son el resultado de un proceso de categorización previa de los individuos en grupos, representación mental que tiene por objeto facilitar la socialización e integración de los sujetos en una comunidad, sistematizando y organizado la gran cantidad de información que los sujetos perciben del entorno [...] La existencia de estas creencias se explicaría por la percepción subjetiva de semejanzas y diferencias entre diferentes grupos que se asignan entre sí diferentes rasgos» (RODRÍGUEZ, SABUCEDO Y ARCE 1991:8)¹⁸.

Finalmente, los prejuicios suponen un juicio anticipado negativo sobre determinadas categorías de objetos -generalmente personas- que no tienen un fundamento racional elaborado, es decir, son prácticamente *frases hechas* que al ser repetidas una y otra vez alcanzan eventualmente el estatus de verdades para quienes las utilizan como justificaciones.

Como puede apreciarse, los prejuicios y los estereotipos mantienen una relación bastante estrecha, al punto que se los ha señalado que éstos últimos constituyen el componente cognitivo de los prejuicios (PLA, ADAM & BERNABEU, 2013:21).

Como he intentado explicar, toda la actividad de subsunción descriptiva como de subsunción imputativa, está atravesada por decisiones que debe tomar el agente. En particular, muchas de esas decisiones se vinculan con conceptos que he denominado *atributivos o imputativos*, donde el contenido decisional se aprecia con mayor presencia aún en razón que el sujeto no opera solo reconociendo características y encuadrándolas en categorías conceptuales, sino atribuyendo o imputando dichas categorías a partir de una labor valorativa.

En esta dimensión entonces creo que encuadra perfectamente la distinción formulada por Dworkin (2006:9-12) de *conceptos interpretativos*. Estos son conceptos que presuponen una práctica, social y discursiva, pero en el seno de dicha práctica existe un amplio ámbito para la discrepancia y, por lo tanto, para la identificación de referentes distintos para distintos agentes. Si bien Dworkin utiliza esa clasificación fundamentalmente para construir su concepto de DERECHO, la misma es perfectamente replicable en relación al resto de conceptos. En la misma clasificación el autor estadounidense plantea otras dos nociones, la de *conceptos criteriológicos y naturales*. Señala que los primeros son los que, para el uso del vocablo, se depende de ciertas condiciones que debemos encontrar

¹⁸ En la misma dirección ARENA, 2016 y 2021:47-80.

en las cosas o los objetos cuya existencia los hablantes comparten y que a la postre constituyen los criterios que determinan el uso/significado de los términos en cuestión. Esos criterios son los que suministran el parámetro para resolver si el término -y el concepto que le subyace- está correctamente utilizado. Que, como se aprecia, esta clase de conceptos dworkinianos se asemejan a los conceptos *de estructura* a los que me referí al comienzo de mi trabajo.

Los *conceptos de clase natural*, por su parte, serían los que se refieren a objetos que admitimos poseen una naturaleza profunda que desconocemos pero que creemos es posible acceder a través a del conocimiento experto. Rapetti, (2019:64) interpretando a Dworkin, sostiene:

[...] refieren, entonces, paradigmáticamente a objetos naturales cuya estructura profunda puede ser desentrañada por la ciencia, tal que el uso de dichos conceptos tiene un criterio de corrección que es de algún modo indiferente a la práctica lingüística de la comunidad en general para depender de la verdadera naturaleza del objeto a que correspondan los conceptos en cuestión, o del desarrollo de investigaciones técnicas respecto de los objetos que designen.

Continúa Rapetti:

Para los casos de los tres tipos de concepto, admite el filósofo estadounidense, se necesita un consenso previo sobre el tipo de concepto de que se trate para reconocer sentido en su uso. Pero la correcta aplicación de un concepto de cada clase se establece de formas diferentes. Y es justamente una característica de los conceptos interpretativos la de tener criterios de corrección ajenos al consenso. Es decir, se requiere consenso en el entendimiento de un determinado concepto como interpretativo, pero ya no es necesario el consenso sobre sus aplicaciones para determinar la corrección de estas. Por el contrario, se trata de conceptos que se definen por demandar el ejercicio de una más o menos compleja actividad interpretativa. Así, la correcta aplicación no será la más extendida, como en el caso de los conceptos criteriológicos, sino la mejor, en el sentido de la interpretación más propiamente balanceada entre el ajuste que haga respecto de los criterios más generalmente extendidos de aplicación y la mejor justificación moral que le otorgue a la práctica misma que el concepto captura.

Esto es lo que ocurre, por ejemplo, con conceptos tales como PRUEBA y ESTÁNDARES DE PRUEBA.

FB (2002:27-29) sostiene que el término “prueba” tiene diversos significados lo que es lo mismo que decir que hay varios conceptos de PRUEBA. En ese sentido expresa que:

En primer lugar, es habitual el uso del término “prueba” para hacer referencia a los medios mediante los que se aportan o se pueden aportar elementos de juicio a favor de una determinada conclusión [...] En otras ocasiones, en cambio, se hace referencia al medio de prueba en sentido específico, esto es, a un concreto elemento probatorio aportado al expediente judicial. En esta acepción se habla de la prueba documental constituida por el documento D o de la prueba testifical aportada mediante la declaración del testigo T1, como distinta de aquella aportada por el testigo T2 [...] Finalmente, el tercero de los sentidos hace referencia al resultado producido por la aportación de elementos de juicio con relación a la confirmación o falsación de una determinada hipótesis acerca de los hechos [...] Debe destacarse, sin embargo, que también aquí se produce una ulterior ambigüedad. Así, puede hablarse del resultado probatorio un medio específico de prueba y preguntarse, por ejemplo, en que medida la declaración testifical de T1 prueba la hipótesis H. Otras veces, en cambio, se usa el término “prueba” como resultado de la actividad probatoria, es decir, como el resultado obtenido de la valoración conjunta de todos los elementos probatorios, de todos los medios de prueba, aportados al expediente. Puede denominarse prueba como producto resultado parcial al primero de los sentidos y prueba como resultado conjunto al segundo.

A estos sumaría uno más que es el de “prueba” en el sentido que se la utiliza para sostener “está probado P”, o sea, como “prueba suficiente”.

En lo que aquí importa, tal como lo referí más arriba, cuando hablamos de EDP nos referimos al grado de corroboración de una hipótesis que permita afirmar que la misma se encuentra probada o resulte aceptable sea considerada como probada. En otras palabras, un EDP es un grado de corroboración que resulte *suficiente* para considerar a la hipótesis como probada. En este contexto, como lo vengo sosteniendo, no hay nada en el *grado de corroboración* que permita sostener que el mismo es *suficiente* para tener por probada la hipótesis de que se trate, sino que, lo que precisamente hace el usuario de los EDP es atribuir a determinado grado de corroboración ese carácter de suficiencia, o dicho de otra manera, se lo imputa.

La cuestión aquí es que, de la lectura de la obra general del autor, pero muy específicamente en su último libro, *Prueba sin convicción*, la cuestión está en apreciar que, a mi criterio, FB gestiona el concepto de SUFICIENCIA PROBATORIA por otro como si fuera descriptivo cuando en realidad es imputativo.

Lo mismo ocurre con los modos en los que los EDP que FB propone están formulados. Pensemos por ejemplo en el que FB (2021:209) denomina EDP1. El mismo está planteado del siguiente modo:

Para considerar probada una hipótesis sobre los hechos deben darse conjuntamente las siguientes condiciones:

- a. La hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas y aportadas como pruebas al proceso.
- b. Deben haberse refutado todas las demás hipótesis plausibles explicativas de los mismos datos que sean compatibles con la inocencia del acusado/demandado o más beneficiosas para él, excluidas las hipótesis ad hoc.

Así, los conceptos EXPLICAR, INTEGRAR, COHERENCIA, CONFIRMACIÓN, REFUTACIÓN, PLAUSIBILIDAD y COMPATIBILIDAD son todos conceptos imputativos y no descriptivos.

En este marco, la relevancia de la pretensión que tiene FB de tratar como descriptivos a conceptos imputativos es que ello es lo que permite, precisamente, atribuirle su carácter objetivo. Lo que FB procura es mostrar que solo alcanza con corroborar en el fenómeno la presencia o ausencia de sus características para poder subsumir el mismo dentro de una determinada categoría conceptual. Así, en relación a los EDP, según cada una de las formulaciones que propone, lo que hace que un determinado grado de corroboración probatoria resulte suficiente para aceptar tener por probada la hipótesis es que el mismo cumpla con las condiciones que él le atribuye. Por ejemplo, en el EDP1, las A y B que transcribí arriba.

La cuestión aquí es que como vengo diciendo, los conceptos que utiliza para formular el EDP son en su gran mayoría, imputativos y no descriptivos.

Que un argumento constituya una *explicación* de determinada situación o fenómeno implica predicar algo de dicho argumento que resulta *superador*, *algo más* que el despliegue del argumento mismo, y ello implica valorar el argumento.

Lo mismo puede predicarse del resto de los conceptos señalados arriba. Pensemos el concepto PLAUSIBILIDAD o de HIPÓTESIS PLAUSIBLE como la utiliza FB en la formulación del EDP. Que una hipótesis resulte plausible implica predicar de ella algo extra de lo que surge de los términos de la propia hipótesis. Sostener que una hipótesis resulta plausible es similar a decir que una exhibición resulta obscena: obedece a criterios valorativos que se predicen respecto del acto, que dependen de otras variables además de las condiciones o características del acto en sí mismo.

El propio FB (2002:49-53) parece reconocer este carácter en su propia obra cuando expresa:

Son muchas las clasificaciones posibles de los tipos de hechos que son establecidos por las normas como condiciones para la aplicación de las consecuencias jurídicas [...] No obstante, a los efectos de este trabajo resulta de particular importancia aquella que distingue entre los hechos definidos descriptivamente y los hechos definidos valorativamente [...] En el primer caso, la identificación del supuesto de hecho se realiza a través de datos empíricos, esto es, en las características definatorias del supuesto de hecho en cuestión son exclusivamente empíricas. En el segundo caso, en cambio, se utilizan términos valorativos para definir el supuesto de hecho al que se vincula la consecuencia jurídica. Así sucede no solo en las disposiciones que hacen referencia expresa a la moral o a las buenas costumbres, sino también, por ejemplo, a nociones como el daño grave, la justa causa, la conducta propia de un buen padre de familia, etc.

[...] Ahora bien, si el supuesto de hecho genérico definido por la norma jurídica está definido valorativamente, entonces lo que el juez deberá determinar para proceder a la aplicación de la consecuencia jurídica prevista es la ocurrencia de un hecho merecedor de la valoración prevista por la norma [...] Así p será, por ejemplo, “La cláusula C es contraria a la moral”. Esta proposición incluye dos aspectos: en primer lugar, hace referencia a la existencia de una cláusula (en un determinado contrato), lo que podrá ser objeto de prueba sin el mayor inconveniente. Por otra parte, califica valorativamente esa cláusula como contraria a la moral: Esto último hace que, para muchos autores, no sea posible atribuir valores de verdad a p y que tampoco puedan aportarse elementos de juicio cognoscitivos a favor de la misma, sino únicamente argumentos de tipo valorativo o prescriptivo [...] En consecuencia, tampoco “Está probado que p” sería susceptible, en esos casos, de verdad o falsedad y, en realidad, resultaría impropio hablar en ese contexto de “prueba” (al menos en el sentido que aquí se ha defendido).

[...] Ahora bien, creo que son convenientes dos matizaciones importantes a esta conclusión. En primer lugar, como ya se ha dicho, en muchos casos la definición valorativa del supuesto de hecho por parte de la norma jurídica no supone que queden indeterminados los hechos que deben probarse. Más bien se produce una definición del supuesto de hecho en dos partes: la primera identifica un hecho genérico y la segunda restringe la aplicación de la consecuencia jurídica a aquellos hechos subsumibles en el hecho genérico que merezcan una determinada valoración (definida mediante términos valorativos) Este es el caso, por ejemplo, del daño grave [...]; de este modo, si el supuesto al que una determinada norma atribuya una consecuencia jurídica es la producción de un daño grave, será posible y necesaria la prueba de la producción del daño (y, en su caso, de su cuantía); una vez probada la ocurrencia del daño deberá plantearse la valoración del mismo como “grave” o no a los efectos de la aplicación de la consecuencia jurídica, pero esta valoración ya no forma parte de la prueba [...]

En ocasiones, no obstante, la única identificación del supuesto de hecho que realiza una norma es valorativa, omitiendo cualquier referencia a una base empírica para la valoración. Esto no supone que en esos casos no haya margen para la prueba, sino más bien que está

indeterminado el hecho que debe ser probado: en todo caso deberá probarse la ocurrencia de un hecho que merezca la valoración en cuestión, pero el hecho deja indeterminado qué hechos merecen esa valoración [...]

En segundo lugar, creo que la conclusión que excluye en todo caso que los enunciados que incluyen términos valorativos sean susceptibles de verdad o falsedad debe ser revisada. En mi opinión, esos enunciados pueden ser interpretados de dos formas muy distintas. La primera supone que quien formula el enunciado participa de la valoración realizada, esto es, usa el término valorativo para valorar un hecho. En ese caso, lo que se ha formulado es un juicio de valor y no es susceptible en ningún caso de verdad o falsedad. Pero, también es posible una segunda interpretación, que supone que quien formula el enunciado califica el hecho mediante un término valorativo en la forma en que éste es habitualmente usado, lo que no supone en ningún caso que comparta esa valoración. [...]

De este modo, en mi opinión, es posible que el juez utilice en su determinación de los hechos probados términos valorativos incluidos por la norma jurídica aplicable en su definición del supuesto de hecho, sin que ello suponga la atribución de fuerza prescriptiva o normativa al enunciado probatorio [...]

Ahora bien, ese conocimiento es necesariamente relativo a la comunidad lingüística, cultural y moral en que la calificación se formula [...] Por ello, el uso descriptivo de los conceptos valorativos densos hace referencia, en mi opinión, a la moral social imperante [...] Y, en ese caso, declarar probado que se ha producido un acto de exhibición obscena no supone que el juez haya emitido juicio de valor alguno, no supone que él mismo valore positiva o negativamente la acción en cuestión.

En esos casos, la remisión a la moral social no es distinta de la remisión al uso social de cualquier otro término para determinar su significado. Por supuesto, como ha señalado Moreso, los conceptos valorativos usados en la identificación de los supuestos de hechos sufren a menudo de un alto grado de vaguedad, de modo que en ocasiones resultará dudoso si una determinada acción merece una valoración [...] De todos modos, que los conceptos valorativos densos tengan contenido informativo presupone que, de acuerdo con el uso común del término, existan algunos casos paradigmáticos. Cuando el juez se encuentre ante un caso de este tipo, podrá formular enunciados probatorios con fuerza descriptiva y será aplicable el análisis realizado en este capítulo. Cuando el juez se encuentre ante un caso dudoso, en cambio, cabrá únicamente que resuelva la indeterminación del uso social del término mediante la aplicación de su propia concepción valorativa y en ese supuesto, claro está, formulara un genuino juicio de valor (un enunciado con fuerza normativa).

Varias reflexiones merece la porción transcripta. En primer lugar, si bien el autor inicia haciendo referencia a “hechos descriptivos” y “hechos valorativos” esa misma noción puede aplicarse a la clasificación que he propuesto de *conceptos descriptivos* y *conceptos imputativos*, y tan es así que sobre el final del texto el propio FB deja de utilizar “hechos”

y comienza a utilizar “conceptos”, y esto es perfectamente razonable en la medida que, tal como lo he referido arriba, la descripción de hechos no es otra cosa más que formulación lingüística de conceptos a los que denominamos “hechos”.

Por su parte, cuando se refiere a la idea de “elementos de juicio a favor de P”, la misma es equivalente a lo que he venido mostrando respecto de la estructura de los conceptos apoyadas en características o condiciones de las entidades respecto de las que se permite afirmar que pertenecen a determinada categoría. Así, la corroboración de la existencia de esas características son los “elementos de juicio” -a los que se refiere FB- que permiten sostener su pertenencia a la extensión del concepto.

Luego, que los hechos valorativos se refieren no solo a conceptos morales sino a otros de diverso carácter como sería, dice, el de daño grave que creo que revela el reconocimiento del carácter valorativo de otros tipos de conceptos como serían, en la lógica que planteo, las nociones de SUFICIENCIA, PLAUSIBILIDAD, etc.

Después, FB reconoce la existencia de dos clases de “hechos valorativos”, aquellos de contenido mixto descriptivo-valorativo, que puede equipararse a los conceptos que he identificado arriba como *descriptivos-imputativos* que tienen un sustrato relativo a cosas o sucesos del mundo y luego aquellos de contenido puramente valorativo. Esta es la misma lógica que yo planteo respecto de los conceptos imputativos, tal como he procurado mostrar arriba.

Finalmente, resulta relevante hacer alguna referencia a la posibilidad o no de formular atribuciones de verdad o falsedad respecto de afirmaciones relativas a los hechos valorativos que yo equiparo a conceptos atributivos o imputativos. En definitiva, sostener que el daño es grave, que la cláusula es inmoral, que el abuso sexual es corruptor, o que el grado de corroboración de la hipótesis H es suficiente para que resulte aceptable tenerla como probada, implica hacer una afirmación de la que pretende predicarse verdad o falsedad. En este contexto, lo que FB estimo que necesita para hacer consistente su teoría es que, precisamente, respecto de esa clase de hechos valorativos, se pueda predicar verdad o falsedad en relación a los criterios generales de uso del término en determinado grupo. Frente a esto, mi posición procura sostener que, fundamentalmente en el proceso de formulación de un EDP, el criterio de uso del concepto está determinado por el agente que lleva adelante la formulación. En este contexto, sostener que determinado nivel de corroboración de una hipótesis es *suficiente* para que resulte aceptable afirmar que la misma se encuentra probada implica una atribución, una imputación de suficiencia. Ahora bien, en razón que, al menos el EDP propuesto por el autor contiene no uno sino varios

conceptos atributivos, es que se requerirá entonces luego una atribución de criterio para cada uno de ellos, lo que hace aun mucho más compleja, no solo su formulación, sino también su aplicación al caso concreto.

Lo mismo cabe decir respecto del momento de aplicación del EDP. Así, pregunto yo, ¿cuál es el uso común del término “suficiente” para poder predicarlo de determinado grado de corroboración de una hipótesis con el objeto de sostener que dicha hipótesis *está probada?*, ¿es el que determina el legislador al momento de formular el EDP? Si así fuera, ¿cuál es la vigencia que ese uso común tendría?

Por su parte, si fuera el juez quien debiera con el paso de los años constituirse en intérprete de la *voluntad social de uso* de un término, ocurriría precisamente lo que FB quiere evitar, que es que una persona -el juez-, caso a caso, diga qué es SUFICIENTE. Por su parte, si la idea es que el juez entonces solo sea un *reconocedor* del uso común de un término, debo decir que para ello no hace falta tratar como descriptivos conceptos que no lo son, sino solo resulta necesario aplicar un criterio de racionalidad a la operación de reconocimiento.

V. CONCLUSIÓN

Dice Dei Vecchi¹⁹:

Él [FB] sostiene que, si se fijan umbrales de suficiencia probatoria a través de reglas generales que apelen a la «capacidad justificativa» de las pruebas, la evaluación dejará de estar en manos de quien valora la prueba –i.e. jueces y juezas– para pasar a manos de quien preformula el estándar (idealmente, la legislatura). El truco consiste en convertir la evaluación moral autónoma de la judicatura en un juicio heterónimo, legislativo, que anticipe la medida adecuada de distribución del riesgo de error sobre la base de las «preferencias sociales». Para ello, los EdP deben indicar cuáles son las propiedades epistémicas concretas que una hipótesis tiene que poseer para que quien juzga pueda determinar si, objetivamente, hay o no PRUEBA. A estas propiedades epistémicas Ferrer las llama «resultados probatorios», y las identifica con cosas tales como la “refutación” de hipótesis alternativas, la “confirmación” de predicciones que puedan hacerse a partir de la hipótesis cuya prueba se analiza, etc. De tal modo, “Está PROBADO que p”, pronunciado en la decisión judicial, pasaría a ser un acto de habla descriptivo, verdadero si esos «resultados probatorios» concretos ocurrieron y falso en caso contrario.

Ahora bien, el truco funcionará tan solo a condición de que esas propiedades epistémicas o «resultados probatorios» concretos sean «metafísicamente objetivos». Su ocurrencia en cada caso no puede depender de evaluaciones personales de quienes juzgan, i.e. de quienes aplican

¹⁹ Inédito aún, pero próximamente a publicarse como *Prueba sin convicción en su justa medida*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, 45, pp. 337-373. <https://doi.org/10.14198/DOXA2022.45.12>

los EdP. Caso contrario, la tesis descriptivista seguiría siendo insostenible. Obsérvese bien: no estoy diciendo que la comprobación de la ocurrencia de esos rasgos o resultados probatorios no pueda depender de quien juzga. Lo crucial es que su ocurrencia misma –i.e., el “hecho” de que la hipótesis posea esas propiedades– tiene que ser completamente independiente de toda evaluación judicial autónoma. Lo primero consiste en un problema epistemológico; lo segundo, en uno ontológico”.

En este contexto, si la tesis de FB fuera correcta, ¿cuál sería la razón que legitimaría la existencia de jueces como sujetos que ejerzan la jurisdicción? O sea, los jueces podrían pasar a ser meros *checklisters especializados* en el sentido que se sentarían frente a la prueba y *tildarían* casilleros si la misma alcanza esos criterios objetivos de suficiencia sin ningún tipo de intervención mayor ni mejor y esto es, ni más ni menos, imposible que ocurra jamás en el paradigma actual, básicamente por dos razones: la primera de ellas, de reconocimiento ontológico de la psicología judicial: los jueces tienen poder y son conscientes de ello y su poder jamás va pretender limitarse solo a esa clase de requerimientos. Segunda razón, práctica: el cumplimiento de esos roles podrían llevarlo a cabo cualquier persona que tuviera la suficiente capacidad de evaluar hechos y compararlos con los EDP, siendo que los jueces solo resultarían útiles en el proceso de aplicar la norma. Esto implicaría un cambio absoluto del concepto de jurisdicción que creo que esta tesis no recoge. La definición de jurisdicción es la de capacidad de decidir legítimamente los casos concretos que se sometan a la evaluación de un juez, y esa noción de decisión abarca tanto el aspecto fáctico -qué hechos están probados-, como el jurídico -qué norma debe aplicarse-. Esta posición no da cuenta de las implicancias institucionales en términos procesales que podrían derivarse de ella.

Ahora bien, lo que podría decirse frente a esto es que la relevante y de algún modo discrecional intervención de los jueces en el trámite de los hechos se vinculará solo al momento de construcción del acervo probatorio -e incluso en los casos de sistemas acusatorios acentuados, ni siquiera esto, dado que no es su rol buscar la prueba sino, a lo sumo, controlar su legalidad- y, luego, al de la valoración de la prueba, pero no al de evaluación de suficiencia de dicho grado de corroboración en relación a la hipótesis en discusión. Si ello fuera así, la misma imposibilidad de control intersubjetivo de los procesos, podría hacerse presente. De este modo, si el grado de corroboración que aportan las pruebas a las diversas hipótesis está determinado por el propio juez, y también es cierto entonces que no existen hechos morales -en el sentido de reglas morales generales, que es como entiendo la expresión- ya la arbitrariedad se podría manifestar en esta

operación. Así, resultaría inútil formalizar EDP objetivos dado que ellos se verían precedidos por una operación posiblemente arbitraria que es la de atribuir valor a la prueba.

Luego, se ha sostenido la distinción entre EDP y valoración de prueba en términos que ésta última apunta al grado de corroboración que los elementos de prueba aportan a la hipótesis -pretensión epistémica- mientras que los EDP son criterios que nos permiten analizar si ese grado de corroboración es suficiente o no para afirmar que dicha hipótesis está probada -pretensión institucional-. En ambos casos, existe por detrás de la afirmación, una decisión: la de sostener el X grado de corroboración o la de afirmar que superó o no el EDP. En este contexto entonces es que creo que ninguna de las afirmaciones resulta descriptiva, si no, en los dos casos, imputativa. En los dos casos hay una decisión de atribuir algo: grado de corroboración en el primer caso o grado de suficiencia en el segundo.

Finalmente, los únicos EDP que considero pueden resultar objetivos son aquellos que se vinculen con conceptos del tipo de prueba tasada del tipo: “será suficiente para tener por probada P, cuando dos testigos refieran que P” o cualquiera de esa clase. La cuestión aquí es si estamos dispuestos a sostener institucionalmente esa clase de EDP.

Por último, creo que ninguno de estos problemas se haría presentes en caso de EDP si utilizáramos otras formas de control intersubjetivo que también resultan racionales aunque no impliquen un diseño objetivo como el que planteé en el párrafo anterior. Por ejemplo, los mismos EDP que formula FB son muy buenos ejemplos de ello, pero el control sobre si ellos fueron alcanzados no puede ser a nivel descriptivo como el autor pretende, sino a nivel del análisis de la racionalidad de la imputación de suficiencia realizada por el juez, y dicho examen es solamente realizable a partir de la justificación que el propio juez brinde respecto de esa operación.

Así, todo, se termina reduciendo a un estudio de razonabilidad de los argumentos dados por el juez en sus fallos. Esto no depende en nada de las creencias, o al menos no resulta subsidiaria de aquella, y es perfectamente controlable, porque lo que los sistemas liberales exigen no es que los jueces no crean en la culpabilidad del imputado sino que no justifiquen una condena en ella.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA GARCÍA, EDGAR R. (2014), «¿Garantismo extremo o mesurado? La legitimidad de la función jurisdiccional penal: construyendo el debate Ferrajoli-Laudan», *Isonomía*, 40, pp. 61-93.
- ALCHOURRÓN, CARLOS E. & BULYGIN, EUGENIO (2021 [1989]), «Los límites de la lógica y del razonamiento jurídico», en Alchourrón, C. E. & Bulygin, E., *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Trotta, pp. 335-358.
- ARENA, FEDERICO JOSÉ (2016), *Los estereotipos normativos en la decisión judicial: una exploración conceptual*, Revista de derecho 29, Valdivia, pp. 51-75.
- (2021) *Responsabilidad por sesgos implícitos y decisión judicial*, en Fundamentos filosóficos del Derecho Procesal, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 47-80.
- BAYÓN, JUAN CARLOS. (2008). *Epistemología moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano*. Análisis e diritto.
- CLERMONT, KEVIN M. (2009), «Standards of Proof Revisited», *Cornell Law Faculty Publications*, 13, pp. 469-487.
- CLERMONT, KEVIN M. & SHERWIN, EMILY (2002), «A Comparative View of Standards of Proof», *Cornell Law Faculty Publications*, 50, 2, pp. 243-275.
- CORTADA DE COHAN, NURIA Y MCBETH, GUILLERMO. (2006) *Los sesgos cognitivos en la toma de decisiones*, Revista de Psicología 2 (3), pp. 55/67 [en línea], Universidad Católica de Chile, accesible en <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/6131/1/sesgos-cognitivos-toma-de-decisiones-kohan.pdf>
- DEKAY, MICHAEL L. (1996), «The Difference between Blackstone-Like Error Ratios and Probabilistic Standards of Proof», *Law & Social Inquiry*, 21, 1, pp. 95-132.
- DÍEZ, JOSÉ A. Y MOULINES, C. ULISES. *Fundamentos de Filosofía de la Ciencia*. Ed. Ariel Filosofía. 2º Ed. revisada y actualizada. España. 1999.
- DWORKIN, RONALD, (2006) *Justice in robes*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge Massachusetts.
- FERRER BELTRÁN, JORDI (2001), «‘Está probado que p’», en Triolo, L., *Prassi giuridica e controllo di razionalità*, Torino, G. Giappichelli, pp. 73-96.
- (2002), *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid, Marcial Pons.
- (2007), *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Marcial Pons.
- (2018), «Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea», en Papayannis, D. M. & Pereira Fredes, E., *Filosofía del derecho privado (en prensa)*, Madrid-Barcelona-Sao Paulo-Buenos Aires, Marcial Pons, pp. 401-430.
- (2021), *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, Madrid [etc.], Marcial Pons.
- GARDINER, GEORGI (2017), «In Defence of Reasonable Doubt», *Journal of Applied Philosophy*, 34, 2, pp. 221-241.
- GONZÁLEZ LAGIER, DANIEL (2007), *Hechos y Conceptos*, Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho, ISSN-e 1138-9877, N.º. 15, 2007, disponible en <https://www.uv.es/CEFD/15/lagier.pdf>
- (2013), *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, México D.F., Fontamara.
- (2013 [2001]), *Las paradojas de la acción*, Madrid - Barcelona - Buenos Aires - Sao Paulo, Marcial Pons.
- HEMPEL, CARL. (1952) *Fundamentals Concept Formation in Empirical Science*. The University of Chicago Press. EE.UU. 1952. Pp. 50 y sgtes.
- LARROYO, MIGUEL (2008) En su introducción a Aristóteles en *Tratados de lógica - El Organon*, Porrúa, México.

- LAUDAN, LARRY (2003), «Is reasonable doubt reasonable?», *Legal Theory*, 9, 4, pp. 295-331.
- (2005), *Un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar de prueba*. Doxa, 28, 95-113
- (2007), «Strange Bedfellows. Inference to the Best Explanation and the Criminal Standard of Proof», *International Journal of Evidence & Proof*, 11, 4, pp. 292.
- (2013), *Verdad, error y proceso penal: un ensayo sobre epistemología jurídica*, Madrid, Marcial Pons.
- (2016), *The Law's Flaws. Rethinking Trials and Errors?*, Milton Keynes, Lightning Source.
- LAUDAN, LARRY & SAUNDERS, HARRY (2009), «Re-Thinking the Criminal Standard of Proof: Seeking Consensus About the Utilities of Trial Outcomes», *International Commentary on Evidence*, 7, 2.
- LILLQUIST, ERIK (2002) UC Davis Law Review, Vol. 36. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=349820> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.349820> (2002), «Recasting Reasonable Doubt: Decision Theory and the Virtues of Variability», *UC Davis Law Review*, 36, pp. 85-197.
- MACKIE, MARLENE. (1973). Arriving at Truth by Definition: Case of Stereotype Inaccuracy, *Social Problems* 20, N° 4, disponible en <https://www.jstor.org/stable/799706>.
- MARGOLIS, ERIC Y LAURENCE, STEPHEN, (1999), *Concepts – Core Readings*. Instituto de Tecnología de Massachussets, pp. 10-54.
- NANCE, DALE A. (2016), *The Burdens of Proof*, Cambridge, Cambridge University Press.
- (2018), «Belief Functions and Burdens of Proof», *Law, Probability and Risk*, 18, 1, pp. 53-76.
- NEWMAN, JON O. (2007), «Quantifying the Standard of Proof Beyond a Reasonable Doubt: A Comment on Three Comments», *Law, Probability and Risk*, 5, pp. 267–269.
- PÉREZ BARBERÁ, GABRIEL & BOUVIER, HERNÁN (2004), «Casación, lógica y valoración de la prueba: Un análisis de la argumetación sobre los hechos en las sentencias de los tribunales casatorios», *Pensamiento Penal y Criminológico: revista de Derecho Penal integrado*, 9, pp. 171-195.
- PICINALI, FEDERICO (2009), «Is "Proof Beyond a Reasonable Doubt" a Self-Evident Concept? Considering the U.S. and the Italian Legal Cultures towards the Understanding of the Standard of Persuasion in Criminal Cases», *Global Jurist*, 9, 4.
- (2015), «The Threshold Lies in the Method: Instructing Jurors about Reasoning Beyond Reasonable Doubt», *International Journal of Evidence & Proof*, 19, 3, pp. 139-153.
- (2018), «Can the Reasonable Doubt Standard be Justified? A Reconstructed Dialogue», *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 31, 2, pp. 365-402.
- PLA, ISABEL, ADAM, ANTONI & BERNABEU, ISABEL, (2013) *Estereotipos y prejuicios de género: factores determinantes en Salud Mental*, Norte de salud mental 1, p. 21.
- RAPETTI, PABLO, (2019), *Desacuerdos en el Derecho y Positivismo Jurídico*. Ed. Marcial Pons, pp. 64/65
- RODRÍGUEZ, MARÍA SOLEDAD, SABUCEDO, JOSÉ MANUEL & ARCE, CONSTANTINO. (1991), *Estereotipos regionales y nacionales: del conocimiento individual a la sociedad pensante*, Aprendizaje, Revista de Psicología Social 6, N° 1, p. 8.
- STOFFELMAYR, ELISABETH & DIAMOND, SHARI SEIDMAN (2000), «The Conflict Between Precision and Flexibility in Explaining "Beyond a Reasonable Doubt"», *Psychology, Public Policy, and Law*, 6, 3, pp. 769-787.
- TVERSKY, AMOS & KAHNEMAN, DANIEL (1974) *Judgement under uncertainty: Heuristics and Biases*, Science, New Series, Vol. 185, No. 4157, pp. 1124-1131, disponible en

<http://links.jstor.org/sici?sici=0036-8075%2819740927%293%3A185%3A4157%3C1124%3AJUUHAB%3E2.0.CO%3B2-M>