



## Trabajo final de máster

---

### Máster en Razonamiento Probatorio

---

**Título: Inferencia epistémica y argumentación. Análisis de posibles refutaciones a argumentos probatorios basados en máximas de la experiencia.**

---

**Alumno/a: Cristian Raniero Ayan**

---

**Tutor/a: Dr. Daniel González Lagier**

---

**Convocatoria (mes/año)**

Septiembre 2023.

**Inferencia epistémica y argumentación. Análisis de posibles refutaciones a argumentos probatorios basados en máximas de experiencia**

I.- Introducción y objetivos

Los problemas que se suscitan y que se abordan en los procesos judiciales han sido, tradicionalmente, divididos en cuestiones de derecho y cuestiones de hecho<sup>1</sup>. La argumentación jurídica, entonces, puede ser dividida en argumentos sobre el derecho y argumentos sobre los hechos. Los primeros, es decir, los argumentos relativos a cuestiones de derecho, conciernen principalmente a la teoría de la interpretación jurídica y, en caso de aceptarla como actividad racional, a la ponderación. Los segundos, esto es, los argumentos sobre los hechos, por su parte, conciernen a la prueba. Un argumento sobre una cuestión de hecho es aquel que provee una razón para tener por probado un determinado hecho o estado de cosas.

Hasta hace pocos años, la mayoría de los estudios en la teoría general del derecho se focalizaron en los argumentos del primer tipo, ofreciendo una literatura vastísima, que oscila desde el escepticismo hasta la racionalidad en la aplicación de normas. Paralelamente, la situación en la dogmática procesal, cuando menos en la tradición del *civil law*, no ha sido diversa. Y es que la opinión ilustrada estándar en materia procesal también se ha concentrado en el análisis de las normas adjetivas determinando sus propiedades, virtudes y defectos. El rol del razonamiento probatorio o, si se prefiere una designación más tradicional, de valoración de la prueba, solo ha ocupado, en general, un pequeño apartado en la doctrina procesal, principalmente dentro de la regulación del derecho probatorio.

Este trabajo, por su parte, trata de argumentos del segundo tipo, esto es, de argumentos sobre la prueba, y de cómo estos pueden ser, de alguna manera, controlados racionalmente por los participantes en una contienda judicial. Sin embargo, quiero dejar aclarado desde el comienzo, para no generar una expectativa que el ulterior desarrollo no logre colmar, que procuraré desarrollar diversas estrategias argumentativas solo en relación a un tipo específico de argumento probatorio (inferencia epistémica) (en adelante I<sub>E</sub>). Esto significa que dejaré de lado otras expresiones argumentales (inferencia conceptual y normativa), también utilizadas en las discusiones acerca de la prueba de los hechos. La razón de esta limitación en el objeto de estudio es simple. La I<sub>E</sub> detenta un papel protagónico en el razonamiento probatorio, lo que la dota de una especial y singular importancia en comparación con las demás. Como segundo límite metodológico, dentro de la I<sub>E</sub>, me ocuparé específicamente de uno de sus elementos: las

---

<sup>1</sup> Al estilo de (Chiovenda 1925-II: p. 400), entre otros.

denominadas máximas de la experiencia (en adelante MdE). En definitiva, intentaré exponer – mediante refutaciones- un repertorio de formas de control al uso de MdE en contextos probatorios jurídicos.

Por ello, el presente estudio tiene como objetivos: 1) demostrar la función que las MdE ocupan en la fundamentación probatoria; 2) y sugerir diversas estrategias argumentales para refutar argumentos basados en MdE, sistematizándolas de acuerdo a sus características y particularidades. Los dos objetivos trazados, a su vez, forman parte de un ideario más ambicioso y de profundo calado: dotar de herramientas que permitan optimizar el razonamiento probatorio en general y la fundamentación probatoria en particular. Es que, resulta preferible dejarlo asentado, una mayor calidad en la fundamentación acerca de la prueba no sólo legitima política o moralmente a las decisiones judiciales, sino que, incluso, robustece el valor de la seguridad jurídica en un Estado de Derecho.

Para lograr mi cometido haré uso de la noción tradicional de MdE provista por la dogmática procesal, y la conjugaré con ciertas ideas básicas de la teoría de la argumentación y de la epistemología. Esta metodología permitirá analizar el funcionamiento de aquellas dentro del razonamiento judicial y, a su vez, escudriñar un instituto jurídico que, como objeto de estudio, no ha logrado despertar un gran entusiasmo en los procesalistas. Estimo prudente destacar que el rol primordial de las MdE en el razonamiento judicial es, precisamente, inversamente proporcional al detenimiento que los juristas en general, y los procesalistas en particular, le han dado. Por ello, aunque no integre específicamente los fines de este trabajo, subyacentemente, también pretendo destacar la importancia de las MdE como objeto de estudio para la dogmática procesal. Parafraseando la caracterización que la literatura anglosajona ha dado a las generalizaciones (Twining 2006: p. 334), si las MdE son necesarias pero peligrosas, entonces deben analizarse con especial interés para evitar fundamentaciones probatorias arbitrarias.

Por último, claramente, lo que aquí expondré no busca agotar el tema. Por el contrario, sólo aspira a ser una aproximación inicial al referido tópico, con la expectativa de que sea problematizada a través de una ulterior discusión y debate.

## II.- Puntos de partida y estipulaciones

Habiendo anticipado lo que desarrollaré, es menester realizar algunas aclaraciones previas para delinear puntos de partida y límites de este ensayo.

a) Si lo que se busca es esbozar caminos argumentales en relación a razonamientos<sup>2</sup> que utilicen MdE, va de suyo que se presupone su concepto. La doctrina jurídica es uniforme en aceptar que la acuñación del nombre MdE es patrimonio de Friedrich Stein, aun cuando el concepto haya sido anterior a la obra del jurista alemán (Nieva Fenoll 2010: p.211). Por ello, es ineludible tomar como punto de partida la conceptualización que Stein dio a las MdE. Así, en palabras de Stein, las MdE:

*“Son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos”* (Stein 2018: p.23).

Esto no merecería ser destacado, sino fuere porque autorizados juristas (Nieva Fenoll 2010: p.210 y ss.; Taruffo 2009: p.160; 2023: p.26 y ss.) han criticado la debilidad teórica del concepto. Sin perjuicio de que dicha discusión excede los objetivos trazados, en lo que a este estudio concierne, conservaré el nombre y el concepto por dos razones. Primero, porque el nombre MdE es de uso común entre los operadores jurídicos, perteneciendo a las prácticas lingüísticas comunitarias. Si bien esto podría implicar asumir una postura conservadora, no menos cierto es que el hecho de que un término integre las prácticas lingüísticas de una sociedad o grupo (los operadores jurídicos) exige que su eventual sustitución o eliminación deba estar especialmente justificada. Caso contrario, se impondría un sacrificio desmedido en función de los beneficios de contar con un consenso, más o menos extendido, en relación a su significado. Segundo, porque, aun cuando se pulieran los difusos contornos del concepto de MdE, y se establecieran propiedades definitorias de manera segura y estable -o se sustituyera el concepto por otro superior- no podría eliminarse la primordial función lógica que aquellas desempeñan en el razonamiento probatorio. En efecto, las MdE, en términos de lógica clásica, se desempeñan como premisas mayores de los razonamientos probatorios, y permiten construir cadenas de razonamientos o polisilogismos. El haber puesto el acento sobre esta función, constituye un mérito indudable de (Stein 2018: p.13). Si esto es así, entonces su uso y desempeño es independiente de cómo se las llame o designe. La diferencia entre nombrar un fenómeno –MdE- y la existencia del fenómeno en sí mismo –premisas mayores- no debe ser confundida.

---

<sup>2</sup> En lo que sigue, utilizaré los términos “argumento”, “razonamiento” e “inferencia” de manera equivalente para simplificar la exposición.

b) El conocimiento de los hechos en sede judicial no difiere sustancialmente del conocimiento de los hechos en la vida cotidiana.

c) Para poder pasar de una proposición acerca de un tipo de hecho –que se da por seguro- a otra proposición acerca de otro tipo de hecho –que se da por incierto- es necesario disponer de alguna conexión o vínculo entre ellos. Generalmente, esa conexión será por medio de una proposición basada en un razonamiento inductivo que asocie al hecho conocido con el hecho desconocido.

d) En el ámbito probatorio, esa conexión es brindada por las MdE. Para ilustrar esta afirmación, es posible tomar el ejemplo propuesto por (Cafferata Nores 1998) sobre la tenencia de la *res furtiva*. En efecto, el autor argentino señala:

*“La naturaleza probatoria del indicio no está in re ipsa, sino que surge como fruto lógico de su relación con determinada norma de experiencia, en virtud de un mecanismo silogístico, en el cual el hecho indiciario es tomado como premisa menor, y una enunciación basada en la experiencia común funciona como premisa mayor... Así, por ejemplo, la tenencia de la res furtiva no importa, en sí misma, prueba alguna acerca de que su tenedor sea el ladrón. Pero si a aquélla se la enfrenta con una regla que enuncie: "Quien roba una cosa, ordinariamente, la conserva en su poder", la conclusión que de la relación de ambas se obtenga puede presentar valor conviccional. El respectivo silogismo quedaría configurado así: Quien roba una cosa, ordinariamente, la conserva en su poder. El imputado tenía en su poder la cosa robada. Luego, el imputado probablemente la robó.” (Cafferata Nores 1998: p.193).*

Más allá de que la aplicación que Cafferata Nores hace de las MdE parece responder a una concepción restringida<sup>3</sup>, la premisa mayor -“*Quien roba una cosa ordinariamente la conserva en su poder*”- opera como puente lógico que faculta el paso del hecho probado a la conclusión. De esta manera, la MdE constituye una razón en favor de la conclusión del argumento, y enlaza aquello que se conoce -“*El imputado tenía en su poder la cosa robada*”- con lo que pretende conocerse.

---

<sup>3</sup> Aunque no es absolutamente explícito en este punto, Cafferata Nores aparenta inclinarse por el uso de MdE solamente en casos de prueba indiciaria o indirecta. Esta tesis, que subyacemente implica la división entre prueba directa e indirecta, se encuentra hoy superada.

e) Las MdE tienen una formulación condicional “si p entonces q” ( $p \rightarrow q$ ). Esta estipulación es parcialmente diversa a la forma canónica cómo se pergeñó el concepto en la literatura procesal moderna. Más allá de que para Stein, las MdE son definiciones o juicios hipotéticos, estipularé que las primeras pueden ser traducidas a la forma lógica de las segundas sin mayores complicaciones, ni pérdida de significado alguno. Por ejemplo, la MdE enunciada como definición: ““angelito” es un término del lunfardo que significa herramienta para abrir cerraduras desde afuera” puede reformularse condicionalmente “si se usa el término del lunfardo “angelito”, entonces se significa herramienta para abrir cerraduras desde afuera”.

f) El modelo propuesto por Stephen Toulmin proporciona un esquema adecuado para representar  $I_E$ , y con ello, el uso de MdE. Por ello, tomaré dicho modelo, con el alcance dado por (González Lagier 2005: p.55 y ss.), como base para las diferentes líneas de argumentación. No obstante, el modelo también presenta algunas aristas problemáticas. Entre ellas, pueden destacarse:

i) A pesar de que Toulmin tuvo especialmente en cuenta la práctica jurídica, su propuesta resulta de menor poder explicativo que otras –p.e. *chart method* de Wigmore– diseñadas específicamente para el derecho<sup>4</sup>.

ii) El análisis típico de Toulmin tiene un solo dato y una sola garantía (Reed – Rowe 2005: p. 273), lo que complica adaptarlo a esquemas complejos de multiplicidad de datos y posibles garantías, tal como sucede en el ámbito probatorio.

g) La idea de “derrotabilidad” [*defeseability*] ocupa un papel importante en los razonamientos que involucran MdE ( $p > q$ ). Simplificando términos, la “derrotabilidad” es una característica que se predica de determinados enunciados condicionales (como las MdE). A diferencia de lo que sucede con el condicional estricto ( $p \Rightarrow q$ ), en el que el antecedente p es condición suficiente del consecuente q, en los condicionales derrotables, el antecedente está sujeto a excepciones que puede conllevar que el consecuente no sea verdadero a pesar de la verdad del antecedente. Esto obedece a que, en este tipo particular de condicionales, el antecedente es una condición contribuyente, esto es, una condición necesaria de una condición suficiente. Los condicionales derrotables, ligados a los desarrollos de las lógicas no monotónicas, se caracterizan por: a) no satisfacer la ley de refuerzo del antecedente, ya que un condicional derrotable que podría considerarse verdadero, puede dejar de serlo cuando entra en conjunción con otros elementos (p.e. en el clásico ejemplo de (Alchourrón 1993: p.67) “si p es

---

<sup>4</sup> Por contraposición, la versión simplificada del *chart method* de Wigmore está pensado para las contiendas judiciales. Así, piénsese en la *autoptic proference* ( $\infty$ ) o la interacción entre argumentos a favor o en contra de un razonamiento ( $\blacktriangleleft, <$ ) que representan situaciones corrientes en la práctica judicial.

un ave, p vuela; si p es un ave y p es un pingüino, p vuela”, lo cual es contraintuitivo); b) no cumplir con la regla del *modus ponens*, puesto que la verdad del antecedente no garantiza necesariamente la verdad del consecuente (“si p es una ave, p vuela; p es un pingüino (que implica ser un ave); no será verdadero que p vuela”).

h) Las pautas que se explicitarán están focalizadas, salvo aclaración, para un momento específico de la actividad probatoria: la valoración de los elementos de juicio.

i) Se asume el sistema de libre valoración de la prueba. Precisamente, en este sistema las MdE ocupan un rol fundamental, ya que las  $I_E$  son la regla; y las inferencias normativas, la excepción.

j) Se prescinde del análisis de MdE técnicas o científicas. Tanto la posibilidad teórica de aplicar el concepto de MdE a conocimientos técnicos o científicos lo suficientemente divulgados en una sociedad, como las particularidades de estos tipos de saberes y su impacto en la argumentación, excede los propósitos que me he trazado.

### III.- Dinámica de $I_E$ y consecuencias en MdE

El desarrollo de los procesos judiciales comprende una actividad argumentativa compleja, en la cual convergen, entre otros razonamientos, diversas  $I_E$ . Esto pone el acento, para la argumentación acerca de las MdE, en la necesidad de analizar la interacción entre  $I_E$ , especialmente cuando refieren a distintas pretensiones sobre una misma hipótesis fáctica (probado  $h$  o no probado  $h$ ). Esto obedece a que las argumentaciones tendientes a resolver una disputa de  $I_E$ , tienen un correlato necesario en las MdE, ya que si a una  $I_E$  ( $I_{E1}$ ) se le presenta otra ( $I_{E2}$ ) que le controvierta su aplicación en un caso concreto, entonces la  $MdE_1$  -que integra  $I_{E1}$ - es puesta indirectamente en tela de juicio a partir de  $I_{E2}$ .

Supongamos que se produce un choque de automóviles protagonizado por  $x$  e  $y$ . Un punto importante en la discusión es determinar si  $x$  o  $y$  infringieron alguna norma de tránsito. El testigo  $z$ , quien se encontraba presente en el lugar, presencié el hecho, y además es amigo íntimo de  $x$ . Llegado el momento de analizar el testimonio de  $z$ , sería corriente que se puedan aplicar:

$MdE_1$ : “Si alguien ve, sin ningún tipo de impedimento epistémico, un evento, entonces su testimonio es especialmente relevante”.

$MdE_2$ : “Si alguien es íntimo amigo de una parte, entonces su testimonio no es relevante, porque tiene interés en el resultado del proceso”.

En este caso, surge legítimamente la pregunta acerca de que MdE ( $MdE_1 \vee MdE_2$ ) debe ser preferida (a continuación, usaré  $P$  para designar la relación de preferencia entre opciones,

de manera tal que  $I_{E1}PI_{E2}$  debe leerse “ $I_{E1}$  es preferida a  $I_{E2}$ ”). Es perfectamente posible que, mientras  $x$  promueva la aplicación de  $MdE_1$ , y lo haga respecto de  $MdE_2$ , y el juez deba adoptar una de ellas.

Denominaré a esta situación, competencia de inferencias epistémicas. El nombre, carente originalidad, me resulta adecuado. Primero, porque no son situaciones de contradicción entre las  $MdE$  que integran cada  $I_E$ , ya que, si fuere esto último, la verdad de una  $MdE$  implicaría la falsedad de su adversaria. Esto no se verifica en los casos de competencia, donde las  $MdE$  pueden ser, y de hecho son, ambas verdaderas. La diferencia viene dada porque una  $MdE$  incrementa la probabilidad de una hipótesis ( $Pr_h$ ), mientras que la otra, por lo menos en un sentido amplio, la disminuye ( $1-Pr_h$ ). Segundo, la competencia se presenta en conflictos contingentes y casos concretos (es un mundo posible donde  $z$  no sea amigo de  $x$ , y por ende  $MdE_2$  no tenga aplicación), lo que implica ausencia de conflicto *a priori*. Esto, que aquí solo puede ser insinuado, da a la competencia de  $I_E$  cierto aire de familia<sup>5</sup> con los denominados conflictos de principios en materia jurídica.

Ahora bien, en tanto que las  $I_E$  se componen de  $MdE$ , la preferencia de una inferencia sobre otra, conlleva el descarte de la  $MdE$  que compone la  $I_E$  perdedora. Por ello, la competencia de  $I_E$  es una manera indirecta u oblicua de argumentar sobre  $MdE$ , producto del efecto transitivo de preferir una  $I_E$  sobre otra ( $(I_{E1}PI_{E2}) \rightarrow \neg MdE_2 \leftrightarrow (MdE_2 \in I_{E2})$ ).

En la práctica, la solución a situaciones de competencia de  $I_E$  entremezclan intuiciones o expresiones dogmáticas carentes de orden y rigor, que no favorecen una auténtica discusión. En lo que sigue, propondré las líneas básicas de un modelo para la competencia de  $I_E$  que permita maximizar la actividad argumentativa. Como se verá, el modelo parte de una serie de variables para analizar el rendimiento de las  $I_E$ , y se complementa con tres principios. No obstante, antes de proseguir, quisiera aclarar que no ambiciono su aplicación como un mero cálculo matemático. Más bien, pretendo exponer una herramienta formal para hacer explícita la argumentación en un terreno donde reina la incertidumbre.

#### 1) Variables ( $V$ ):

El modelo parte de diversas variables para determinar la fortaleza de una  $I_E$ . A su vez, las  $V$  reúnen dos características: por un lado, son lo suficientemente amplias como para abarcar gran parte de los factores que deberían tomarse en cuenta para la valorar una  $I_E$ ; y, por otro lado,

---

<sup>5</sup> Ese parecido de familia puede verificarse, cuando menos, en que: *i*) tanto la competencia de  $I_E$  como los conflictos de principios ocurren en casos concretos y particulares, a diferencia de las antinomias entre reglas ( $Op$  y  $O\neg p$ ); *ii*) no hay consenso en la forma de solucionarlos, por contraposición a los conflictos de reglas (*lex superior*, *lex posterior*, *lex specialis*).



su formulación es lo suficientemente clara para no caer en ambigüedades o indeterminaciones. Sin embargo, las *V* sugeridas no son exhaustivas. Por el contrario, el catálogo admite la adición de otras, si éstas fueran insuficientes, aunque se considera que las expuestas prevén cimientos lo suficientemente sólidos como para conformar una matriz segura.

Con aquella aclaración, y siguiendo a (González Lagier 2005: p.79-88), las *V* son:

- a) Fiabilidad de los hechos probatorios.
- b) Suficiencia de los hechos probatorios.
- c) Variedad de hechos probatorios.
- d) Pertinencia.
- e) Suficiencia de fundamentos de la garantía (MdE).
- f) Grado de probabilidad causal suficiente.
- g) Refutación de la hipótesis.
- h) Confirmación de hipótesis derivadas.
- i) Eliminación de hipótesis alternativas.
- j) Coherencia.
- k) Simpleza.

Las *V* descritas (*a*)-*k*), en la medida que resumen aristas de importancia para la solidez de una  $I_E$ , brindan un esquema para encausar la asignación de rendimiento a estos argumentos probatorios ( $I_{E1}$ ,  $I_{E2}$ ... $I_{En}$ ). De esta forma, las *V* pueden combinarse conformando una matriz que haga de filtro para examinar el rendimiento epistémico de las diversas  $I_E$  en disputa. Esa matriz se aplicará a cada  $I_E$  competidora, de manera que ninguna  $I_E$  pueda evitar ser testeada.

## 2) Principios:

El modelo se complementa con tres principios que establecen reglas en la competencia de  $I_E$ . Así:

1) Principio de libertad de combinación (PLC): el modelo sólo propone las *V*, pero no establece que combinación debe usarse, o cual es la jerarquía entre ellas (p.e.  $a > b$ );  $b > c$ ); por transitividad  $a > c$ ), y así sucesivamente), de manera que unas primen sobre otras. Una propuesta semejante se identificaría con un sistema de prueba tarifada. Si se toma en serio el sistema de libre valoración y las reglas que rigen la etapa valorativa (solo de índole epistémica), entonces no puede impedirse, *a priori*, limitación alguna a los argumentantes para que establezcan jerarquías o combinaciones posibles entre las *V* (*a*)-*k*). Por medio del PLC se asegura la autonomía de elección de las prelación entre las *V*, y su respectiva combinación. De esta

manera, un argumentante puede ordenar las  $V$  de conformidad a cómo mejor entienda que corresponde y diseñar una matriz de análisis, siempre de acuerdo a las combinaciones posibles dadas por el número de  $V$ .

Así, podría existir para el proceso  $A$ ) la matriz  $\alpha$  consistente en la combinación prelativa  $\{a), b), c), d), e), f), g), h), i), j), k)\}$ , para el proceso  $B$ ) la matriz  $\beta$  consistente en la prelación  $\{a), c), b), d), e), g), f), h), j), i), k)\}$ , y así sucesivamente. Las diversas posibilidades estarán dadas por las diferentes formas de presentación de la combinación sin repetición de las  $V$ , cuya función factorial  $f: x!$  incide en los resultados posibles.

El PLC es de naturaleza procesal, puesto que no hay ninguna razón conceptual para asumir la existencia de la libertad de combinación de  $V$ . En todo caso, constituye una opción del sistema procesal respecto del método de valorar la prueba.

Una interesante cuestión es la posición que debe asumir un juez en decisiones posteriores a la elección de una matriz utilizada en un proceso anterior. En otras palabras, el punto es si la matriz adoptada a partir del PLC debe quedar circunscripta a un solo proceso ( $A$ ) o, por contrario, tiene vocación de repetición en procesos ulteriores semejantes ( $B$ ). Este es un problema que requiere una discusión que no puedo dar, ya que excede los propósitos de este trabajo. No obstante, algunas ideas para dimensionar los asuntos en juego. Si se asume una versión fuerte del PLC<sup>+</sup>, la respuesta debería ser que el juez no queda obligado a reiterar la matriz elegida, y con cada nuevo proceso, conserva libertad de combinación. Caso contrario, el juez solo tendría a su favor el uso por única vez del PLC (en el momento  $t_1$  correspondiente al proceso  $A$ )). Por otro lado, si se sostiene una versión débil del PLC<sup>-</sup>, la respuesta debería ser opuesta, es decir, una vez adoptada una matriz para un proceso ( $A/\alpha$ ), la misma debería replicarse en todo proceso similar (si  $A$  tiene las propiedades 1), 2), 3) y 4)/ $\alpha$ ; el proceso  $B$  tiene las propiedades 1), 2) y 3); 1), 2), 3) y 4) es similar a 1), 2) y 3);  $B$  carece de matriz; entonces  $B/\alpha$ ). En esta discusión, vale aclarar, no solo participan razones epistémicas, sino que hay razones morales que juegan un papel relevante (p.e. el principio de igualdad). Si se asume que la argumentación de las partes es, por definición, parcial, los límites del PLC aquí insinuados no serían predicables a ésta últimas.

2) Principio de consistencia (PC): este principio asume que la adopción de una combinación realizada por un argumentante debe mantenerse constante en el contexto de su universo de discurso. Supongamos que el juez adopta la matriz  $\alpha$  para el proceso  $A$ . Si bien por el PLC es libre para adoptar  $\alpha$  o cualquier otra matriz, en virtud del PC se encuentra obligado a aplicarlo a todas las  $I_E$  que se desarrollen en  $A$ . Esto significa que la adopción de una combinación es excluyente de las demás. Este principio es de naturaleza conceptual e implica

que una combinación no puede contradecirse con otra en un mismo discurso procesal, derivándose del principio de no contradicción. Además, el PC tiene un efecto normativo, ya que asegura un mismo filtro como patrón de testeo a cada  $I_E$ .

3) Principio de apartamiento justificado (PAJ): si el PC asegura una regularidad en la combinación de  $V$ , el PAJ permite, dentro de un mismo proceso, variar la matriz en casos excepcionales. Sin embargo, esta variación no es discrecional, ya que obliga al argumentante a fundamentar debidamente las razones para aplicar una combinación distinta a la originaria. Si, dentro de un proceso, el rendimiento de una  $I_E$  se establece en función de una combinación  $\alpha$ , y el rendimiento de otra  $I_E$  se fija en relación a otra combinación  $\beta$ , el argumentante adquiere el deber de justificar adecuadamente por qué utiliza, por así decirlo, distintas varas para la valoración argumentos de la misma naturaleza. Este viene asegurado por el PAJ, que detenta carácter conceptual si se lo toma como una expresión del principio de razón suficiente.

De esta manera, se brinda un universo de variables amplias y seguras para el testeo de  $I_E$ . Es cierto que podría objetarse que el modelo es rígido, y que su única válvula de escape es el PAJ. Aun así, también debería reconocerse que el modelo clarifica las posibilidades a partir de las cuales se analiza la solidez de las  $I_E$ , y brinda normas –PLC, PC y PAJ- para la ejecución razonable de dicha tarea en contextos institucionalizados como los procesos judiciales.

Bajo ese contexto, algunas estrategias de refutación podrían ser:

1) Cuestionando la aplicación de la matriz.

Esta maniobra argumentativa acepta una matriz determinada, pero objeta los resultados de su aplicación a la competencia entre  $I_E$ . Si se sostiene que la matriz  $\alpha$  utilizada para la disputa entre  $I_{E1} \wedge I_{E2}$  arroja que  $I_{E1} P I_{E2}$ , el argumentante refutaría el resultado ( $I_{E1} P I_{E2}$ ) aduciendo otro diverso ( $I_{E2} P I_{E1}$ ). Esto implica la denuncia de un error en el empleo de la matriz elegida, al estilo de un yerro en la “medición” o testeo, pero no en la elección de aquella como patrón de análisis. Si se permite la analogía, lo que aquí se discute es el resultado de la competencia, pero no la regla –matriz- a partir de la cual la competencia se define.

2) Cuestionando la matriz.

Esta refutación consiste en probar que la matriz es intrínsecamente errónea, esto es, que la matriz es, en algún sentido, defectuosa. Esto podría lograrse, por ejemplo, demostrando la necesidad de suprimir algunas de las  $V(a-k)$ , o esgrimiendo que no se han tomado en cuenta otras  $V(l, ll) \dots n$  relevantes. Por ende, el despliegue de esta estrategia implica criticar la existencia de la matriz y las  $V$  contenidas en ella. En su mejor versión, esta refutación impone una actividad argumentativa en dos frentes: *i*) por un lado, criticar la combinación de la que se

vale la matriz  $\alpha$ ; *ii*) y, por otro lado, justificar la postulación de otra combinación  $\beta$ , obviamente diversa, y que se entiende como correcta o superadora.

Ahora bien, si se parte, como de hecho lo hice, que las  $V(a-k)$  sintetizan gran parte de los puntos que deberían tomarse en cuenta para examinar la solidez de las  $I_E$ , entonces una crítica de este tipo impone un desafío considerable. Más aún, si se tiene en consideración que la elección de la combinación se encuentra garantizada por el PLC. Para decirlo de otra manera, si las partes tienen en su favor el PLC, entonces las combinaciones que elijan, *prima facie*, gozan de una aceptación provisoria, entendida ésta en términos de razonabilidad. Con ello, no quiero significar la imposibilidad de lograr el éxito en la tarea, sino solamente destacar la mayor labor en la faena del argumentante para imponer su pretensión.

### 3) Cuestionando la consistencia.

Por esta línea, como podrá preverse, se intenta demostrar que la matriz elegida ha sufrido cambios en relación a las diversas  $I_E$  que debe testear. Así, es posible argumentar que la matriz  $\alpha$ , consistente en la combinación  $\{(a), b), c), d), e), f), g), h), i), j), k)\}$ , es aplicada a  $I_{E1}$ , pero posteriormente, bajo la designación  $\alpha$ , se aplica una combinación diversa ( $\alpha'$ )  $\{(k), b), c), d), e), f), g), h), i), j), a)\}$  a  $I_{E2}$ , quebrando la coherencia requerida por la utilización de  $\alpha$  dentro de un universo de discurso. Esta forma de argumentación reivindica el PC como regla de racionalidad en la competencia de  $I_E$ , y procura revertir el resultado de la  $P$  en relación a la  $I_E$  que contenga la MdE que quiera descartarse. Para esta estrategia, es importante: *i*) denunciar la violación al PC, lo que produce la descalificación de  $\alpha'$ ; *ii*) y, también, que la matriz original  $\alpha$  produce el resultado  $P$  deseado ( $I_{E2}PI_{E1}$ ). Caso contrario, para no caer en la intrascendencia de la violación del PC (tanto  $\alpha$  como  $\alpha'$  arrojan  $I_{E1}PI_{E2}$ ), el argumentante deberá combinar esta estrategia con 2), es decir, proponer una matriz diversa  $\beta$  que arroje el resultado deseado ( $I_{E2}PI_{E1}$ ). Incluso, no se encuentra razón para descartar que la acción sea combinada con 1) en tanto que se pruebe que no sólo existe una variación injustificada en relación a  $\alpha'$ , sino que, además, la matriz original  $\alpha$  ha sido aplicada erróneamente.

### 4) Cuestionando la justificación del apartamiento.

Si el apartamiento de una matriz puede estar justificado en determinados supuestos, la crítica a la fundamentación, también es una vía posible para poner en tela de juicio el resultado de una competencia de  $I_E$ . Mientras que en 3) la variación ( $\alpha$  por  $\alpha'$ ) carece de sustento o razón alguna, este escenario presupone que la variación ( $\alpha$  por  $\beta$ ) responde a una razón (x) explicitada (bajo la condición  $x/\beta P\alpha$ ) por el proponente. Sin embargo, así como el PAJ dotaba al modelo de una válvula de escape que evite su extrema rigidez, también es posible que la o las razones dadas para el apartamiento no sean suficientes, o que haya otras razones que justifiquen la

matriz original  $\alpha$ , y por ende, el desplazamiento de la  $I_E$  con su respectiva MdE (aún bajo la condición  $x$ ,  $(\alpha P\beta) \rightarrow ((I_{E1} P I_{E2}) \wedge \neg MdE_2 \leftrightarrow (MdE_2 \in I_{E2}))$ ).

Precisamente, mediante esta vía de refutación se pone el acento en la calidad de las razones que pretenden justificar el cambio de matriz dentro de un mismo universo de discurso. Indicar cuales son buenas razones o razones suficientes implica comprometerse con metacriterios propios de una argumentación material o sustantiva. En definitiva, si una razón es suficiente –en términos de calidad- debe ser resuelto por un campo de argumentación que responda a esas exigencias. Empero esa circunstancia, no es impedimento a que se pueda transitar esquemas de refutación a partir esta línea de objeción.

#### IV.- Vías para discutir la aplicación de MdE

Hasta aquí, he procurado esbozar estrategias de refutación a MdE partiendo de argumentaciones en contextos de disputas de  $I_E$ . Por ello, aquellas constituyen formas indirectas o transversales de razonar sobre MdE. En lo que sigue, intentaré brindar un elenco de estrategias argumentativas que tengan a las MdE como principal objetivo en la discusión, de forma tal, que lo expuesto anteriormente sea un complemento de lo que aquí sugeriré.

Precisamente, para lograr enervar argumentos basados en MdE, en lo que sigue, propondré diversas formas de refutación de MdE, dando algunas posibles vías argumentales en esa dirección. Sin embargo, vale aclarar, las formas que aquí se dirán no pretenden ser ni exhaustivas, ni tampoco excluyentes, es decir, que no se descarta la posibilidad de deducir razonamientos contra MdE diversos a los que se consignarán, ni tampoco que el uso de una vía implique, necesariamente, el descarte de otra.

En base al esquema anteriormente trazado sostendré que existen, por lo menos, las siguientes formas de objetar la aplicación de MdE.

##### IV.1.- Cuestionando el respaldo en el cual se basa la MdE

Los embates al respaldo se encontrarán direccionados a demostrar que determinada MdE no tiene base en el conocimiento común o en la experiencia corriente. De esta manera, el stock de conocimiento existente en un conglomerado social no puede funcionar como respaldo de la MdE, haciendo de ésta última un enunciado dogmático, sin fundamento que la justifique<sup>6</sup>.

En el caso de la *res furtiva*, esta situación se daría si el objetante focalizara su ataque contra el enunciado “la experiencia general o judicial demuestra...” argumentando que no

---

<sup>6</sup> Existe un conocido trilema, denominado trilema de Münchhausen, que lanza un desafío al intento de lograr justificar definitivamente cualquier enunciado sobre creencias. Los cuernos del mencionado trilema podrían ser enunciados: 1) regresión al infinito; 2) barrera dogmática al principio de razón suficiente, y; 3) justificación circular.

pertenece al patrimonio del conocimiento común de la sociedad o comunidad jurídica en la que se encuentra el juzgador. Lo importante por esta vía es que el esfuerzo argumentativo se dirige a brindar razones de que el respaldo p de la MdE no integra el conocimiento general de una sociedad. Una cuestión interesante es analizar si, en el caso de las MdE, puede haber otros tipos de respaldos que no sean vinculados a la experiencia. Entiendo que la respuesta es negativa. En efecto, si se adopta la definición de MdE propuesta por Stein, donde aquellas son juicios derivados de la experiencia, entonces, por una razón conceptual no podría haber otro respaldo que aquella, tanto sea en relación a la experiencia propia o de terceras personas.

#### IV.2.- Cuestionando la aplicación de la MdE al caso particular

Si las MdE funcionan como reglas de cobertura que permiten el paso de una afirmación a otra, entonces, si se demuestra que el caso no constituye un supuesto individual previsto en el enunciado de la MdE, se habrá dado una buena razón para refutarla en relación a ese caso singular. Para ello, es importante destacar que las MdE, a través de su formulación semántica, conectan dos clases de conjuntos: *a)* la clase de los sujetos; *b)* y la clase de los predicados, ambas expresadas a través del lenguaje ordinario. De esta manera, la vinculación de un elemento p a una determinada MdE se efectiviza por dos pasos sucesivos: 1) la determinación si p pertenece a la clase de los sujetos previstos en la MdE, y si así fuere; 2) la afirmación de que la pertenencia de p a la clase de los sujetos, es una razón para sostener que p es parte de la clase del predicado enunciado por la MdE. Así, la MdE<sub>3</sub> “si una persona es mayor a otra, entonces tiende a imponerse en la pareja donde hay diferencia etaria” pone en una relación convergente a la clase del sujeto de la oración (“la persona de mayor edad”) con la clase del predicado (“la pareja...”), de manera tal que si p es un caso singular de la clase sujeto de la oración (persona de mayor edad) entonces, también, hay motivo para sostener que p es parte integrante de la clase de los predicados previstos en la MdE (parejas). Para la lógica formal, el enunciado de la MdE sería representado como un condicional generalizado: para todo individuo x, si x es mayor a otra persona, entonces x tiende a imponerse en la pareja donde hay diferencia etaria ( $\forall x (Px \rightarrow Qx)$ ). Esta idea también puede representarse a partir de la relación de subconjunto. En efecto, dado los conjuntos A y B, A es subconjunto propio de B, si todo miembro de A ( $x \in A$ ) es también miembro de B ( $x \in B$ ) y A no es igual a B ( $A \subseteq B \wedge A \neq B$ ), de manera que  $\forall x(x \in A \rightarrow x \in B) \wedge \exists y(y \in B \wedge y \notin A)$ . Así:

Propiedad p: persona mayor a otra en edad.

Propiedad q: imposición en la pareja.

$A = \{x \in A \leftrightarrow Px\}$

$B = \{x \in B \leftrightarrow Qx\}$

$$\forall x \{x \in A \leftrightarrow Px\} \wedge \{x \in B \leftrightarrow Qx\}$$

Esta conceptualización permite apreciar que la clase de los individuos comprendida en el antecedente de la MdE forma parte del conjunto de la clase de individuos determinada por su predicado.

En ese sentido, se podría estructurar una refutación admitiendo la afirmación contenida en la MdE<sub>3</sub> de que “si una persona es mayor a otra, entonces tiende a imponerse en la pareja donde hay diferencia etaria” y su respaldo en el conocimiento común, pero reclamando que, en el caso sometido a discusión judicial, no debe aplicarse porque “en la relación entre  $x$  e  $y$ , siendo  $x$  la persona de mayor edad e  $y$  la de menor edad,  $x$  es una persona de tercera edad que depende de  $y$ ” o “ $y$  es una persona de carácter vehemente y  $x$  es una persona tímida y de personalidad débil”. La aceptación de estas hipótesis, tornaría inaplicable la MdE<sub>3</sub> utilizada. De esta manera, lo que se pretende por esta estrategia es dar una razón para demostrar que el supuesto individual no queda comprendido dentro de la clase de los sujetos abarcados por la MdE. Es claro que la descripción del caso singular depende –salvo la categoría de hecho notorio- de las evidencias que se cuenten para respaldar su veracidad. En este sentido, la nueva descripción –p.e. el carácter vehemente de  $y$ - debe ir acompañada de prueba que permita tener a dicho estado de cosas por probado. Caso contrario, se corre el riesgo de que la descripción del supuesto individual resulte dogmática, y descalifique la refutación.

#### IV.3.- Cuestionando la relación entre el respaldo y la MdE

Aquí, a diferencia de IV.1), se acepta a la MdE como parte integrante del conocimiento común vigente en la sociedad, pero se argumentará que su relación con el respaldo no es fiable, ni creíble, porque carece de rigor epistémico al basarse en creencias no justificadas (como las creencias populares). Si, en definitiva, el basamento de una resolución jurisdiccional es una creencia popular, podría incurrir en arbitrariedad, y como tal hacerla censurable.

Esto se podría apreciar, ilustrativamente, si se utilizara para fundamentar una resolución jurisdiccional en contra de un imputado  $x$ , una MdE<sub>4</sub> que enunciara “si una persona goza de mal concepto por sus acciones, entonces, tenderá a persistir en su incorrecto proceder”. En este caso, la defensa de  $x$  podría conceder la verdad de que la MdE pertenece al conocimiento común o saber vulgar, esto es, aceptar la existencia –quizás como un estereotipo- de la MdE en cuestión. Ello implicaría aceptar dos afirmaciones: *i*) la verdad de la proposición que sostiene la existencia de la MdE, tal como se la enuncia, y: *ii*) la verdad de que esa MdE tiene respaldo en el conocimiento o experiencia común de la sociedad. Ahora bien, aun concediendo sendas afirmaciones –*i*) y *ii*)- nada impediría dirigir un embate hacia el uso de la MdE, en tanto y en cuanto, sea epistémicamente infundada, como es la creencia popular sintetizada en el dicho

“hazte la fama y échate a dormir” u en otras expresiones de tradición semejante en la cultura popular. Algo similar podría ocurrir con una MdE respecto de la sobre calificación del testimonio de un menor, habida cuenta la relación con el respaldo en la creencia popular de que “los chicos y los borrachos siempre dicen la verdad”.

Esta vía de ataque puede confundirse con la nominada en primer lugar (*IV.1*) pero, metodológicamente, es conveniente subrayar la diferencia entre una y otra. Y es que, mientras en el primer supuesto la actividad argumentativa está destinada a la demostración que la MdE no forma parte del conocimiento común de una sociedad (es falso el enunciado “MdE<sub>x</sub> se respalda en la experiencia o conocimiento común”), en el presente tipo de embate, la faena se dirigirá a la demostración de que la MdE carece de fundamentación epistémica razonable, aunque forme parte del acervo de conocimiento común. Para ello, es importante tener en cuenta que, dentro de la experiencia o conocimiento común, no sólo tienen lugar creencias infundadas, sino que, además, hay lugar para otros fenómenos que difieren de aquellas y que tienen mejor sustento epistémico. En efecto, resulta plausible sostener que ciertos enunciados provenientes de leyes científicas o generalizaciones epistémicamente aceptadas (el anochecer facilita la comisión de delitos porque impide el reconocimiento de los autores) formen parte del conocimiento común con bases lo suficientemente sólidas para que sean utilizadas aprobando el contralor que sobre aquellas se hagan.

Independientemente de esta estrategia, también es posible utilizar otros métodos para poner en tela de juicio la base epistémica de una MdE. Aquí ingresarían aquellas MdE que, más allá de carecer de una base inductiva completa, no detentan una aceptación consolidada en la sociedad, como MdE<sub>5</sub> “si es un día de verano, entonces es más corto que un día de invierno”. Esto pone al descubierto la importancia del soporte inductivo de las MdE. Es que, si las MdE son juicios inductivos, la solidez de su soporte no es un dato menor.

Sin embargo, la base inductiva adquiere ribetes complejos en las MdE, ya que varios aportes de la lógica inductiva resultan problemáticos por razones prácticas y conceptuales. Sobre las primeras, se advierte propuestas teóricas no pasibles de ejecutarse en el derecho. Tal el caso de (Govier 2014: p.265), cuya guía para evaluar generalizaciones inductivas incluye análisis de la población y muestra, que difícilmente pueden reproducirse en un proceso judicial. Y en lo que a la segunda respecta, si -como hace (Ferrer Beltrán 2007: p.47)- se asume que al valorar la evidencia solo se evalúa el apoyo empírico a una hipótesis, entonces, en principio, no sería posible practicar nuevas pruebas, como acreditar el soporte inductivo de una MdE.

Para evitar incursionar en callejones sin salida, una forma de contra argumentar a partir de la base inductiva, sería desafiar a la MdE con otra MdE opuesta que goce de un mayor



consenso. La aceptación general de una MdE, que no implica que sea total por el conglomerado social, dota de una fortaleza adicional a este tipo de enunciado permitiendo disputar eficazmente la competencia por el título de MdE aplicable. El fenómeno relativo al uso de un argumento con consenso cognitivo, es similar a lo que se conoce como endoxa en la teoría de la argumentación. En esta disciplina se reserva este término para connotar el mayor rendimiento de un argumento por su aceptación, lo que lleva a que, aquel que quiera desvirtuarlo, debe realizar un esfuerzo adicional por arremeter contra una razón consolidada. Nótese que, a diferencia de lo que sucede con las I<sub>E</sub>, aquí la disputa se focaliza específicamente en las MdE, lo que dota al fenómeno de autonomía conceptual.

Sin embargo, apelar al concepto de endoxa puede resultar de escasa utilidad. La ausencia de criterios para determinar cuándo una MdE pasa a estar endoxada no contribuye a que su universo de aplicación sea claro o determinado y, por ende, seguro. El problema, entonces, parece persistir. Esto limita la función “ser una proposición endoxada en relación...” a casos claros y evidentes. Empero, parece razonable argüir que, en contextos argumentativos, si algo es evidente, entonces la disputa es aparente o, en su defecto, de fácil solución. Además, gran parte de las contiendas entre MdE con sentido diverso –por el caso, MdE<sub>1</sub> y MdE<sub>2</sub> respecto de testigos presenciales y amigos- se establecen entre enunciados ya endoxados, por lo que la pugna no puede definirse a partir de dicha función. Por ende, debe indagarse otro camino que evite los escollos que presenta el sendero de la endoxa. Esto no significa denegarle a ésta última todo papel en la argumentación entre MdE. Por el contrario, sin perjuicio de su uso, lo que sostengo es la necesidad de disponer de alguna estrategia adicional con cimientos un poco más seguros.

Para esto, tomaré en cuenta que las MdE, desde el punto de vista lógico, expresan proposiciones, entendiéndolas como entidades abstractas portadoras de verdad y significado, con las que cualquier sujeto se relaciona por medio de actitudes proposicionales. Así, cuando S cree que si una persona roba entonces conserva la cosa robada en su poder, S se encuentra involucrado con MdE<sub>6</sub>, a partir de su creencia en la proposición que la expresa. Esto permite trasladar el problema de MdE opuestas al terreno de las creencias racionales. Además, conforme su definición, si las MdE expresan proposiciones empíricas, por lo tanto, contingentes, entonces se desempeñan modalmente bajo el operador  $\diamond$  (MdE = def.  $\diamond$ MdE, y MdE =  $p \rightarrow q$ , entonces MdE =  $\diamond p \rightarrow q$ ), por contraposición a  $\square$ , satisfaciendo el axioma  $\diamond MdE \rightarrow \square \diamond MdE$  en K.

Ahora bien, las actitudes proposicionales de S, consistente en creer en una MdE u otra expresión significativa de ajuste lenguaje-mundo, pueden tener distinta fuerza o grado. Por el caso, S puede estar seguro de una MdE<sub>7</sub> (“si alguien está en el momento t en el lugar l, no puede

estar en l' mientras dure t'"), o dudar acerca de otra MdE, lo que no significa que crea  $\neg$ MdE. En el mismo sentido, la actitud proposicional de creer, así como su grado o intensidad, dependen del contexto. Por ejemplo, un británico puede creer en la MdE<sub>8</sub> "si atestigua un policía, entonces su testimonio es especialmente relevante por su condición de funcionario público", y un argentino creer que MdE<sub>8</sub> se trata de una broma siniestra.

Que las creencias tengan grados, no significa que haya valores objetivos para cuantificar y comparar la fuerza de cada una. Para supuestos como estos, la teoría de la probabilidad subjetiva puede ayudar para no caer en el escepticismo. Por probabilidad subjetiva entenderé, de acuerdo a (Kyburg 1983: p.80), la aplicación del cálculo de probabilidades que conduce a la asignación de un número a una proposición p, sin reflejar ningún conocimiento o frecuencia hipotética, tal como sucede con la probabilidad objetiva. Precisamente, si se afirma que p integra el conjunto de creencias de S, entonces la probabilidad subjetiva admite que el grado de creencia de S en p pueda ser representado por un número entre 0 y 1, observando el primer axioma de Kolgomorov.

Basándose en esta idea, y en el principio de que, a mayor grado de creencia en p, un agente racional tenderá a estar más inclinado a realizar acciones que generen resultados útiles si p acontece, (Papineau 2012: p.96-97) ha sugerido la posibilidad de relacionar grados de creencia con decisiones racionales a través de la asignación –en un sentido ideal- de valores numéricos. Este procedimiento, según Papineau, permite determinar riesgos y beneficios a diversos cursos de acción, de manera similar al juego de apuestas. Y es que, de acuerdo a (Papineau 2012: p.96), gran parte de las decisiones de un agente pueden reconstruirse como apuestas, a través de las cuales se corren riesgos y se obtienen resultados beneficiosos. Pensemos en los restaurantes. Cuando un comensal ingiere un menú, lo hace presumiblemente porque su grado de creencia de que se satisfará es mucho mayor que su grado de creencia de que será envenenado por un cocinero malicioso. La idea que subyace a la propuesta, y otras semejantes en la literatura especializada, es que la toma de decisiones en contextos de incertidumbre implica asumir riesgos. Y la probabilidad de esos riesgos y los beneficios –utilidad- determinan las acciones posibles. Por lo tanto, para los costos y beneficios de acciones, la utilidad de los resultados puede ser establecida numéricamente en sentido positivo o negativo, así como la utilidad esperada de una acción se determina por la suma de las utilidades multiplicada por el grado de creencia del agente de que ese resultado se producirá (2012: p.97). Esto permite realizar una operación aritmética –entre utilidades positivas y negativas de grados de creencia- que arrojará la utilidad esperada de una acción.

Este breve esquema puede ser adaptado a la decisión sobre que MdE aplicar, dándosele preferencia a la que otorgue la mayor utilidad esperada. Por ejemplo, si  $z$  ha presenciado un choque  $y$ , al mismo tiempo, es amigo íntimo de uno de sus protagonistas, su testimonio puede ser valorado a partir de  $MdE_1$  y  $MdE_2$ . Así, el cálculo podría ser reconstruido:

Utilidad positiva (lo que se gana si  $MdE_1PMdE_2$ , dándole valor al testimonio de  $z$ ):  
10.000 unidades.

Grado de creencia en  $MdE_1$ : 0.85

Utilidad negativa (lo que se pierde si  $MdE_1PMdE_2$ , restándole valor al testimonio de  $z$ ):  
-5000

Grado de creencia en  $MdE_2$ : 0.15

Con estos datos, la utilidad esperada de la aplicación de  $MdE_1$  por sobre  $MdE_2$  será:

$(10.000 \times 0.85) + (-5000 \times 0.15) = 8.500 - 750 = 7.750$  de utilidad esperada de  $MdE_1PMdE_2$ .

Dicho valor es/debe ser más alto que la alternativa  $MdE_2PMdE_1$ . De confirmarse, racionalmente debe aplicarse  $MdE_1$ .

Ahora bien, adelantándose a una evidente objeción, es claro que la propuesta no es más que un experimento mental que invita a la introspección para la toma de decisiones, ya que no hay una respuesta exacta a la pregunta de cuanto  $S$  cree en  $MdE_1$  o en  $MdE_2$ . Empero, el método tiene la ventaja de hacer visible tanto el cálculo en que se basa una decisión, como la asignación del valor al grado de creencia en cada MdE. Si a esto se le agrega, algo que Papineau no dice, pero conviene destacar, que la asignación de valores no puede ser fruto del capricho sino el producto de una actitud de equilibrio reflexivo, entonces la operación otorga un plus de racionalidad que conviene no menospreciar. Aun así, también me permito decir que el fenómeno probatorio –en un sentido amplio- tampoco brinda respuesta al interrogante sobre los grados de creencia en  $p$  que se le objeta al método aquí desarrollado. En todo caso, en lo que a la prueba (testimonios, documentos, pericias, etc.) concierne, si la evidencia demuestra que  $p$  tiene una probabilidad mayor a  $q$ , lo único que habilita es a que  $S$  crea –quizás en sentido normativo- en  $p$  de manera más fuerte que en  $q$ . Cuanto más fuerte deba ser esa creencia, es un problema para el que la prueba no tiene respuesta.

El método expuesto permite argumentar, aunque sea con estándar mínimo, la razonabilidad de las unidades que integran la elección, o direccionar la crítica en la desproporción entre las magnitudes elegidas, más allá del efecto de otorgarle peso cuantitativo a los grados de creencia en MdE.

A pesar de esto, la propuesta no dice nada acerca de la medición de creencias (MdE). Más bien, la representa uniéndola con la utilidad de cursos de acción. Para lograr el cometido de medición, (von Wriqth 2001: p.169-170) ha sugerido dos posibles caminos: *i*) la llamada intensidad de la creencia que puede ser estimada introspectivamente o, quizás, “extropectivamente”, a la que von Wriqth no le otorga un carácter muy prometedor, *ii*) y como una disposición para actuar, siendo el método más clásico dentro de esta variante, la proposición de apuestas y la observación de las *odds*<sup>7</sup> respectivas. Un ejemplo puede ser útil para graficarlo. Si se desafía a S con apostar €1 (x) para ganar €3 (y) –lo que hace un pozo de €4- en el caso de que p sea verdadera, se está ofreciendo un beneficio de €4 (x+y) si gana, al costo de €1. Esto implica un *odds* de 1:4 a favor de p, cuyo cociente de apuesta es  $1/1+3$  (x/x+y), es decir 0,25, lo que puede ser utilizado como representación numérica (Hacking 2001: p. 151 y 160) del grado de creencia en p.

Según la teoría estándar, en lo que atañe a los grados de creencias, las leyes matemáticas de la probabilidad deberían guiar a un sujeto racional en sus elecciones, para evitar casos del tipo *Dutch Book*. Demostrar que los grados de creencia de un agente racional, como sería un argumentante en una contienda judicial, deben satisfacer las leyes de probabilidad implicaría una extensión desmedida a mis propósitos. Básteme demostrar un solo caso. Supongamos que S, violando el teorema  $\Pr(p) + \Pr(\neg p) = 1$ , derivado de los axiomas de Kolmogorov, tiene un grado de creencia 0.7 en p y 0.7 en  $\neg p$ , para una apuesta total de €1. Aunque S gane €1, deberá pagar €1.4, lo que lleva a una creencia irracional. Esto significa que las leyes matemáticas de probabilidad son aplicables a la discusión de grados de creencia en MdE, e implica que su violación puede ser un argumento de peso. Además, expresándose la cuantificación, la afirmación “el grado de creencia en MdE es x”, por aplicación de los cocientes de apuestas *odds*, no pueden ser absolutamente discrecionales, permitiendo, en caso de que lo fuera, contra argumentar en ese sentido. De esta forma se brinda herramientas a los fines de disputar aplicaciones de MdE en forma específica y de acuerdo a su compromiso epistémico.

#### IV.4.- Cuestionando directamente a la MdE

Lo que aquí se objetará es la razonabilidad de la MdE utilizada. Sin embargo, hay diversas formas de demostrar que ésta no resulta plausible como argumento. Aquí, sostendré la posibilidad de controvertir directamente las MdE bajo los siguientes supuestos:

---

<sup>7</sup> Es frecuente traducir *odds* como “probabilidad”. No obstante, en las apuestas, se entiende por *odds* un sentido específico, como probabilidad de que un determinado pronóstico suceda. Así, “*the odds are twenty to one*” puede ser traducido como “*las probabilidades de que suceda son veinte a uno*”. Para evitar ambigüedades he dejado el original.

#### 4.a.- MdE epistémicamente falsas

La distinción entre MdE falsas y verdaderas es relevante ya que, en las últimas, la pertenencia a la clase de los sujetos que enuncia la MdE hace empíricamente más factible la posibilidad de pertenencia a la clase prevista en los predicados, constituyéndose como un argumento a favor de una hipótesis de hecho. Esto último, no se verifica en las MdE falsas.

Supongamos que se está sustanciado un proceso donde se le atribuye a  $x$  haber cometido el femicidio de su pareja y durante el año 2019, y que  $x$  e  $y$  residían en la ciudad de Córdoba, lugar donde fue encontrado el cuerpo de  $y$ . Más precisamente, el cadáver de  $y$  fue hallado en su domicilio. En ese contexto, en la decisión jurisdiccional se argumenta “si hay una muerte violenta de una mujer en la ciudad de Córdoba, entonces es más factible de que haya sido un femicidio, porque la generalidad demuestra que hay más femicidios en la capital de la provincia de Córdoba, que en el interior provincial” como una razón para sostener la autoría de  $x$ , quien es residente capitalino de la provincia cordobesa. Esta MdE sería inaceptable a tenor de la realidad acontecida en esa provincia, ya que las estadísticas oficiales demuestran que, durante el 2018, el 78% de los casos de femicidios se cometieron en el interior provincial<sup>88</sup>. El contenido de la MdE es falseado, y por ende, ésta es tachada como argumentación eficaz. El hecho de que una MdE no se corresponda con la realidad, determina la ausencia de su rendimiento argumentativo. En el caso ejemplificado, el predicado de mayor cantidad de femicidios sólo es denotable de los hechos sucedidos en el interior provincial.

Es claro que no siempre se pueden contar con estadísticas o criterios cuantitativos seguros para descartar una MdE, por lo que pretender que sólo puedan utilizarse MdE que hayan pasado un tamiz estadístico, sería exigir demasiado, y terminaría vaciando de contenido al concepto. Sin embargo, encuentro relevante distinguir otras posibles formas que pueden servir para identificar MdE epistémicamente falsas.

Para ello, aunque no sea el único criterio posible, es interesante rescatar el concepto de imposibilidad. Siguiendo a (González Lagier 1995: p.73), quien, a su vez, se basa en von Wright, asumiré que el concepto modal de posibilidad puede predicarse, cuando menos, en dos sentidos diversos: por un lado, el concepto de imposibilidad lógica o conceptual: y, por otro lado, la noción de imposibilidad natural o empírica. Así, una MdE puede ser falsa por referir una imposibilidad lógica o una imposibilidad empírica. Una MdE será lógicamente imposible cuando consista en un enunciado que, conceptualmente, no puede ser aceptado, ni asumido

---

<sup>88</sup> Estadística disponible en la página oficial del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba <https://www.justiciacordoba.gob.ar/cepj/Novedades/Novedades.aspx?IDP=3> [accedido 1 de noviembre de 2023].

como verdadero, independientemente de cualquier circunstancia de tiempo, espacio y modo, tal como sostener “si se hace p, entonces se puede hacer no p al mismo tiempo”. Otro posible caso dentro de este género sería una MdE<sub>9</sub> que sostuviera “si alguien no está presente en un lugar, entonces no puede realizar una acción en dicho lugar”. Dada la relación binaria R según la cual “x está en el lugar y” y la relación ternaria S según la cual “x ejecuta la acción z en el lugar y” se puede demostrar que de la expresión “no se puede realizar una acción en un lugar sin estar presente en el mismo” formalizada  $\forall x \forall y \forall z \neg(\neg R(x,y) \wedge S(x,z,y))$  (“Para todo objeto x, y, z no es verdad que x no está en el lugar y x realiza la acción z en el lugar y”) se sigue la expresión  $\forall x \forall y \forall z(\neg R(x,y) \rightarrow \neg S(x,z,y))$ , la cual puede ser interpretada como MdE<sub>9</sub> “si alguien no está presente en un lugar, entonces no puede realizar un acción en dicho lugar”. En  $\mathcal{F}$  podría enunciarse:

1	$\forall x \forall y \forall z \neg(\neg R(x,y) \wedge S(x,z,y))$	Prem.
2	[A]	Sup.
3	[B]	Sup.
4	[C]	Sup.
5	$\neg R_{(a,b)}$	Sup.
6	$S_{(a,c,b)}$	Sup.
7	$\neg R_{(a,b)} \wedge S_{(a,c,b)}$	$\wedge$ Intro 5,6
8	$\neg(\neg R_{(a,b)} \wedge S_{(a,c,b)})$	$\neg$ Elim 1
9	$\perp$	$\perp$ 7,8
10	$\neg S_{(a,c,b)}$	$\neg$ Intro 5,6-9
11	$\neg R_{(a,b)} \rightarrow \neg S_{(a,c,b)}$	$\rightarrow$ Intro 5-10
12	$\forall z(\neg R_{(a,b)} \rightarrow \neg S_{(a,z,b)})$	$\forall$ Intro 4-11
13	$\forall y \forall z(\neg R_{(a,y)} \rightarrow \neg S_{(a,z,y)})$	$\forall$ Intro 3-12
14	$\forall x \forall y \forall z(\neg R_{(x,y)} \rightarrow \neg S_{(x,z,y)})$	$\forall$ Intro 2-13

A su vez, una MdE será empíricamente imposible cuando escapa, por lo menos en un tiempo y espacio determinado, a las capacidades y habilidades del ser humano o del acontecer natural. Es cierto que podría objetárseme que, así como la estadística es una vara elevada para testear MdE, el criterio de imposibilidad es un piso relativamente bajo para que sea sorteado por una MdE. Esta crítica se basaría en que, en la práctica forense, no habría casos que violen el estándar de imposibilidad lógica o empírica. La observación sería válida, pero me permitiría traer a colación que varios de los ejemplos con que la doctrina procesal de mayor fuste ha trabajado parecen caer dentro de algunas de las variantes de esta categoría. Así, y solamente a título ilustrativo, (de la Rúa 1994: p.163) en su obra sobre la casación penal, al abordar el tema

del contralor de las MdE en la instancia casatoria utiliza el ejemplo –tomado de Gavier, otro jurista- de “atravesar una pared de cemento con un cuchillo” que implica, precisamente, un tipo de MdE empíricamente imposible. Estas imposibilidades pueden ser vistas a partir de conjuntos vacíos ( $MdE = \{x | imp.\} \rightarrow \emptyset$ ) o de probabilidad cero  $Pr(MdE_{imp}) = 0$ , ya que no hay individuo que satisfaga la propiedad que determina el criterio de pertenencia.

#### 4.b.- MdE de formulación discutible

Para analizar este tipo de MdE podemos volver al caso de la posesión de la *res furtiva* propuesto por Cafferata Nores. Recordemos, en aquella situación, el argumento –mecanismo silogístico en palabras de su autor- utilizaba una  $MdE_6$  que señalaba “si alguien roba una cosa, ordinariamente, la conserva en su poder”. Sin perjuicio del carácter veritativo del enunciado, es posible sostener que hay formulaciones de MdE más discutibles y complejas que otras. Y, la anteriormente señalada, puede ser una de ellas.

En efecto, la  $MdE_6$  propuesta por Cafferata Nores, en tanto que asocia a todos los hechos de robo con la conservación de la *res furtiva*, es más objetable como argumento que la  $MdE_{10}$  “si alguien roba una cosa, ordinariamente, la conserva en su poder durante los primeros momentos posteriores a la consumación delictiva”. Esto se debe a que la clase de los robos con posesión de la *res furtiva* es un conjunto más amplio y heterogéneo que la clase de los robos con posesión de la *res furtiva* en los primeros momentos posteriores al acto ilícito. Y es que la posibilidad de que  $x$  sea miembro de la clase los autores de “robos con conservación de la *res furtiva* en su poder” es conceptualmente más alta que la de ser miembro de la clase de autores de “robos con la conservación de la *res furtiva* durante los primeros momentos posteriores a la consumación”. Justamente la adición de propiedades ( $P_n$ ) al conjunto previsto en los enunciados de una MdE, *prima facie*, produce los siguientes efectos: *i*) los nuevos conjuntos resultantes de la adición de propiedades ( $MdE+P_n$ ), tendrán una extensión menor que el conjunto originario ( $MdE$ ); *ii*) si la extensión es menor, entonces el número de elementos pertenecientes al conjunto resultante ( $MdE+P_n$ ) es menor que el número de elementos pertenecientes al conjunto primigenio ( $MdE$ ), y; *iii*) si, por la adición de propiedades ( $P_n$ ), el criterio de pertenencia al nuevo conjunto ( $MdE+P_n$ ) es más definido y exigente, entonces se fortalece la relación de pertenencia de los elementos que satisfacen dicho criterio al conjunto resultante ( $MdE+P_n$ ). De allí que, argumentativamente, la pertenencia de un supuesto individual al nuevo conjunto ( $MdE+P_n$ ) es una razón robusta para las consecuencias que implique el formar parte del conjunto reformulado. Esto último es importante porque, a los fines que aquí se tratan, para obtener éxito en la instancia argumentativa la adición de propiedades relevantes ( $P_n$ ) tiene que lograr, a través del efecto *ii*), expulsar al caso individual del conjunto. Caso contrario, se podría

lograr una consecuencia contraria, dotando de mayor peso y rendimiento al argumento originario que se quiere desvirtuar (MdE).

Esto puede graficarse en el caso de la *res furtiva* de la siguiente manera: supongamos que se comete un hecho de robo de un automotor. Concedamos, por hipótesis, que la aprehensión de  $x$ , en posesión de la *res furtiva*, fue un mes después del hecho de robo y que, al momento en que  $x$  quedó privado de libertad, éste se encontraba circulando con el automóvil. A su vez,  $x$  no pudo ser categóricamente identificado por la víctima. Sin embargo, en la sentencia se aplicó la MdE<sub>6</sub> -ideada ejemplificativamente por Cafferata Nores- como argumento para atribuir el robo a  $x$ . El defensor, decide criticar MdE<sub>6</sub> agregando propiedades definitorias como aquí he insinuado. En este sentido, podría optar, por lo menos, entre las siguientes propiedades: 1) P<sub>1</sub>: una propiedad temporal consistente en “primeros momentos posteriores al hecho de la consumación delictiva”, de manera que la MdE<sub>6</sub> quedaría reformulada MdE<sub>10</sub> “si alguien roba una cosa, ordinariamente, la conserva en su poder durante los primeros momentos posteriores a la consumación delictiva” (MdE+P<sub>1</sub>), y; 2) P<sub>2</sub>: una propiedad de modo relativa a “para uso personal” que reformularía la MdE<sub>6</sub> originaria por MdE<sub>11</sub> “si alguien roba una cosa, ordinariamente, la conserva en su poder para uso personal” (MdE+P<sub>2</sub>). Es evidente que MdE+p<sub>1</sub> (MdE<sub>10</sub>) y MdE+p<sub>2</sub> (MdE<sub>11</sub>) producen efectos bien diversos: mientras la primera deja afuera a  $x$  de su universo de discurso (no puede decirse que un mes sea “primeros momentos posteriores”), la segunda integra a  $x$  ( $x$  se encontraba usando el automóvil, por ende, es un caso de “uso personal”).

Sobre este punto, es necesario una distinción. Como se sabe, nuestro lenguaje, está conformado por nombres propios y palabras de clase. Las MdE, en tanto que juicios que expresan una regularidad general, están expresados por medio de palabras de clase. Entonces, como podrá deducirse, la referida estrategia se perfila haciendo uso de dos características de este tipo de palabras: denotación y connotación. La denotación, también llamada extensión, está constituida por la cantidad de objetos a la que la palabra de clase refiere; mientras que la connotación, o intención, consiste en el conjunto de propiedades relevantes que un objeto debe tener para ser nombrado por la palabra. Así, mientras la palabra “estafador” se connota de las propiedades “toda persona imputable que mediante ardid o engaño induce a otra en error, logrando un desprendimiento patrimonial voluntario y perjudicial”, la denotación estará constituido por el conjunto de todos los sujetos que satisfacen aquellas propiedades definitorias.

Cuando se añaden propiedades, es decir, cuando se adicionan atributos a la intención, se entiende que ésta crece (MdE, MdE+P<sub>a</sub>, MdE+P<sub>a</sub>∧P<sub>b</sub>, MdE+P<sub>a</sub>∧P<sub>b</sub>∧...P<sub>n</sub>). A partir de este fenómeno podría pensarse que a medida que la aquella crece, la extensión sufre el proceso



inverso, es decir, decrece. Esta idea es sugerente pero invita a confusiones. Imaginemos, por un momento, la clase de los “latinoamericanos”. Ese conjunto podría ser definido a partir de las propiedades de nacionalidades latinoamericanas. Así, por ejemplo, la propiedad de ser argentino, chileno, paraguayo, colombiano, etc., son atributos del conjunto de los latinoamericanos; a su vez, la denotación estaría dada por todas las personas que satisfacen alguna de esas propiedades. Sin embargo, se podría optar por incrementar las propiedades definitorias del conjunto incrementando su intención, mediante otra estrategia, como podría ser utilizar ciudades latinoamericanas. De manera tal que, bajo esta nueva reformulación, el conjunto se define a partir de haber nacido en Buenos Aires, Córdoba, Montevideo, Sucre, Distrito Federal, etc. Nótese que, en este caso, el conjunto ha incrementado sus propiedades definitorias, aunque no ha sufrido variaciones en los objetos que lo componen. Esto es importante en relación a la estrategia que aquí se desarrolla, puesto que la sola adición de propiedades  $P$  a la  $MdE$  que quiere modificarse no implica, necesariamente, que la extensión de los objetos designados por la nueva descripción ( $MdE+P$ ) sea menor, logrando el objetivo de expulsión de un individuo comprendido en la  $MdE$  original.

Por otro lado, siendo que el objetivo es restringir el universo de discurso de la  $MdE$ , expulsando el caso, no cualquier contracción resulta eficaz a esta estrategia argumentativa. En efecto, en el ejemplo de la *res furtiva*, la reformulación  $MdE+P_2$  restringe el universo de discurso de  $MdE_6$  (todo individuo que no satisfaga  $P_2$ , queda fuera del conjunto redefinido  $MdE+P_2$ , aunque formaría parte del conjunto original  $MdE_6$ ), pero frustra el objetivo de extirpar el caso de  $x$ . Eso significa que la contracción a partir de la reformulación de propiedades definitorias de una  $MdE$  es solo condición necesaria del éxito de esta estrategia argumentativa. Además, se requiere que la adición de propiedades logre dejar fuera al supuesto de hecho que se analiza en el caso concreto. Esta última circunstancia pone el acento en la importancia semántica de la propiedad que se va a anexar a la  $MdE$ , ya que las porciones del conjunto denotado por  $MdE$  no son indiferentes al significado de la propiedad que se integra para su reformulación.

Este método es diverso al señalado en *IV.2*), porque allí las propiedades eran agregadas al caso particular, mientras que aquí la adición de propiedades se realiza a las clases de objetos enunciados por la  $MdE$ . Además, esta variante en relación a *IV.2*), tiene una clara diferencia con efecto práctico: *IV.2*), para su éxito, depende de elementos probatorios que habiliten a nueva descripción del caso individual; mientras que, en el presente, las propiedades relevantes que se disputen la aceptación no necesitan de correlato probatorio alguno en los elementos de

prueba propios de la causa (en el caso de la *res furtiva*, la propiedad “primeros momentos posteriores al robo” no conforma objeto de prueba).

#### 4.c.- MdE moralmente discutibles

Antes del desarrollo propio de este subtipo de MdE, es oportuno recordar la diferencia, pacíficamente aceptada en la ética contemporánea, entre moralidad comunitaria o positiva y moralidad crítica. Mientras que la primera alude a los juicios morales de determinado grupo humano, la segunda refiere a los juicios morales en tanto que se encuentren justificados desde una teoría o concepción moral determinada (p.e. utilitarismo, deontologismo, ética de la virtud, etc.).

Con esta aclaración preliminar, en lo que a las MdE moralmente discutibles respecta, vale distinguir dos tipos de embates: uno general y otro específico. Si bien, para el razonamiento probatorio, resultan más atractivas, por su uso, las del segundo grupo, no debe dejarse de lado la objeción con pretensión de universalidad a todas las MdE. Por dicho motivo, comenzaré con ésta última, es decir, con la objeción general de la inmoralidad intrínseca de las MdE para, luego, detenerme en aquellas que sean, si cabe la expresión, particularmente inmorales.

Para este propósito, el supuesto de femicidio puede ser un buen disparador. Si tomamos la MdE<sub>12</sub> “si hay una muerte violenta de una mujer en el interior, entonces es más factible que haya sido un femicidio porque la generalidad demuestra que hay más hechos delictivos de este tipo en el interior de la provincia que en la ciudad de Córdoba” debemos aceptar, por las cifras oficiales, que es verdadera. Sin embargo, aun cuando MdE<sub>12</sub> fuera verdadera y aplicable al supuesto de *x*, la misma sería moralmente problemática. Es que el enunciado general trata, por su propia estructura, sobre clases de objetos, pero cuando aquel enunciado es conjugado respecto un supuesto particular, la situación es diversa por su singularidad. Y si esto es así, surge el interrogante de si es justificable que la responsabilidad de un sujeto, por el caso *x*, sea dependiente, en algún sentido, de las acciones de otras personas (p.e. femicidas que cometieron hechos en el interior provincial durante 2018).

Ésta última pregunta ha determinado importantes discusiones en la filosofía moral. Una posición moral, conocida con el nombre de particularismo, responde aduciendo que un caso debe ser resuelto de acuerdo a las circunstancias particulares que lo han rodeado, y no sobre esquemas generales de pretensiones universalistas o categóricas. La objeción general, entonces, se asienta en las bases de la propuesta particularista. El particularismo tiene el mérito de despertar una intuición moral atractiva que consiste en que cada persona debe ser juzgada de acuerdo a sus méritos y defectos dejando de lado, como propiedad relevante, su pertenencia a determinado grupo o estrato.

No es aquí el lugar adecuado para extenderse en los argumentos a favor o en contra de dicha teoría moral. Empero, como el particularismo arroja una crítica especialmente poderosa contra el uso de cualquier proposición general en la atribución de responsabilidad (moral y *a fortiori* jurídica), señalaré una de las respuestas teóricas más eficaces que se le han formulado. Para ello, me basaré en la propuesta de (Schauer 2003), a la sazón, exponente de la corrección moral del uso de categorías o estereotipos, y detractor del

particularismo moral. Según Schauer, el particularismo tiene el defecto de ser una doctrina de imposible realización práctica (2003: p.75), ya que todo intento de dejar de lado un enunciado general implica caer en otro enunciado de la misma característica. Si tomamos el caso de *x* y el femicidio, un defensor particularista podría argumentar que *x* es una persona respetuosa de la ley, que carece de antecedentes, que goza de la consideración de sus pares como ciudadano ejemplar, y que su pareja *y*, era una persona de carácter irascible, irrespetuosa, y con conductas violentas que despertaban sentimientos negativos por quien la conociera. También supongamos, a los efectos de que no haya objeciones formales, que el defensor particularista logró demostrar los extremos antes aludidos. De acuerdo al particularismo, *x* debe ser juzgado moralmente sobre las bases de su situación particular (persona respetuosa de la ley, sin antecedentes penales, respetado en su comunidad y con una pareja (*y*) irascible e irrespetuosa, y con conductas violentas que despertaban sentimientos negativos por quien la conociera). Quizás, el particularista esté en lo cierto con su razonamiento, pero eso no significa que el caso sea resuelto *uti singuli*, y que no se apliquen enunciados generales, del tipo a los que los procesalistas denominan MdE. Por el contrario, podría refutarse al defensor particularista que su intento produce el reemplazo de una MdE por otra diferente, ya que se habrá cambiado la generalización original MdE<sub>12</sub> por otra diversa MdE<sub>13</sub> que tomará como propiedades relevantes respeto por la ley – ausencia de antecedentes – respeto de pares – pareja irascible e irrespetuosa - conductas violentas que despertaban sentimientos negativos por quien la conociera, y que podría enunciarse “si hay una muerte violenta de una mujer en el interior de la Provincia de Córdoba, entonces es más factible de que haya sido un femicidio porque la generalidad demuestra que hay más hechos delictivos de este tipo en el interior de la provincia que en la capital; pero es menos factible si se le atribuye a una persona respetuosa de la ley, que carece de antecedentes penales, que goce de la consideración de sus pares y que su pareja haya sido irascible e irrespetuosa, y con conductas violentas que despertaban sentimientos negativos por quien la conociera”. Esto significa, según los críticos del particularismo, que los enunciados generales no pueden ser relegados de nuestro razonamiento moral. Justamente, esta relación intrínseca entre los enunciados generales y el razonamiento moral se traduce, para esta corriente crítica, en una buena razón para dejar de lado la doctrina particularista. De esta manera, la objeción general enarbolada por el particularismo, tiene un importante argumento en contra de su factibilidad, lo que deja librado el camino para tratar las MdE específicamente inmorales.

Por lo pronto, en lo que a las MdE específicamente inmorales importa, vale destacar que, a diferencia del intento particularista, se asume la posibilidad de atribuir juicios de corrección o incorrección moral a determinadas MdE, dependiendo de lo que cada una enuncie o signifique. En otros términos, habría tanto MdE morales como inmorales. En este apartado, asumo que es importante hacer una división entre: *i*) el punto de vista interno, y; *ii*) el punto de vista externo sobre las MdE específicamente inmorales.

El punto de vista interno (*i*) estará dado por la situación de las partes. Si se acepta, como de hecho lo haré, que toda actuación de un sujeto procesal tiene como causa final la aceptación de sus pretensiones, entonces, para refutar un argumento basado en una MdE moralmente discutible, no necesita comprometerse con ninguna teoría moral, quedando habilitado para apelar, incluso, a la moralidad positiva de una sociedad para sostener su argumentación. Esto se debe, principalmente, a que la argumentación de las partes, por definición, es parcial, con las implicancias que ello conlleva.

En efecto, quien argumente podrá demostrar que la MdE resulta inmoral porque no pertenece a la moralidad positiva de la sociedad, y que es fruto de un prejuicio o etiqueta del juzgador. Empero, nótese que esta estrategia argumentativa, independientemente del contenido del enunciado, es similar a la descrita en *IV.1*), con la salvedad que, lo que allí se pretendía, era la demostración que un respaldo *p* no formaba parte del conocimiento general; mientras que aquí, lo que se intentará probar es que un enunciado *q* no forma parte de la moralidad vigente en una sociedad. Sin embargo, puede haber enunciados generales utilizados como MdE, y que pertenezcan a la experiencia moral vigente en un grupo social. En estos casos, la estrategia anterior no pueda ser efectiva como medio para denostar la argumentación.

Ante estos supuestos, una posible vía para refutar será valerse de una concepción ética normativa, y partiendo de sus postulados teóricos, criticar la MdE como moralmente incorrecta. De esta manera, apelar a razonamientos consecuencialistas, deontológicos o de cualquier otra teoría de moralidad crítica, pueden ser formas viables de sostener una contra argumentación de esta naturaleza. A ello, es menester agregar que, como el universo jurídico es diverso al de la moralidad<sup>9</sup>, lo que significa que el ámbito de la inmoralidad no necesariamente se superpone a lo contrario a derecho, para vehiculizar eficazmente este tipo de críticas, se deberá tener la suficiente habilidad para traducir las réplicas morales a réplicas jurídicas relevantes. En ese contexto, la utilización de principios constitucionales que, en su mayoría, codifican principios morales, especialmente a partir del neoconstitucionalismo, pueden ser andariveles potencialmente aptos para ejercer satisfactoriamente la contra argumentación.

Ahora bien, el punto de vista externo (*ii*) puede ser equiparado al de un observador imparcial. Este observador debe emitir juicios morales sin la parcialidad que le es propia a las partes. Y esto es así porque hay MdE que pueden ser inmorales y otras, como referí, que satisfagan criterios de moralidad. Es que las MdE, en tanto que son juicios generales que vinculan conjunto de entidades, implican formas de dividir y seccionar la realidad. Así, la MdE<sub>14</sub> “si el testigo es acreedor de una de las partes, entonces su rendimiento probatorio es bajo” divide el universo de los testigos que no son acreedores del que sí lo son; la MdE<sub>15</sub> “si la

---

<sup>9</sup> Por razones obvias no ingresaré al problema de la relación entre derecho y moral, que ha dividido las aguas del pensamiento jurídico desde sus orígenes hasta la actualidad. No obstante las posibles respuestas al inveterado problema acerca de si hay relación entre estos órdenes normativos, asumo que para la concepción moderna del derecho, aun concediendo que haya alguna conexión entre derecho y moral, ambos fenómenos son diferentes y no pueden confundirse. Admitida esta diferencia, cobra relevancia lo apuntado sobre el sendero jurídico apto para lograr el contralor de MdE con connotaciones inmorales.

transferencia de bienes es entre parientes, a título gratuito y luego de que el enajenante contrajera importantes deudas, entonces es probable que dicha transferencia haya sido realizada para defraudar a los acreedores” divide el conjunto de las transferencias de bienes realizadas entre parientes, gratuitamente y con un enajenante deudor, del conjunto de transferencias que carecen de dicha propiedad, etc. Ahora bien, algunas veces esas divisiones son moralmente aceptables y otras veces, por el contrario, pueden ser moralmente inaceptables. Ninguna de las dos MdE anteriormente descritas, parecen ser arbitrariamente inmorales en su división. Pero esto no siempre tiene que ser así. Y allí es donde puede entreverse la relevancia de este punto de vista (ii).

Para ilustrar esto último, puede ser de ayuda retomar, nuevamente, el caso de la imputación de  $x$  como feticida de  $y$ . Modificando ligeramente el caso imaginario, ahora  $x$  e  $y$  residen en el interior de la provincia de Córdoba. Supongamos, que en ese contexto se argumentara “ $x$  fue imputado de haber cometido el feticidio de  $y$ . El hecho fue ejecutado en el interior de la Provincia de Córdoba, ya que el cuerpo fue hallado en su domicilio y la autopsia demuestra que murió en dicho lugar. Las estadísticas prueban que, durante el 2018, el 78% de los feticidios se cometieron en el interior provincial. Tomando en cuenta este dato estadístico, se robustece la autoría endilgada a  $x$ . En otras palabras, el hecho de que los feticidios sean más frecuentemente cometidos por residentes del interior provincial no significa que  $x$  sea el autor, pero incrementa la posibilidad de su culpabilidad”. En algún sentido, me parece plausible que dicha argumentación descansa en una MdE<sub>16</sub> que podría ser formulada “si alguien es del interior provincial, entonces tiene más posibilidades –en cualquier sentido- de ser feticida”. Es evidente que la apoyatura argumentativa sobre estadísticas, en este caso, es verdadera y satisface el filtro epistémico. A pesar de su veracidad, estimo que nuestra intuición indica que, tanto el argumento, como la MdE<sub>16</sub>, resultan inmorales por sostener una división injusta.

Ahora bien, si la MdE<sub>16</sub> relativa al imputado del interior cordobés nos pone en alerta sobre su corrección moral y la MdE<sub>14</sub> del testigo acreedor no produce el mismo efecto, es imperioso responder porqué una división se encuentra justificada, y la otra no. Este problema, aquí solamente puede ser insinuado, pero no impide que se brinde una respuesta tentativa, entre las varias que pueden encontrarse en las teorías morales.

Una manera de justificar porque la división que realiza MdE<sub>16</sub> sobre los feticidios en el interior es distinta a la MdE<sub>14</sub> de los testigos acreedores, es apelando a los diversos efectos que conllevan. Ello por cuanto, los efectos negativos que una y otra MdE producen no parecen ser simétricos o iguales, desde el momento en que el impacto de MdE<sub>16</sub> es potencialmente más perjudicial a los residentes del interior que la MdE<sub>14</sub> de testigos acreedores sobre dichos órganos de prueba. Si MdE<sub>16</sub> es utilizada por los jueces como integrantes de la argumentación sobre los hechos para acreditar responsabilidades penales de personas residentes en el interior de Córdoba, provocaría una desventaja de estos ciudadanos en la dialéctica judicial.

Algo semejante no parece advertirse en el caso de MdE<sub>14</sub>. La consolidación extendida de un enunciado y otro implican resultados diversos. Estos efectos pueden explicarse, principalmente, porque el grado de perjuicio de sendas MdE es diametralmente distinto. En el caso de los residentes en el interior provincial, la aplicación de la MdE<sub>16</sub> pretende siempre contribuir a la imposición de una pena; mientras que la MdE<sub>14</sub> no puede aplicarse siempre a los residentes del interior provincial acusados de femicidio o siempre al polo pasivo de la relación jurídica procesal (incluso puede ser utilizada como argumento de descargo<sup>10</sup>). Es posible que esta argumentación implique comprometerse con una moral consecuencialista, pero también es útil recordar que incluso Rawls, quien no era precisamente un utilitarista, admitía que todas las doctrinas éticas dignas de atención debían tomar en cuenta las consecuencias. Si así no lo hicieran, serían irracionales (Rawls 2011: p.41). Con ello, tampoco procuro sostener que tipo de razonamiento moral debe regir la actividad jurisdiccional o cual es el rol del utilitarismo en el mismo. Solo pretendo mostrar que el papel de la argumentación moral no es desdeñable como forma de enervar argumentos basados en MdE.

Otra cuestión que reviste complejidad es determinar el momento en que se produce el análisis moral de una MdE. De acuerdo a (Ferrer Beltrán 2007: p.41-49) la actividad probatoria tiene tres momentos: *i*) la conformación del conjunto de elementos de juicio o pruebas; *ii*) la valoración de los elementos de juicio o pruebas; *iii*) y la adopción de la decisión sobre los hechos probados.

Para comenzar a separar la paja del trigo, la adopción de la decisión *-iii-* no parece ser un candidato idóneo para en análisis de la moralidad de una MdE. Esto responde a que, conforme el alcance que (Ferrer Beltrán 2007: p. 47) otorga a este estadio, aquí se decide si una hipótesis *h* puede o no declararse probada con el grado de confirmación de que se disponga. De esta forma, lo que se procura en este momento es un juicio de comparación entre la prueba valorada y determinado estándar. En ese tipo de juicio, el análisis moral de una MdE no reviste ningún papel.

Esto reduce el problema del análisis a dos candidatos, es decir, al momento de valoración *-ii-*, o al de admisión *-i-* de los elementos de prueba o evidencias.

De acuerdo al propio (Ferrer Beltrán 2007: p.46-47), el momento de la valoración *-ii-* se caracteriza por reinar, sin competencia, el valor de la verdad, lo que significa que, por definición, es un dominio epistémico que procura determinar el apoyo empírico de una hipótesis. Esto implica que los juicios que aquí se formulan serían descriptivos (el elemento *p* es una razón para admitir la hipótesis *h*), lo que negaría toda posibilidad a la expresión de juicios normativos (*p* no debe ser tenido en cuenta como razón a favor de la hipótesis *h*), como son los juicios morales.

---

<sup>10</sup> En el caso de que un residente del interior provincial fuera acusado de femicidio y el testigo de cargo fuera acreedor del imputado, MdE<sub>14</sub> operaría como una razón para desconfiar del testimonio y valorarlo con mayor rigurosidad.

Entonces, el análisis moral de una MdE quedaría –por exclusión- atrapada en la primera etapa –i)- de la actividad probatoria, es decir, la admisión. Además del argumento por decantación, hay otra razón independiente que favorece esta interpretación. En efecto, como apunta (Ferrer Beltrán 2007: p.43), conjuntamente con la verdad, existen otros valores que son relevantes, y que pueden<sup>11</sup> ser promovidos en el marco de un proceso judicial. En ese sentido, si lo que quiere promoverse, por ejemplo, es evitar la desigualdad en el trato y la dignidad de una persona, entonces debe evitarse usar una MdE como MdE<sub>16</sub> (relativa al caso del femicidio) u otras semejantes. Incluso, este itinerario implica un orden aceptable de acciones: identificación o formulación de la MdE, análisis normativo (moral) de la MdE, y solo si se pasa ese filtro, aplicación en el razonamiento probatorio<sup>12</sup>. Esto parecería dejar el camino allanado para sostener la tesis de que, el momento de admisión, implica la posibilidad de someter a las MdE a juicios de corrección moral.

Ahora bien, esta solución no está exenta de problemas. Y es que, si las MdE son juicios que se encuentran en nuestro stock de conocimiento, resulta, cuando menos, forzado aceptar que no se admitan algunas de ellas, como si de una prueba ilícita se tratara. Más bien, la intuición parece indicar que, aunque la MdE en cuestión detente base epistémica, se decide no utilizarla como garantía en una I<sub>E</sub>. De esta forma, el argumentante –por el caso un juez- realizaría un razonamiento práctico:

- 1) Debo promover la igualdad y evitar el trato discriminatorio.
- 2) El medio para 1) es no aplicar MdE<sub>16</sub>.
- 3) No aplico MdE<sub>16</sub>.

De hecho, si a MdE<sub>16</sub> se le atribuye carácter epistémico, todo indicaría que, por una razón conceptual, ya habría sido valorada, cuando menos en su racionalidad epistémica singular, lo que significaría haber superado la etapa de admisión. En consecuencia, no resulta sencillo ubicar el análisis moral de las MdE. Sin perjuicio de dicha complejidad, todo indica que la cuestión moral es de importancia en la argumentación sobre MdE.

#### 4.d.- MdE jurídicamente cuestionables

Por último, en este subgrupo se encontrarán aquellas MdE que no pueden ser admitidas como argumentos sobre los hechos por contradecir alguna norma jurídica. La utilización en contra del imputado de una MdE<sub>17</sub> que sostuviera “si alguien calla algo que se le imputa, entonces probablemente es culpable”

---

<sup>11</sup> Utilizo el término modal “posibilidad” de manera deliberada y descriptiva. Esto obedece a que la protección o promoción de valores constituye una decisión política de la autoridad normativa que dicta normas en una comunidad. Si se toma la indefinibilidad entre operadores modales y deónticos, esto constituye una facultad.

<sup>12</sup> Es inevitable ver un correlato entre este fenómeno y la aplicación de normas. Primero se identifica una norma (paso de la formulación normativa a la norma por medio de la interpretación); se determina la validez jurídica de esa norma (p.e. si satisface *lex superior*), y sólo después, se la aplica. Un ejercicio contrario, devengaría en una actividad poco útil, ya que no tendría sentido aplicar una norma, para luego determinar que no es válida.



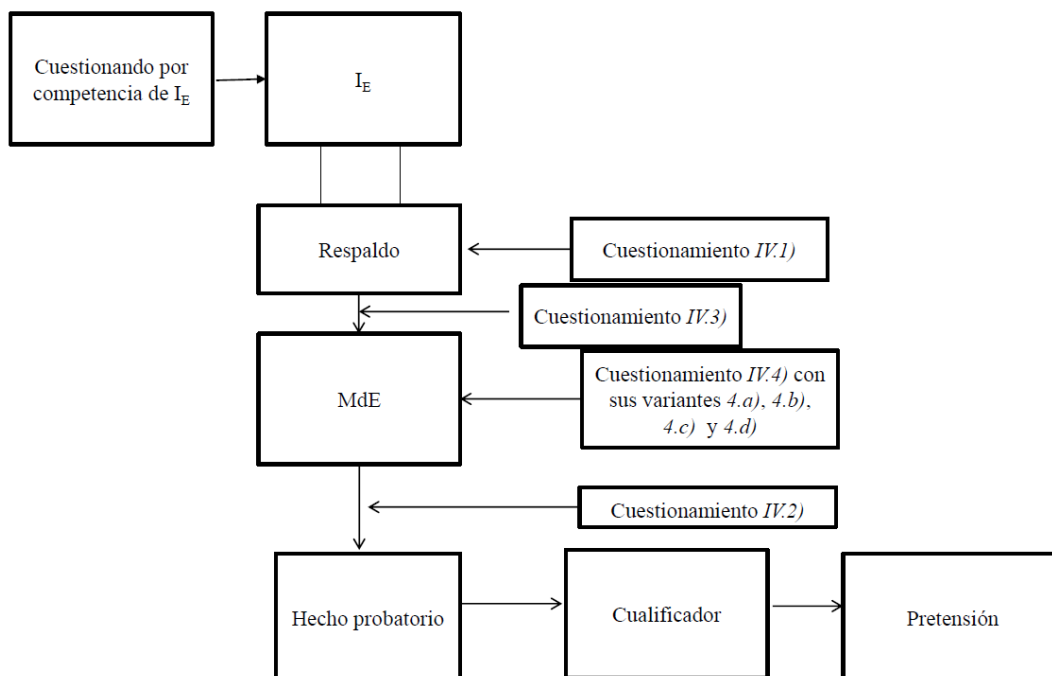
implicaría la descalificación del acto procesal. Igualmente, (Cafferata Nores 2013), al criticar el conocido indicio de mala justificación, señala la estructura de la inferencia en los siguientes términos:

*“Premisa mayor: Un acusado que al declarar opta por afirmar lo que le consta que es falso, o por negar lo que él sabe está comprobado que es cierto, demuestra interés en desconocer la verdad, lo que induce a pensar que esa verdad le es contraria, porque es culpable. Premisa menor: El imputado, al prestar declaración, mendazmente invocó hechos falsos o negó circunstancias verdaderas para atenuar o eximir su responsabilidad frente a la imputación formulada en su contra. Conclusión El imputado es culpable”* (Cafferata Nores 2013: p.8).

El razonamiento esgrimido por el autor encierra, en rigor, dos posibles tipos de razonamientos: *i)* un epiquerema o, *ii)* un polisilogismo con premisas implícitas. Pero, más allá de esto, es importante resaltar que, en este punto, razones jurídicas operan como fundamentos para desplazar al argumento basado en una MdE. El carácter derrotable de la MdE, en este caso, no deviene de la adición de información o reformulación de la MdE (MdE:  $p \rightarrow q$  vs. MdE+P1:  $p \wedge p_1 \rightarrow \neg q$ ), sino de la existencia de una norma válida que impide aplicar la MdE ( $p \wedge n_1 \rightarrow \neg q$ ). Esto obedece a que, habida cuenta de que el derecho es un fenómeno autoritativo, razones normativas pueden desplazar a razones epistémicas.

#### IV.5.- A modo de retablo

Sintéticamente, el siguiente gráfico ilustra las diferentes posibilidades de argumentaciones.



De esta manera, cada tipo de cuestionamiento abarca a uno de los elementos del esquema argumentativo de la prueba o a las relaciones entre ellos. Estas vías integran las maneras en cómo se pueden objetar MdE.

## V.- Conclusiones

A continuación, como cierre, tres conclusiones de los conceptos e ideas que aquí he analizado.

Las MdE -constituida por enunciados inductivos y formuladas hipotéticamente- cumplen un papel relevante en el razonamiento probatorio, permitiendo elaborar cadenas de argumentos y dar razones acerca de las hipótesis fácticas discutidas en los procesos judiciales. Además, por basarse en el conocimiento común existente en una sociedad, en su gran mayoría, carecen de un proceso de deliberación que las justifique en forma segura. No obstante, habida cuenta su función de garantía para el paso de premisas a conclusiones, son inevitables en el razonamiento acerca de la prueba. Por ello, es importante contar con mecanismos que permitan su control. La actividad argumentativa, por medio de refutaciones, puede contribuir a lograr dicho cometido.

En lo que a su argumentación concierne, es posible deducir críticas a los razonamientos probatorios que hagan uso de MdE, desde dos puntos diferentes: por un lado, en el ámbito de las I<sub>E</sub>, donde las estrategias pueden presentarse a partir de variables (V) y principios (PLC-PC-PAJ) eficaces para reconstruir racionalmente una competencia entre I<sub>E</sub>; y, por otro lado, por medio de refutaciones que tengan a las MdE como principales protagonistas. En este último caso, las críticas pueden ser epistémicas, morales o jurídicas dependiendo del tipo de cuestionamiento o refutación que se haga, así como del elemento, o de la relación entre elementos del esquema de Toulmin que se cuestione. Estas vías son conducentes para controlar argumentos basados en MdE.

Por último, las estrategias descriptas no son exhaustivas, ni excluyentes de otras que puedan desarrollarse. Más bien, pretenden ser un pequeño paso para contribuir al desarrollo de esquemas de razonamiento que favorezcan a la seguridad jurídica en un Estado de Derecho.

## VI.- Bibliografía

Alchourrón C. E. (1993), *Philosophical Foundations of Deontic Logic and the Logic of Defeasible Conditionals*, en Meyer, J. J., y Wieringa, R. J. (eds.), (1993): *Deontic Logic in Computer Science: Normative System Specifications*. New York: Wiley & Son, p. 43-84.

Cafferata Nores, J. I., (1998), *La prueba en el proceso penal*, Buenos Aires, Depalma, 3era. ed. act. y amp.

Cafferata Nores, J. I. (2013), “¿Es constitucionalmente aceptable el indicio de “mala justificación”? (Entre el “vuelo de la golondrina” y el “vuelo del murciélago”)”, publicado en <https://www.acaderc.org.ar/2013/03/13/es-constitucionalmente-aceptable-el-indicio-de-mala-justificacion/>. [accedido el 4/12/2023].

Chiovenda, G. (1925), *Principios de derecho procesal civil*, Madrid, Reus, trad. de Casais y Santolo J., t. II.

De la Rúa F. (1994), *La casación penal*. Buenos Aires, Depalma.

- Ferrer Beltrán J. (2007), *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Marcial Pons.
- González Lagier, D. (1995), *Acción y norma en G. H. von Wrieth*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- González Lagier, D. (2005), *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Lima-Bogotá, Palestra Temis.
- Govier T. (2014), *A practical study of argument*, Australia, Brazil, Japan, Korea, Mexico, Singapore, Spain, UK, USA, Wadsworth, Cengage Learning, 7<sup>th</sup>. ed.
- Hacking I. (2001), *An introduction to probability and inductive logic*, UK, Cambridge University Press.
- Kyburg H., (1983), *Epistemology and inference*, Minneapolis, University of Minnesota.
- Nieva Fenoll J. (2010), *La valoración de la prueba*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Marcial Pons.
- Rawls, J. (2011), *Teoría de la justicia*, México, FCE, 2da. ed., 8va. reimpr., trad. de González M. D.
- Reed C. - Rowe G. (2005), *Translating Toulmin Diagrams: Theory Neutrality in Argument Representation*, publicado en *Argumentation* (2005) 19:267–286, DOI 10.1007/s10503-005-4416-9.
- Papineau, D. (2012), *Philosophical devices*, UK, Oxford University Press.
- Schauer, F. (2003), *Profiles, probabilities and stereotypes*. US, Harvard University Press.
- Stein, F. (2018), *El conocimiento privado del juez*, Santiago de Chile-Bogotá, Temis Elejnik, trad. de De la Oliva Santos A.
- Taruffo M. (2009), *La prueba. Artículos y conferencias*, Metropolitana, Santiago. comp. Vera Álvarez N.
- Taruffo M. (2023), *Contribución al estudio de las máximas de la experiencia*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Pablo, Marcial Pons, trad. de Ibáñez P. A.
- Twining, W. (2006), *Rethinking evidence. Exploratory essays*. Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo, Cambridge University Press, 2<sup>nd</sup>. ed.
- von Wrieth, G. (2001), *A treatise of induction and probability*, Oxon, Routledge.