ACERCA DE LA FUERZA DE LOS ENUNCIADOS PROBATORIOS: EL SALTO CONSTITUTIVO*

Diego Dei Vecchi

Università degli Studi di Genova

RESUMEN. Este ensayo propone una crítica a la tesis pragmática según la cual los enunciados probatorios de las decisiones judiciales del tipo «está probado que *p*» poseen fuerza descriptiva siendo, por tanto, verdaderos o falsos. En primer lugar, se dilucida la noción de fuerza pragmática y se estipula la distinción entre enunciados descriptivos y normativos. Luego, se muestra que en los contextos procedimentales donde el sistema de valoración de la prueba es el conocido como Sana Crítica Racional, los enunciados probatorios, por una parte, expresan un juicio valorativo de quien los profiere y, por la otra, fungen de razones prácticas dirigidas a justificar una acción del mismo emisor, a saber: la aceptación del enunciado fáctico como premisa de la decisión judicial. Estas circunstancias, se sostiene, muestran que enunciados probatorios proferidos en esos contextos poseen fuerza normativa postulándose provisoriamente su carácter constitutivo.

Palabras clave: enunciado probatorio, estándares de prueba, sistemas de valoración, fuerza pragmática.

About the Strength of Proof Statements in Judicial Decision: The Constitutive Leap

ABSTRACT. This essay proposes a criticism to the pragmatic thesis according to which, the proof statements of judicial decision of the kind «it is proven that *p*» have descriptive strength, being, therefore, true or false. First of all, the notion of pragmatic strength is enlightened and the distinction between descriptive statements and normative statements is provided. Then, it is shown that in judicial process contexts where the proof evaluation system is the well-known as principle of «free proof», the proof statements, in one hand express a judgment of value of the one that utters them, and in the other hand, they work as practical reasons aiming to justify an action of the decision-maker by himself, namely: the acceptation of the factual statement as a premise of the judicial decision. This circumstances, it is upheld, demonstrate that proof statements issued in this kind of contexts bear a normative strength, postulating temporarily their constitutive character.

Keywords: proof statement, standards of proof, evaluative systems, pragmatic strength.

---

* Fecha de recepción: 1 de abril de 2014. Fecha de aceptación: 22 de mayo de 2014.

Una versión preliminar de este texto fue discutida en el Dipartimento di studi giuridici Angelo Sraffa, Università Bocconi di Milano en octubre de 2013 y en el Istituto Tarello per la Filosofia del Diritto, Università degli Studi di Genova, en marzo de 2014. Agradezco a los participantes de ambos seminarios por sus intervenciones y sus comentarios. A lo largo del desarrollo de este texto, el trabajo se ha visto favorecido con las lecturas y observaciones de Federico José Arena, Hernán Bouvier, Pedro Caballero, Jordi Ferrer Beltrán, Daniel González Lagier, Riccardo Guastini, Federico Orlando, José Peralta, Cristina Redondo y Rodrigo Sánchez Brígido. A todos ellos agradezco especialmente. Por último, agradezco también a los dos *referees* anónimos que evaluaron este trabajo a los fines de la presente publicación por sus comentarios sobre el texto.

INTRODUCCIÓN

Es un lugar común entre los teóricos del derecho el de reconocer la estrechez explicativa de la imagen silogística de la decisión judicial, al menos en tanto y en cuanto ella quede reducida a lo que hoy se identifica como su *justificación interna*: la inferencia que a partir de una premisa normativa (*i. e.* una norma general y abstracta) y una premisa fáctica (*i. e.* un enunciado expresivo de una proposición) concluye en una norma individual[1]. Esta imagen reductiva, se dice, por su excesiva simplicidad, pierde de vista rasgos significativos del razonamiento de los decisores al desentenderse de todo lo concerniente a la *justificación* (hoy llamada) *externa*: la relativa a cada una de las premisas de aquella inferencia[2].

En lo exclusivamente concerniente a la justificación (externa) de la premisa fáctica (*e. g.* «*p*»), ella consiste en dar razones en favor de la verdad de la proposición que esa premisa expresa: en responder a la *quaestio facti* demostrando que lo que el enunciado asevera ocurrió efectivamente en el mundo[3]. De allí que se sostenga que los enunciados fácticos de la decisión judicial están justificados toda vez que estén *probados*[4]. La conclusión del razonamiento probatorio, de ser éste exitoso, se traduce entonces en un enunciado del tipo «está probado que *p*». Enunciados de este tipo, emitidos por el decisor en la decisión, son los que en adelante se identificarán como «enunciados probatorios».

Ahora bien, qué signifique «estar probado» y cuáles sean las condiciones bajo las cuales pueda considerarse que un (proferimiento de un) enunciado fáctico lo está, han sido cuestiones tradicionalmente discutidas por filósofos, epistemólogos y juristas, con especial énfasis en la última década. Parte de la discusión ha girado en torno a la dilucidación del significado y de la fuerza del enunciado probatorio; así como también en torno a la actitud proposicional que, sobre la base de ese enunciado, es plausible

---

[1] Por todos, ALCHOURRÓN y BULYGIN, 2006 (1971): 212; WRÓBLEWSKI, 1974: 39.

[2] *Cfr.* ATIENZA, 2003: 166, WRÓBLEWSKI, 1974: 39. Sobre los problemas vinculados a la justificación de la premisa normativa, de los que no me ocuparé aquí, *cfr.* GUASTINI, 2011; TARELLO, 1980.

[3] En adelante se omitirá la distinción enunciado/proposición y se hablará de verdad o falsedad del «enunciado descriptivo». Por otra parte, en rigor de verdad, la justificación externa de la premisa fáctica comprende, además del «razonamiento probatorio» recién aludido, también la justificación de la calificación del enunciado fáctico como instancia del supuesto de hecho de la norma general constitutiva de la premisa mayor. A esto se suele referir como «razonamiento calificatorio» o subsuntivo. No me ocuparé aquí de estos problemas sobre los cuales *vid.* FERRUA, 2007; GONZÁLEZ LAGIER, 2005; GONZÁLEZ LAGIER, 2007; WRÓBLEWSKI, 1967: 18.

[4] Por defecto, en este trabajo se entiende por «prueba» el *resultado* de la actividad probatoria en su totalidad (*cfr.* UBERTIS, 1979: 105-106). Sobre la polisemia de «prueba» en el contexto jurídico-procesal *vid.* COUTURE, 1958: 215 y ss., GASCÓN ABELLÁN, 1999: 83-97. Por lo demás, podría afirmarse que está justificado *p* sólo si es el caso que *p*, es decir, sólo si *p* es verdadero. De hecho, suele sostenerse que ésta es la condición de justificación de la premisa fáctica en relación a la llamada «decisión norma» (CARACCIOLO, 2005). De modo que siendo falsa la premisa fáctica tal norma no podría considerarse justificada: «No podría hablarse de aplicación de normas a hechos» (CARACCIOLO, 2000). Por el contrario, se dice (y es una adecuada descripción de la práctica) que la «decisión acto» (la acción decisoria del juez) se tiene por justificada si *p* está *probado* aun cuando sea falso. Como es evidente, y como se ha discutido en más de una oportunidad, asumiendo esas diversas condiciones de justificación, se produce la situación paradójica de estar justificadas para el derecho acciones con resultados injustificados toda vez que la premisa fáctica *probada* sea, sin embargo, falsa. Una propuesta de solución a este problema en SÁNCHEZ BRÍGIDO y SELEME, 2002. Dejaré de lado aquí estas cuestiones. Sin embargo, lo que se dirá podría tener cierta repercusión sobre ellas, sobre todo por su aparente armonía con la propuesta aludida.

predicar del decisor respecto al enunciado fáctico (*i. e.* el estado mental predicable del juez respecto a *p* al decir «está probado que *p*»).

El asunto ha sido abordado directamente en estos términos por Jordi FERRER BELTRÁN en un trabajo del año 2001[5], quien ha defendido las siguientes tres tesis:

a) Tesis semántica (TS): el significado del enunciado probatorio ha de explicarse como sinónimo de «hay elementos de juicio suficientes a favor de *p*»[6] o, como precisaría algunos años más tarde, «hay elementos de juicio suficientes en favor de la aceptación de *p* como verdadera»[7].

En alternativa FERRER BELTRÁN analiza y descarta las interpretaciones de «está probado que *p*» como: (a_1) «es verdad que *p*», dado que ello, o identifica prueba y verdad o bien supone que la verdad es condición necesaria de la prueba, opciones ambas con consecuencias inaceptables o indeseables; (a_2) «el juez ha establecido que *p*», con una connotación constitutiva del enunciado probatorio que él rechaza. Sin embargo, en rigor este «significado» de «está probado que *p*» no viene al caso si se están analizando las enunciaciones de ese enunciado *emitidas por el mismo juez en la decisión*. Por lo demás, «está probado que *p*» entendido como «el juez ha establecido que *p*» (dicho naturalmente por un tercero acerca del enunciado emitido por el decisor) parece, en efecto, tener fuerza descriptiva, siendo verdadero si es el caso que el juez ha tenido por probado a *p* en su decisión.

b) Tesis Pragmática (TP): al igual que el enunciado fáctico («*p*»), el enunciado probatorio tiene fuerza descriptiva, expresando por tanto una proposición verdadera o falsa según sea o no el caso de que haya elementos de juicio suficientes en favor de «*p*»[8].

En alternativa se rechazan las tesis según la cuales se trata de enunciados ya con fuerza *constitutiva* ya con fuerza *normativa*. Se volverá sobre esto oportunamente.

c) Tesis de la actitud proposicional (TA): el estado mental del decisor en relación a *p* al afirmar que «está probado que *p*» es la de *aceptación* de la proposición cual si fuera verdadera independientemente de su creencia en *p*.

En alternativa FERRER BELTRÁN rechaza las posturas de quienes sostienen que el decisor: (c_1) *cree* que p, dado que: i) las creencias son involuntarias y sólo los *actos voluntarios* son justificables y que ii) en el marco de la decisión judicial muchas veces se asume que el decisor deba tener por probado un enunciado fáctico aun cuando no crea en su verdad; (c_2) *conoce* que p, dado que el conocimiento presupone la verdad de la proposición creída y esto sería incompatible con la asunción de que muchas veces están justificados (*i. e.* probados) enunciados fácticos falsos[9].

En este trabajo me centraré en la TP, esto es, en lo relativo a la fuerza del enunciado probatorio. Cuestionaré la plausibilidad de concebirlo como enunciado descriptivo, al menos frente a ciertas asunciones generalizadas de los autores que se ocupan del

---

[5] FERRER BELTRÁN, 2001. También buena parte de FERRER BELTRÁN, 2002, se ocupa de este asunto en idénticos términos.

[6] FERRER BELTRÁN, 2001: 84; FERRER BELTRÁN, 2005: 35.

[7] FERRER BELTRÁN, 2007: 19.

[8] Esta misma idea parece tener CARACCIOLO cuando afirma que, considerar que la condición de justificación de la decisión-norma es la satisfacción del procedimiento probatorio (y no la verdad de la proposición tenida como probada) implica «sustituir en la evaluación de las sentencias una clase de proposiciones empíricas por otra», es decir, la proposición empírica *p* por la proposición (también entendida como empírica) «está probado que *p*» (CARACCIOLO, 2000).

[9] *Cfr.* FERRER BELTRÁN, 2001: 86-91.

asunto y, sobre todo, ante ciertas constataciones de la práctica judicial de la que ellos pretenden dar cuenta, *i. e.* la de *aceptar* justificadamente enunciados fácticos como probados.

Intentaré, en primer lugar (1.) aclarar mínimamente y sólo a efectos introductorios la cuestión de la fuerza de los enunciados distinguiendo entre enunciados descriptivos y enunciados normativos. Tanto la terminología cuanto los criterios de esta distinción se estipulan pretendiendo adecuarse a la TP tal como FERRER BELTRÁN la formula así como también a sus presupuestos de base. Dicha tesis será más detalladamente reconstruida al final de ese primer apartado.

Discutiré luego la TP, esto es, la plausibilidad de concebir al enunciado probatorio como descriptivo, sobre la base de dos argumentos conectados entre sí: uno (2.) relativo a la índole de las razones disponibles para la justificación de ese enunciado en los ordenamientos jurídico-procesales actuales y el otro (3.) relativo a la entidad de aquello que mediante el proferimiento del enunciado probatorio pretende justificarse dentro de la decisión judicial en esta clase de ordenamientos. Es decir, uno de los argumentos recurre a la índole de las razones que pueden aducirse en favor del enunciado probatorio, el otro, a la índole de razón que el enunciado probatorio mismo parece configurar.

Por último (4.) ensayaré sobre la base de lo expuesto una reformulación provisional de la tesis pragmática proponiendo concebir a los (proferimientos de) enunciados probatorios como constitutivos.

1. LAS FUNCIONES DEL LENGUAJE Y LA FUERZA DE LOS ENUNCIADOS

Es usual situar en el *signo de aserción* de Gottlob FREGE el factor de inspiración de quienes ulteriormente llevaron a cabo lo que hoy se conoce como «giro pragmático» en la filosofía del lenguaje. Frecuentemente se destaca en esta orientación, acaso como corolario de ese giro, el trabajo de J. L. AUSTIN[10], especialmente por su concepto de *fuerza ilocutoria* a través del cual podría darse respuesta a la pregunta ¿qué *hace* el emisor mediante la enunciación de un determinado enunciado? Es precisamente a esto que Jordi FERRER BELTRÁN hace referencia en vistas a dilucidar la fuerza de los enunciados probatorios: él quiere responder a la pregunta «¿[q]ué ha hecho el juez cuando ha emitido "Está probado que *p*"?»[11].

Para muchos, a diferencia del significado, la fuerza sería una propiedad de las enunciaciones (no de los enunciados), de modo que ella se manifestaría en cada instancia de emisión del enunciado[12]. Sin embargo, desde una concepción del significado como determinado, al menos en alguna medida, por el *uso*, semántica y pragmática no parecen poder correr por carriles totalmente independientes. Un modo de configurar esa relación identifica la *función* de un enunciado con la «fuerza típica» de sus instan-

[10] *Cfr.*, por ejemplo, PENCO, 2010: 161-164.
[11] FERRER BELTRÁN, 2001: 74.
[12] *Cfr.* las caracterizaciones de fuerza y significado de HART, 1966: 136; SCARPELLI, 1967: 467; TARELLO, 1967: 423 y 426-427.

cias (*i. e.* la fuerza identificada en la iteración de enunciaciones), al tiempo que es esa función la que determina, al menos en alguna medida, el significado[13].

Asumiré por hipótesis esta configuración tratando de mostrar que las enunciaciones de enunciados probatorios en determinados contextos sólo pueden tener una determinada fuerza que será, por ello, la función de esos enunciados. Por lo dicho antes, se sostendrá además que esas consideraciones en torno a la TP tienen incidencia también sobre la TS.

Pues bien, a grandes rasgos y en lo que aquí interesa, podría decirse que con el giro pragmático se desplazó del centro de la escena filosófica —o por menos se disputó la exclusividad dentro de ella— a los enunciados calificados por el signo de aserción fregeano: aquellos a veces llamados «indicativos» y que aquí serán identificados acaso algo vagamente como «descriptivos»[14]. En términos generales, se puede estipular que ellos se caracterizan por: *a)* ser (sólo ellos) expresivos de proposiciones con valor de verdad o falsedad; *b)* depender su justificación de la presencia de razones teóricas: pruebas que demuestren que las palabras se adecúan al mundo[15], es decir, que aquello que se afirma y (eventualmente) se cree es verdad[16]; *c)* por tanto, ser típicamente idóneos para el emisor con fuerza asertiva, indicativa, descriptiva, etc., en suma, para expresar que algo *es* el caso, cómo las cosas *son* (*e. g.* de que Brutus mató a César).

Al tiempo que la función descriptiva de los enunciados se mostraba como una más de las posibles funciones (filosóficamente relevantes) del lenguaje, muchos filósofos comenzaron consecuentemente a centrar su atención (a veces con exclusividad) en los rasgos distintivos de los diversos tipos de enunciados, en las diversas acciones lingüísticas que ellos permiten llevar a cabo (*i. e.* las diversas fuerzas), en los métodos para identificarlas, en sus propiedades lógicas, etc.[17]. A los efectos de este trabajo alcanzará con contraponer a los enunciados descriptivos (o indicativos) aquellos otros en ocasiones llamados «imperativos», y que aquí serán tratados acaso demasiado vagamente como «normativos»[18]. Estipularé en lo que sigue su caracterización según: *a)* sean expresivos —en sentido lato— de prescripciones, lo cual, en lo que aquí interesa, puede manifestarse indistintamente a través de imperativos, preceptos o juicios de valor, poniendo este trabajo el foco de atención en estos últimos[19]; pero en cualquier caso, careciendo todos ellos de valor de verdad o falsedad[20]; *b)* depender su justificación

---

[13] Creo pueda comprenderse en esta orientación la siguiente caracterización de la fuerza ilocutoria: *«La forza illocutoria esplicita di un enunciato è, per così dire, la componente pragmatica del significato dell'enunciato: è ciò che indica quale atto illocutorio può essere compiuto, in concrete circostanze, mediante enunciazioni letterali ("literal utterances") dell'enunciato stesso»* (CHIASSONI, 2000: 21). *Vid.* también GIANFORMAGGIO, 1967, y las consideraciones de VON WRIGHT, 2010: 61. Como fuere, en adelante no tendré en cuenta la distinción entre enunciado y enunciación en relación a la fuerza por no ser determinante a los efectos de este trabajo. Creo que aun si la fuerza fuere una propiedad exclusiva de las enunciaciones, las ideas aquí defendidas podrían adaptarse a tal circunstancia.

[14] Sobre la oportunidad de esta terminología, ROSS, 2009 (1968): 7-8, 71.

[15] GASCÓN ABELLÁN, 1999: 216; GONZÁLEZ LAGIER, 2005: 98; REDONDO, 1996: 48.

[16] *Cfr.* RAZ, 2011: 41.

[17] *Vid.,* por ejemplo, los trabajos de AUSTIN, 1975; SEARLE, 1992.

[18] *Vid.* HARE, 1971: 7.

[19] Sobre estas distinciones *vid.* MUFFATO, 2007: 425. Un uso «prescriptivo» en este sentido amplio puede encontrarse en CHIASSONI, 1998.

[20] Esto comporta, claro está, asumir una posición moral no-cognitivista. Creo que hay buenas razones para atribuirle esta misma postura a muchos de los autores que conciben al enunciado probatorio como enun-

de la presencia de razones prácticas, es decir, de aquellas que pretenden e impulsan la adecuación del mundo a las palabras, de razones para la acción; *c)* ser típicamente idóneos para el emisor con fuerza prescriptiva, preceptiva, valorativa, etc., en suma, para expresar que algo ha de ser el caso, cómo las cosas *deben ser* (*e. g.* de que «Brutus debe ser encarcelado» o que «es bueno, justo, deseable, etc., que así sea»).

En los trabajos referidos, como se adelantó, FERRER BELTRÁN defiende la tesis pragmática según la cual los enunciados probatorios expresan «proposiciones descriptivas acerca de la ocurrencia de un determinado hecho», a saber: «La presencia en el proceso de elementos de juicio suficientes a favor de "*p*"»[21]. En consecuencia «este enunciado será verdadero cuando se disponga de elementos de juicio *suficientes* a favor de *p* y falso cuando no se disponga de elementos de juicio a su favor o éstos sean *insuficientes*, todo ello con independencia de la verdad o falsedad de la proposición *p*»[22].

Por lo demás, como se adelantó, FERRER BELTRÁN descarta en su análisis dos tesis alternativas concernientes a la *fuerza* del enunciado probatorio, a saber: b_1) la que lo concibe como *constitutivo* en sentido kelseniano, lo cual rechaza sobre todo por conducir aparentemente a la infalibilidad del juzgador; y b_2) la que lo concibe como enunciado *normativo* sobre la base de ciertas tesis de OPPENHEIM basadas, a grandes rasgos, en el implicar el enunciado probatorio la aplicación de conceptos jurídicos y en el formar parte ese enunciado de un razonamiento (*i. e.* la decisión judicial) con conclusión normativa.

Aunque oportunamente se avanzará sobre el punto, creo sea conveniente adelantar aquí que, aunque ciertamente implausibles, ninguna de esas dos tesis parece una genuina alternativa a la TP. En efecto, tanto la tesis de la constitutividad cuanto la de la normatividad traídas a colación, incluso en la reconstrucción que de cada una de ellas ofrece FERRER BELTRÁN, parecen más bien referentes al enunciado fáctico, no al probatorio[23]. De hecho, buena parte de las críticas dirigidas a KELSEN sobre el particular han apuntado a la noción de constitutividad como relativa a *los hechos*, y no como referente a la prueba[24]. La cuestión no parece diversa en relación a la tesis de OPENHEIM: en efecto, incluso en la reconstrucción de FERRER BELTRÁN, ella estaría dirigida a negar la distinción entre *quaestio iuris* y *quaestio facti*, entre enunciado normativo y enunciado fáctico (no probatorio)[25].

Sea como fuere, asumiendo por hipótesis la TP según la cual el enunciado probatorio tiene fuerza descriptiva, justificarlo implicaría, de conformidad a cuanto se dijo, dar razones teóricas en favor de su verdad, demostrar que es el caso que hay elementos de juicio y que ellos son además suficientes en favor de *p*. En definitiva, se trata es de *probar* que «está probado que *p*».

---

ciado descriptivo. En cualquier caso, la tesis que aquí se defenderá —y en buena medida la distinción descriptivo/prescriptivo— depende de la asunción del no-cognitivismo.

[21] FERRER BELTRÁN, 2001: 79, *vid.* especialmente nota 8.

[22] *Ibid.,* 85. Sobre estas dos «alternativas» de falsedad deberá volverse en el apartado 4 ya que resultan sumamente significativas para lo que aquí pretende mostrarse.

[23] *Cfr.* KELSEN, 2009 (1960): 248-249.

[24] Por todos, BULYGIN, 1995: 20; CARACCIOLO, 2000; CELANO, 1995, e incluso FERRER BELTRÁN, 2001: 76-77, induce a esta interpretación de la tesis kelseniana.

[25] En este sentido también MAZZARESE, 1995.

2. LAS RAZONES DE LA PRUEBA

Es una tesis muy arraigada en la teoría jurídico-procesal, así como también una práctica judicial (al menos discursiva) fácilmente verificable, aquélla según la cual el umbral de *suficiencia* probatoria en favor de un determinado enunciado fáctico depende, y debe depender, del tipo de decisión a adoptar. De este modo, al tiempo que *p* podría estar probado en sede civil, podría no estarlo en sede penal; o podría estarlo si denotase un delito que previese una cierta pena pero no si implicase otra; o si conllevase una restricción cautelar leve a un determinado derecho, mas no si esa restricción fuere de mayor entidad, etc. De este modo, «está probado que *p*», como enunciado descriptivo, sería verdadero en algunos contextos y falso en otros: esto dependerá naturalmente del *estándar de suficiencia* que corresponda aplicar según el caso o clase de casos a decidir[26].

Suele afirmarse que esto es así, y que es deseable que así sea, dado que los riesgos de error de tener por probados enunciados fácticos falsos (*falsos positivos*) o de tener por no probados enunciados fácticos verdaderos (*falsos negativos*), no son tienen la misma entidad en todas las (clases de) decisiones y que, por tanto, no deben ser tratados del mismo modo: mientras más moralmente indeseable sea el falso positivo (*e. g.* la condena penal de un inocente) más exigente será (y debe ser) el estándar de prueba, y viceversa. De allí que se afirme hoy bastante pacíficamente que el estándar de prueba es y/o debe ser función de un *juicio moral* que distribuye el riesgo de error de acuerdo a los valores en juego. Se asume además que el derecho no se conforma con aceptar la hipótesis mejor probada (o al menos no en todos los casos), debiendo satisfacerse aquello que Juan Carlos BAYÓN algún tiempo atrás llamó «sensibilidad más que mínima» respecto a la distribución del riesgo de error[27].

Parece entonces claro que «la verdad» de «está probado que *p*» dependerá en todos los casos del estándar de prueba aplicable: el enunciado será verdadero toda vez que se encuentren satisfechas las exigencias del estándar que corresponda aplicar según el tipo de decisión adoptar. Y parece claro también que un estándar de prueba es una *norma* producto de la consideración o serie de consideraciones morales según las cuales es justo, en el contexto de decisión de que se trate, ese criterio de suficiencia, esa distribución de riesgo de error[28].

Esto podría ser ya una tentación para afirmar sin más que el enunciado probatorio es (al menos en algún sentido) normativo y no descriptivo: por ser resultado de

---

[26] Por todos, FERRER BELTRÁN, 2007: 83; FERRER BELTRÁN, 2012: 145-146. Si bien recientemente se dijo que la cultura jurídica «continental» no está familiarizada con la idea de «estándar de prueba» alegándose que «lo más similar a los estándares de prueba serían bien las reglas de valoración de la prueba [...], bien las construcciones jurisprudenciales» (LLUCH, 2012: 200), creo que ello es engañoso por dos razones. Primero, porque independientemente del nombre que se le dé, un criterio de suficiencia probatoria es indispensable *cualquiera sea el sistema de valoración de la prueba* (sistema que, por lo demás, es también indispensable como se verá en el apdo. 2.1). Segundo, y trivialmente, porque hace ya muchos años que la terminología ha comenzado a usarse en legislación, jurisprudencia y doctrina «continental»; no sólo en términos generales (*i. e.* «estándar de prueba») sino también en términos particulares (*e. g.* estándar del «más allá de toda duda razonable», etc.).

[27] Esto es, el estándar no puede limitarse a repartir el riesgo de error por igual entre las partes involucradas, sin requerir que esa confirmación supere un determinado umbral (BAYÓN MOHINO, 2009: 23-24).

[28] Podría decirse que «está probado que *p*» está justificado toda vez que sea *verdad* «está probado que está probado que *p*» pero este recurso llevaría, claro está, a una regresión al infinito.

la aplicación de una norma. Sin embargo, no es esto lo que aquí quiere defenderse. Sobre todo porque implicaría banalmente concebir como *normativo*, y por tanto ni verdadero ni falso, a todo enunciado resultante de la aplicación, por ejemplo, de ciertas normas definitorias o constitutivas, tales como «Luca es mayor de edad», «Ana y Pedro están casados» o «Stanley es un ciudadano americano», todos los cuales parecen poder afirmarse intuitivamente como verdaderos o falsos[29].

Si bien esto es discutible, concederé a los efectos de este trabajo que en estos casos puede hablarse con sentido de enunciados descriptivos, aun cuando su verdad o falsedad dependa de la aplicación de normas que determinan las condiciones ante las cuales se adquiere la mayoría de edad, se adquiere un cierto estado civil, se obtiene la ciudadanía de tal o cual estado, etc.[30]. Y aunque más dudoso aún, concederé también a estos efectos que puedan considerarse genuinamente descriptivos los enunciados resultantes de la aplicación de predicados *prima facie* valorativos cuyas condiciones de aplicación estén determinadas previamente: por ejemplo, si hubiere una norma jurídica que determinase que las condiciones fácticas *p*, *q* y *r* cuentan como «deshonestidad», «daño injusto», «buen padre de familia» o, ¿por qué no?, «prueba suficiente». Por tanto, allí donde alguien emitiese una enunciación según la cual «*a* es una acción deshonesta», «*d* es un daño injusto», «*f* es un buen padre de familia» o «hay prueba suficiente en favor de *p*», sobre la base de la conjunción formada por la norma y las condiciones fácticas, pues podría decirse que emitió un enunciado descriptivo, neutral[31].

Hechas estas concesiones, corresponde entonces preguntarse, sobre la base de los estándares de suficiencia jurídicos en concreto, en qué sentido puede concebirse al enunciado probatorio como enunciado descriptivo. Esto exige algunas precisiones previas.

2.1. Sistemas de valoración de la prueba y justificación de «está probado que *p*»

La cuestión de la justificación del enunciado probatorio remite insoslayablemente a aquello que la tradición procesalista, principalmente la «continental», suele tratar bajo el acápite de «sistemas de valoración de la prueba», esto es, los métodos a través de los cuales asignar peso probatorio (en el contexto de decisión correspondiente) a cada elemento de juicio y, sobre todo, al conjunto de los elementos con que se cuenta para determinar, en última instancia, si está o no probado que *p*. Esta determinación supone ciertamente un estándar de suficiencia, pero la identidad e idoneidad de este último parecen insoslayablemente enlazadas al sistema de valoración en relación al cual se aplique.

---

[29] Aun cuando «no empíricos» o «no puramente empíricos» (BULYGIN, 1995: 31).

[30] Ésta es además la idea que parece tener en mente FERRER BELTRÁN cuando rechaza la postura de OPPENHEIM. Él dice, en efecto, que «la pertenencia de una definición a un sistema normativo no implica que ésta tenga fuerza normativa». Si bien creo que *la definición* sí es normativa en un sentido relevante, se concede que el enunciado producto de su aplicación pueda tenerse como descriptivo y pueda por tanto decirse que son «objeto de verdad o falsedad enunciados como: "Este billete es de cinco mil pesetas"» (FERRER BELTRÁN, 2001: 79).

[31] *Vid.* NAVARRO, 2008. A esto llamaban ALCHOURRÓN y BULYGIN «uso secundario de los términos valorativos» (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1991: 315-316).

Esta interdependencia entre estándar y sistema de valoración se da porque, por un lado, si bien el sistema de valoración determina qué es lo que cuenta para la decisión, y cómo ello ha de medirse, nada dice en relación a qué medida de aquello que cuenta es suficiente para la adopción de una tal decisión; para esto, se requiere de un estándar de prueba. Pero por el otro lado, la efectiva operatividad del sistema de valoración de la prueba depende de que el estándar de suficiencia se formule en términos de correspondencia con él, esto es, de que determine la decisión probatoria sobre la base de lo que el sistema de valoración establece como determinante.

En cualquier caso, antes de presentar a los sistemas de valoración que la cultura jurídica suele contemplar como alternativas, parecen oportunas dos aclaraciones adicionales. En primer lugar, todo sistema de valoración es «legal» en el sentido (débil) de ser el sistema de valoración establecido por el ordenamiento jurídico-procesal. En segundo lugar, se entiende aquí solamente por sistema de valoración al método de asignación de peso probatorio al «conjunto de elementos de juicio» (o a cada elemento de juicio dentro del conjunto) ya conformado. Esto deja fuera de la órbita de tratamiento del presente trabajo a las reglas que rigen el momento de la «conformación del conjunto de elementos de juicio» y sus «filtros»[32].

Pues bien, los autores suelen reducir los sistemas de valoración de la prueba jurídicos a una tricotomía:

a) El sistema de *prueba legal* (en sentido fuerte): donde es el legislador a través del establecimiento de reglas rígidas quien determina cuánto peso tiene cada elemento de juicio así como también cuándo un conjunto de elementos de juicio es suficiente para tener por probado al enunciado fáctico. En otras palabras, el legislador establece las condiciones fácticas concretas ante las cuales «está probado que *p*». Este sistema tiene la virtud de adaptarse fácilmente al establecimiento de diversos estándares para diversos (tipos de) decisiones. Sin embargo, suele decirse, tiene el defecto de ser demasiado rígido cuando no arbitrario[33] y, en todo caso, ha perdido terreno en la mayoría de los sistemas procesales, si no en todos[34]. Cabe en cualquier caso llevar a cabo una distinción entre dos posibilidades de sistemas de prueba legal (en sentido fuerte):

a.1) Un sistema que podríamos denominar *taxativo*, clásico, en el que ordinariamente se piensa cuando se habla de «prueba legal», donde el legislador fija exactamente qué medios probatorios prueban qué enunciados fácticos, careciendo el juez de toda injerencia en el razonamiento probatorio[35].

---

[32] La terminología es de FERRER BELTRÁN, 2007: 42 y ss. Sobre la conformación o construcción del conjunto de pruebas, ANGELETTI, 2012; DANIELE, 2009.

[33] La arbitrariedad radicaría en la imposibilidad de contemplar otras circunstancias con relevancia epistémica más allá de las que el legislador haya establecido *a priori* como relevantes. Por lo demás, el rechazo se debe a la identificación de este método de valoración de prueba con el sistema de enjuiciamiento inquisitivo (por todos, FERRAJOLI, 2005: 136; MAIER, 2004).

[34] Ciertamente, persisten en los diversos ordenamientos procesales, en general a modo de excepción al sistema de valoración que rige por defecto, ciertas reglas de prueba legal. En especial, algunas presunciones legales (*e. g.* la presunción *iuris et de iure* de ausencia de consentimiento en los casos de relaciones sexuales mantenidas con menores de cierta edad, etc.). Algunos otros ejemplos, en especial relativos a la legislación italiana, en DANIELE, 2009: Cap. IV.

[35] Por ejemplo: «La confesión del imputado es suficiente para tener por verdadero al hecho que se le atribuye»; «el testimonio de dos testigos (con tales y tales características) acredita el hecho», etcétera.

a.2) Un sistema que podríamos denominar *estandarizado*, donde el legislador no dice qué medios de prueba acreditan qué enunciados fácticos, sino que deja librado el razonamiento probatorio al juez de acuerdo a la epistemología general (de modo tal que este sistema es, como se verá, una combinación entre el legal y la sana crítica racional), pero estableciendo diversos estándares de suficiencia para diversas (clases de) decisiones, estándares formulados en términos epistémicos[36].

b) El sistema de la *íntima convicción*: donde son los estados subjetivos de convicción del decisor los que determinan el peso de los elementos de juicio para tener por probado un enunciado fáctico. Así, un estándar de prueba acorde a este sistema podría determinar que si el decisor se siente, por ejemplo, «convencido» o «bastante seguro» entonces «está probado que *p*». Por cierto, el estado de convicción relevante puede ser determinado por el legislador, disponiéndose que para tal o cual (tipo de) decisión ha de alcanzarse tal o cual estado de convicción (*e. g.* certeza, probabilidad subjetiva, duda, etc.). De este modo, se adecua también a la pretendida necesidad de fijar diversos estándares (*i. e.* diversos estados subjetivos de convicción) según la valoración acerca de la distribución del riesgo de error.

Sin embargo, uno de los problemas que suele enfatizarse en relación a este sistema de valoración es que la ausencia del estado subjetivo relevante implica ausencia de prueba y, precisamente, una de las circunstancias de las que los teóricos quieren dar cuenta es de aquella en que el decisor *debe* tener por probado al enunciado fáctico a pesar de no estar convencido, de no creer en la verdad del enunciado, o incluso estando convencido de, o creyendo en, su falsedad. Por lo demás, este sistema suele concebirse (y presentarse en la práctica) como deslindado de la necesidad de dar razones epistémicas en favor del enunciado fáctico de que se trate, sin importar con qué y con cuántos elementos de juicio se cuente[37]. Ello, se afirma, lo torna un sistema eminentemente subjetivo e irracional, lo que ha llevado a su rechazo por parte de los teóricos y, al igual que el sistema precedente, a perder terreno en los diversos ordenamientos jurídico-procesales[38].

c) El sistema de la *libre convicción* también conocido como sana crítica racional (SCR): donde no hay reglas jurídicas que determinen la valoración de la prueba ni es-

---

[36] Jordi Ferrer Beltrán, a quien agradezco la sugerencia de esta distinción, se manifestaba a favor de sistemas de valoración de este tipo, con una visión particularmente optimista acerca de la posibilidad de formular estándares objetivos en términos meramente epistémicos. Esta orientación se deja ver sobre todo en Ferrer Beltrán, 2013. La posibilidad de llevar a cabo tales formulaciones en términos objetivos es una cuestión de central importancia. Si bien no se discutirá directamente sobre ello en este trabajo, quedarán expuestas algunas de las dificultades a que esas pretensiones se enfrentan. Por lo demás, como se verá más adelante, la diferencia entre este tipo de sistemas y los de sana crítica racional se reduciría, estando así las cosas, a la presencia de uno o varios estándares *objetivos* establecidos por el legislador.

[37] Ésta sería una manifestación de lo que algunos consideran una confusión de la «prueba como persuasión» con la «prueba como conocimiento» (*cfr.* Gascón Abellán, 2003: 45; Taruffo, 2003: 32; Taruffo, 2010: 31).

[38] El sistema es «irracional» en el sentido de *prescindir* de razones. Sin embargo, el que sus resultados (*i. e.* los estados de convicción que determinan el «estar probado») sean irracionales es una cuestión empírica y, por ello, contingente y no necesaria. En efecto, de la prescindencia de razones no se sigue que el estado de convicción sea necesariamente irracional. Aunque las razones sean irrelevantes, pudiéndose dar el caso de convicción irracional y aun así «estando probado que *p*», también podría ciertamente darse el caso de convicción o creencia *motivada* por razones epistémicamente aceptables (sobre la idea de «razón motivacional», *cfr.* Raz, 2011: 98).

tados subjetivos a que quede enlazada la suficiencia probatoria[39]. Más precisamente, la única regla jurídica relevante es aquella que determina que la valoración de la prueba ha de justificarse de acuerdo a las reglas de la SCR, es decir, las de la epistemología en general, «las reglas del correcto entendimiento humano»[40]; brevemente: las de la lógica (entre ellas el principio de razón suficiente) y la experiencia común[41]. Éste es el sistema adoptado por la mayor parte de (quizás todos) los ordenamientos procesales vigentes y, en todo caso, en este sistema, tal como aquí se lo ha caracterizado, me centraré en lo que sigue[42].

Llevado al marco de la decisión judicial, este último sistema permitiría eliminar el factor de subjetivismo incontrolable del sistema precedente, la rigidez del sistema de la prueba legal (clásico) y, especialmente, la eventual arbitrariedad de ambos. En otras palabras, independientemente de los estados subjetivos del decisor y de las reglas del legislador, siempre sería necesario someter a p a deliberación racional-epistémica. En este sentido, a diferencia de lo que sucede en la *íntima convicción*, el decisor podría creer que p y, sin embargo, p no estar probado por carecer su creencia de justificación epistémica. A la inversa, podría no creer que p (o creer que $\neg p$) y haber, sin embargo, prueba suficiente desde el punto de vista epistémico para la creencia en p.

En esta orientación, de conformidad con la tesis de la actitud proposicional (TA), se ha sostenido que es incluso conveniente prescindir de los estados subjetivos del juzgador explicándose más adecuadamente la justificación de los enunciados fácticos (al menos en algunos contextos) recurriendo a la noción de *aceptación* de ellos cual si fueren verdaderos[43]. La aceptación, por su parte, de conformidad con la tesis pragmática (TP), estaría justificada toda vez que fuera «verdad» que «hay elementos de juicio suficientes en favor de p». Esto no quiere decir que los estados subjetivos de convicción sean necesariamente irrelevantes, dado que la SCR podría conjugarse con la exigencia de que el decisor alcance tal o cual estado convictivo. La particularidad es que la premisa fáctica sobre la que recae el estado subjetivo de convicción eventual-

---

[39] *«"Free proof" means an absence of formal rules that interfere with free enquiry and natural or commonsense reasoning»* (TWINING, 1990: 195). De allí que se lo defina como «criterio metodológico negativo» (GASCÓN ABELLÁN, 2004: 158). Con esta caracterización pretendo comprender tanto los sistemas de *common law* como a los continentales que adopten a la SCR tal como aquí se la concibe. No es óbice para ello el que en el *common law* los jueces impartan ciertas indicaciones a los jurados que han de decidir, indicaciones que suelen ser precisamente acerca de las reglas epistemología general y de los estándares de suficiencia aplicables según el contexto (*e. g.* «use el sentido común»; «Ud. no tiene obligación de creer en todas las pruebas pero trate de darles un sentido», etc. *Cfr.* ALLEN, 2013: 56).

[40] COUTURE, 1958: 270.

[41] Entre los procesalistas suele agregarse a las «reglas de la psicología», pero no tengo del todo claro qué reglas epistemológicas aceptables use la psicología para fundar sus aserciones que no sean las de la lógica y la experiencia. Si las hubiere cabría preguntarse en qué sentido son aceptables, pero en cualquier caso esto puede dejarse de lado aquí.

[42] Prescindiré de la exigencia de motivación explícita de las razones que sustentan al razonamiento probatorio como propiedad definitoria del sistema de valoración racional (*cfr.* MAIER, 2004: 871). Ello sobre todo porque estas exigencias no suelen darse en los sistemas de *common law* cuyos límites pretenden alcanzarse con este análisis.

[43] De hecho, como antes se dijo, se ha sostenido incluso que es imperioso entender que la actitud proposicional del decisor frente al enunciado fáctico es la de *aceptación*: dado que la creencia (y también a certeza, etc.) serían estados involuntarios y por tanto injustificables; pudiendo sólo justificarse acciones voluntarias (FERRER BELTRÁN, 2001: 88).

mente estipulado como condición coadyuvante, será *aceptable* si, y sólo si, «es verdad» que *hay pruebas suficientes* en relación a ella.

Veamos entonces en qué sentido puede decirse que «es verdad» que haya pruebas suficientes a favor de un enunciado fáctico, *i. e.* que «esté probado que *p*», en el marco de cada sistema de valoración y de sus posibles estándares de prueba. Ello, claro está, a los fines de dilucidar si es efectivamente plausible afirmar que el enunciado probatorio (o mejor, la enunciación de «está probado que *p*» en cada sistema) tiene fuerza descriptiva.

2.2. Sistemas de valoración de la prueba y fuerza de «está probado que *p*»

Parece en principio sencillo decir en qué consiste el hecho de haber Brutus matado a César (e inclusive de haber Brutus «cometido homicidio») y, por tanto, imaginar qué tiene que suceder o haber sucedido en el mundo para que ello sea verdad. Pero ¿qué tiene que suceder o haber sucedido en el mundo para que sea verdad que «hay pruebas suficientes en favor de que Brutus mató a César»?

Si el sistema de valoración de la prueba fuese el legal (en sentido fuerte), taxativo o estandarizado, pareciera plausible concebir a la regla o al conjunto de reglas que determinan el criterio de suficiencia como reglas constitutivas. En este sentido, en todos los casos en que se diesen los presupuestos normativamente previstos entonces se *constituiría* el hecho de estar probado que *p*[44]. Lo mismo podría decirse, quizás con algunas reservas, si el sistema jurídicamente aplicable fuera el de la *íntima convicción*. Frente a él, en todos los casos en que se diese el estado de convicción legalmente relevante (*e. g.* la certeza, la convicción plena, etc.) se *constituiría* (por medio de la regla que determina que dado ese estado convictivo *hay prueba suficiente*) el hecho de estar probado que *p*[45]. En ambos casos afirmar que «está probado que *p*» tendría fuerza descriptiva: sería un enunciado descriptivo de un hecho (institucional, por cierto)[46], y sería verdadero toda vez que se hayan dado las circunstancias legalmente relevantes para su constitución y falso cuando ello no haya acontecido[47].

---

[44] Esta idea está presente en CELANO, 1995: 145.

[45] Sin embargo, más allá de la posibilidad de pensar en estos términos acerca de los estados subjetivos de convicción, lo cierto es que determinar qué implica cada uno de ellos es algo sumamente dificultoso. Piénsese solamente en los términos *certeza*, *duda*, *estar seguro*, *probabilidad* (entendida aquí, claro está, como estado subjetivo), etc. Esto se complica todavía más dadas las dificultades de comprobación de haberse efectivamente producido el estado convictivo, asumiendo por hipótesis que el mismo estuviese más o menos definido. Esto conduce al problema de la asimetría entre auto-atribución de estados mentales y la atribución y prueba por parte de terceros. La cuestión no puede ser abordada en este trabajo (*cfr.* GONZÁLEZ LAGIER, 2003b; GONZÁLEZ LAGIER, 2004).

[46] SEARLE, 1992: 80-84.

[47] Obsérvese de todos modos que, paradójicamente, FERRER BELTRÁN descarta el caso de los sistemas de prueba legal (en sentido fuerte) como adecuados con la «tesis descriptivista». Él dice: «Creo que únicamente las reglas que establecen supuestos de prueba legal suponen un claro desafío para la concepción descriptivista que se está analizando. En mi opinión, no obstante, una buena forma de concebir esas reglas es la de entenderlas como reglas que establecen ficciones: la ficción de que dado un hecho X, entonces está probado otro hecho Y. Como tales ficciones, ese tipo de reglas sí pueden entenderse como reglas constitutivas» (FERRER BELTRÁN, 2001: 81). Así se las ha concebido aquí, pero precisamente en favor de la concepción descriptivista. «Está probado que *p*» sería una descripción de un hecho *institucional* constituido por la regla del mismo modo que

Sin embargo, las cosas parecen algo diferentes en el sistema de la SCR tal como hoy suele concebírselo y ponérselo en práctica, sobre todo por dos razones. En primer lugar, por tratarse de un sistema de valoración de la prueba impotente para proporcionar por sí mismo uno o varios límites de suficiencia con «sensibilidad más que mínima». Por el otro, y al menos en principio, por estar libre de ligámenes normativo-jurídicos que fijen ese o esos límites o que al menos sirvan de auxilio para fijarlos. Veamos estos puntos con mayor detalle.

2.2.1. La insensible epistemología

Es un lugar común entre filósofos, epistemólogos y juristas el de reconocer que las reglas de la epistemología, en cualquier contexto empleadas, son indefectiblemente falibles, dado que toda proposición apoyada en pruebas es en todo caso falsable[48]. En este sentido, parece haber acuerdo acerca de que las reglas de la epistemología sirven de ayuda para determinar cuándo, independientemente del estado subjetivo del decisor, la *aceptación* de un enunciado fáctico está injustificada por irracional[49]. Pero se reconoce paralelamente que esas reglas son inaptas para proporcionar un criterio cualquiera que permita determinar (no ya *la verdad* de un enunciado fáctico sino) cuándo un conjunto de elementos probatorios resulta *epistémicamente suficiente* para la aceptación de ese enunciado, esto es, cuán probable, aproximado, verosímil, etc., *debe* ser el razonamiento probatorio. En este aspecto, las dificultades son, al menos, de dos tipos: una consiste en la determinación de las unidades de medida del grado probatorio de las hipótesis y la otra, conectada con ella, consiste en la determinación del nivel de suficiencia probatoria sobre la base de esas unidades de medida.

1. La cuestión de las unidades de medida sobre cuya base formular un (cualquier) estándar de suficiencia para la SCR conduce a la discusión en torno a la noción de *probabilidad* que claramente no puede ser abordada aquí. A título meramente ilustrativo basta con mencionar que salvo algunas excepciones, la así llamada *probabilidad pascaliana* no ha desempeñado hasta hoy un papel muy relevante, al menos no en los ordenamientos «continentales», ni como modelo teórico explicativo del razonamiento probatorio en el marco de la decisión judicial, ni como guía de tales razonamientos en la práctica[50]. Esta dificultad parece sorteada entendiendo a la probabilidad como

---

el enunciado «Luca es mayor de edad» [dada la regla jurídica que establece —constituye— la mayoría de edad de las personas (x) cuando cumplen dieciocho años (y)].

[48] *Cfr.* POPPER, 2009 (1969): 399. De allí la insistencia, también entre juristas, acerca de la relación entre enunciado fáctico y prueba como una mera relación de *probabilidad*, *aproximación*, *verosimilitud*, *razonabilidad*, etc. Por todos, COHEN, 1977: 121; FERRAJOLI, 2002: 26-27; GASCÓN ABELLÁN, 1999: 217; GONZÁLEZ LAGIER, 2005: 66; TARUFFO, 2009: 90.

[49] Por ejemplo, por «no haber pruebas», por violación de alguna regla lógica, etcétera.

[50] Las excepciones están constituidas principalmente por dos líneas de pensamiento que han tenido particular repercusión en el ámbito jurídico-filosófico, especialmente en el *common law*; pero casi siempre con pretensiones (a veces explícitamente) normativas, por tanto, inaptas para *dar cuenta* de lo que los jueces efectivamente hacen. Estas dos posiciones son: i) la que interpreta a la probabilidad como *frecuencia relativa* de eventos [probabilidad entendida como *diádica*: *i. e.* la cantidad de A que son B. *Cfr.* REICHENBACH, 1968 (1930): 113] pretendiendo formular al criterio de suficiencia en términos estadísticos [*cfr.* PARDO, 2013: 104, algunas críticas al uso de estadísticas aunque no siempre en relación al estándar de prueba en COHEN, 1977: 74; COHEN, 1998 (1989): 58; FERRER BELTRÁN, 2007: 98; GASCÓN ABELLÁN, 2004: 170; PARDO, 2013: 109-

soporte lógico-inductivo que la prueba brinda a la hipótesis desde una perspectiva *baconiana*[51]: apoyo inductivo (no calculable matemáticamente) en función de la capacidad explicativa de la hipótesis respecto a los datos con que se cuenta y a la variedad de variables o pruebas que ella supera satisfactoriamente[52].

Sin embargo, el método conduce indefectiblemente a una «situación típica» de contraste entre diversas hipótesis *plausibles* comparables entre ellas en función del grado de apoyo inductivo, pero sin ser posible la cuantificación del grado de apoyo de cada una de ellas independientemente[53]. De allí que se haya sostenido que lo máximo que la epistemología ofrece es la «inferencia a la mejor explicación»[54], noción que sería adecuada tanto para describir la práctica judicial (y quizás la epistemología en general) en lo relativo a la aceptación de enunciados fácticos, cuanto para proporcionar ciertos criterios normativos de comparación (y para algunos inclusive de selección) de hipótesis fácticas «probablemente verdaderas»[55].

2. Pero he aquí el segundo y más grave inconveniente: dado que los estándares de prueba sólo podrán determinarse sobre la base del *peso comparativo* de las inferencias, todo lo que la epistemología podrá entonces ofrecer es un criterio de selección de la hipótesis con mayor grado comparativo de confirmación, la preponderante, la *mejor*, sea ella una buena o una mala hipótesis[56]. En estas circunstancias, por lo demás, resultaría todavía plausible afirmar que la suficiencia epistémica constituye el hecho de estar

---

110; POGGI, 2010; TARUFFO, 1992: 197]. ii) La que entiende a la probabilidad como *grado de creencia* [lo cual presupone ya el uso de un «estado convictivo»: «Sensación de seguridad, duda o escepticismo respecto a la verdad de una aserción», *cfr.* DE FINETTI, 1993 (1973): 215] al tiempo que proclaman la aplicación del *teorema de Bayes* al razonamiento judicial sobre hechos (*vid.* en especial los trabajos contenidos en TILLERS, GREEN y MURA, 2003). El nivel de discurso que los defensores del método es casi siempre explícitamente normativo (LINDLEY, 1971: 3-4). Para algunas críticas a estas iniciativas *vid.* BAYÓN MOHINO, 2009: 27; COHEN, 1998 (1989): 80-82; COHEN, 1998 (1989): 19-20; FERRER BELTRÁN, 2007: 118-120; GARBOLINO, 1997: 93-98; PARDO, 2013: 111.

[51] A lo que COHEN, 1977: 121, llamaba *«inductive probability»* y HEMPEL, 2005 (1965): 16, «grado de confirmación».

[52] COHEN, 1977: 225. Las «variables relevantes» son características cuya alteración, también hipotéticamente, se presenta con potencialidad falsatoria de la hipótesis en cuestión [también HEMPEL, 2005 (1965): 17]. Se dice que a mayor complejidad de variables que la hipótesis supera, mayor es su nivel de corroboración. Un primer nivel de complejidad consistiría en alterar una primera variable que presupone una predicción tal que, si la hipótesis es correcta, las cosas serán de tal o cual modo luego de la alteración. En términos generales, el cumplimiento de la predicción aumenta el apoyo inductivo de la hipótesis. Entre los teóricos del derecho, alusiones a esta noción de apoyo inductivo en ASENCIO MELLADO, 1989: 16; BAYÓN MOHINO, 2009: 28-29; FERRAJOLI, 2002: 120; FERRER BELTRÁN, 2007: 123; GONZÁLEZ LAGIER, 2005: 66, 72; TARUFFO, 2009: 90-91; TARUFFO, 2010: 28.

[53] El grado de corroboración «...o de soporte inductivo de las distintas hipótesis en conflicto puede compararse, lo que permite hacer una ordenación de las hipótesis, pero no se puede cuantificar numéricamente la probabilidad de cada una de ellas» (FERRER BELTRÁN, 2007: 122).

[54] *Cfr.* CANALE, 2013: 225; HARMAN, 1965; TUZET, 2006.

[55] PARDO, 2013. En esta dirección parece ir la propuesta de GONZÁLEZ LAGIER al postular diversos criterios de *solidez de la inferencia probatoria* (GONZÁLEZ LAGIER, 2003a) relativos a cada uno de los «estratos» de la estructura argumental que Stephen TOULMIN propusiese en TOULMIN, 1958. Y en buena medida también puede interpretarse de este modo el estándar de prueba que Jordi FERRER BELTRÁN formula como propuesta normativa refiriendo a las capacidades explicativas y predictivas de las hipótesis, su coherencia y la refutación de otras hipótesis plausibles que no sean meramente *ad hoc* (FERRER BELTRÁN, 2007: 147). Pero es precisamente por esto que presenta las limitaciones a que en breve se hará referencia.

[56] Por lo demás, «[n]o tiene sentido criticar una "metodología de contrastación de hipótesis" por no distribuir el riesgo de error de un modo que consideremos apropiado: simplemente, su función no es esa» (BAYÓN MOHINO, 2009: 31).

probado el enunciado fáctico: de modo que «está probado que *p*» sería descriptivo de ese hecho consistente en la mayor bondad explicativa de una hipótesis[57]. Sin embargo, como resulta claro, esto sólo permitiría satisfacer mínimamente el riesgo de error, siendo *aceptable* siempre y solamente la hipótesis epistemológicamente *mejor* probada.

En definitiva, si bien la SCR como sistema de valoración sólo atado a las reglas de la epistemología es, precisamente por esto, compatible con diversos estándares de prueba para diversos tipos de decisión con sensibilidad *más que mínima*, es impotente por sí misma para determinar los umbrales de suficiencia epistémica de cualquiera de ellos. Por tanto, si se pretende satisfacer una «sensibilidad más que mínima al riesgo de error», esa distribución habrá de buscarse en otro sitio.

2.2.2. La insondable axiología

En estas circunstancias, si bien la SCR se caracteriza por estar libre de ligámenes normativo-jurídicos estrictos, ha sido usual buscar los estándares de prueba que distribuyen «más que mínimamente» el riesgo de error en ciertos enunciados jurídicos tales como el conocido «más allá de toda duda razonable» (por aparición en las fuentes del derecho o por conjugación con la presunción de inocencia o el *in dubio pro reo*), el «más probable que no», el «prueba clara y convincente», etc. En definitiva, se buscan criterios tales como los que antes se han identificado con los sistemas de prueba legal (en sentido estricto) estandarizados.

Sin embargo, estas fórmulas, cuando no se tornan del todo redundantes por remitir circularmente a «valoración racional de la prueba», parecen carecer de contenido preciso a los ojos de los intérpretes, siendo compatibles casi con cualquier juicio de valor sobre la distribución del riesgo de error. En efecto, tanto el «más allá de toda duda razonable» cuanto el *in dubio pro reo* parecen basarse en la *valoración* de preferencia de la absolución a un culpable (o diez, cien, mil, etc.) sobre la condena a un inocente (o diez, cien, mil, etc.)[58], todo lo cual, llevado a su mínima expresión, no puede sino significar (circularmente) *preferir la mejor explicación* y, por tanto, satisfacer (sólo) una sensibilidad mínima al riesgo de error.

En vistas a una sensibilidad mayor, la pluralidad de «distribuciones» de riesgo que se le han hecho expresar al «más allá de toda duda razonable» históricamente da cuenta de su indeterminación, lo que ha conducido a sostener que un enunciado tal no expresa estándar de prueba alguno en absoluto[59]. La situación parece ser idéntica

---

[57] Verdadero si satisficiese los criterios epistémicos de «mejor explicación» —sean cuales fueren— y falso si hubiere una explicación que la superase en bondad según esos criterios. No estoy seguro de que la epistemología ofrezca efectivamente criterios objetivos de *mejor explicación*, pero esto no puede ser discutido aquí.

[58] Sobre esta *ratio* y la determinación de su valor *vid.* especialmente LAUDAN y ALLEN, 2010; LAUDAN, 2013: 122-123.

[59] No soluciona el problema el sostener que el «más allá de toda duda razonable» impone la elección de la *única* explicación plausible, dado que, en primer lugar, esa sería *una* de las posibles interpretaciones del enunciado que se pretende expresivo del estándar. Pero en todo caso, y en segundo término, la indeterminación de la «razonabilidad de la duda» se trasladaría entonces en toda su plenitud a la «plausibilidad de la explicación»: ¿cuándo una explicación alternativa deja de ser *plausible*? Larry LAUDAN ha ido criticando con creciente fervor la «razonabilidad» del *beyond a rasonable doubt* en varios sentidos diversos, entre ellos, por ser «absurdo por su subjetividad» (en especial en LAUDAN, 2003: 331. *Vid.* también ALLEN, 2013: 48, y FERRER BELTRÁN, 2013:

en relación a la presunción de inocencia o su derivado *in dubio pro reo*, postulados ambos inexpresivos de un estándar en particular y compatibles con muchos diversos[60]. Del mismo modo, corren el peligro de caer en esta circularidad y/o indeterminación (premonitoriamente) también los estándares cuya implementación proponen autores como FERRER BELTRÁN y LAUDAN[61].

En todos estos casos la ineptitud determinativa del nivel de suficiencia radica en buena medida en la remisión a criterios meramente epistemológicos como «razonabilidad de las dudas», «plausibilidad», «fácilmente explicable», «inexplicable», en suma, «en concordancia con las reglas de la epistemología», *ergo,* ofreciendo la «mejor explicación» y, en consecuencia, sin proporcionar estándar alguno con sensibilidad «más que mínima».

Pues bien, no es algo novedoso que la epistemología sea impotente para proporcionar un estándar de suficiencia no comparativo y más que mínimamente sensible[62]. Lógicamente, el derecho será (y es) igualmente ineficaz si intenta proporcionar un estándar tal remitiendo a criterios meramente epistémicos. Pero si éstas son todas las herramientas con que los jueces cuentan (y a las que están vinculados) pues entonces el juicio axiológico de suficiencia de la prueba epistémicamente relevante para la aceptación de la premisa fáctica no podrá ser más que un juicio propio del decisor[63]. En estas circunstancias, una más adecuada explicación del significado de «está probado que *p*» proferido por un juez cualquiera, ha de mostrarlo más bien como sinónimo de «hay pruebas epistémicamente relevantes y axiológicamente suficientes para aceptar que *p*».

El predicado *probado*, así entendido, parece corresponderse con aquellos que Bernard WILLIAMS denominó «conceptos éticos *thick*» que «parecen expresar una unión entre hecho y valor», en este caso, entre la presencia de pruebas epistémicamente relevantes y la valoración moral de su *suficiencia*[64]. Y a menos que se asuma que puede

---

35). Buena parte de la crítica de LAUDAN, sin embargo, se dirige a la asunción valorativa de *ser peor* la condena a un inocente que la absolución de un culpable (*cfr.* ALLEN y LAUDAN, 2008; LAUDAN, 2003; LAUDAN, 2005; LAUDAN y ALLEN, 2010; LAUDAN, 2011b; LAUDAN, 2013). En Italia —donde el *«oltre ogni ragionevole dubibo»* está previsto en el art. 533 apdo. 1 c.p.p.— se ha hecho patente también lo indeterminado del «estándar», que al menos en alguna interpretación termina por ser circular con respecto a la *«ragionevolezza»* exigida en la valoración de la prueba (*cfr.* DANIELE, 2009: 167-175).

[60] *Cfr.* FERRER BELTRÁN, 2010. *Vid.* también LAUDAN, 2005; PAULESU, 2009: 30-50. En relación a los otros «estándares» y su indeterminación, por todos BAYÓN MOHINO, 2009; LLUCH, 2012.

[61] *Cfr.* FERRER BELTRÁN, 2013: 36, LAUDAN, 2011a: 7-8. Dirige varias críticas a los estándares de ambos autores ALLEN, 2013: 50-56.

[62] *«Allocation of the risk of error is a moral decision that the epistemological best-evidence principle fails to resolve [...] morality picks up what the epistemology leaves off»* (STEIN, 2005: 13). Por cierto, no faltan epistemólogos que sostengan que la relación entre razones epistémicas y razones prácticas (lo relativo a la importancia de los intereses prácticos para los cuales se pretende *conocer*) se da *dentro de la epistemología* de modo que cuál sea la *mejor explicación* dependerá ya de por sí, al menos en parte, de ese juicio de valor acerca de la importancia de aquello que quiere *hacerse* una vez que se cuente con la explicación. Esto implicaría extender a todo juicio «epistemológico» el aspecto «axiológico» que aquí se atribuirá a los enunciados probatorios de la decisión judicial. No pretendo ocuparme en esta ocasión de esta posibilidad, aunque considero pertinente señalar una diferencia que todavía persistiría: en el marco de la decisión judicial se podría dar la necesidad de rechazar como «probados» a ciertos enunciados fácticos para los cuales hay (fuera del proceso) buenas razones epistémicas y viceversa.

[63] *Vid.* BAYÓN MOHINO, 2009: 33.

[64] WILLIAMS, 2011: 143-144. Sobre la relación entre el aspecto evaluativo y el significado de los términos y conceptos *thick,* VÄYRYNEN, 2011. Podría ser incluso más preciso decir que se da un doble juicio de valor del

predicarse verdad o falsedad de los juicios de valor así concebidos, el enunciado probatorio parece difícilmente concebible como «descriptivo».

Puede ser cierto que la concepción «descriptivista» reconstruye «adecuadamente los usos lingüísticos y las intuiciones fundamentales con las que los juristas dan cuenta de la noción de hecho probado»[65], pero si lo dicho es correcto entonces queda demostrado que esos usos lingüísticos e intuiciones ocultan, acaso intencional y funcionalmente, un rasgo determinante de aquello de lo que pretenden dar cuenta, a saber: de que parte de lo que los jueces realmente *hacen* cuando declaran los «hechos probados» es *determinar valorativamente* el límite de suficiencia epistémico para la decisión de que se trata[66]. Esa determinación, *i. e.* el juicio de suficiencia axiológica de las razones teóricas para la decisión, sólo podrá estar justificado por razones *prácticas*.

3. LA PRUEBA COMO RAZÓN

Como se ha dicho precedentemente, suele sostenerse entre los teóricos del derecho que la actitud proposicional que mejor explica la postura del juez frente al enunciado fáctico *p*, al menos en sistemas de SCR, no es (y no puede necesariamente ser) la de creencia, convicción, etc., en la verdad de la proposición, sino más bien la de *aceptación* de ella cual si fuera verdadera[67]. Esto daría cuenta, obsérvese bien, del «aspecto voluntario» de la utilización de la premisa fáctica en el razonamiento: «está probado que *p*» «supone la presencia en el proceso de elementos de juicio suficientes *para justificar la aceptación* de la ocurrencia de un hecho»[68]. Al mismo tiempo, permitiría explicar aquellos casos en que, se asume, el decisor debe tener por probado a un enunciado fáctico en el que no cree o incluso sabiéndolo falso. De tal modo, pareciera que lo que el «enunciado probatorio» justifica o contribuye a justificar no es tanto un enunciado descriptivo (*i. e.* el fáctico) cuanto una acción: *la aceptación voluntaria* del enunciado fáctico (*p*), su *uso* como premisa de la decisión.

En los casos en que hemos concedido interpretar «está probado que *p*» como enunciado descriptivo (*i. e.* en un sistema de prueba legal —en sentido fuerte— o en uno de íntima convicción), una reconstrucción aparentemente plausible del razonamiento del juez podría ser explicitando una regla implícita tal que «toda vez que esté probado que *p*, debe aceptarse que *p*». En este sentido, «está probado que *p*» (como hecho institucional) constituiría el supuesto de hecho de dicha regla siendo verdadero en todos los casos en que el hecho institucional «estar probado» se haya verificado y manteniendo así su fuerza descriptiva. Si bien es parte de una razón práctica para la aceptación, todavía fungiría de enunciado descriptivo.

---

decisor: uno consistente en la elección de la epistemología a aplicar, el otro en el juicio político-axiológico de la suficiencia de las razones epistémicas relevantes (de acuerdo a la primera elección). En este trabajo no me ocuparé de la primera y me centraré en el juicio de valor de suficiencia de una epistemología asumida como dada. Agradezco a Pierluigi CHIASSONI por hacerme notar este punto.

[65] FERRER BELTRÁN, 2001: 85.

[66] En este sentido también STEIN, 2005: 117-119.

[67] FERRER BELTRÁN, 2001: 86-93. Si bien él es el más explícito al respecto, lo cierto es que la noción de aceptación aparece también, por ejemplo, en BAYÓN MOHINO, 2008; GASCÓN ABELLÁN, 2004; GONZÁLEZ LAGIER, 2005.

[68] FERRER BELTRÁN, 2001: 94.

Sin embargo, se ha argumentado que en los sistemas de SCR, dadas las limitaciones que presentan los ordenamientos procesales tal como se los caracterizó, los decisores no constatan un hecho (institucional o el que fuere) sino que formulan (y no podrían no formular) un juicio de valor relativo a la suficiencia axiológica de las pruebas para adoptar la decisión de que se trate. En este sentido, en sistemas así configurados, toda vez que un decisor disponga que «está probado que *p*», esto es, que los elementos epistémicamente relevantes con que se cuenta son además axiológicamente suficientes para aceptar que *p*, estará diciendo que corresponde aceptar que *p*, que *es justo*, *valioso* o *deseable hacerlo*[69].

4. EL SALTO CONSTITUTIVO

Lo hasta aquí dicho procura poner de manifiesto que, en contextos de decisión como los delineados (*i. e.* con sistemas de valoración de SCR, carentes de criterios valorativos expresados por medio de textos legales y en los que se asume deba responderse a una sensibilidad más que mínima al riesgo de error) los enunciados probatorios no pueden concebirse como descriptivos por expresar, al menos en parte, un juicio valorativo llevado a cabo por el propio decisor que los profiere. Pues bien, aunque esto es provisorio, creo pueda ser explicativamente fecundo concebir la fuerza de los enunciados probatorios como *constitutiva*.

En consonancia con lo sostenido en precedencia, la tesis de la constitutividad tal como a menudo se le atribuye a Hans KELSEN, ha sido interpretada como tendente a resaltar que «la determinación de los hechos en el proceso es el resultado de una actividad decisoria —que estaría en oposición con la actividad cognoscitiva—»[70]. Frente a esto, dos observaciones se tornan aquí necesarias.

En primer lugar, como se adelantó, para muchos teóricos, al referir a la constitutividad de los hechos, KELSEN habría estado más bien pensando en el enunciado fáctico y no en el probatorio. Así entendida, la tesis de la constitutividad lleva sin dudas a resultados, como mínimo, contraintuitivos. Aquí, por el contrario, el carácter constitutivo se predica del enunciado probatorio con el cual se pretende *justificar la aceptación* del enunciado fáctico. Entendida la tesis de este modo, las críticas a la posición kelseniana se diluyen: los hechos, efectivamente, «son lo que son y no lo que los jueces dicen que son»[71], pero que los (enunciados sobre) hechos estén probados depende —en contextos como los descriptos— de lo que el juez valore, de que el juez decida que las razones epistémicas (si las hubiere) son axiológicamente suficientes[72].

---

[69] *«...even if the question "Did* A *do such-and-such or not?" is a theoretical one, this is not the only question the judge puts to himself. He also asks himself "Should* I *sentence* A *to..., or not?", and this is a practical question. The judge has to decide* what to do*, and decisions of this kind are answers to practical questions»* (CELANO, 1995: 150).

[70] FERRER BELTRÁN, 2001: 75. En este sentido, en el contexto judicial *«the question of proof must be settled and moreover* authoritatively *settled in a judicial proceeding. The judge is not only entitled, but has the duty to* decide *whether certain empirical sentence has been sufficiently proved and his decision is* final *in the sense that it puts and end to the controversy and to the possibility of discussing the truth of the sentence* within *the proceeding»* (BULYGIN, 1995: 21).

[71] ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1991: 313.

[72] Esto permite evitar la absurda conclusión a que habría llegado KELSEN partiendo del aspecto decisorio de las cuestiones probatorias para llegar al carácter constitutivo *de la verdad del enunciado fáctico* y la conse-

En segundo lugar, se sostiene aquí que ese enunciado es efectivamente producto de la actividad decisoria, mas no necesariamente *en oposición* a la actividad cognoscitiva. La decisión consiste en determinar cuándo la actividad cognoscitiva (por cierto, contingente) es axiológicamente suficiente a los efectos prácticos que se buscan. Es esta suficiencia, en ausencia de reglas previamente establecidas, lo que el juez, con buenas razones epistémicas o no, con buenas razones morales o no (sean lo que ellas fueren), *constituye*.

Lo dicho se condice con la noción de «aceptación de directivas morales» de Alf Ross. Él decía que la «aceptación» de proposiciones —tal como sería la aceptación de *p*— podía concebirse como *declarativa*[73]; mientras que la «aceptación» de directivas morales —como la que estaría comprometida en «está probado que *p*» si concebido como aquí se ha propuesto— sólo podría considerarse declarativa en el marco del cognitivismo moral, *i. e.* allí donde se «declarase» tomar conocimiento de la validez de la directiva. Pero a menos que se adopte tal postura (que aquí se ha rechazado) *«it may be argued that the acceptance of a moral directive is actually* constitutive*; that is, acceptance is a subjective attitude which* constitutes *the validity of the directive»*[74].

Por lo demás, la crítica fundada en la pretendida «infalibilidad» del juez si «está probado que *p*» se concibe como «constitutivo» tampoco parece del todo direccionada. Así, se dice que bajo esa concepción «no sería posible predicar verdad o falsedad de las declaraciones de hechos probados contenidas en las sentencias judiciales» y que de allí se seguiría una imposibilidad de control racional por infalibilidad del decisor[75].

Ahora bien, si esto significa que no puede predicarse la verdad o falsedad del enunciado fáctico *p* que se declara probado, la crítica parece del todo errada: no importa qué tan definitiva sea la constitutividad de «está probado que *p*», siempre se podrá seguir insistiendo y argumentando en favor de que *p* (la proposición aceptada sobre la base de «está probado que *p*»), es falsa[76]. Esto así, incluso si las razones con que se cuenta no son admisibles en el contexto de que se trate (*e. g.* el judicial), donde puede actuarse como si *p* fuese verdadera, incluso sabiéndose que *p* es falsa[77]. El yerro de la crítica, si entendida en este sentido, parece estar en el ya mencionado traslado del carácter constitutivo desde el enunciado probatorio al enunciado fáctico, cuya fuerza descriptiva, en principio, no se había puesto en discusión[78].

Por el contrario, si la crítica se entiende en el sentido de imposibilidad de predicar la verdad o falsedad de «está probado que *p*», pues parte de una premisa que se con-

---

cuente imposibilidad criticar —en cualquier contexto— la corrección de dicho enunciado (*cfr.* Bulygin, 1995: 22). Una interpretación más caritativa de Kelsen en este sentido en Celano, 1995.

[73] Que es «objetiva» dada *«...the existence of procedures for testing the truth of the proposition which are independent of the subjective peculiarities of any individuals»* [Ross, 2009 (1968): 62].

[74] Ross, 2009 (1968): 64. El resaltado es propio.

[75] Ferrer Beltrán, 2001: 76.

[76] *Cfr.* Alchourrón y Bulygin, 1991: 313-314.

[77] *Cfr.* Celano, 1995.

[78] Esto es lo que sugiere la cita a Frank por cuanto «*los "hechos"* [...] no son objetivos. Ellos *son* lo que los jueces dicen que son» (Ferrer Beltrán, 2001: 76, nota 5, cursivas propias). De la misma manera, el carácter constitutivo se traslada a la premisa fáctica cuando se afirma que «si es el juez quien constituye el antecedente fáctico de la aplicación de aquellas consecuencias, no podrá motivarse la conducta de los ciudadanos puesto que ésta resultará irrelevante al efecto de la aplicación» (Ferrer Beltrán, 2001: 77).

dice con lo aquí sostenido, a saber: que ese enunciado *no es ni verdadero ni falso* por implicar un juicio de valor (*i. e.* el de suficiencia) de quien lo profiere. Sin embargo, no se sigue de allí que el juez sea infalible: el juez puede haberse «equivocado» precisamente en «constituir» que «está probado que *p*» tanto en relación a las razones epistémicas (*e. g.* el juez razonó incorrectamente desde el punto de vista epistémico sobre la prueba) cuanto por razones valorativas (*i. e.* en el razonamiento *práctico* que concluye en la declaración de la suficiencia axiológica de las pruebas para la adopción de la decisión de que se trate).

Ha de recordarse que, en cierta medida, en la concepción «descriptivista» aquí discutida se contemplaba esta doble alternativa de «crítica» al enunciado probatorio en tanto se afirmaba que él resulta «falso» «cuando no se disponga de elementos de juicio a su favor o éstos sean *insuficientes*»[79]. Esto pone de manifiesto, tal como aquí se sostiene, que frente al enunciado probatorio pueden plantearse dos clases de desacuerdos de muy diversa índole: por una parte, el desacuerdo genuinamente empírico relativo a la presencia/ausencia de elementos epistémicos de juicio; por la otra, el desacuerdo de carácter valorativo relativo a la *suficiencia/insuficiencia* de los elementos de juicio habidos para aceptar el enunciado fáctico frente a tal o cual riesgo de error y tal o cual pretensión de sensibilidad del estándar frente a él.

Lo único que no podría eventualmente negarse frente al proferimiento del juez de que «está probado que *p*», al menos en tanto su decisión no sea revocada, es que «está constituido que está probado que *p*». La «infalibilidad» no puede significar más que esto. Pero no hay impedimento alguno para afirmar, fundamentar, demostrar y criticar el error en la constitución de ese y cualquier otro enunciado probatorio, y sobre la base de ello, si hay instancias impugnativas disponibles (*i. e.* si la decisión constitutiva no es *definitiva*), podría incluso llegarse a la revocación de «está probado que *p*».

5. CONCLUSIONES

A lo largo de estas páginas se ha sostenido que: *a)* el predicado de «estar probado» un enunciado fáctico en la decisión judicial remite indefectiblemente a un estándar de prueba, *i. e.* un umbral de suficiencia de las razones teóricas susceptibles de ser aducidas en favor de un enunciado descriptivo de un hecho jurídicamente relevante. *b)* El estándar de que se trate ha de ser reconducido necesariamente a un sistema de valoración de la prueba. Estos sistemas, se dijo, suelen reducirse al sistema de prueba legal (en sentido fuerte), al sistema de la íntima convicción y al de la SCR. *c)* A diferencia de lo que podría sostenerse (incluso si con algunas reservas) respecto a los dos primeros sistemas, en el caso de la SCR el «estar probado que *p*» depende en todos los casos, y bajo ciertas asunciones, de un juicio de valor del decisor. Ello es así porque: *c*.1) Las reglas de la epistemología no ofrecen más que la posibilidad de determinar, a lo sumo, la hipótesis *mejor* probada en relación a todas las hipótesis en competencia, la cual puede ser, todavía, una mala hipótesis. *c*.2) Se asume que el sistema jurídico exige (al menos en algunos contextos) que se tengan por probadas solamente hipótesis

[79] Ferrer Beltrán, 2001: 85.

que superen un cierto umbral, o que superen en alguna medida a todas las restantes. En términos de BAYÓN, que se satisfaga una «sensibilidad más que mínima» respecto al riesgo de error. *c.3*) Los enunciados jurídicos *prima facie* expresivos de estándares de suficiencia con «sensibilidad más que mínima» son impotentes para determinar el umbral de sensibilidad correspondiente.

Se ha dicho además que *d)*, a menos que se considere que los juicios de valor son susceptibles de verdad o falsedad, habrá que asumir que «está probado que *p*» no es susceptible de ser caracterizado como enunciado descriptivo y que, por el contrario, recae dentro de la noción amplia de enunciado normativo postulada en el apartado 1. De modo que una mejor explicación del enunciado probatorio exige modificar la tesis semántica (TS) y considerarlo sinónimo de «hay elementos de juicio epistémicamente relevantes y axiológicamente suficientes en favor de *p*». De allí se sigue que *e)* para justificar la parte valorativa del enunciado sólo podrán entonces postularse *razones prácticas*. Por lo demás, *f)* la asunción de ser explicable la actitud proposicional del juez por referencia a la noción de *aceptación voluntaria* (TA) apoya la concepción del enunciado probatorio como normativo, en el sentido de que lo que «está probado que *p*» justifica es una acción: el aceptar que *p*. El enunciado probatorio es, en este sentido, una *razón práctica*. Estando así las cosas, el hecho de ser «está probado que *p*» resultado (en parte) de un juicio valorativo del decisor así como el hecho de constituir una razón práctica para su acción apoyan la concepción del enunciado probatorio como enunciado normativo; y más específicamente, se ha propuesto, aunque sólo con carácter provisorio, concebirlo como constitutivo.

Para concluir, el argumento aquí desarrollado así como su conclusión parecen tener implicancias meramente conceptuales, a saber: que los enunciados probatorios (si se prefiere, que el «concepto de prueba» o el predicado «estar probado») son enunciados normativos dado que suponen juicios de valor de quienes los profieren. Sin embargo, creo pueda decirse que la cuestión es algo más que «meramente conceptual» y que, tomada en serio, pone de manifiesto la necesidad de reformular en gran medida la agenda de los teóricos del derecho y los procesalistas en materia probatoria. Esto no sólo cambiando el enfoque en los términos normativos que hace algunos años propiciaba BAYÓN: evaluando el retorno a la prueba legal (en sentido fuerte) a fines de «democratizar» la determinación axiológica de la suficiencia probatoria[80].

Además de ello, y quizás sobre todo, lo dicho pone de manifiesto la necesidad de cambiar también el enfoque en términos descriptivos: si se quiere dar cuenta de cuáles son, aquí y ahora, los estándares de prueba vigentes, habrán de identificarse los *juicios* de suficiencia en concreto que los juzgadores formulan en cada caso o clase de casos. En otras palabras, habrá que llevar a cabo aquella que Giovanni TARELLO consideraba la actividad genuina del teórico del derecho: la meta-jurisprudencial[81], especialmente preocupada, en este caso, en hacer explícitos los juicios de valor subyacentes a los enunciados probatorios o, dirían algunos, en la *«caccia alle ideologie»*. Quizás, y sólo quizás, se detecten «estándares jurisprudenciales estables» para ciertos casos o clases

[80] «...quizás haya llegado el momento de que los filósofos del derecho empiecen a ocuparse de la prueba no sólo desde la epistemología —algo que ya han hecho y han hecho bien, pero desde donde tal vez no pueda decirse ya mucho más—, sino desde la filosofía moral y política» (BAYÓN MOHINO, 2008: 33-34).

[81] *Vid.* GUASTINI, 1996: 25; también CANALE, 2013: 216.

de casos, y quizás incluso se comparta el juicio axiológico de distribución de riesgo de error que todos o algunos de ellos expresan[82].

En efecto, mientras este texto estaba en desarrollo se publicaba una nota periodística que en su encabezado decía: «Un fallo inédito determinó que es suficiente el testimonio de la mujer que sufre violencia de género»[83]. Se trataba de un fallo unánime del Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires que, en lo que a la prueba refería, *valoraba* suficiente a esa sola prueba frente al «especial modo de comisión» de la clase de hechos que allí se juzgaban en consonancia con su gravedad. Podrá o no compartirse el juicio de valor de distribuir en esta clase de casos y de este particular modo el riesgo de error, del mismo modo en que puede o no compartirse el juicio de valor de distribuir el riesgo de error de cualquier otro modo en cualquier otra clase de casos dada su «especial modalidad comisiva», su «gravedad», o lo que fuere[84]. Lo que difícilmente podrá seguir sosteniéndose es que la afirmación del decisor acerca de «estar probado que *p*» tiene valor de verdad, a menos que se asuma, claro está, que hay verdades morales.

6. BIBLIOGRAFÍA

ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E., 1991: «Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico», en C. E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 303-326.

ALLEN, R. J., 2013: «Los estándares de prueba y los límites del análisis jurídico», en C. E. VÁZQUEZ, *Estándares de prueba y prueba científica*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons, 41-64.

ALLEN, R. J., y LAUDAN, L., 2008: «Deadly dilemmas», en *Texas Tech Law Review,* 41: 65-92.

ANGELETTI, R., 2012: *La costruzione e la valutazione della prova penale*, Torino: Giappichelli.

ASENCIO MELLADO, J. M., 1989: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Madrid: Trivium.

ATIENZA, M., 2003: *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*, México: Universidad Nacional Autónoma de México.

AUSTIN, J. L., 1975: *How to do things with words: the William James Lectures delivered at Harvard University in 1955*, Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press.

BAYÓN MOHINO, J. C., 2008, «Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano», ponencia presentada en *XIV Congreso italo-español de teoría del derecho,* Girona, 14 y 15 de noviembre de 2008.

— 2009: «Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano», en *Analisi e diritto 2008*, 15-34.

---

[82] Esto podría llevar a concebir el problema de los «estándares de prueba» en términos de casos fáciles/casos difíciles. Debo esta sugerencia a Giovanni TUZET. Pero precisamente, que éste sea el caso es una cuestión empírica pendiente de constatación.

[83] M. CARABAJAL, «La víctima como testigo», *Página 12*, 13 de octubre de 2013, disponible *http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-231143-2013-10-13.html*.

[84] Lo cual no tiene por qué coincidir, como es usual pensar, con la competencia material (*i. e.* civil, penal, laboral, contencioso-administrativo, etc.). Por el contrario, podrían identificarse quizás, por ejemplo, dentro de la órbita penal/procesal penal «estándares de prueba» muy diversos, definidos por valoraciones (implícitas) de los decisores, para diversas clases de delitos (*e. g.* delitos contra la integridad sexual o algunos de ellos en particular; delitos económicos, o algunos de ellos, delitos informáticos, etc.), para diversas clases de medidas de coerción (*e. g.* arresto, incomunicación, prisión preventiva, etc.), etcétera.

BULYGIN, E., 1995: «Cognition and Interpretation of Law», en S. L. PAULSON y L. GIANFORMAGGIO, *Cognition and interpretation of law,* Torino: G. Giappichelli, 11-35.

CANALE, D., 2013: «Il ragionamento giuridico», en G. PINO, A. SCHIAVELLO, y V. VILLA, *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo (Estratto)*, Torino: Giappichelli, 195-230.

CARACCIOLO, R., 2000, «El problema de los hechos en la justificación de la sentencia», ponencia presentada en *III Seminario Internacional de Teoría del Derecho,* Universidad Nacional del Sure, septiembre de 2000.

— 2005: «Paradigmas de decisión judicial», en inédito.

CELANO, B., 1995: «Judicial decision and truth: some remarks», en S. L. PAULSON y L. GIANFORMAGGIO, *Cognition and interpretation of law,* Torino: G. Giappichelli, 141-153.

COHEN, L. J., 1977: *The probable and the provable*, Oxford: Clarendon Press.

— 1998 (1989): *Introduzione alla Filosofia dell'induzione e della probabilità*, Milano: Giuffrè.

COUTURE, E. J., 1958: *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires: Depalma.

CHIASSONI, P., 1998: «L'ineluttabile scetticismo della «scuola genovese»», en P. COMANDUCCI y R. GUASTINI, *Analisi e diritto*, Torino: Giappichelli, 21-76.

— 2000: «Significato letterale: giuristi e linguisti a confronto (Another view of the Cathedral)», en V. VELLUZZI, *Significato letterale e interpretazione del diritto*, Torino: Giappichelli, 1-63.

DANIELE, M., 2009: *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Torino: G. Giappichelli.

DE FINETTI, B., 1993 (1973): «Bayesianesimo: il suo ruolo unificante per i fondamenti e le applicazioni della statistica», en P. MONARI y D. COCCHI, *Probabilità e induzione*, Bologna: Cooperativa Libraria Universitaria Editrice Bologna, 205-228.

FERRAJOLI, L., 2002: *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, Roma-Bari: Laterza.

— 2005: *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta.

FERRER BELTRÁN, J., 2001: «Está probado que *p*», en L. TRIOLO, *Prassi giuridica e controllo di razionalità*, I. Torino: G. Giappichelli, 73-96.

— 2002: *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid: Marcial Pons.

— 2005: *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons.

— 2007: *La valoración racional de la prueba*, Madrid: Marcial Pons.

— 2010: *Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia*, Girona: Universitat de Girona.

— 2012: *La valutazione razionale della prova*, Milano: Giuffrè.

— 2013: «La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana», en C. E. VÁZQUEZ, *Estándares de prueba y prueba científica*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons, 21-39.

FERRUA, P., 2007: «Il giudizio penale: fatto e valore giuridico», en VVAA, *La prova nel dibattimento penale*, 4.ª ed., Torino: G. Giappichelli, 317-410.

GARBOLINO, P., 1997: *I Fatti e le opinioni: la moderna arte della congettura*, Roma: Laterza.

GASCÓN ABELLÁN, M., 1999: *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons.

— 2003: «Concepciones de la prueba. Observación a propósito de Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad, de Michele Taruffo», en *Discusiones,* 3: 43-54.

— 2004: *Los hechos en el derecho: Bases argumentales de la prueba*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons.

GIANFORMAGGIO, L., 1967: «Significato e forza», en *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto,* III (XLIV): 459-464.

GONZÁLEZ LAGIER, D., 2003a: «Hechos y argumentos (racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (II)», en *Jueces para la Democracia*, 47: 35-51.

— 2003b: «Buenas razones, malas intenciones», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* 26: 635-685.

— 2004: «La prueba de la intención y el Principio de Racionalidad Mínima», en *Jueces para la democracia*, 50: 41-51.

— 2005: Quaestio facti: *ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Lima-Bogotá: Palestra-Temis.

— 2007: «Hechos y conceptos», en *Dialnet: Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 15.

GUASTINI, R., 2011: *Interpretare e argomentare*, Milano: Giuffrè.

HARE, R. M., 1971: «Imperative sentences», *Practical Inferences*. London: MacMillan, 1-24.

HARMAN, G. H., 1965: «The inference to the Best Explanation», *The Philosophical Review*, 74: 88-95.

HART, H. L. A., 1966: «Il concetto di obbligo», en *Rivista di filosofia,* 2 (LVII): 125-140.

HEMPEL, C. G., 2005 (1965): *La explicación científica: estudios sobre la filosofía de la ciencia*, Barcelona: Paidos.

KELSEN, H., 2009 (1960): *Teoría pura del derecho*, México: Porrúa.

LAUDAN, L., 2003: «Is reasonable doubt reasonable?», *Legal Theory*, 9: 295-331.

— 2005: «The Presumption of Innocence: Material or Probatory?», *Legal Theory,* 11: 333-361.

— 2011a: «Is it Finally Time to Put "Proof Beyond a Reasonable Doubt" Out to Pasture?», *The University of Texas School of Law, Public Law and Legal Theory Research Paper Series Number 194.*

— 2011b: «The Rules of Trial, Political Morality, and the Costs of Error: Or, Is proof Beyond a Reasonable Doubt Doing More Harm than Good?», en L. GREEN y B. LEITER, *Oxford studies in philosophy of law*, 1, Oxford: Oxford University Press, 195-227.

— 2013: «La elemental aritmética epistémica del derecho II: los inapropiados recursos de la teoría moral para abordar el derecho penal», en C. E. VÁZQUEZ, *Estándares de prueba y prueba científica*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons, 119-134.

LAUDAN, L., y ALLEN, R. J., 2010: «Deadly Dilemmas II: Bail and crime», *Chicago Kent Law Review,* 85: 23-42.

LINDLEY, D. V., 1971: *Making decision*, London: Wiley Interscience.

LLUCH, X. A., 2012: «La dosis de prueba: entre el *common law* y el *civil law*», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* 35: 135-200.

MAIER, J. B., 2004: *Derecho Procesal Penal: Fundamentos*, 1, Buenos Aires: Del Puerto.

MAZZARESE, T., 1995: «Cognition and Legal Decisions Remarks on Bulygin's View», en S. L. PAULSON y L. GIANFORMAGGIO, *Cognition and interpretation of law,* Torino: G. Giappichelli, 155-175.

MUFFATO, N., 2007: «Osservazioni in margine a Giovanni Tarello su frastico e neustico», *Materiali per una storia della cultura giuridica,* 2 (XXXVII): 419-462.

NAVARRO, P. E., 2008: «La aplicación neutral de conceptos valorativos», *Analisi e Diritto*, 2007: 39-55.

PARDO, M. S., 2013: «Estándares de prueba y teoría de la prueba», en C. E. VÁZQUEZ, *Estándares de prueba y prueba científica*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons, 99-118.

PAULESU, P. P., 2009: *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, en M. BARGIS *et al.* (eds.), 30, Torino: G. Giappichelli.

PENCO, C., 2010: *Frege,* Roma: Carocci.

POGGI, F., 2010: «Tra il certo e l'impossibile. La probabilità nel processo», *Diritto y questioni pubbliche*, 10.

POPPER, K. R., 2009 (1969): *Congetture e confutazioni: lo sviluppo della conoscenza scientifica*, Bologna: Il Mulino.

RAZ, J., 2011: *From normativity to responsibility*, Oxford: Oxford University Press.

REDONDO, M. C., 1996: *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

REICHENBACH, H., 1968 (1930): «Causalità e probabilità», en M. REICHENBACH, *La nuova filosofia della scienza*, Milano: Bompiani, 99-114.

ROSS, A., 2009 (1968): *Directives and norms*, New Jersey: The Lawbook exchange.

SÁNCHEZ BRÍGIDO, R., y SELEME, H. O., 2002: «Justificación sin verdad», *Analisi e diritto 2001: ricerche di giurisprudenza analitica*, 285-294.

SCARPELLI, U., 1967: «Le "proposizioni giuridiche" come precetti reiterati», *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto,* III (XLIV): 465-482.

SEARLE, J. R., 1992: *Atti linguistici. Saggio di filosofia del linguaggio*, Torino: Bollati Boringhieri.

STEIN, A., 2005: *Foundations of evidence law*, Oxford-New York: Oxford University Press.

TARELLO, G., 1967: «Discorso assertivo e discorso precettivo», *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto,* III (XLIV): 419-435.

— 1980: *L'interpretazione della legge*, I, t. 2, Milano: Giuffrè.

TARUFFO, M., 1992: *La prova dei fatti giuridici: nozioni generali*, Milano: Giuffre.

— 2003: «Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad», *Discusiones,* 3: 15-41.

— 2009: *La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari: Laterza.

— 2010: «Consideraciones sobre prueba y motivación», en M. TARUFFO, P. ANDRÉS IBÁÑEZ y A. CANDAU PÉREZ, *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 17-46.

TILLERS, P.; GREEN, E. D., y MURA, A., 2003: *L'Inferenza probabilistica nel diritto delle prove: usi e limiti del bayesianesimo*, G. UBERTIS (ed.), Milano: Giuffrè.

TOULMIN, S. E., 1958: *The uses of argument*, Cambridge: University Press.

TUZET, G., 2006: *La prima inferenza: l'abduzione di C. S. Peirce fra scienza e diritto*, Torino: G. Giappichelli.

TWINING, W. L., 1990: «Rethinking Evidence», *Rethinking evidence: exploratory essays*, Cambridge: Basil Blackwell, 341-372.

UBERTIS, G., 1979: *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano: Giuffrè.

VÄYRYNEN, 2011: «Thick Concepts and Variability», *Philosophers' Imprint,* 1 (11): 1-17.

VON WRIGHT, G. H., 2010: *La diversidad de lo bueno*, Madrid [etc.]: Marcial Pons.

WILLIAMS, B. A. O., 2011: *Ethics and the limits of philosophy*, London-New York: Routledge.

WRÓBLEWSKI, J., 1967: «Il modello teorico dell'applicazione della legge», *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*, 46: 10-30.

— 1974: «Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision», *Rechtstheorie*, 5: 33-46.