

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

Manuel A. Calderón Meynier

Docente de Derecho Procesal Universidad Blas Pascal

manuelcalderon123@yahoo.com

ABSTRACT: En diversos trabajos, Jordi Ferrer Beltrán ha postulado consistentemente la necesidad de formular estándares de prueba objetivos, al menos en el sentido de que la afirmación relativa a que determinado hecho se encuentra probado no debería resultar subsidiaria de la convicción que aquel sujeto que realiza la afirmación tiene respecto de la prueba de dicho evento. Tal como señala en el título de su último libro, la convicción de quien juzga no es necesaria para la prueba de los hechos. Ahora bien, creo que existen, incluso dentro de las formulaciones de estándares pretendidamente objetivos, ámbitos irreductibles de subjetividad. El propósito de este trabajo consiste en mostrar alguno de dichos ámbitos, determinar su real dimensión y, si es posible, proponer ciertos bemoles a la pretensión de Ferrer Beltrán de formular EDP de este carácter.

PALABRAS CLAVE: estándares de prueba, clases de conceptos, subsunción descriptiva y subsunción imputativa, subjetividad.

ABOUT THE IRREDUCTIBLE SCOPE OF SUBJECTIVITY IN THE FORMULATION AND APPLICATION OF EVIDENCE STANDARDS

ABSTRACT: In various works, Jordi Ferrer Beltrán has consistently postulated the need to formulate objective standards of proof, at least in the sense that the statement that a certain fact has been proven should not result from the conviction that the person who performs the affirmation has respect to the proof of said event. As he points out in the title of his latest book, the conviction of

the person who judges is not necessary to prove the facts. Now, I believe that there are, even within the formulations of allegedly objective standards, irreducible areas of subjectivity. The purpose of this work is to show some of these areas, determine their real dimension and, if possible, propose certain flats to Ferrer Beltrán's claim to formulate EDP of this nature.

KEYWORDS: standards of proof, classes of concepts, descriptive subsumption and imputative subsumption, subjectivity.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. ACERCA DE LA CONVENIENCIA DE ESTÁNDARES DE PRUEBA CONTROLABLES.— 3. ÁMBITOS IRREDUCTIBLES DE SUBJETIVIDAD EN LA FORMULACIÓN Y APLICACIÓN DE ESTÁNDARES DE PRUEBA: 3.1. Introducción. 3.2. La noción de «concepto». Las distintas teorías. 3.3. Clases de conceptos. 3.4. La subsunción conceptual descriptiva y la subsunción conceptual imputativa: 3.4.1. Las nociones de «subsunción conceptual descriptiva» y «subsunción conceptual imputativa». 3.4.2. Ámbitos irreductibles de subjetividad en la formulación y aplicación de estándares de prueba.— 4. CONCLUSIÓN.— BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

La tesis que expondré a continuación tiene como objetivo central formular algunas reflexiones respecto de la posición defendida por Jordi Ferrer Beltrán en relación a la necesidad y posibilidad real de crear estándares de prueba (desde aquí, EDP) *objetivos*. En este sentido, centrándome en este trabajo en ese segundo ámbito de análisis, procuraré mostrar que tal cosa no resulta posible.

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

Desde hace ya algunos años existe una línea de investigación muy importante que pretende identificar la distinción entre EDP subjetivos y objetivos¹. Básicamente la diferencia entre unos y otros consiste en que los primeros plantean que el análisis y la determinación de aquello que ha de resultar suficiente para considerar que un hecho está probado se establece a partir de la confianza o creencia personal e interna de un sujeto respecto de dicha hipótesis fáctica.

De manera simplificada, según este tipo de EDP, la prueba de un hecho resulta subsidiaria o parasitaria del nivel de confianza que, en la ocurrencia de la hipótesis, tiene el operador. De modo tal que, si ese nivel de confianza es alto, resulta revelador

¹ En esta dirección, Laudan (2005); Gascón Abellán (2005); Igartua Salaverría (2005); Bustamante Rúa (2010); Ferrer Beltrán (2021); Aguilera (2021), etc.

de una cantidad y calidad de prueba relevante que autoriza al operador a afirmar que tal hipótesis *está probada*.

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

En este contexto, la pretensión de los defensores de esta posición es que el operador solo deba corroborar, a modo de una suerte de *check list*, la presencia de las condiciones que permiten tener a H como probada².

Atendiendo a este punto de vista, los EDP objetivos, al revés que los subjetivos, le dicen al operador qué es lo que deben buscar en el conjunto de elementos probatorios a fin de establecer, independientemente de sus convicciones, si hay prueba suficiente. En esta dirección, el nivel de confianza acerca de la hipótesis resultaría una consecuencia de algo que el agente ha encontrado en la prueba que le permite arribar a dicho estadio³.

Por su parte, EDP intersubjetivamente controlable es todo EDP que remita a criterios de justificación epistémica, aunque brindando un margen de relativa discrecionalidad a nivel de la motivación^{4 5}.

² Aunque esto no es objeto de discusión en este trabajo, debe tenerse en cuenta que, según mi criterio, un EDP será objetivo si, y solo si, dicha condición se refiere en efecto a un hecho objetivo. En este sentido, se entiende por objetividad en relación al EDP la que propone que la determinación de aquello que resulta suficiente para considerarse que un hecho está probado sea resultado de una regla cuyo consecuente —la «prueba suficiente»— dependa de que la ocurrencia del antecedente de la misma (es decir, aquello en virtud de lo cual el juez debe aceptar sin más que *hay prueba suficiente*) sea absolutamente ajena a una dimensión íntima del decisor. En este sentido, dado un EDP objetivo, el sujeto que decide en un caso concreto solo debe corroborar el cumplimiento de las condiciones o supuestos neutrales que esa norma prevé como condición necesaria y suficiente de la prueba del enunciado fáctico. Si no fuera así, el EDP terminaría siendo, a fin de cuentas, subjetivo o, en el mejor de los casos, intersubjetivamente controlable, entendiéndose por tal un EDP que, no siendo objetivo, brinda posibilidad de control por parte de terceras personas a partir del despliegue de un fundamento.

³ Pero esto, según la lógica que plantea Ferrer Beltrán, es verdaderamente eventual toda vez que, como el título de su última obra —*Prueba sin convicción*— sugiere, es perfectamente posible considerar que «está probado *p*» incluso cuando el juez esté convencido de lo contrario.

⁴ Habría que aclarar que, en la medida en que se mantenga la distinción entre *valoración de la prueba* y *decisión sobre la suficiencia probatoria*, la sana crítica racional es un sistema de valoración, no un EDP. Sin embargo, se trata de un sistema de valoración que proporciona criterios racionales cuyo cumplimiento resulta intersubjetivamente controlable, sobre la base de los cuales decidir la suficiencia probatoria.

⁵ Acerca de la prescindencia de criterios diferentes de los de valoración de la prueba a los fines del análisis de la prueba de una hipótesis, véase Bayón (2008, p. 22-23).

2. ACERCA DE LA CONVENIENCIA DE ESTÁNDARES DE PRUEBA CONTROLABLES

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

Lo que Ferrer Beltrán sostiene fundamentalmente es que las afirmaciones del tipo «está probado que Juan mató a Pedro» no pueden depender, en ningún caso, de la convicción del juez respecto de la verdad de dicha proposición, pues esto hace que dichas afirmaciones resulten absolutamente imposibles de controlar⁶. La razón reside en que, como bien sostiene, la convicción no es susceptible de verdad o falsedad, de corrección o incorrección, sino que es un hecho como cualquier otro o, en otras palabras, solo «es» (2021, p. 178).

En este marco, a lo largo de su labor, Ferrer Beltrán ha reconocido modelos procesales que receptan EDP y se apoyan, precisamente, en fórmulas que hacen que la prueba de los hechos sea función exclusiva de la convicción individual de quien juzga (2021, p. 19-22). Por eso se ha propuesto crear EDP que minimicen esa discrecionalidad incontrolable. A esos EDP los ha denominado, inicialmente, *objetivos* (2007, p. 20, 114) y, más próximos en el tiempo, *intersubjetivamente controlables* (2018, p. 6, 17).

Ahora bien, creo que resulta relevante realizar en este momento algunas aclaraciones: 1) en primer lugar, Ferrer Beltrán adopta una posición político-criminal por la cual pretende que Juan solo pueda ser condenado por el homicidio de Pedro —que se le atribuye— si, al menos⁷, Juan hubiera matado a Pedro; 2) en este sentido entonces, la afirmación «Juan mató a Pedro» debe resultar descriptiva⁸ de un estado de cosas: de la realidad; 3) en este sentido, puede decirse que la posibilidad de predicar la verdad o falsedad de un enunciado es consecuencia de que sea descriptivo; 4) así es que, si vinculamos lo anterior con lo que se decía en el apartado 1, se compromete con una noción de verdad como correspondencia en el sentido de que pretender sostener la verdad de la afirmación «Juan mató a Pedro» solo cuando, *en la realidad*, Juan haya matado a Pedro; 5) para poder predicarse la verdad o falsedad de un enunciado referido a un hecho, este debe ser objetivo en el sentido de que debe ser externo e independiente al sujeto que se pronuncia acerca de su verdad o falsedad⁹, y 6) de este modo, debe sostener que los EDP que fijen cuándo un determinado grado de

⁶ En esta dirección, Ferrer Beltrán (2002, p. 32-34, 94 y ss.).

⁷ Más allá de cualquier otro requisito dogmático y procesal que resultara necesario para atribuir responsabilidad penal, pero que aquí no interesa señalar.

⁸ Inicialmente, en Ferrer Beltrán (2001), luego, casi sin modificaciones, en Ferrer Beltrán (2002). La última referencia expresa se encuentra en 2021 p. 200-201, nota 88.

⁹ Hasta aquí, más o menos textualmente, en Ferrer Beltrán (2021, p. 17-18).

corroboración de una hipótesis relativa a un hecho objetivo es suficiente para afirmar que esa hipótesis está probada, tienen necesariamente también, que ser objetivos¹⁰.

Entonces, más allá de la formulación que Ferrer Beltrán realiza en *Prueba sin convicción* (en adelante PSC) respecto de su pretensión de formular EDP *intersubjetivamente controlables*, sostener 1 a 5 implica, según mi punto de vista, sostener también 6. Según esta lógica, ¿de qué modo podría afirmarse consistentemente que el hecho objetivo «Juan mató a Pedro» ha de considerarse probado si los criterios de suficiencia probatoria tienen algún componente no objetivo?

Así, solo de EDP existentes como hecho objetivo, o sea, como externos a la creencia y/o voluntad de quien reconoce su existencia, y formulados también objetivamente es que puede predicarse verdad o falsedad de la afirmación relativa a que, en la realidad, se ha alcanzado ese estándar.

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

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

¹⁰ Creo que esta es la interpretación que debe dársele cuando dice: «Ello no tiene como consecuencia, por cierto, que la fuerza ilocucionaria de un enunciado probatorio del tipo «está probado que *p*» no pueda ser descriptiva, o que sea constitutiva [...] Si la fuerza fuera constitutiva o performativa, no habría posibilidad conceptual de error. [...] Que en la determinación de la suficiencia probatoria intermedien razones normativas no impide, por otro lado, que pueda afirmarse la fuerza descriptiva de «está probado que *p*». Las razones normativas cuentan para determinar el estándar de prueba, que establece el umbral de suficiencia probatoria requerido para que pueda considerarse una hipótesis fáctica como probada; y las razones epistémicas cuentan para determinar si, a la luz de las pruebas presentadas al proceso, se alcanza o no ese umbral. Siendo así, nada impide sostener que es verdadero o falso que el grado de corroboración de «*p*» supera el umbral de suficiencia y, en consecuencia, que «está probado que *p*» (Ferrer Beltrán, 2021, p. 200-201 nota 88)».

3. ÁMBITOS IRREDUCTIBLES DE SUBJETIVIDAD EN LA FORMULACIÓN Y APLICACIÓN DE ESTÁNDARES DE PRUEBA

3.1. Introducción

Incluso antes de la aparición del lenguaje hablado, las cosas del mundo se han vinculado a las personas a través de interrogantes del tipo qué, para qué, de qué modo, etc. En esta dirección, cuando un neandertal o un cromañón utilizaban un hueso de fémur de dinosaurio como maza para matar a animales más pequeños a los fines de alimento, indefectiblemente es que apreciaban el fémur con una noción conceptual, esto es, con el reconocimiento de determinado objeto que, usado de determinado, modo servía para determinado fin. En otras palabras, cada vez que estos sujetos veían un fémur, lo que veían era un elemento con el cual sabían que podían matar a un animal más pequeño.

Esto, con el avance de la historia y el desarrollo del lenguaje oral mutó hacia la vinculación entre objetos, conceptos y definiciones, que no es otra cosa más que la explicitación, la explicación del concepto a través del lenguaje.

En este sentido entonces, considero, el de «EDP» es un concepto, al igual que el carácter pretendidamente «objetivo» de los que se pudieran formular. Así las cosas, es que, como pretendo mostrar a partir de aquí, la construcción y aplicación de cualquier concepto tiene un ámbito irreductible de subjetividad que habitualmente no se reconoce y resulta relevante a los fines del análisis general de la cuestión.

3.2. La noción de «concepto». Las distintas teorías

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

- a) *Oración.*
- b) *Proposición.*
- c) *Concepto.*

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

Por su parte, una *proposición* es el significado de la oración en función asertiva¹¹. Más controvertido resulta precisar la noción de *concepto*, controversia que se irradia en dos direcciones: por un lado, vinculado a su carácter ontológico, o sea, en la pretensión de responder ¿qué es un concepto?; y, por otro lado, vinculado a su estructura, lo que procura responder a la pregunta ¿qué es lo que constituye a un concepto?

Desde el primero de esos aspectos, algunos teóricos sostienen que son *representaciones mentales*; otros refieren que son *aptitudes o habilidades* que tienen las personas; y una tercera posición las señala como *entidades abstractas* (Margolis y Laurance, 1999, p. 1-10).

La primera de las opiniones, que toma los conceptos como representaciones mentales, tiene su origen en el empirismo clásico. Para esta concepción, los conceptos son entidades psicológicas que pueblan nuestras mentes y que se constituyen a partir de nuestra percepción sensorial de los objetos del mundo. En este marco, por ejemplo, el concepto PIEDRA¹² es la representación mental —una imagen, por ejemplo— que tenemos de la «piedra-tipo» o «piedra-muestra».

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

Para el tercer enfoque los conceptos son entidades abstractas que integran y componen las proposiciones, son no localizables espaciotemporalmente y resultan accesibles para los seres humanos en tanto sujetos epistémicos, permitiéndoles conocer el mundo y orientarse en él (Díez y Moulines, 1999, p. 93). Así, los conceptos no están en la cabeza de las personas, sino que son entidades que median entre el pensamiento y el mundo que el sujeto capta o *trae*, precisamente, cuando tiene algún pensamiento: las palabras. En esta dirección, «casa» es la forma de expresar CASA en el sentido de vivienda.¹³

¹¹ Existen oraciones distintas que expresan la misma proposición, *i.e.*: «Raúl escalará el Monte Everest» y «El Monte Everest será escalado por Raúl».

¹² Utilizaré versalitas para referirme al concepto designado por el término; letra redonda a los fines del uso de la palabra —como vengo utilizando hasta el momento y seguiré haciendo—; cursiva para destacar el uso de una palabra, y eventualmente la palabra entre comillas para mencionarla, pero sin usarla.

¹³ La distinción entre una noción de concepto y otra no resulta en absoluto irrelevante en la medida en que, pareciera ser, la idea de concepto como entidad abstracta podría considerarse de una dimensión *objetiva* precisamente porque su existencia en nada dependería de un individuo, sino que resulta absolutamente ajena a él. Por su parte, las dos posiciones restantes, tendrían un contenido eminentemente *subjetivo*, ya sea vinculado a la circunstancia de que la *representación mental*, en virtud de ser mental, se vincula, precisamente, a cada sujeto en particular. En este sentido, una piedra —el objeto, la cosa— es objetiva, mientras que la representación mental de una piedra es subjetiva, y es subjetiva simplemente porque es mental. Así, *nótese, sin embargo, que la subjetividad de este tipo no excluye la posibilidad de que la misma representación sea compartida desde que dos personas pueden tener el mismo tipo de representación mental. Lo que resultaría muy difícil es que dos personas tengan la misma representación de muestra* (sería

Por su parte, los conceptos, mantienen una decisiva vinculación con los sistemas lingüísticos o, en otras palabras, existe una vital relación entre conceptos y palabras. Ese lazo es *la expresión* (Díez y Moulines, 1999, p. 94). La mayoría de las palabras que forman los juicios¹⁴, no son otra cosa que la forma de expresión de los conceptos (Larroyo 2008, XLVIII)¹⁵.

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

De otro costado, y en estricta relación con la estructura de los conceptos, existen distintas teorías acerca de cómo están constituidos, o sea, cuáles son sus componentes, y que podríamos distinguir en: *teoría clásica, teoría de los prototipos, la «teoría-teoría» de los conceptos, la teoría neoclásica y el atomismo conceptual* (Margolis y Laurance, 1999, p. 10-54). Creo que profundizar demasiado estas nociones es una labor que excede los límites del presente trabajo, aunque resulta necesario decir que, las cinco primeras, sostienen que los conceptos se estructuran en base a propiedades —que a su vez se remiten a otros conceptos— que se reconocen en los objetos y cuya identificación nos permite subsumir esas entidades dentro de los respectivos conceptos. Por su parte, el atomismo conceptual se diferencia de esa clase de teorías al sostener, por el contrario, que los conceptos carecen absolutamente de estructura¹⁶.

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

Luego, la posición restante también tiene un sustrato subjetivo en la medida que resulta de algún modo subsidiaria de las mayores o menores habilidades y capacidades de cada individuo para llevar adelante esa discriminación entre objetos y eventos del mundo.

¹⁴ Sería muy difícil poder incluir los *términos sincategoremáticos* dentro de los que expresan conceptos, salvo quizás en algún tipo de lenguaje científico-formal muy particular. Existen también casos de combinación de palabras que individualmente constituyen la expresión de conceptos, pero que al relacionarse, aunque gramaticalmente lo hagan correctamente, pierden ese carácter, *i.e.*: «cuadrado triangular».

¹⁵ De hecho, una de las clasificaciones que se hace en relación a los conceptos es la que distingue entre *conceptos lexicales y conceptos complejos* (Margolis y Laurence, 1999). Los primeros son los que se expresan a partir de una sola palabra —«perro»—. Los conceptos complejos son lo que se expresa mediante el uso de más de una palabra —«perro compañero»— y que, además, constituyen un concepto distinto de cada uno de los que expresaría las palabras que los conforman, individualmente consideradas.

¹⁶ Dworkin (2006, p. 9-12) plantea otras dos nociones, la de *conceptos criteriológicos y naturales*. Señala que los primeros son los que, para el uso del vocablo, se depende de ciertas condiciones que

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

3.3. Clases de conceptos¹⁷

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

Carl G. Hempel (1952, p. 50), en una sistematización compartida por Díez y Moulines (1999, p. 101 y ss.) y la mayoría de los filósofos de la ciencia, ha formulado una clasificación de los conceptos identificando tres categorías: la de *conceptos clasificatorios*, *comparativos* y *métricos*¹⁸.

debemos encontrar en las cosas o los objetos cuya existencia los hablantes comparten y que a la postre constituyen los criterios que determinan el uso/significado de los términos en cuestión. Esos criterios son los que suministran el parámetro para resolver si el término —y el concepto que le subyace— está correctamente utilizado. Que, como se aprecia, esta clase de conceptos dworkinianos se asemejan a los conceptos de *estructura* a los que me referí al comienzo de mi trabajo. Los *conceptos de clase natural*, por su parte, serían los que se refieren a objetos que admitimos poseen una naturaleza profunda que desconocemos pero que creemos es posible acceder a través del conocimiento experto.

¹⁷ La clasificación no es exhaustiva en ningún sentido: no reflejaré todas las clases desarrolladas por los teóricos en el mundo, y ni siquiera serán todas las que utilizaré en este trabajo, como se verá más abajo, en el punto IV.3.4.

¹⁸ Los *conceptos clasificatorios* son los que se usan con mayor frecuencia en la vida diaria y cotidiana ya que son los primeros que se aprenden y constituyen las herramientas que utilizamos desde niños para subsumir los objetos que nos rodean. Existen de muchas clases, algunos de ellos son los conceptos clasificatorios de color (ROJO, AZUL, VERDE), de temperatura (CALIENTE, FRÍO), de forma (REDONDO, CUADRADO, TRIANGULAR), de animales (VACA, PERRO, GATO), de plantas (ÁRBOL, FRUTAS, VERDURAS), de profesión (BOMBERO, POLICÍA, ABOGADO), de edad (JOVEN, NIÑO, adulto), de uso (MARTILLO, MESA, PLATO), de sustancia (LÍQUIDO, GASEOSO, SÓLIDO), etc. Por su parte, en una segunda categoría encontramos los *conceptos comparativos* que González Lagier (2007) define como «... aquellos que permiten comparar en qué grado dos objetos (o hechos) poseen una misma propiedad en común (por ejemplo, “dureza”, “antigüedad”, “altura”, etc....)». Dentro de estos encontramos, por ejemplo, MÁS PESADO QUE, EQUIVALENTE a, etc. Por último, los *conceptos métricos* son aquellos que asignan una magnitud a determinado objeto o fenómeno, como serían por ejemplo longitud, distancia, peso.

En lo que aquí importa, los jueces, al desarrollar la labor intelectual consistente en valorar la prueba y luego al tratar la suficiencia de la misma en relación a las hipótesis fácticas en discusión, utilizan constantemente conceptos de las tres categorías explicadas arriba. Conceptos como los de ARMA, MUERTO, DINERO, etc., pueden identificarse claramente dentro de la categoría de conceptos clasificatorios. Otros, como los de prueba, valorar, suficiente, etc. expresan a veces un concepto clasificatorio («está probado que *p*»), otras veces uno métrico («hay *x* grado de prueba en favor de *p*», «hay bastante prueba en favor de *p*»), y también, en algún caso, comparativo, como por ejemplo cuando digo «*p* está más probado que *q*». Así, por ejemplo, valorar abarca el comparar elementos de prueba, asignándoles peso o magnitud, de modo tal que en algún ámbito constituirá un concepto métrico y en otros uno del tipo comparativo. Lo mismo podemos decir de la noción consistente en indagar acerca de la suficiencia de determinado grado de corroboración que la prueba aporta en relación a determinada hipótesis. Sostener que determinado grado de convicción es suficiente para afirmar «está probado *p*» implica, clasificar y también medir. Finalmente, conceptos del tipo: baja probabilidad, alta probabilidad, etc. resultan ser conceptos métricos en la medida que asignan una magnitud a determinado objeto o condición.

En este contexto, creo útil identificar dos clases de conceptos que resultarán relevantes para mi tesis: los *conceptos descriptivos* y los *conceptos imputativos*.

Los *conceptos descriptivos* son aquellos que se vinculan con características que tienen los objetos o sucesos del mundo y que nos permiten usarlos solo a través de un ejercicio de reconocimiento que los usuarios realizamos de esas características. Por su parte, serán *conceptos imputativos* aquellos en los que las características o condiciones que nos permiten utilizarlos no están *en* el objeto o *en* el suceso del mundo, sino que son atribuidas por los usuarios a partir de circunstancias laterales o periféricas a la sustancia del objeto o suceso.

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

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

Ahora bien, no todos los conceptos se refieren a cosas, personas o sucesos del mundo, sino que también existen otros que no se refieren a ellos y que, en contraposición a aquellos que podríamos denominar *conceptos concretos* —en virtud de que se refieren a algo que podemos apreciar de algún modo a través de nuestros sentidos— he de denominar *conceptos abstractos* en el sentido de que tienen una existencia que podríamos llamar *no corpórea* o *no material*, como, por ejemplo, SUFICIENTE, COMPAÑERO, INMORAL, etc., aunque siempre se vinculan con otros *conceptos concretos*¹⁹.

¹⁹ Esto no significa que no podamos definir *inmoral* o *suficiente* prescindiendo de algún objeto o suceso particular del mundo, sino que, incluso esa definición se vinculará con *algo* del mundo. He aquí un ejemplo: *inmoral* es *aquello que* no cumpla con los valores de decencia de una sociedad. La referencia a «aquello que» es lo que vincula *inmoral* con el mundo.

En esta dirección, lo que quiero indicar entonces es que los conceptos imputativos son, en todos los casos, conceptos abstractos —aunque se vinculen con objetos o fenómenos del mundo, como los tres que señalé arriba²⁰— y, en alguna medida, también conceptos que implican alguna valoración que excede las condiciones intrínsecas y centrales del objeto que clasifico dentro de esa categoría.

Ferrer Beltrán (2002, p. 49) se ha referido a esto cuando hace referencia a la distinción entre hechos descriptivos y hechos valorativos y esta noción puede aplicarse perfectamente a la de conceptos que aquí defiendo, toda vez que los hechos a los que hace referencia y sobre los que plantea su distinción están vinculados, como hemos visto, a una dimensión conceptual que los precede y que permite incluirlos dentro de alguna de sus categorías. La cuestión aquí es que los conceptos valorativos no tienen un contenido exhaustivamente descriptivo sino imputativo. En el texto, a modo de ejemplo, utiliza la noción de OBSCENO. Así, sostener que un evento —exhibir los genitales en un bus repleto de personas— resulta obsceno implica atribuir a ese suceso, a partir de la existencia de elementos periféricos al mismo —el lugar donde se lleva a cabo, por ejemplo—, dicho carácter.

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

3.4. La subsunción conceptual descriptiva y la subsunción conceptual imputativa

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

Ahora bien, es importante a esta altura señalar cómo es la labor que realizan los jueces para vincular las nociones de entidades, características o condiciones y conceptos. Como mencioné al principio, lingüísticamente los conceptos se vinculan dando lugar a formulaciones denominadas *juicios* o *enunciados*. Si tomamos una sentencia

²⁰ Aunque resulta importante señalar que no todos los conceptos abstractos son imputativos.

judicial, podemos apreciar que a la misma le cabe perfectamente esta idea en virtud de que no es otra cosa más que un documento formado por una gran cantidad de juicios concatenados de modo tal que algunos se constituyen en las premisas sobre las que se asientan otros juicios denominados conclusiones, y al mismo tiempo son también las conclusiones que se derivan de las relaciones entre otros enunciados.

3.4.1. *Las nociones de «subsunción conceptual descriptiva» y «subsunción conceptual imputativa»*

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

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

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

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

Finalmente, la actividad de subsunción descriptiva y/o subsunción imputativa de segundo orden²¹ es la que consiste en encuadrar los hechos que se consideran probados —Juan mató a Pedro— dentro de una norma jurídica que regule el evento, en general, dentro del ámbito del derecho penal, atribuyendo consecuencias a los sujetos que de alguna manera hubieran participado en su producción. Esta clase de subsunción podría denominarse *subsunción jurídica*, que no es otra cosa más que un tipo particular y específico de subsunción conceptual.

Aunque es importante señalar que en la labor de encuadramiento jurídico también se llevan adelante acciones de imputación conceptual. Así, cuando calificamos una conducta de exhibición del cuerpo desnudo de una persona como *obscena* lo

²¹ Con esta expresión no quiero significar que sea de un menor nivel de importancia, sino que se lleva a cabo posteriormente a la subsunción conceptual.

hacemos no con significación para la vida común sino, especialmente, en el contexto jurídico, con relevancia normativa.

3.4.2. *Ámbitos irreductibles de subjetividad en la formulación y aplicación de estándares de prueba*

Existe un ámbito de subjetividad específico imposible de evitar, a priori, en la labor tanto de formulación como de aplicación de los estándares de prueba —análisis de suficiencia probatoria—, que es el que se vincula a la dimensión decisional de la actividad del operador jurídico.

Toda la actividad de subsunción descriptiva, así como la de subsunción imputativa, está atravesada por decisiones que, en muchos casos inconscientemente²², debe

²² Sostiene Ferrer Beltrán (2021, p. 32) que: «A pesar de todo ello, desde un punto de vista epistemológico, es claro que del convencimiento psicológico del juzgador respecto de p no se infiera nada acerca de la verdad de p ni tampoco respecto del grado de corroboración que las pruebas aportan a p . Tampoco desde un punto de vista causal hay evidencia alguna de que un mayor grado de corroboración probatoria esté vinculado con una mayor firmeza del convencimiento que las pruebas pudieran producir en los decisores. De hecho, todos observamos día a día cómo diferentes personas expuestas a la percepción de las mismas pruebas, alcanzan conclusiones distintas y grados de confianza subjetiva diversos en esas conclusiones. Eso es así, muy banalmente, porque en la conformación de nuestras creencias (y del grado de nuestra confianza en ellas) inciden múltiples factores, como nuestros prejuicios, sesgos, ideología, religión, conocimiento previo, experiencia vital, etc., además de las pruebas».

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

Dicen Nuria Cortada de Kohan y Guillermo Macbeth (2006, p. 57) que los procedimientos utilizados en la resolución de un problema o en la toma de una decisión pueden ser por algoritmos o por heurísticos. Los algoritmos son estrategias que garantizan la solución. Por ejemplo, un algoritmo son las reglas para realizar una división cualquiera de dos números, es decir lo que haríamos para dividir $10/2$. Esta garantizado que estas reglas nos darán un resultado indefectiblemente correcto. Los procedimientos heurísticos, en cambio, proveen ayuda en la solución de un problema, pero no de manera necesariamente justificada ni racional. Son juicios intuitivos, que se basan en el conocimiento parcial, en la experiencia o en suposiciones que a veces son correctas y a veces erradas. Este tipo de procedimientos mentales de simplificación (heurística), si bien con carácter general puedan ser útiles para la vida corriente, pueden estar enmarcados a partir, fundamentalmente, de sesgos, prejuicios y estereotipos.

En relación a los primeros encontramos de dos tipos, los denominados sesgos cognitivos y los llamados sesgos implícitos. Es clásico el estudio pionero de Tversky y Kahneman (1974) donde procedieron a relacionar y sistematizar esas técnicas o reglas heurísticas (*heuristics*), definiéndolas como aquellas «reglas cognitivas que todo ser humano aplica al procesar la información que recibe del exterior, y que

tomar el agente. En particular, muchas de esas decisiones se vinculan con conceptos que he denominado *atributivos* o *imputativos*, donde el contenido decisional se aprecia con mayor claridad aún en razón de que el sujeto no opera solo reconociendo características y encuadrándolas en categorías conceptuales, sino atribuyendo o imputando dichas categorías a partir de una labor valorativa.

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

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

La cuestión aquí es que, de la lectura de la obra general del autor, pero muy específicamente de su último libro, *Prueba sin convicción*, puede desprenderse, en mi opinión, que Ferrer Beltrán gestiona el concepto de SUFICIENCIA PROBATORIA como si fuera descriptivo cuando en realidad es imputativo.

Lo mismo ocurre con los modos en que los EDP que Ferrer Beltrán propone están formulados. Pensemos por ejemplo en el que el autor (2021, p. 209) denomina EDP1 y plantea del siguiente modo:

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

permiten reducir las tareas complejas de asignar probabilidad y predecir valores a operaciones de juicio más simples».

Otra categoría de variables que influyen de manera no necesariamente consciente en la toma de decisiones son los estereotipos, a los que podríamos definir como «creencias populares sobre los atributos que caracterizan a una categoría social y sobre los que existe un acuerdo sustancial» (Marlene 1973, p. 435). En este sentido:

Son el resultado de un proceso de categorización previa de los individuos en grupos, representación mental que tiene por objeto facilitar la socialización e integración de los sujetos en una comunidad, sistematizando y organizado la gran cantidad de información que los sujetos perciben del entorno [...] La existencia de estas creencias se explicaría por la percepción subjetiva de semejanzas y diferencias entre diferentes grupos que se asignan entre sí diferentes rasgos (Rodríguez, Sabucedo y Arce, 1991, p. 8).

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

Como puede apreciarse, los prejuicios y los estereotipos mantienen una relación bastante estrecha, al punto de que estos últimos, según se ha señalado, constituyen el componente cognitivo de los prejuicios (Pla, Adam y Bernabeu, 2013, p. 21).

a) La hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas y aportadas como pruebas al proceso.

b) Deben haberse refutado todas las demás hipótesis plausibles explicativas de los mismos datos que sean compatibles con la inocencia del acusado/demandado o más beneficiosas para él, excluidas las hipótesis ad hoc.

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

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

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

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

Lo mismo puede predicarse del resto de los conceptos señalados arriba. Pensemos el de PLAUSIBILIDAD o HIPÓTESIS PLAUSIBLE tal como lo utiliza Ferrer Beltrán en la formulación del EDP. Que una hipótesis resulte plausible implica predicar de ella algo más que lo que surge de los términos de la propia hipótesis. Sostener que una hipótesis resulta plausible es similar a decir que una exhibición resulta obscena: obedece a criterios valorativos que se predicen respecto del acto, que dependen de otras variables además de las condiciones o características del acto en sí mismo. Y esto es así toda vez que pronunciarnos acerca del carácter plausible de una hipótesis implica identificar en ella algún carácter adicional al que permite encuadrarla dentro del concepto de hipótesis, y esto es su carácter *posible*, y este es un campo muy amplio donde el operador, en alguna medida valora el contexto y asigna *posibilidad* a algunas de ellas.

El propio Ferrer Beltrán (2002, p. 49-53) parece reconocer este carácter en su propia obra cuando señala lo siguiente:

Son muchas las clasificaciones posibles de los tipos de hechos que son establecidos por las normas como condiciones para la aplicación de las consecuencias jurídicas [...] No obstante, a los efectos de este trabajo resulta de particular importancia aquella que distingue entre los hechos definidos descriptivamente y los hechos definidos valorativamente [...] En el primer caso, la identificación del supuesto de hecho se realiza a través de datos empíricos, esto es, en las características defini-

torias del supuesto de hecho en cuestión son exclusivamente empíricas. En el segundo caso, en cambio, se utilizan términos valorativos para definir el supuesto de hecho al que se vincula la consecuencia jurídica. Así sucede no solo en las disposiciones que hacen referencia expresa a la moral o a las buenas costumbres, sino también, por ejemplo, a nociones como el daño grave, la justa causa, la conducta propia de un buen padre de familia, etc.

[...] Así *p* será, por ejemplo, «La cláusula *c* es contraria a la moral». Esta proposición incluye dos aspectos: en primer lugar, hace referencia a la existencia de una cláusula (en un determinado contrato), lo que podrá ser objeto de prueba sin el mayor inconveniente. Por otra parte, califica valorativamente esa cláusula como contraria a la moral: Esto último hace que, para muchos autores, no sea posible atribuir valores de verdad a *p* y que tampoco puedan aportarse elementos de juicio cognoscitivos a favor de la misma, sino únicamente argumentos de tipo valorativo o prescriptivo [...].

[...] Este es el caso, por ejemplo, del daño grave [...]; de este modo, si el supuesto al que una determinada norma atribuya una consecuencia jurídica es la producción de un daño grave, será posible y necesaria la prueba de la producción del daño (y, en su caso, de su cuantía); una vez probada la ocurrencia del daño deberá plantearse la valoración del mismo como «grave» o no a los efectos de la aplicación de la consecuencia jurídica, pero esta valoración ya no forma parte de la prueba [...]

El fragmento citado merece varias reflexiones. En primer lugar, si bien el autor inicia haciendo referencia a «hechos descriptivos» y «hechos valorativos» esa misma noción puede aplicarse a la clasificación que he propuesto de *conceptos descriptivos* y *conceptos imputativos*, y tan es así que sobre el final del texto el propio Ferrer Beltrán deja de utilizar «hechos» y comienza a utilizar «conceptos», y esto es perfectamente razonable en la medida que, tal como lo he señalado arriba, la descripción de hechos no es otra cosa más que formulación lingüística de conceptos a los que denominamos «hechos».

Por su parte, cuando se refiere a la idea de «elementos de juicio a favor de *p*», esta es equivalente a lo que he venido mostrando respecto de la estructura de los conceptos apoyados en características o condiciones de las entidades respecto de las que se permite afirmar que pertenecen a determinada categoría. Así, la corroboración de la existencia de esas características son los «elementos de juicio» —a los que se refiere Ferrer Beltrán— que permiten sostener su pertenencia a la extensión del concepto.

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

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

Ferrer Beltrán añade más adelante lo siguiente:

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

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

En esos casos, la remisión a la moral social no es distinta de la remisión al uso social de cualquier otro término para determinar su significado. [...] De todos modos, que los conceptos valorativos densos tengan contenido informativo presupone que, de acuerdo con el uso común del término, existan algunos casos paradigmáticos. Cuando el juez se encuentre ante un caso de este tipo, podrá formular enunciados probatorios con fuerza descriptiva y será aplicable el análisis realizado en este capítulo. Cuando el juez se encuentre ante un caso dudoso, en cambio, cabrá únicamente que resuelva la indeterminación del uso social del término mediante la aplicación de su propia concepción valorativa y en ese supuesto, claro está, formulara un genuino juicio de valor (un enunciado con fuerza normativa).

Finalmente, resulta relevante hacer alguna referencia a la posibilidad o no de formular atribuciones de verdad o falsedad respecto de afirmaciones relativas a los hechos valorativos que yo equiparo a conceptos atributivos o imputativos. Así, sostener que el daño es grave, que la cláusula es inmoral, que el abuso sexual es corruptor, o que el grado de corroboración de la hipótesis *h* es suficiente para que resulte aceptable tenerla como probada, implica hacer una afirmación de la que pretende predicarse verdad o falsedad. En este contexto, lo que Ferrer Beltrán estimó que necesita para hacer consistente su teoría es que, precisamente, respecto de esa clase de hechos valorativos, se pueda predicar verdad o falsedad en relación con los criterios generales de uso del término en determinado grupo. En esta dirección, debo señalar, mi posición procura sostener que, fundamentalmente en el proceso de formulación de un EDP, el criterio de uso del concepto está determinado por el agente que lleva adelante la formulación. En este contexto, sostener que determinado nivel de corroboración de una hipótesis es *suficiente* para que resulte aceptable afirmar que la misma se encuentra probada implica una atribución, una imputación de suficiencia. Ahora bien, en razón de que al menos el EDP propuesto por el autor contiene no uno sino varios conceptos atributivos es que se requerirá luego una atribución de criterio para cada uno de ellos, lo que hace aun mucho más compleja no solo su formulación, sino también su aplicación al caso concreto.

Lo mismo cabe decir respecto del momento de aplicación del EDP. Así, pregunto yo, ¿cuál es el uso común del término «suficiente» para poder predicarlo de determi-

nado grado de corroboración de una hipótesis con el objeto de sostener que dicha hipótesis *está probada*? ¿Es el que determina el legislador en el momento de formular el EDP? Si así fuera, ¿cuál es la vigencia que ese uso común tendría?

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

4. CONCLUSIÓN

Dice Dei Vecchi (2022, p. 337-373):

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

Ahora bien, el truco funcionará tan solo a condición de que esas propiedades epistémicas o «resultados probatorios» concretos sean «metafísicamente objetivos». Su ocurrencia en cada caso no puede depender de evaluaciones personales de quienes juzgan, *i.e.* de quienes aplican los EdP. Caso contrario, la tesis descriptivista seguiría siendo insostenible. Obsérvese bien: no estoy diciendo que la comprobación de la ocurrencia de esos rasgos o resultados probatorios no pueda depender de quien juzga. Lo crucial es que su ocurrencia misma —*i.e.*, el «hecho» de que la hipótesis posea esas propiedades— tiene que ser completamente independiente de toda evaluación judicial autónoma. Lo primero consiste en un problema epistemológico; lo segundo, en uno ontológico.

En este contexto, si la tesis de Ferrer Beltrán fuera correcta, ¿cuál sería la razón que legitimaría la existencia de jueces como sujetos que ejerzan la jurisdicción? O sea, los jueces podrían pasar a ser meros *checklisters especializados* en el sentido de que se sentarían frente a la prueba y *tildarían* casilleros si la misma alcanza esos criterios objetivos de suficiencia sin ningún tipo de intervención mayor ni mejor y esto es, ni más ni menos, imposible que ocurra jamás en el paradigma actual, básicamente por dos razones. La primera de ellas, de reconocimiento ontológico de la psicología judicial: los jueces tienen poder y son conscientes de ello y su poder jamás va a pretender limitarse solo a esa clase de requerimientos. Segunda razón, práctica: el cumplimiento de esos roles podría llevarlo a cabo cualquier persona que tuviera la

suficiente capacidad de evaluar hechos y compararlos con los EDP, siendo que los jueces solo resultarían útiles en el proceso de aplicar la norma. Esto implicaría un cambio absoluto del concepto de jurisdicción que creo que esta tesis no recoge. La jurisdicción se define como la capacidad de decidir legítimamente los casos concretos que se sometan a la evaluación de un juez, y esa noción de decisión abarca tanto el aspecto fáctico —qué hechos están probados—, como el jurídico —qué norma debe aplicarse—. Esta posición no da cuenta de las implicancias institucionales en términos procesales que podrían derivarse de ella.

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

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

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

Por último, creo que ninguno de estos problemas se haría presente en caso de EDP si utilizáramos otras formas de control intersubjetivo que también resultan racionales, aunque no impliquen un diseño objetivo como el que planteé en el párrafo anterior. Por ejemplo, los mismos EDP que formula Ferrer Beltrán son muy buenos ejemplos de ello, pero el control sobre si fueron alcanzados no puede ser a nivel

descriptivo como el autor pretende, sino a nivel del análisis de la racionalidad de la imputación de suficiencia realizada por el juez, y dicho examen es solamente realizable a partir de la justificación que el propio juez brinde respecto de esa operación.

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

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilera García, E. (2021). Dudando de las dudas sobre la formulación de estándares de prueba jurídicos (razonablemente) objetivos. En *Ciencia y Justicia. El conocimiento experto en la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Evidencia científica*. Ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. (2021). Los límites de la lógica y del razonamiento jurídico. En C. E. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho* (pp. 335-358). Trotta. (Obra original publicada en 1989)
- Arena, F. J. (2016). Los estereotipos normativos en la decisión judicial: una exploración conceptual. *Revista de derecho*, 29, 51-75.
- (2021). Responsabilidad por sesgos implícitos y decisión judicial. En *Fundamentos filosóficos del Derecho Procesal* (pp. 47-80). Tirant Lo Blanch.
- Bayón, J. C. (2008). Epistemología moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano. *Análisis e diritto*.
- Bustamante Rúa, M. (2010). La relación del estándar de prueba de la duda razonable y la presunción de inocencia desde el garantismo procesal en el Proceso Penal Colombiano. *Opinión Jurídica*, 9(17), 71-91.
- Clermont, K. M. (2009). Standards of Proof Revisited. *Cornell Law Faculty Publications*, 13, 469-487.
- Clermont, K. M. y Sherwin, E. (2002). A Comparative View of Standards of Proof. *Cornell Law Faculty Publications*, 50(2), 243-275.
- Cortada de Cohan, N. y Mcbeth, G. (2006). Los sesgos cognitivos en la toma de decisiones. *Revista de Psicología*, 2 (3), 55-67. <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/6131/1/sesgos-cognitivos-toma-de-decisiones-kohan.pdf>
- Dei Vecchi, D. (2022). Prueba sin convicción en su justa medida. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 45, 337-373.
- DeKay, M. L. (1996). The Difference between Blackstone-Like Error Ratios and Probabilistic Standards of Proof. *Law & Social Inquiry*, 21(1), 95-132.
- Díez, J. A. y Moulines, C. U. (1999). *Fundamentos de Filosofía de la Ciencia* (2ª ed revisada). Ariel.
- Dworkin, R. (2006). *Justice in robes*. The Belknap Press of Harvard University Press.
- Ferrer Beltrán, J. (2001). Está probado que p. En L. Triolo, *Prassi giuridica e controllo di razionalità* (pp. 73-96). G. Giappichelli.
- (2002). *Prueba y verdad en el derecho*. Marcial Pons.
- (2007). *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons.
- (2018). Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea. En D. M. Papayannis y E. Pereira Fredes, *Filosofía del derecho privado* (pp. 401-430). Marcial Pons.
- (2021). *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*. Marcial Pons.
- Gardiner, G. (2017). In Defense of Reasonable Doubt, *Journal of Applied Philosophy*, 34(2), 221-241.

- Gascón Abellán, M. (2005). Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28, 127-139
- González Lagier, D. (2007). Hechos y Conceptos. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, 15. <https://www.uv.es/CEFD/15/lagier.pdf>
- (2013a). *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. Fontamara.
- (2013b). *Las paradojas de la acción*. Marcial Pons. (Obra original publicada en 2001)
- Guthrie, C., Rachlinsky, J. J. y Wistrich, A. J. (2001). Inside the Judicial Mind. *Cornell Law Faculty Publications*, 86, 787.
- Hempel, C. (1952). *Fundamentals Concept Formation in Empirical Science*. The University of Chicago Press.
- Igartúa Salaverria, J. (2005). Prolongaciones a partir de Laudan. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28.
- Larroyo, F. (2008). Estudio introductorio. La lógica griega hasta Aristóteles. En Aristóteles, *Tratados de lógica. El Organon*. Porrúa.
- Laudan, L. (2003). Is reasonable Doubt Reasonable? *Legal Theory*, 9(4), 295-331.
- (2005). Un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar de prueba. *Doxa*, 28, 95-113
- (2007). Strange Bedfellows. Inference to the Best Explanation and the Criminal Standard of Proof. *International Journal of Evidence & Proof*, 11(4), 292.
- (2013). *Verdad, error y proceso penal: un ensayo sobre epistemología jurídica*. Marcial Pons.
- (2016). *The Law's Flaws. Rethinking Trials and Errors?* Lightning Source.
- Laudan, L. y Saunders, H. (2009). Re-Thinking the Criminal Standard of Proof: Seeking Consensus About the Utilities of Trial Outcomes. *International Commentary on Evidence*, 7(2).
- Lillquist, E. (2002). Recasting Reasonable Doubt: Decision Theory and the Virtues of Variability. *UC Davis Law Review*, 36, 85-197. <https://ssrn.com/abstract=349820> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.349820>
- Mackie, M. (1973). Arriving at Truth by Definition: Case of Stereotype Inaccuracy. *Social Problems*, 20(4). <https://www.jstor.org/stable/799706>.
- Margolis, E. y Laurence, S. (1999). *Concepts. Core Readings* (pp. 1-54). MIT Press.
- Nance, D. A. (2016). *The Burdens of Proof*. Cambridge University Press.
- (2018). Belief Functions and Burdens of Proof. *Law, Probability and Risk*, 18(1), 53-76.
- Newman, J. O. (2007). Quantifying the Standard of Proof Beyond a Reasonable Doubt: A Comment on Three Comments. *Law, Probability and Risk*, 5, 267-269.
- Pérez Barberá, G. y Bouvier, H. G. (2004). Casación, lógica y valoración de la prueba: Un análisis de la argumetación sobre los hechos en las sentencias de los tribunales casatorios. *Pensamiento Penal y Criminológico: revista de Derecho Penal integrado*, 9, 171-195.
- Picinali, F. (2009). Is «Proof Beyond a Reasonable Doubt» a Self-Evident Concept? Considering the U.S. and the Italian Legal Cultures towards the Understanding of the Standard of Persuasion in Criminal Cases. *Global Jurist*, 9(4).
- (2015). The Threshold Lies in the Method: Instructing Jurors about Reasoning Beyond Reasonable Doubt. *International Journal of Evidence & Proof*, 19(3), 139-153.
- (2018). Can the Reasonable Doubt Standard be Justified? A Reconstructed Dialogue. *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 31(2), 365-402.
- Pla, I., Adam, A. y Bernabeu, I. (2013). Estereotipos y prejuicios de género: factores determinantes en Salud Mental. *Norte de salud mental*, 11(46), p. 20-28.
- Pennington, N. y Hastie, R. (1991). A Cognitive Theory of Jurors Decision Making. *Card. L. Rev.*, 13, 519-557.
- Rapetti, P. (2019). *Desacuerdos en el Derecho y Positivismo Jurídico*. Marcial Pons.
- Rodríguez, M. S., Sabucedo, J. M. y Arce, C. (1991). Estereotipos regionales y nacionales: del conocimiento individual a la sociedad pensante. *Aprendizaje, Revista de Psicología Social*, 6(1).
- Stoffelmayr, E. y Diamond, S. (2000). The Conflict Between Precision and Flexibility in Explaining «Beyond a Reasonable Doubt». *Psychology, Public Policy, and Law*, 6(3), 769-787.

Tversky, Amos y Kahneman, D. (1974). Judgement under Uncertainty: Heuristics and Biases. *Science*, 185(4157), 1124-1131. <http://links.jstor.org/sici?sici=0036-8075%2819740927%293%3A185%3A4157%3C1124%3AJUUHAB%3E2.0.CO%3B2-M>