

Qf

Quaestio *facti*

Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio
International Journal on Evidential Legal Reasoning

2025 | N. 9

www.quaestiofacti.com

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© CÁTEDRA DE CULTURA JURÍDICA

© MARCIAL PONS
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
C/ Tamayo y Baus, 7, Bajo izq. – 28004 Madrid
☎ (91) 304 33 03
www.marcialpons.es
ISSN: 2604-6202
Depósito legal: M. 3.518–2020
Fotocomposición: Ene Estudio
Impresión: ELECÉ, Industria Gráfica, S. L.

DIRECTORES

Diego Dei Vecchi
Universitat de Girona, España

Jordi Ferrer Beltrán
Universitat de Girona, España

COMITÉ DE REDACCIÓN

Daniela Accatino
Universidad Austral de Chile, Chile

Daniel González Lagier
Universidad de Alicante, España

Edgar Aguilera
Universidad Autónoma del Estado de México.
Universitat de Girona, España

Carmen Vázquez
Universitat de Girona, España

SECRETARÍA DE REDACCIÓN Y EDICIÓN

Anna de Castro Cros
Universitat de Girona, España

COMITÉ EDITORIAL

Flavia Carbonell
Universidad de Chile, Chile

Antonio Manzanero
Universidad Complutense de Madrid, España

Mauricio Duce
Universidad Diego Portales, Chile

Florencia Rimoldi
Universidad de Buenos Aires, Argentina

Mercedes Fernández
Universidad de Alicante, España

Sarah Summers
University of Zurich, Suiza

Raymundo Gama
Instituto Tecnológico Autónomo de México

Giovanni Tuzet
Università Bocconi, Italia

Ho Hock Lai
National University of Singapore, Singapur

Jonatan Valenzuela
Universidad de Chile, Chile

CONSEJO ASESOR

Ronald Allen

Northwestern University, EEUU

Amalia Amaya

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Lorena Bachmaier

Universidad Complutense de Madrid, España

Zhang Baosheng

University of Political Science and Law (CUPL),
China

Lorenzo Bujosa

Universidad de Salamanca, España

Rodrigo Coloma

Universidad Alberto Hurtado, Chile

Elena d'Alessandro

Università di Torino, Italia

Jacopo Della Torre

Università di Genova, Italia

Margarita Diges

Universidad Autónoma de Madrid, España

Gary Edmond

University of New South Wales, Australia

Marina Gascón

Universidad de Castilla-La Mancha, España

Susan Haack

University of Miami, EEUU

Rachel Herdy

Universidad Adolfo Ibáñez, Chile

John Jackson

University of Nottingham, Reino Unido

Giulia Lasagni

Università di Bologna, Italia

Giuliana Mazzoni

University of Hull, Reino Unido

Dale Nance

Case Western Reserve University, EEUU

Jordi Nieva-Fenoll

Universitat de Barcelona, España

Eduardo Oteiza

Universidad Nacional de La Plata, Argentina

Andrés Páez

Universidad de los Andes, Colombia

Catherine Piché

Université de Montréal, Canadá

Joan Picó i Junoy

Universitat Pompeu Fabra, España

Giovanni Priori

Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú

Vitor Lia de Paula Ramos

Pontificia Universidad Católica
do Rio Grande do Sul, Brasil

Ana Rodríguez Álvarez

Universidad de Santiago de Compostela, España

Paulo de Sousa Mendes

Universidade de Lisboa, Portugal

Giulio Ubertis

Università Cattolica del Sacro Cuore, Italia

Alan Uzelac

University of Zagreb, Croacia

INDICE

ENSAYOS

Bruno Bianco, <i>¿Hazte fama y échate a dormir? La utilización de las condenas previas de la persona acusada para probar su culpabilidad en un proceso penal</i>	11
Cristian Ayan, <i>Inferencia epistémica y argumentación. Análisis de posibles refutaciones a argumentos probatorios basados en máximas de experiencia</i>	47
Raphael Lavez, <i>Prueba y regla general antiabuso en los convenios de doble imposición: cuestiones a partir del Principal Purpose Test de la OCDE</i>	77
Ho Hock Lai, <i>Should We Be Convicting People We Don't Believe to Be Guilty?</i>	101
Camila Umpiérrez Blengio, <i>Los hechos notorios en el razonamiento probatorio</i>	131
Timothy Williamson, <i>The Content of Legal Evidence</i>	157
Paola Yaber Coronado, <i>Problemas de la aplicación de presunciones en la evasión fiscal. Análisis del tráfico de comprobantes fiscales en la legislación mexicana</i>	177

CONJETURAS Y REFUTACIONES

Loredana Garlati, <i>Prove legali e intimo convincimento. Strade parallele o inevitabile intreccio? Note a margine di Taking the Evolution of the Standards of Proof for a Criminal Conviction Seriously di Jacopo Della Torre</i>	211
--	-----

Paul Roberts, <i>Standards and Methods of Proof: An English Perspective on Della Torre's Comparative Legal History</i>	225
Giovanni Tuzet, <i>The Bard Standard: from Historical Sources to New Challenges. A Comment on Della Torre</i>	241

ENSAYOS

¿HAZTE FAMA Y ÉCHATE A DORMIR? LA UTILIZACIÓN DE LAS CONDENAS PREVIAS DE LA PERSONA ACUSADA PARA PROBAR SU CULPABILIDAD EN UN PROCESO PENAL*

Bruno Bianco

Universidad de Buenos Aires

brunobianco@derecho.uba.ar

RESUMEN: Partiendo de lo que la cultura jurídica del common law ha denominado *character evidence*, el trabajo se propone analizar un tipo de prueba particular de dicha categoría: las condenas previas de la persona acusada como prueba de su culpabilidad en un proceso penal. El análisis se estructura a partir de los motivos epistémicos y no epistémicos para incluir o excluir este tipo de prueba. Desde allí, se aborda la relevancia de estas pruebas y, a su vez, se proponen determinados criterios con el objetivo de poder determinar cuándo una condena previa puede ser relevante y en qué medida. Asimismo, se aborda la cuestión vinculada a si este tipo de pruebas genera un perjuicio indebido. Por último, se ponen de relieve las discusiones morales con relación al principio de autonomía de la persona y la clásica sobre derecho penal de autor y derecho penal de acto.

PALABRAS CLAVE: Prueba de carácter; antecedentes; condenas previas; relevancia; perjuicio indebido; derecho penal de autor.

* Agradezco a Daniel González Lagier por el acompañamiento y por sus comentarios durante la realización de este trabajo, y a Mariana Delgado Nieves y Carmen Vázquez por las críticas y las observaciones efectuadas al integrar el tribunal —junto con González Lagier— que evaluó una versión previa de este artículo presentada como Trabajo Final del Máster en Razonamiento Probatorio de la Universidad de Girona. También deseo expresar mi gratitud por las recomendaciones, lecturas y críticas que desinteresadamente me han realizado durante este proceso mis destacados colegas y grandes amigos, Alan Limardo, Diana Veleda y Pablo Rovatti. Por último, deseo extender el agradecimiento a los dos dictaminadores/as anónimos/as cuyos comentarios han resultado de gran aporte.

**GIVE A DOG A BAD NAME AND HANG HIM.
THE USE OF PREVIOUS CONVICTIONS TO PROVE THE GUILT OF THE
DEFENDANT IN CRIMINAL TRIAL**

ABSTRACT: Based on what the legal culture of *common law* has called character evidence, the work aims to analyze a particular type of evidence that falls into that category: the previous convictions of the accused person as evidence of his guilt in a criminal process. The analysis is based on the epistemic and non-epistemic reasons for including or excluding this type of evidence. The relevance of this evidence is addressed and certain criteria are proposed with the aim of determining when a previous conviction may be relevant and to what extent. Also the question of whether this type of evidence generates a prejudice to the defendant is addressed. Finally, the moral discussions are highlighted in relation to the principle of autonomy and the offender-based criminal law.

KEYWORDS: character evidence; criminal records; relevance; prejudice; offender-based criminal law.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. ¿A QUÉ LLAMAMOS *CHARACTER EVIDENCE*?.— 3. RAZONES EPISTÉMICAS PARA INCLUIR O EXCLUIR LAS CONDENAS PREVIAS COMO PRUEBA DE LA CULPABILIDAD DE LA PERSONA ACUSADA: 3.1. ¿Pueden ser relevantes las condenas previas de la persona acusada?; 3.2. Criterios de relevancia; 3.3. ¿Existe un riesgo de sobrevaloración de este tipo de pruebas?.— 4. RAZONES NO EPISTÉMICAS PARA EXCLUIR LAS CONDENAS PREVIAS COMO PRUEBA DE LA CULPABILIDAD DE LA PERSONA ACUSADA: 4.1. El argumento basado en la dicotomía «derecho penal de autor» *vs.* «derecho penal de acto»; 4.2. La objeción en base al principio de autonomía; 4.3. La objeción en base al modelo a de incentivos y el efecto negativo sobre la disuasión.— 5. CONCLUSIÓN.— BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Juan se enfrenta a un proceso penal en el cual se le atribuye haber cometido un robo con un arma de fuego en un comercio de la zona en la que vive. De la denuncia del hecho surgió un dato peculiar: el ladrón ingresó al comercio con una máscara de Lionel Messi, lo que llamó la atención del dueño. Para el juicio, el fiscal propone como prueba un antecedente penal que Juan registra por un robo con un arma de fuego, a otro comercio de la zona. En aquella sentencia, se consideró probado que Juan había ingresado a robar en el comercio con una máscara de Diego Maradona.

Al mismo tiempo, Juan es acusado frente a otro tribunal por un hecho distinto. Esta vez, se investiga un abuso sexual ocurrido en la misma zona. El fiscal de este caso solicita que se incorporen los antecedentes condenatorios que registra Juan como prueba, que consisten, únicamente, en aquella condena por un robo con un arma de fuego cometido con la máscara de Diego Maradona.

Ambos tribunales tienen que resolver si debe admitirse el antecedente condenatorio de Juan como prueba de su culpabilidad. Para ello, deberán realizarse varias preguntas: ¿es la condena previa una prueba relevante?; si así lo fuese, ¿se trata de una prueba problemática, es decir, que pudiera dar lugar a confusiones por quien deba decidir el caso?; ¿existen razones no vinculadas a la averiguación de la verdad que conduzcan a excluir esta prueba? Estas preguntas —que, idealmente, deberían hacerse ambos tribunales— son las que buscaré analizar en este trabajo.

El objetivo de esta investigación es evaluar si existen obstáculos para utilizar las condenas previas como prueba de la culpabilidad de la persona acusada en el marco de un proceso penal¹. Esta cuestión ha sido abordada en profundidad en el ámbito del derecho anglosajón, dentro de lo que allí se ha denominado *character evidence*. A grandes rasgos, los estudios dedicados a la categoría *character evidence* buscan dar respuesta a la pregunta acerca de si debemos, o no, utilizar como prueba la información sobre el pasado de una persona. Si bien el tema comprende distintos tipos de información, en este trabajo buscaré analizar un tipo de conducta previa de la persona muy particular: la existencia de condenas previas. Mi interés se justifica en la circunstancia de que se trata de aquella porción de la categoría de *character evidence* que más debates genera, tanto en nuestra tradición jurídica² como en el ámbito del *common law*.

En primer lugar, me dedicaré a explicar a qué se ha denominado *character evidence* en la tradición del *common law* y ubicaré, dentro de esa categoría, el tema objeto de mi trabajo. Asimismo, buscaré demostrar por qué razones este tema merece una atención particular en nuestra cultura jurídica, como la ha recibido en los sistemas del *common law*, donde su estudio ha tenido un desarrollo robusto.

En tercer apartado, buscaré introducirme en las razones epistémicas para incluir o excluir este tipo de pruebas. Como ocurre con el resto de las pruebas, el primer filtro para evaluar su admisión al proceso es el de la relevancia. En consecuencia, me preguntaré si las condenas previas de una persona acusada son relevantes para probar su culpabilidad en un proceso penal. Adelanto que la respuesta a este interrogante no resulta sencilla ni uniforme. En otras palabras: este tipo de pruebas pueden resultar relevantes en mayor y en menor medida, llegando incluso a no serlo en algunas ocasiones. Esta situación abre la puerta a la necesidad de contar con criterios de relevancia que, entiendo, resultan fundamentales para analizar con mayor precisión las credenciales epistémicas de estas evidencias en cada caso concreto.

¹ Es necesario realizar dos aclaraciones previas. Cuando hablo de *utilizar* una prueba, me refiero a que dicho elemento sea utilizado como premisa en una inferencia probatoria (inferencia sobre la que volveré a lo largo del trabajo). Asimismo, cuando hablo de *culpabilidad* me refiero a la determinación de que la persona es culpable (o penalmente responsable) y no a la culpabilidad como estamento de la teoría del delito.

² Si bien este no ha sido un ámbito explorado teóricamente en nuestra cultura jurídica, la discusión práctica sobre la utilización de los antecedentes penales como prueba está presente constantemente. Sobre esto se volverá en el siguiente apartado.

Luego, analizaré si, aun habiendo arribado a la conclusión afirmativa sobre su relevancia, estas pruebas pueden resultar «problemáticas» o «peligrosas», en el sentido que existan otros motivos epistémicos para pensar en su exclusión, ya sea por existir un riesgo de sobrevaloración o un riesgo de disminución del estándar probatorio en función de una valoración moral sobre la persona acusada.

A continuación, me detendré a analizar si existen razones no epistémicas para excluir este tipo de pruebas del proceso (cuarto apartado). Aquí el análisis no versará sobre si las condenas previas pueden resultar relevantes para probar la culpabilidad de la persona acusada, sino que abordaré las discusiones existentes con relación a si, aun de considerarse relevantes, la utilización de las condenas previas como elemento de prueba puede ocasionar un perjuicio moral al acusado. Particularmente, me detendré sobre los dos argumentos más recurrentes que se erigen como objeciones morales a la utilización de este tipo de pruebas: aquel que sostiene que utilizar los antecedentes de la persona acusada resulta contrario al *derecho penal de acto* y, consecuentemente, responde a un *derecho penal de autor* y la objeción moral basada en que el uso de estas pruebas socava la autonomía del individuo y, por ende, su dignidad humana. Por última, exploraré el argumento que sostiene que estas pruebas deben ser excluidas debido a que socavan el poder disuasorio que supone la amenazada de pena en un proceso criminal.

2. ¿A QUÉ LLAMAMOS *CHARACTER EVIDENCE*?

Bajo el título *character evidence* en el ámbito del *common law* estudian las pruebas vinculadas con el carácter de la persona. Como primera aproximación —todavía de un modo demasiado general— puede afirmarse que se trata de un tipo de prueba que busca incorporar información sobre el comportamiento pasado de la persona para realizar distintas inferencias vinculadas a ella y a su comportamiento³.

Así, como primera medida, es prudente preguntarnos a qué llamamos carácter. Esta no es una pregunta fácil de responder. Anderson (2012) nos alerta que la respuesta no se encuentra en las reglas que regulan este tipo de pruebas⁴ ni en las decisiones de los tribunales sobre su admisibilidad (p. 1919). Lo primero que debemos advertir es que, como explica Redmayne (2015), en el lenguaje ordinario, este término suele estar reservado para hablar de *rasgos morales*, tales como «desinterés,

³ Estas pruebas suelen tener como objetivo fundar distintas inferencias sobre la persona acusada: (i) su propensión a delinquir; (ii) su credibilidad; (iii) la proyección de riesgos futuros vinculados al comportamiento que habrá de tener en el caso de acceder a una libertad anticipada o permanecer en libertad durante el proceso. Asimismo, esta información suele utilizarse para el juicio de cesura. Más allá de que este tema —denominado «sentencing» en el *common law*— quedará por fuera del desarrollo de este trabajo, oportunamente se explicará por qué, en la práctica de nuestra tradición jurídica, juega un rol fundamental.

⁴ El autor se refiere a las *Federal Rules of Evidence*, cuerpo normativo sobre el que está basado su artículo.

honestidad, valentía» o para hablar de *aspectos de la personalidad*, y hacer referencia a «una persona malhumorada, reservada o impulsiva» (p. 6).

Así, el interés sobre estos rasgos morales o de la personalidad fue abordado en primer término por otras ciencias como la psicología o la filosofía. Dicho interés giró en torno a que el carácter es visto, en ocasiones, como una fuente importante del comportamiento de las personas⁵. Bajo esa premisa, si podemos detectar ciertas cuestiones vinculadas con el carácter de la persona, entonces podremos inferir de qué forma habrá de comportarse⁶. Por ejemplo, si sabemos que Juan es una persona violenta, podemos concluir que Juan, habitualmente, se comporta de un modo violento.

Antes de avanzar, es necesaria una aclaración: sólo si consideramos que el comportamiento puede estar condicionado por el carácter y las situaciones y negamos que las personas se comportan según un libre arbitrio impredecible, podemos asignarle algún sentido a este tipo de prueba «predictivas» (Pundik, 2024, p. 3). Si, por el contrario, abonamos a la teoría de que las personas se comportan de un modo *necesariamente impredecible*, entonces poner el foco en sus comportamientos pasados o en los rasgos de su carácter carecería de sentido.

Dicho esto, como afirmé en el comienzo de este apartado, el carácter de las personas también despertó el interés del derecho probatorio. Esto se debe que, a través de la utilización de determinadas pruebas que aportan información sobre las personas, se busca probar la propensión de esa persona a comportarse de determinada manera. En palabras de Redmayne (2015), el derecho probatorio utiliza el término carácter

⁵ En el campo de la psicología se ha debatido, durante un largo período de tiempo, si el origen del comportamiento de las personas se explicaba a través de su carácter o si lo que realmente condicionaba al comportamiento eran las situaciones en las que las personas actuaban. Más allá de los contrapuntos sobre estas consideraciones, se ha arribado a un consenso en el entendimiento que tanto el carácter de la persona como las situaciones son importantes como fuente del comportamiento, transitando de este modo el camino desde la dicotomía «situacionismo vs. personalismo» hacia el «interaccionismo» (Redmayne 2015, pp. 10-16). Ahora bien, gracias a la agudeza conceptual de uno de los revisores anónimos de este trabajo, a quien agradezco especialmente por su gran aporte, creo que es necesaria una aclaración: Los *rasgos* a los que se hace referencia no son la repetición de ciertas conductas, sino que son indicadores de que una persona suele comportarse de determinada manera (lo dicho, son una de las fuentes del comportamiento). Podríamos trazar la siguiente analogía: cuando concurrimos al médico, este nos examina, observa los síntomas y elabora un diagnóstico. Si en 2020, el paciente se presenta con tos, dolor de garganta y pérdida de olfato, razonablemente el médico diagnosticará que posee el virus covid-19. Los síntomas no son la enfermedad, sino que son indicadores de que, probablemente, el paciente posee esa enfermedad.

⁶ Para Anderson (2012) «parece intuitivo que las personas tengan algo dentro llamado carácter, compuesto, a su vez, de ciertos rasgos. Y que estos rasgos influyen en la forma en que las personas se comportan». En ese sentido, aporta el siguiente ejemplo: «Si Sally tiene el rasgo característico de ser alguien altruista, entonces un observador podría creer que es menos probable que haya cometido un robo. Del mismo modo, si Bob tiene rasgos en su carácter de ser una persona violenta, ese mismo observador podría pensar que es más probable que haya cometido un delito violento». Así, concluye que, «de acuerdo con lo que demuestran estudios de la psicología, el carácter es fuertemente determinante de la conducta futura» (pp. 1915-1916).

«para referirse al comportamiento pasado y a la tendencia a comportarse de determinada manera» (p. 6)⁷. En conclusión, al derecho probatorio lo que le interesa es esa propensión del comportamiento. El carácter, en todo caso, puede aparecer como uno de los aspectos que determina al comportamiento.

Esta idea de propensión, introducida a través de estas pruebas, es utilizada para probar distintas cuestiones. Así, el testimonio de un excompañero de trabajo de Juan, que cuenta la cantidad de veces que este mintió en su trabajo, busca atacar la credibilidad de Juan y desestimar su descargo. Por otro lado, el informe que prueba que Juan, en un proceso anterior, se fugó una vez excarcelado, busca apoyar el dictado de una prisión cautelar en un nuevo proceso (*i.e.*, se presume que, si es excarcelado, entonces volverá a fugarse). En este contexto, el trabajo propone analizar la utilización de las condenas previas como prueba de la culpabilidad de la persona acusada: la utilización del antecedente de Juan para probar su propensión a delinquir y, en consecuencia, apoyar la idea de que es culpable del hecho que ahora se le imputa.

De esta manera, si bien resulta atendible la preocupación de Anderson (2012) respecto a obtener una definición precisa del término carácter, la idea de propensión explicada por Redmayne (2015) parece satisfacer conceptualmente el análisis que tiene lugar en el razonamiento probatorio.

Lo cierto es que este tipo de pruebas aparece constantemente en los procesos penales. Es común, como vimos en el ejemplo de la introducción, que la acusación busque incorporar al proceso los antecedentes condenatorios de Juan como prueba de su propensión delictiva, intentando demostrar que, en el hecho que ahora se le imputa, actuó de aquella manera. Ello, como adelanté, mereció la atención de los sistemas del *common law*, donde la reacción en contra de este tipo de pruebas no tardó en aparecer⁸. Esta reacción se apoyó, sobre todo, en la preocupación de que su incorporación generara un *perjuicio indebido* sobre el acusado. Este perjuicio podría derivarse de que los jurados, influenciados por el pasado criminal de la persona acusada: (i) otorgaran a ese elemento de juicio un valor mayor del que en verdad tiene; (ii) disminuyeran el estándar probatorio, generando así una mayor predisposición a condenar a esa persona⁹.

⁷ En el mismo sentido, Dennis (2013) afirma que «*character*», para el razonamiento probatorio, significa simplemente «la tendencia de una persona a comportarse de una forma particular». Y agrega que «[d]isposición o propensión son otros dos términos que pueden usarse en el mismo sentido» (p. 776).

⁸ Las detalladas regulaciones sobre *bad character* y *criminal record evidence* en principio vedan la utilización del carácter de la persona o las condenas previas que ésta registre, como prueba de su propensión delictiva. En este sentido, los arts. 99 y ss. del *Criminal Justice Act* del Reino Unido, prevén que dicha prueba será admisible solo en las excepciones que dispone; del mismo modo la regla 404 de las *Federal Rules of Evidence* de EE.UU, establecen en su inc. (a), apartado (1) la prohibición de utilizar estas pruebas para probar que «en una ocasión particular, la persona actuó de acuerdo ese carácter o rasgo»

⁹ Este tipo de reglas que regulan la exclusión de determinadas pruebas que, aunque consideradas relevantes, pueden resultar un obstáculo en la precisa determinación de los hechos, son aquellas denominadas reglas de exclusión intrínsecas (Damaska, 2015, pp. 31-33).

Sin embargo, ese fundamento (el del perjuicio indebido) no parece explicar de modo suficiente los motivos por los cuales, en nuestro medio —sistemas europeos continentales o en los sistemas latinoamericanos—, este tipo de inferencias probatorias también parecen estar vedadas¹⁰. Nuestros sistemas no cuentan con este tipo de regulaciones complejas de reglas probatorias características del *common law* y, al mismo tiempo, nuestra cultura jurídica resulta ajena a aquel balance que se pretende realizar entre el valor probatorio de un elemento de juicio y las distorsiones cognitivas que dicho elemento puede generar, como fundamento de inadmisibilidad (Damaška, 1994, p. 57). Pese a ello, insisto, también parece haber una opinión extendida entre los juristas de nuestro medio respecto a que la propensión a cometer delitos del acusado, inferida de las condenas previas, no es una razón válida para dar en apoyo a una sentencia condenatoria.

Spencer (2002) lo explica al poner de resalto que países como Italia, Francia y Alemania no tienen establecido un juicio de cesura. En consecuencia, tanto la evidencia vinculada con la culpabilidad del acusado como aquella que se incorpora exclusivamente para determinar la pena, son presentadas y oídas al mismo tiempo durante el debate. No obstante, el autor aclara:

aunque un tribunal criminal continental siempre conoce los antecedentes penales del acusado, eso no significa que por ello esté formalmente habilitado a emplear el hecho de que este tenga antecedentes como una de las razones que justifican la decisión condenatoria. Más allá de que esto no parece estar claramente establecido en ningún lado, los abogados continentales parecen asumir que, cuando se trata de explicar qué pruebas los convencieron, resulta inadecuado acudir a ese hecho como uno de los cuales condujeron a la condena, pero las cosas cambiarían si el hecho por el que recayó condena previa fuera muy similar a aquel por el que ahora se encuentra en juicio. (p. 616).

De este modo, si bien suelen admitirse los antecedentes del acusado como prueba para determinar la pena, existe cierto consenso respecto a que dicha prueba no puede ser utilizada para apoyar una sentencia condenatoria (Rovatti, 2024, p. 489). Es decir, pareciera que lo que actualmente ocurre es una prohibición tácita del uso de la inferencia que consiste en afirmar la propensión delictiva a través del comportamiento criminal previo.

De esta manera, pareciera, a priori, que el problema —en los sistemas europeos continentales y latinoamericanos— no está en la relevancia de estas pruebas ni en el potencial problema del perjuicio indebido. Entonces, ¿por qué existe cierta reticencia a contar con información sobre el pasado de la persona para apoyar la decisión sobre su culpabilidad? Si bien abordaré este tema con profundidad en el apartado número 4, cabe adelantar que la preocupación no es necesariamente epistémica, pues, si bien puede serlo cuando la generalización empleada es muy débil, lo cierto es que cuando esa generalización es lo suficientemente robusta, parece haber resistencia para su

¹⁰ Autores como Duff, Farmer, Marshall y Tadros (2007, p. 116) y Ho (2008, pp. 285-316) sostienen, justamente, que el fundamento epistémico del perjuicio indebido no alcanza a explicar, de un modo integral, qué es lo que se considera inapropiado en este tipo de inferencias.

empleo sobre la base de otros valores que el proceso busca resguardar y que entran en competencia con la averiguación de la verdad.

Apoyados en la noción de carácter que, como señala Redmayne (2015), suele adoptarse en el campo del razonamiento probatorio, el objetivo a continuación es detenerme en las razones epistémicas para incluir o excluir las condenas previas para probar la culpabilidad de la persona acusada.

3. RAZONES EPISTÉMICAS PARA INCLUIR O EXCLUIR LAS CONDENAS PREVIAS COMO PRUEBA DE LA CULPABILIDAD DE LA PERSONA ACUSADA

Parado sobre la afirmación de que la averiguación de la verdad es el objetivo fundamental de la actividad probatoria en el proceso judicial (Ferrer Beltrán, 2007, p. 31), analizaré si existen razones para creer que los antecedentes de la persona acusada pueden ayudar en ese objetivo. Se trata de evaluar si esta clase de pruebas pueden funcionar como razones epistémicas para sostener una conclusión vinculada con la ocurrencia de un hecho. Esto no es otra cosa que preguntarnos si las condenas previas son relevantes a la hora de decidir sobre la culpabilidad de la persona acusada.

A su vez, eso me llevará a considerar si existen razones de este tipo para excluir dichas pruebas.

3.1. ¿Pueden ser relevantes las condenas previas de la persona acusada?

A la hora de decidir si un elemento de juicio ingresa o no al proceso, lo primero que hacemos es preguntarnos si esa prueba es relevante. Ferrer Beltrán (2007) explica que:

[u]n primer filtro, de orden epistemológico, prescribe la admisión de toda prueba que aporte información relevante sobre los hechos que se juzgan. Una prueba es relevante si aporta apoyo o refutación de alguna de las hipótesis fácticas del caso a la luz de los principios generales de la lógica y de la ciencia. (p. 42).

En otras palabras, Dei Vecchi (2020) busca representar esta misma idea al afirmar que una prueba es relevante «si tenerla en cuenta cambia el estatus de justificación epistémica de la proposición en cuestión» (p. 35). Aquí, la proposición es aquella que afirma la culpabilidad de la persona acusada y la prueba es que la persona acusada registra una o varias condenas previas. En consecuencia, la pregunta es si la existencia de condenas previas hace más probable —cambia el estatus de justificación epistémica de— la proposición «Juan es culpable del hecho que se le imputa»¹¹.

¹¹ Esto puede ser esquematizado a través del esquema de razonamiento de Toulmin (2007, p. 141): la hipótesis es que la persona acusada cometió un delito; el elemento de juicio es la condena previa que registra; la garantía de la inferencia es que las personas con antecedentes condenatorios son más propensas a cometer delitos que aquellas que no registran condenas previas.

Una primera aproximación a esta cuestión puede provenir de cómo razonamos en nuestra vida cotidiana. Y lo cierto es que, en nuestro día a día, usamos el (comportamiento) pasado de las personas recurrentemente para elaborar inferencias o sacar conclusiones. Cuando espero a un amigo y él no llega a la hora pactada, pienso que habitualmente llega tarde, para de esa forma no concluir que se habrá olvidado de nuestro encuentro. Del mismo modo razona un adolescente cuando vuelve muy tarde a su casa e intenta no hacer ruido para que su padre no lo escuche, porque piensa en cómo reaccionó su padre todas las veces anteriores que llegó tarde a su casa. Pero, como advierte Redmayne (2015, p. 1), no solo razonamos de esta manera en cuestiones nimias o cotidianas, sino que también lo hacemos en circunstancias más formales o cuando hay cuestiones más importantes en juego. Por ejemplo, nos resulta de gran interés pensar en el pasado de un político a la hora de las elecciones, así como también solemos poner mucho énfasis en el currículum de una persona a la hora de evaluar su contratación para nuestra empresa.

Pareciera, entonces, que el comportamiento pasado de una persona suele ser relevante en nuestro razonamiento cotidiano, pero ¿podemos transpoliar esta conclusión al contexto del proceso judicial? Existe cierto consenso en relación con la relevancia de este tipo de pruebas para probar la culpabilidad de las personas¹². Sin embargo, la justificación de esa relevancia es abordada desde distintos lugares.

Schauer (2022) sostiene que una posible respuesta a esta cuestión es preguntarse por qué alguien podría dudar de que el comportamiento pasado es una evidencia y, a menudo, una buena evidencia del comportamiento posterior (p. 206). Cuando el adolescente pensó que sería mejor que su padre no lo escuchara al llegar tarde a su casa, lo que hizo fue inferir que, si todas las veces que ocurrió esto su padre se enojó y lo regañó, entonces probablemente esta vez ocurriría lo mismo. Entonces, para quien tiene que decidir sobre la culpabilidad de Juan, el hecho de conocer que Juan robó anteriormente es relevante del mismo modo que lo es, para el adolescente, saber que su padre lo regañó cada vez que llegó tarde a su casa. En palabras de Schauer, parece difícil dudar de que el comportamiento pasado es un elemento de juicio relevante.

Dennis (2013) propone un camino alternativo para coincidir en la afirmación de que la prueba de carácter es relevante para probar la culpabilidad del acusado. El autor reflexiona acerca de que no solemos tener objeciones para aceptar que una prueba que introduce información positiva sobre la persona tiene valor probatorio. En esta dirección, afirma que:

esa prueba puede dar lugar a la inferencia de que es poco probable que el acusado haya cometido el delito que se le imputa porque es un ciudadano respetuoso de la ley, tal como lo demuestra su falta de antecedentes penales. (pp. 778-779).

¹² Cabe adelantar que, con distintos fundamentos, gran cantidad de autores afirman que este tipo de pruebas resultan, a priori, relevantes. En ese sentido: Duff *et al.* (2007); Redmayne (2002; 2015); Ho (2010); Dennis (2013); Spencer (2002); Schauer (2003); Roberts y Zuckerman (2010) entre otros.

En atención a esto, invita a considerar que un razonamiento en iguales términos sugeriría que, si el hecho de que una persona no tenga antecedentes hace menos probable su culpabilidad, la existencia de condenas previas puede hacer que su culpabilidad sea, entonces, más probable (Dennis, 2013, p. 780).

Ambos argumentos llevan a la misma conclusión: la prueba sobre el comportamiento pasado de las personas (representada, en este caso, por las condenas previas) resulta relevante para probar la culpabilidad de una persona. Sin embargo, considero que las respuestas de Schauer (2003) y Dennis (2013) merecen alguna reflexión¹³.

La afirmación de Schauer (2003) puede ser objeto de algunos señalamientos para evitar interpretaciones poco caritativas que den lugar a posturas irracionales. Es que la contundencia de su afirmación podría llevar a suponer que ninguna duda puede plantearse respecto a la posibilidad de que, en ocasiones, una condena previa resulte irrelevante para establecer la culpabilidad de la persona acusada. Y una postura en esos términos parece, al menos, aventurada. Pensemos el siguiente ejemplo: Pedro enfrenta un juicio en el que es acusado por un homicidio. Para probar su culpabilidad, el fiscal pretende incorporar al debate una condena que ha sufrido Pedro, hace quince años, por haber cometido una estafa informática. Más allá de que abordaré este tema en profundidad al proponer esquematizar ciertos criterios de relevancia, la postura categórica a la que podría dar lugar una interpretación apresurada de lo sostenido por Schauer parece aquí encontrar alguna resistencia, pues uno debería preguntarse seriamente si aquel antecedente de Pedro tiene algún valor para probar su participación en el homicidio del que se lo acusa.

El camino propuesto por Dennis (2013), por su parte, también requiere alguna aclaración. El argumento de la «simetría» parte de la premisa de que la ausencia de condenas hace menos probable la culpabilidad de la persona acusada (p. 780). Sin embargo, el salto hacia la conclusión de que, si eso es así, entonces el hecho de que una persona registre condenas previas hace más probable su culpabilidad, parece omitir la importancia de los criterios de relevancia. Cuando afirmamos la relevancia de una condena previa para probar la culpabilidad de una persona, tenemos en cuenta si se trata de un hecho similar; si se trata de un tipo de delito frecuente o uno poco frecuente; si se trata de una o varias condenas o cuánto tiempo pasó desde la última condena previa. Sin embargo, cuando consideramos que la ausencia de antecedentes hace menos probable la culpabilidad, no reparamos en ningún criterio de este tipo¹⁴. En ese sentido, la simetría planteada parece difícil de sostener.

¹³ Más allá de los argumentos aportados por ambos autores, hay una cuestión que no debe pasarse por alto a la hora de analizar la relevancia de este tipo de pruebas. Y esto es, preguntarse si las condenas previas tienen, o no, poder predictivo respecto de la conducta que se busca atribuir a la persona acusada. En otras palabras: para considerar relevante la prueba que se busca incluir, debe tenerse por cierto que existe una correlación entre el antecedente y la comisión reiterada de aquel comportamiento delictivo.

¹⁴ Si bien es cierto que se podría pensar en distintos criterios con relación a la afirmación de que la ausencia de condenas hace menos probable la culpabilidad de la persona acusada (*i.e.*: situación socioeconómica que atravesó la persona; grado de educación alcanzado; posibilidades laborales, etcétera)

Ahora bien, si buscamos trasladar los razonamientos que habitualmente utilizamos a diario —como el del adolescente que llega tarde a su casa o el amigo que habitualmente se demora— al contexto del juicio criminal, debemos tener en cuenta una diferencia significativa: en el juicio no buscamos establecer cómo una persona se comporta habitualmente sino que buscamos afirmar que la persona acusada se comportó de determinada manera (robó, mató, estafó, etc.) en un momento específico (circunstancia de tiempo y lugar del hecho que se le imputa). Redmayne (2015, pp. 14-15) advierte que esto puede resultar algo problemático si uno parte de las conclusiones a las que arribó, al respecto, la psicología¹⁵. Sin embargo, aclara, el contexto del juicio presenta algunas particularidades que permiten sortear esa inconveniencia mostrada por la psicología. La diferencia más importante está dada porque, en el proceso criminal, no se utiliza esta información sobre el pasado —expresada en una condena previa— como único elemento para determinar su culpabilidad, sino que, es de esperarse, existirán otras evidencias a tener en cuenta. En efecto, la condena previa es solo una de las partes de todo el universo de elementos de juicio que se valorarán para decidir el caso¹⁶. Es importante comprender esto: afirmar que las condenas previas son relevantes para probar la culpabilidad del acusado, de ningún modo significa que

lo cierto es que la inferencia que se realiza a través de la prueba de *good character* parece no reparar en el tipo de comportamiento que una persona habitualmente repite, si no en la idea del buen ciudadano que no infringe la ley. Dennis (2013) lo presenta en estos términos: «La evidencia del buen carácter del acusado puede tener relevancia para el tema de la culpabilidad de la siguiente manera. Puede arrojar una inferencia de que es poco probable que el acusado haya cometido el delito acusado porque es un ciudadano respetuoso de la ley, como lo demuestra la falta de antecedentes penales. El acusado puede tratar de argumentar que «no es el tipo de persona que hace este tipo de cosas» (p. 778).

¹⁵ El autor explica que «el uso de condenas anteriores para demostrar la culpabilidad durante la etapa de investigación del juicio parece ser mucho más problemático. Lo que sucede es que estamos utilizando información sobre el comportamiento pasado para determinar lo que sucedió en una ocasión en particular: justo lo que la psicología social nos advirtió como problemático» (Redmayne, 2015, p. 14). Es que al abordar la discusión respecto a si el comportamiento está determinado por el carácter de la persona o por las situaciones en las que la persona se encuentra al actuar, distintos estudios psicológicos —como el de Mischel y Shoda citados por el autor— dan cuenta de que no es posible afirmar que una persona siempre se comporta de un modo agresivo, mientras que sí lo es afirmar que una persona *tiende a* comportarse de modo agresivo cuando se encuentra en determinada situación (Redmayne, 2015, p. 13).

¹⁶ Tener en cuenta este punto puede resultar de utilidad para responder habituales cuestionamientos a la utilización de este tipo de pruebas. En ocasiones, se objeta que «el hecho de que Juan haya robado anteriormente no quiere decir que Juan robó esta vez». Sobre esta cuestión, es importante destacar que en el presente artículo me encuentro trabajando en un escenario en el cual se plantea a la prueba de los antecedentes en un contexto probatorio más amplio, donde existan también otras evidencias. Me permito afirmar, aún sin contar con estudios empíricos que así lo afirmen, que es este el escenario más habitual en la realidad, es decir, un proceso en el que el conjunto de pruebas disponibles sea más amplio que la sola prueba del antecedente. No obstante, no es descabellado pensar en un caso en el que sea aquella la única prueba disponible. Más allá de que no es un terreno que me encuentro explorando (y que contará con otro tipo de problemas que exceden mi análisis) me permito sostener que no parece inconcebible que, en algunos casos con un antecedente tan relevante, la prueba única de aquel antecedente pudiera bastar para fundamentar una condena (véase el caso *Straffen*, al que me referiré oportunamente).

la existencia de una condena anterior alcanza para determinar que la persona acusada es culpable, sino que, como se sostuvo, significa que dicha prueba tiene la aptitud para aportar apoyo a la hipótesis fáctica del caso.

Superada la dificultad advertida por Redmayne (2015), debemos avanzar sobre el modo en que habitualmente estas pruebas son utilizadas en el marco del juicio criminal: a través de un análisis de propensión comparativa¹⁷. Como vimos al explorar *a qué llamamos character evidence* (apartado número 2), el interés del derecho probatorio está dado por la idea de que estas pruebas sirven para mostrar la propensión de la persona acusada a comportarse de determinada manera (*i.e.*, propensión a cometer delitos). Pero esta propensión, que busca extraerse del carácter de la persona manifestado en su comportamiento anterior, tiene relevancia en el contexto del juicio criminal en tanto se utilice como una propensión comparativa¹⁸. Esto resulta sencillo de comprender: si Juan tiene una condena previa, resulta más probable que Juan haya cometido el delito frente a la posibilidad de que lo haya cometido una persona sin antecedentes penales¹⁹.

La propensión comparativa funciona a través de la siguiente generalización: las personas con antecedentes criminales son más propensas a cometer delitos que aquellas personas que no tienen antecedentes. Pareciera que el respaldo de esta generalización²⁰, según la argumentación de Redmayne (2015), proviene tanto de estudios empíricos realizados en algunas partes del mundo como de algunos experimentos de la psicología²¹. Pero a la hora de analizar estos datos hay que tomar ciertas precau-

¹⁷ Redmayne (2015) da cuenta de ello al afirmar que «La idea básica es que si D tiene una condena reciente, entonces puede decirse que tiene una propensión comparativa a cometer delitos similares a aquel por el cual fue condenado: es más propenso a delinquir, que alguien que no tiene condenas previas» (p. 35).

¹⁸ La cuestión queda clara en palabras de Ho (2008): «La mayoría de la gente consideraría relevante que el acusado hubiera cometido anteriormente delitos del mismo tipo que el que ahora está siendo juzgado. Pensarían que, una persona con esos antecedentes, tiene más probabilidades que alguien sin estos antecedentes, de ser culpable del hecho por el cual se lo acusa actualmente» (p. 289)

¹⁹ Esta afirmación luego será profundizada. Sostendré que, para evaluar si efectivamente esa condena previa es apta para poner en evidencia la propensión, deben valorarse ciertos criterios de relevancia.

²⁰ Recordemos que, tal como referí en la nota 11, este trabajo parte de un razonamiento con la siguiente estructura: la hipótesis (o conclusión) es que Juan cometió el delito que se le reprocha; la premisa (o el elemento de juicio) es que Juan tiene determinados antecedentes penales; la generalización (en este caso, máxima de la experiencia) es que «las personas con antecedentes condenatorios son más propensas a cometer delitos». Ahora bien, las generalizaciones empíricas son utilizadas, en esquemas de razonamiento como el que aquí se propone como garantía de la inferencia probatoria. A su vez, las generalizaciones, que actúan como garantía, requieren de un respaldo. En el caso, como se afirma, el respaldo proviene de distintos estudios empíricos o científicos. Sobre este esquema de razonamientos: (González Lagier 2005, pp. 55-64; Toulmin, 2007, p. 141).

²¹ El autor utiliza datos estadísticos de distintos estudios empíricos que cita a lo largo de su desarrollo bajo el título «Recidivism and the Relevance of Previous Convictions» donde analiza una serie de datos a través de gráficos que intentan demostrar cuestiones vinculadas a la reincidencia; los tipos de delitos sobre los cuales se suele reincidir más; las edades en las que más se suele delinquir, etc. (Redmayne, 2015, pp. 16-24). Del mismo modo, afirma que de estudios de la psicología —entre los cuales destaca

ciones. Es que de la evidencia empírica que el propio autor utiliza también surgen datos tales como que la mayoría de las personas que cometen un delito no reinciden (Redmayne, 2015, p.17). Estos datos pueden llevar a confusión. Un conocido ejemplo de Schauer (2003) puede ayudarnos a comprenderlo. El autor afirma: «los bulldogs tienen problema de caderas». Sin embargo, aclara, cuando afirmamos eso «no queremos decir necesariamente que la mayoría de los bulldogs tienen problemas de caderas. Lo que queremos decir es que la categoría «bulldogs» tienen un mayor porcentaje de problemas de cadera que la categoría de perros en su conjunto» (p. 10). Este ejemplo puede servir para comprender la generalización empleada a través de la propensión comparativa y utilizar adecuadamente la información disponible: que la mayoría de las personas que cometen un delito no reincidan, no es lo importante a estos efectos. Lo importante es que, dentro de la población seleccionada, es más probable que cometa un delito una persona con antecedentes que una persona sin ellos.

Hasta aquí, he analizado distintos argumentos que afirman la relevancia de este tipo de pruebas. Sin embargo, como adelanté al comienzo de este trabajo y como señalé al momento de referirme a la argumentación de Schauer, afirmar que siempre la existencia de una condena anterior es relevante para probar la culpabilidad de una persona no resulta una afirmación precisa. El ejemplo de Pedro, condenado anteriormente por una estafa informática y juzgado ahora por un homicidio, pone de resalto tan solo una de las cuestiones que deberían tenerse en cuenta a la hora de evaluar la relevancia de estas pruebas, como, por ejemplo, que la condena anterior que busca incorporarse haya sido por hechos similares²² a los que ahora se juzgan. Sin embargo, este no es el único criterio que puede tenerse en cuenta a la hora de evaluar, con mayor precisión, si los antecedentes que se pretenden incorporar como prueba al proceso resultan relevantes para probar la culpabilidad de la persona acusada.

3.2 Criterios de relevancia

Antes de avanzar en el desarrollo de dichos criterios, creo necesario realizar una aclaración conceptual. Al momento de comenzar este apartado, hice referencia al concepto de relevancia basado en la aptitud de un elemento de juicio para modificar el estatus de justificación epistémica de una proposición. Ahora, a esa definición debe agregársele una cuestión: la relevancia es, además, una cuestión gradual²³. Si bien la pregunta so-

el de Ross y Nisbett— puede extraerse que «... la información sobre el comportamiento pasado puede ser una evidencia poderosa en un ejercicio comparativo» (Redmayne, 2015, p. 15)

²² La vaguedad de la noción de *similitud* hace necesario profundizar, en lo que aquí interesa, sobre a qué denominamos *hechos similares*. Esta cuestión será abordada a continuación al momento de abordar los criterios de relevancia.

²³ En esta línea, Dei Vecchi (2020) afirma que tanto la pertinencia como la relevancia son criterios graduales. En este sentido, explica que «Un elemento probatorio (i.e. una pieza de información, una proposición) que opera como razón epistémica justificativa en favor de una determinada proposición puede ser más o menos relevante de conformidad a *cuánto* apoyo brinde» (p. 36).

bre si una prueba es o no relevante lleva a una respuesta categórica (sí o no), cuando la respuesta es afirmativa se abre un nuevo nivel de análisis en el que podemos discutir sobre cuán relevante es un elemento de juicio para probar una proposición determinada (cuán relevante es la condena previa de Juan para probar la culpabilidad de Juan en el hecho que se le imputa). En este sentido, establecer ciertos criterios de relevancia ayudará a (i) definir si efectivamente la condena previa que se busca incorporar es relevante para probar la culpabilidad de la persona acusada en el hecho que se está investigando y (ii) qué grado de relevancia tiene, atendiendo a las circunstancias particulares del caso.

El criterio más utilizado, a estos efectos, es el de la *similitud* entre el hecho que mereció la condena previa y el hecho que ahora se investiga²⁴. Volvamos al ejemplo de la introducción: Juan afronta dos juicios en simultáneo. En el tribunal (a) se lo acusa por cometer un robo con un arma de fuego a un comercio, portando una máscara de Lionel Messi; mientras que en el tribunal (b) se lo acusa por un delito de abuso sexual. En ambos juicios, la acusación busca introducir como prueba el mismo antecedente de Juan, en el que fue condenado por haber cometido un robo a un comercio con un arma de fuego, portando una careta de Diego Maradona.

La diferencia es evidente. Mientras que en el caso (a), el hecho por el cual se condenó a Juan es un hecho *similar* al que ahora se le imputa, en el caso (b) ello no ocurre. Para entender la importancia de este criterio, es necesario recordar que lo que este tipo de pruebas busca demostrar es la propensión de la persona acusada a comportarse de determinada manera. En ese sentido, cuando la repetición es sobre un comportamiento *similar*, la inferencia parece más sólida²⁵. En otras palabras: saber que Juan, en el pasado, robó con un arma de fuego un comercio portando una máscara de un ídolo futbolístico, al igual que ocurrió en el hecho que ahora se le imputa, resulta sin dudas información relevante para probar la culpabilidad de Juan en este último hecho. Por el contrario, conocer el antecedente de Juan en un juicio que busca probar su culpabilidad en un abuso sexual parece más difícil. Ello no quiere decir que sea irrelevante, pues, como advirtió Redmayne (2015), la relevancia puede estar dada porque, más allá de que se trate de hechos distintos, el órgano decisor tenga razones para considerar que sigue siendo más probable que

²⁴ La razón de esta afirmación descansa en lo que vengo sosteniendo: la correlación entre el hecho anterior y el que ahora se juzga será mucho más estrecha si se trata de hechos similares (es decir, que demuestre comportamientos similares). Como veremos luego, la conexión entre un hecho que no encuentra similitudes con el hecho que ahora se reprocha tiene algunos problemas (es, cuanto menos, débil).

²⁵ Dennis (2013) explica que la probabilidad de culpabilidad de una persona puede aumentar a los ojos del decisor, si este toma conocimiento de que la persona acusada tiene una propensión a infringir la ley y, en lo que en este punto interesa, agrega: «más aún si la evidencia muestra una similitud entre el hecho anterior por el que fue condenado y el que ahora se le imputa» (2013, p. 780). Por su parte, Ho (2010) coincide en que este tipo de pruebas serán relevantes cuando se dirijan a probar si el acusado tiene una propensión a cometer delitos «del tipo del delito que ahora se lo acusa» (p. 287).

Juan haya cometido el delito que ahora se le imputa, a que lo hubiera cometido una persona sin antecedentes²⁶.

Ahora bien, determinar si un hecho es *similar* a otro no resulta una tarea sencilla. Retomando lo explicado en el primer apartado, las condenas previas son una categoría específica dentro de lo que es la utilización del pasado de una persona para poder establecer una propensión a cierta clase de comportamiento. Es decir, la condena previa es una muestra de que la persona, en base a su *carácter* e influenciada por determinadas *situaciones*, se comportó, en el pasado de determinada manera. Partiendo de esta premisa, pareciera que la *similitud* que torna (más) relevante un antecedente es aquella que está relacionada con una característica que se le atribuye a esa persona. Si la inferencia parte de que Juan es una persona violenta, una condena previa será (más) relevante si se trata de un hecho violento, más allá de que se trate de un robo, un homicidio o unas lesiones. En consecuencia, lo primero a lo que debemos atender es que la condena que se pretenda utilizar ponga en evidencia que, efectivamente, la persona acusada se comportó de acuerdo con las características que se le atribuyen. Si, en cambio, emparentásemos la *similitud* con un tipo de delito (por ejemplo, según su ubicación en el código penal: delitos contra la propiedad; delitos contra la vida; etc.), la inferencia que se pretendiera realizar podría requerir mayor cuidado a la hora de ser empleada. Pensemos el ejemplo de Juan con la siguiente variante: en el juicio en el que se acusa a Juan por el robo al comercio, la fiscalía busca introducir un antecedente en el que Juan fue condenado por robar una suma de dinero muy elevada, habiendo para ello hackeado una cuenta de criptomonedas. En este caso, lo que esa condena previa pone en evidencia es que Juan tiene altos conocimientos en seguridad informática y que tiene propensión a utilizar esos conocimientos para cometer delitos. La pretendida *similitud* entre ambos hechos (que se trata en ambos casos de un robo) no parece adecuada para robustecer la inferencia que busca presentar a aquella condena previa de Juan como una prueba de su propensión a comportarse de determinada manera.

Más allá de lo dicho, la utilización de la categoría de «tipos de delitos» para evaluar la similitud entre hechos del pasado con hechos que ahora se investigan es bastante recurrente. Lo que se intenta demostrar es un riesgo de propensión específico para determinados casos. Quizás la muestra más clara es lo que ocurre en las *Federal Rules of Evidence*, donde se estableció que, en los juicios por delitos sexuales, el principio general es la admisión de toda prueba tendiente a demostrar que la persona acusada cometió, en el pasado, un delito de este tipo²⁷. Partiendo de la idea de que quien comete delitos sexuales tiene una propensión específica a cometerlos, la infe-

²⁶ Sin embargo, veremos a continuación, la existencia de una condena previa, sin más información al respecto, nos lleva a realizar una inferencia demasiado débil. Es necesario, en efecto, achicar la clase de referencia para escapar a la tan heterogénea generalización de «una persona con antecedentes».

²⁷ La regla 413 de las Federal Rules of Evidence establece: «(a) USOS PERMITIDOS. En un caso penal en el que se le imputa a una persona una agresión sexual, el tribunal puede admitir pruebas de que el acusado cometió cualquier otra agresión sexual. La evidencia podrá ser considerada sobre cualquier asunto que sea relevante» (traducción propia). Cabe recordar que el principio general que se establece

rencia empleada en la regla referida considera suficiente hablar de la categoría «delitos sexuales» para dar por hecho la alegada *similitud*.

En conclusión, la utilización del criterio de *similitud* puede resultar de gran ayuda a la hora de evaluar el grado de relevancia que puede tener la prueba de las condenas previas para probar la culpabilidad de la persona acusada. Pero, para eso, debemos tener presente que dentro de lo que suele considerarse *hechos similares* tendremos, en un extremo, aquellos casos considerablemente infrecuentes que exhiben una característica muy particular por parte del autor de los delitos (*i.e.* Juan y la utilización de una máscara de Maradona y luego de Messi para cometer un robo a un comercio) y, en el otro extremo, casos que serán considerados *similares* en el sentido más general de la palabra (el de la categoría «tipo de delitos», donde distintos hechos son emparentados por el hecho de ser «delitos contra la propiedad»; «delitos contra vida»; etcétera). Mientras que, en el primer grupo de casos, el hecho de que exista una buena descripción que ponga en evidencia la contundente *similitud* entre el hecho previo y el que ahora se imputa, nos hace pensar que resultaría absurdo considerar esto una casualidad; en el segundo grupo de casos, la remisión genérica y la falta de especificidad en la *similitud* genera fuertes dudas sobre la solidez de la inferencia que se pretende realizar²⁸.

A su vez, esto puede tener una incidencia práctica fácil de identificar. Sería recomendable que, cuando quien decida sobre los hechos pretenda utilizar los antecedentes de la persona acusada para probar su culpabilidad y, en consecuencia, utilice en su argumentación esta idea de propensión fortalecida por la existencia de hechos similares, especifique lo más posible la clase de referencia. Del mismo modo, sería aconsejable que quien tuviera la intención de cuestionar el valor probatorio de la condena previa utilizada, en casos donde se ha utilizado una categoría de modo general, centrara su crítica en que la categoría utilizada es demasiado amplia o heterogénea²⁹ y que, en consecuencia, la generalización en la que se está apoyando la propensión puede resultar demasiado débil.

en esta regla para los delitos sexuales es opuesto al que se establece en la regla general 404 para el resto de los delitos.

²⁸ Siguiendo el ejemplo de Juan y el antecedente del robo a la cuenta de criptomonedas, pareciera que la alusión a «delitos contra la propiedad» o «robo» como condición suficiente de la *similitud* estaría, en este caso, emparentando un hecho violento, que pondría en evidencia la propensión de Juan a comportarse de forma violenta, con un hecho de gran sofisticación, que, como dije, mostraría la propensión de Juan a utilizar sus conocimientos en seguridad informática para cometer delitos. Así, la utilización de *similitud* como criterio de relevancia no sería efectiva a la hora de robustecer la inferencia que se pretende realizar.

²⁹ Esto es abordado adecuadamente por Dahlman (2017), quien sostiene que aquellas generalizaciones no-robustas son inaceptables. A su vez, explica que la robustez de una generalización mide la heterogeneidad de la clase de referencia (p. 85). En efecto, mientras menos heterogénea sea, más robusta será. Así, la generalización que afirma «la persona que tiene antecedentes tiene más probabilidades de volver a delinquir que quien no los tiene» puede ir robusteciéndose si le agregamos información del tipo: «la persona que tiene antecedentes por hechos violentos tiene más probabilidades de volver a cometer

Ahora bien, como sostuve, el criterio de *similitud* no es el único criterio que puede utilizarse para evaluar cuán relevante es la prueba de antecedentes que se busca incorporar al juicio. Otro de los criterios de relevancia, tiene que ver con el *tipo del delito* que se busca probar. No se trata ahora de establecer si existe una similitud entre los hechos, sino de diferenciar entre delitos «más frecuentes» y delitos «menos frecuentes»³⁰.

La razón de esta diferenciación puede ser presentada a través de la siguiente intuición que, veremos, parece correcta. Pensémoslo con un ejemplo: Javier afronta un juicio por robo y, en ese juicio, se incorpora como prueba una condena previa dictada en su contra, también por robo. Al mismo tiempo, Franco enfrenta un juicio por homicidio y, en dicho juicio, se incorpora como prueba un antecedente suyo por un homicidio. Intuitivamente, podríamos afirmar que la prueba en contra de Franco es más fuerte que la prueba en contra de Javier. Redmayne (2002, p. 692) coincide en que esta intuición es correcta y explica que su fundamento tiene que ver con que los homicidios (al igual que otro tipo de delitos, como los secuestros de niños) son hechos poco frecuentes. Esto quiere decir que, quien cometió un delito de homicidio, hizo algo que muy poca gente hace, cosa que no refleja el antecedente de alguien que robó³¹ (2002, p. 693).

En consecuencia, cuando se trate de delitos no tan frecuentes, la existencia de una condena previa por ese mismo hecho será especialmente relevante para probar la culpabilidad de la persona acusada. O, al menos, será más relevante que cuando se trate de delitos frecuentes.

Ahora bien, a lo largo del presente trabajo sostuve que la prueba de los antecedentes, cuando es utilizada para probar la culpabilidad de la persona acusada busca establecer la propensión de esta persona a comportarse de determinada manera. En esta dirección, un criterio que puede resultar de gran ayuda a la hora de robustecer la

un hecho violento»; o «la persona que tiene una condena reciente por un hecho violento tiene más probabilidades...». En este sentido, ver Rovatti (2024).

³⁰ Cabe en este sentido realizar una aclaración terminológica. Redmayne (2002) se refiere a delitos «graves» y delitos «comunes», dando por sabido que los delitos «graves» son los menos frecuentes y que los delitos «comunes» son los que ocurren con más frecuencia. Así, un robo sería, en los términos de Redmayne un delito «común» y un homicidio sería un delito «grave». Dicho esto, considero que la referencia a delitos «más frecuentes» o «menos frecuentes» resulta más clara en nuestro idioma y expresa mejor lo que quiero significar.

³¹ Aquí se observa claramente una cuestión que sostuve anteriormente: la inferencia que utiliza una condena previa para probar la culpabilidad de la persona acusada, a diferencia de aquella que intenta determinar la probabilidad de que una persona vuelva a delinquir (*i.e.* cuando se decide sobre una libertad anticipada), busca determinar que la persona se comportó de determinada manera en un momento específico. De esta forma, el dato relevante no es que sea más probable que alguien que robó, vuelva a robar, frente a la probabilidad de que alguien que mató, vuelva a matar; sino que lo que interesa es que es mucho más probable que quien tiene un antecedente por homicidio haya cometido el asesinato que se investiga, que quien tiene una condena por robo haya cometido el robo que ahora se le imputa (Redmayne, 2002, p. 693).

existencia de esa propensión es la *cantidad* de condenas previas que registra la persona acusada. Si al introducir como prueba su registro de antecedentes, nos encontramos con que resultó condenado en cinco oportunidades, entonces su propensión a delinquir estará más probada que si de su registro surgiese una sola condena³².

En este sentido, Redmayne (2015) sostiene que para analizar el valor de las condenas es necesario ubicar esta información dentro del contexto conformado por la «trayectoria criminal» de la persona. De este modo, las probabilidades de que alguien que delinquiró vuelva a cometer otro delito aumentan a medida que aumenta el número de condenas previas³³ (p. 27).

Pero el contexto al que se refiere el autor no se limita a la cantidad de condenas, sino que abarca otros factores a los que hay que atender y que pueden establecerse, al igual que los anteriores, como criterios de relevancia de la prueba de las condenas previas. De esta forma, *el tiempo transcurrido* entre la última condena y el hecho que ahora se investiga puede resultar un factor determinante a la hora de evaluar cuán relevante es la existencia de los antecedentes de la persona acusada. En palabras de Redmayne (2015): «Las condenas recientes pueden tener un valor probatorio considerable, pero ese valor se va desvaneciendo mientras más grande sea la brecha entre la sentencia anterior y el hecho que ahora se le imputa» (p. 27). Esto ha llevado a importantes criminólogos como Soothil y Francis (citado por Redmayne, 2015) a preguntarse, incluso, si a medida que transcurre el tiempo desde la última condena, llega un punto en el que la incidencia de esta es igual a cero. En otras palabras: ¿corresponde establecer un plazo que, transcurrido, ya no valga la pena tener en cuenta aquella condena anterior? Los autores llegan a la conclusión de que, a efectos de «hacer borrón y cuenta nueva», el período de diez años es un buen período³⁴.

Dicho esto, existe una cuestión más que creo importante resaltar con relación a este último criterio y que pone en evidencia que los criterios de relevancia aquí señalados no resultan independientes ni excluyentes uno del otro. Referí anteriormente la importancia de distinguir entre delitos «más frecuentes» o «menos frecuentes». Esta distinción vuelve a tomar protagonismo a la hora de analizar el tiempo transcurrido

³² De hecho, uno podría afirmar que, si la persona acusada contara con una única condena previa en su registro de antecedentes, entonces no existiría tal propensión a delinquir (más allá de que este argumento podría ser confrontado con el de propensión comparativa antes abordado. Pues, también podría decirse que resulta más probable que fuera culpable que cuenta con algún antecedente que alguien que no cuenta con ninguno).

³³ Esta afirmación de Redmayne se encuentra respaldada por estudios empíricos realizados sobre la base de información aportada por Cambridge Study in Delinquent Development (CSDD) (2015: 29).

³⁴ Soothil y Francis estudian esta cuestión en un informe titulado «*When Do Ex-Offenders Become Like Non-Offenders*», citado por Redmayne para abordar el estudio del paso del tiempo desde la condena previa al hecho que ahora se pretende juzgar (2015, pp. 26-28). Resulta interesante observar como la conclusión a la que llegan los autores, respecto al plazo de diez años, coincide, por ejemplo, con el tiempo que el legislador argentino estableció para fijar la caducidad registral de una sentencia condenatoria (art. 51. 2 del Código Penal Argentino).

entre el antecedente que se pretende utilizar y el hecho que se encuentra siendo juzgado. En el caso de los delitos «menos frecuentes», el riesgo tarda más en disminuir que en los delitos «comunes». Es decir, el riesgo de volver a cometer un delito «grave» o «menos frecuente» es más resistente al paso del tiempo, que lo que ocurre con los delitos «más frecuentes»³⁵.

La conclusión es evidente: mientras más reciente sea la condena previa que se pretende utilizar, mayor relevancia tendrá para probar la propensión de la persona acusada a cometer ese tipo de delitos. Asimismo, si el tiempo que transcurre es un plazo demasiado extenso (Soothil y Francis, así como distintas legislaciones, proponen el plazo de diez años), la condena previa podría llegar a ser, incluso, irrelevante.

En conclusión, a la hora de responder a si las condenas previas son relevantes para probar la culpabilidad de una persona, resulta aconsejable tener en consideración distintos aspectos que nos acerquen a una respuesta más precisa. Los criterios de relevancia aquí referidos pueden resultar de gran ayuda en ese sentido. La similitud entre los hechos, el tipo de delito del que se trata, la cantidad de condenas previas que posee la persona acusada y el tiempo transcurrido desde la última condena son solo algunos de los criterios que, insisto, deberían estar sobre la mesa a la hora de afirmar la relevancia de este tipo de pruebas y a la hora de resolver su incorporación o exclusión al proceso³⁶.

3.3. ¿Existe un riesgo de sobrevaloración de este tipo de pruebas?

En ocasiones, determinadas pruebas consideradas relevantes pueden ser excluidas del proceso por cuestiones que no estén vinculadas, estrictamente, con la búsqueda de la verdad. Es decir, más allá de que el elemento de juicio que se busca incorporar al proceso sea relevante para probar los hechos, puede ocurrir que su inclusión, en vez de favorecer a la averiguación de la verdad, resulte un obstáculo para lograr ese objetivo³⁷.

³⁵ Redmayne (2015) analiza esta situación a través de un estudio realizado por Howard (2010), quien explica que los peligros de volver a delinquir siempre son más altos en los primeros meses posteriores a la condena, pero en algunos casos el riesgo es más persistente que en otros. En los casos de delitos violentos o sexuales, el riesgo a reincidir es más persistente que en aquellos hechos no violentos, justamente porque se trata de delitos que ocurren con menos frecuencia (p. 26; 27)

³⁶ En otras palabras: «Por supuesto que las condenas anteriores de un acusado son solo un antecedente. No dicen si ha cometido el delito del que está siendo acusado en este caso. Lo que realmente importa es la información que hemos escuchado con relación a aquel hecho que mereció su condena previa», *Campbell v R* [2007] 2 Cr App Rep 28, [44], Lord Phillips CJ. citado en Hunter (2016, p. 162).

³⁷ Son aquellos casos en los que se suele hablar de una «doble pérdida». Ello tiene que ver con que, si se excluye el elemento de juicio, se pierde un elemento relevante y, si se lo incluye, existe el riesgo de que sea sobrevalorado. En este sentido, Roberts y Zuckerman (2010) ponen de resalto que ello no debería sorprendernos debido a que todas las reglas que tienen como objeto excluir determinadas pruebas, se aplican a pruebas relevantes. (p. 73).

En el contexto de las pruebas constituidas por los antecedentes de la persona acusada, este tema ha merecido especial atención, sobre todo por parte de los sistemas del *common law*. Como afirmé en el segundo apartado de este trabajo, la reacción contra la inclusión de este tipo de pruebas no estuvo guiada por la negación de su relevancia, sino porque, incorporada al proceso, pudiera generar un *perjuicio indebido* contra la persona acusada. Ese perjuicio, que podría dar lugar a la exclusión de la prueba, puede aparecer, según sostiene la doctrina del *common law*, como un «perjuicio de razonamiento», cuando quien decide sobre los hechos le otorga demasiado peso a la prueba, o como un «perjuicio moral», cuando, habiendo tomado conocimiento de los antecedentes, el decisor reduce el estándar probatorio encontrándose dispuesto a condenar a la persona acusada aun cuando no esté convencido de su culpabilidad más allá de toda duda razonable (Redmayne, 2015, p. 34; Anderson, 2012, p. 1917; Ho, 2010, p. 285; Dennis, 2013, p. 782; Schauer, 2022, p. 210; entre otros).

La preocupación sobre el excesivo valor que pudiera otorgar el juzgador a un elemento de juicio (en este caso, una condena previa) es algo habitual en los sistemas del *common law* y, particularmente, en los sistemas de juicio por jurados³⁸. Esta idea ha motivado distintas reglas de exclusión sobre las denominadas *pruebas problemáticas*. Los ejemplos más habituales son el de la regla *hearsay*³⁹ o el tratamiento que ha recibido el silencio del acusado⁴⁰. Sin embargo, con la prueba de las condenas previas ocurre algo singular. Mientras que en los casos recién destacados la dificultad o el temor está en el peso que los jurados puedan otorgarles (sin tomarse en serio el peligro de este tipo de pruebas), en el caso de los antecedentes se agrega la preocupación de que los jurados consideren al acusado un mal ciudadano y ello afecte su decisión a un nivel no tan consciente (Redmayne, 2015, p. 33), produciendo de este modo la

³⁸ Suele ponerse de resalto la contradicción de que, en aquellos sistemas, se confía en los jurados lo suficiente como para estructurar un sistema en el que sean éstos quienes decidan sobre la culpabilidad de una persona, pero, al mismo tiempo, el sistema se resiste a confiar en que los jurados pueden evaluar adecuadamente ciertos tipos de prueba, para los que, incluso, se podrá advertir a los jurados que analicen dicha prueba cuidadosamente. (Redmayne, 2015, p. 34).

³⁹ Rovatti (2020) pone de manifiesto la discusión que suele darse al momento de decidir sobre la admisibilidad de la prueba *hearsay*. En lo que aquí interesa, el autor deja en claro que algunas de las habituales en el *common law*, para establecer una regla de inadmisión general —aunque sujeta a un montón de excepciones—, es el temor de que los jurados pudieran sobrevalorarla y la imposibilidad de conocer esta sobrevaloración, a posteriori, debido a que los veredictos son inmotivados.

⁴⁰ En su trabajo sobre el silencio del acusado, Laudan (2013) aborda distintas discusiones respecto a la posibilidad de valorar el silencio. Si bien la postura del autor es clara, en cuanto a que el silencio resulta relevante y debe ser incorporado al proceso, del trabajo pueden extraerse argumentos en ambos sentidos. En cuanto a lo que aquí interesa, resulta interesante el argumento según el cual «los tribunales deberían restringir las inferencias desfavorables que se hacen de la negativa del acusado a declarar, puesto que tales inferencias podrían ser falsas o inválidas. Hay dos formas en las que se puede entender esta pretensión. Una de ellas es que la decisión del acusado de permanecer en silencio es totalmente irrelevante respecto a su culpabilidad o inocencia. La otra, asume la relevancia del silencio del acusado, pero supone que los jurados —si no se les impidiese hacer inferencias a partir de este— podrían otorgarle más peso del que razonablemente puede merecer» (p. 222).

reducción del estándar y, como se dijo anteriormente, un perjuicio moral indebido para la persona acusada.

Ante a este temor, las reglas que regulan las pruebas de los antecedentes reaccionaron intentando limitar, en mayor medida, su utilización. Schauer (2022) lo explica con claridad:

aunque los actos pasados parecen tener algún valor como evidencia de un comportamiento posterior, lo que preocupa es que los jueces y los jurados sobrevaloren estos actos pasados». Como consecuencia de ello, «temiendo que los miembros del jurado e incluso los jueces tomen los actos pasados como prueba concluyente del comportamiento presente, [el sistema] excluye el uso de esos actos pasados como evidencia. Es mejor dar muy poco valor a esos actos del pasado, dice la ley, que permitir que los jueces y miembros del jurado les den demasiado valor. (p. 210).

Sin embargo, lo cierto es que algunos cuerpos normativos (como las *Federal Rules of Evidence* o el *Criminal Justice Act 2003*) han ido abriendo cada vez más las puertas a excepciones para admitir dichas pruebas⁴¹. Hunter (2016) trae a colación un importante precedente que resume con contundencia esta tendencia. Allí, se afirmó:

en los viejos tiempos, a los jurados no se les solía contar las condenas anteriores que registraba una persona acusada. Esto se debió al temor de que dicha información generara un perjuicio indebido en contra del acusado y que los jurados le dieran más valor del que merecía la prueba de sus antecedentes. Hoy en día, tales pruebas suelen admitirse porque un jurado, comprensiblemente, quiere saber si lo que se alega que el acusado ha hecho resulta algo fuera de lo habitual, o si se ha comportado de una manera similar antes. (p. 163)⁴².

En síntesis, de lo dicho se observa una clara tensión entre la importancia que puede tener una condena previa como prueba de la culpabilidad y el perjuicio (indebido) que su inclusión al proceso puede generar en la persona acusada. En este sentido, si bien como marqué anteriormente ciertas legislaciones transitan el camino desde una regla de exclusión rígida hacia una apertura cada vez más prominente, la convivencia de ambos criterios se observa con mayor claridad en el derecho consuetudinario. Siguiendo el caso del Reino Unido, Ho (2010) trae a colación el precedente *DPP v P* de la Cámara de los Lores, en el que se explicita el *test* al que debe someterse la prueba de los antecedentes para decidir su admisibilidad. Allí, se afirmó que la prueba será admitida solo si:

su fuerza probatoria, en apoyo a la hipótesis que sostiene la culpabilidad del acusado, es lo suficientemente grande como para admitir la prueba, a pesar del perjuicio que pudiera generar en el acusado al demostrar que fue declarado culpable por otro delito (p. 285)⁴³.

⁴¹ Vale la pena hacer una aclaración. Si bien, como referí, legislaciones como las señaladas han ido evolucionando hacia una regulación más abierta respecto a la introducción de estas pruebas, su espíritu restrictivo sigue presente. Así, por ejemplo, el *Criminal Justice Act 2003* establece en su art. 101 (1) que «En los procedimientos penales, la prueba negativa sobre el carácter del acusado será admisible si, solo si...», luego de lo cual establece supuestos desde la (a) a la (g).

⁴² El precedente al que se hace alusión es «Campbell v R [2007] 2 Cr App Rep 28, [44], Lord Phillips CJ» citado en Hunter (2016, p. 163).

⁴³ No puedo soslayar que, en el ámbito normativo, las *Federal Rules of Evidence* de EE.UU., en su art. 403 sostienen la posibilidad de excluir pruebas relevantes si su valor probatorio se ve sustancialmente superado por el peligro de un perjuicio indebido (entre otros supuestos).

Si bien la solución presenta algunos grises⁴⁴, creo que los criterios de relevancia marcados anteriormente pueden resultar de gran ayuda a la hora de medir la fuerza probatoria que el *test* requiere. Si la condena anterior que busca incorporarse muestra que la persona acusada ha realizado un hecho de gran *similitud* con el que ahora se le imputa, o si muestra que ha sido condenado por un hecho *grave* o *poco habitual* o si la persona acusada registra *varias* condenas *recientes*, parecería ser que el perjuicio indebido que pudiera causar la admisión de sus antecedentes como prueba debería ser realmente poderoso como para que resulte razonable excluir esta prueba del proceso. En sentido contrario, si se tratara de una condena por un hecho que nada tiene que ver con el que ahora se investiga, o si la persona hubiese tenido una sola condena o si hubiesen pasado muchos años de aquella, entonces quizás el perjuicio que pudiera causar su admisión tornara razonable excluirla del proceso.

Ahora bien, retomando lo expresado en el segundo apartado de este trabajo, no puede soslayarse que en nuestro medio (sistemas continentales europeos y latinoamericanos) este no es un tema que presente discusión. Por un lado, porque no contamos con cuerpos legislativos complejos que regulen la evidencia y, por el otro, porque el riesgo de sobrevaloración de pruebas como la de los antecedentes se presume neutralizado por la obligación que tienen los tribunales de exponer las razones de sus decisiones. En este sentido, la exigencia de la motivación supone la obligación de exteriorizar los motivos de la decisión. Y si de su fundamentación surgiese que se le otorgó más peso al antecedente del que debió otorgársele, entonces quien resulte agraviado por la decisión podrá criticar la fundamentación a través del remedio procesal idóneo en cada caso⁴⁵. Como sugerí al final del apartado precedente, los criterios de relevancia abordados pueden resultar de gran utilidad a la hora de criticar la utilización de este tipo de pruebas.

No obstante, tal como refirió Spencer (2002, p. 616), en sistemas como el nuestro, si bien la prueba de los antecedentes siempre es conocida por el tribunal, se supone que su utilización está destinada a establecer qué pena debe imponerse. Ello no significa que esté formalmente habilitado a utilizar los antecedentes como una de las razones que justifican la condena. La razón de esta prohibición —tácita— será abordada en el próximo apartado, al tratar las razones no epistémicas que pueden fundamentar la exclusión de estas pruebas.

⁴⁴ Redmayne (2015), al analizar el *test* vigente a raíz del precedente citado, sostiene que ello solo puede resultar viable si se trata de medir el valor de la prueba vs. el perjuicio de razonamiento (aquel que supone una sobrevaloración de la prueba de los antecedentes), dado que ambos están emparentados con la búsqueda de la verdad. Ahora bien, si lo que se busca medir es la prueba vs. el perjuicio moral (aquel que supone la reducción del estándar por considerar a la persona acusada como un mal ciudadano), ello resultaría mucho más difícil toda vez que resultan dos valores difíciles de comparar (p. 66).

⁴⁵ Sobre el control que pudiese realizarse sobre las inferencias en la etapa recursiva, Limardo (2025), explicando la tesis de la intermediación débil, afirma que «los tribunales de juicio pueden formular inferencias probatorias, pero los tribunales de revisión pueden controlar esas inferencias, siempre y cuando puedan también percibir la información que tuvo a su alcance el tribunal de juicio y, a su vez, puedan conocer el razonamiento inferencial que se efectuó en la sentencia» (p. 123; 124).

4. RAZONES NO EPISTÉMICAS PARA EXCLUIR LAS CONDENAS PREVIAS COMO PRUEBA DE LA CULPABILIDAD DE LA PERSONA ACUSADA

En el apartado anterior, analicé las razones epistémicas para incluir o excluir las condenas previas como prueba de la culpabilidad de la persona acusada. Hablar de razones epistémicas significa, *grosso modo*, hablar de razones vinculadas con la búsqueda de la verdad. Pero existen otro tipo de razones que pueden dar lugar a la exclusión de una prueba, incluso cuando esta resulte relevante para la averiguación de la verdad. Se trata de razones motivadas por otros valores o principios distintos al de la averiguación de la verdad que, en ocasiones, el derecho busca resguardar aun cuando ello signifique un sacrificio epistémico⁴⁶.

En lo que sigue, buscaré abordar algunos de los argumentos que se han sostenido desde la doctrina en este sentido y que han sido denominados, mayormente, como fundamentos éticos (Redmayne, 2015, pp. 64-90) o restricciones morales (Ho, 2010, pp. 294-298). Además, me detendré a analizar el argumento que sostiene que, admitir este tipo de pruebas, socava el poder de disuasión del derecho penal (Sanchirico, 2001, pp. 1274-1275; Redmayne, 2015, p. 41).

Antes de adentrarme en dichos fundamentos, es precisa una aclaración. Los juicios penales no tienen como único objetivo realizar una investigación precisa. Es ampliamente aceptado que los juicios tienen, también, una dimensión moral. Prácticas como excluir las pruebas obtenidas de forma ilícita o respetar el derecho contra la autoincriminación encuentran fundamento en su contribución a valores que hacen a la justicia del proceso y no, particularmente, a la precisión en la determinación de los hechos⁴⁷ (Redmayne, 2015, p. 64). En base a esto, lo que se busca determinar a través de los fundamentos que habré de analizar es si la utilización de los antecedentes para probar la culpabilidad de la persona acusada «puede socavar el debido proceso o, en otras palabras, si es moralmente problemática» (Redmayne, 2015, p. 65).

4.1. El argumento basado en la dicotomía «derecho penal de autor» vs. «derecho penal de acto»

Un primer argumento parte de la recurrente defensa del *derecho penal de acto*, en contraposición al *derecho penal de autor*. Suele afirmarse que el derecho penal debe

⁴⁶ Este tipo de reglas son las que Damaška (2015, p. 30) denomina reglas extrínsecas de exclusión de la prueba.

⁴⁷ Al mismo tiempo, el argumento que sostiene que la inclusión de estas pruebas socavan la disuasión constituida por la amenaza del castigo, responde a un modelo planteado por Sanchirico según el cual, el proceso penal está orientado a dar forma a los incentivos dirigidos a los potenciales autores de delitos. En este sentido, ver Sanchirico (2001).

estructurar su proceso en dirección a juzgar *actos* prohibidos por la ley, evitando centrar su atención en las *personas*. Así, se ha dicho en sentido crítico que:

en muchos ordenamientos las personas resultan culpabilizadas por su modo de ser —brujas, ebrios, anarquistas, subversivos, maleantes, enemigos del pueblo, peligrosos, sospechosos, etc.— y no por su modo de actuar. Este mecanismo punitivo, más constitutivo que regulador, entra en contradicción con la garantía de culpabilidad [...] Se entiende que, en un sistema garantista así configurado, no tienen sitio ni la categoría peligrosidad ni cualquier otra tipología subjetiva o de autor elaboradas por la criminología antropológica o eticista, tales como la capacidad criminal, la reincidencia, la tendencia a delinquir, la inmoralidad o la deslealtad. (Ferrajoli, 1995, p. 500).

De lo dicho por el autor se colige —en lo que aquí importa— que la tendencia a delinquir (abordada aquí como propensión) resulta un elemento indeseable a tener en cuenta al momento de juzgar un hecho ya que opera en detrimento de una de las garantías que estructuran el derecho penal liberal como lo es el principio de culpabilidad.

Por su parte, Ho (2010) explica que, dada la importancia moral que tiene una condena, la atribución de responsabilidad penal tiene que estar sujeta a ciertas restricciones morales. En ese camino, sostiene que una de las restricciones más habituales se basa en que:

el acusado debe ser juzgado específicamente por su responsabilidad en el acto que la fiscalía le imputa haber cometido; no es el objetivo del juicio juzgarlo de un modo general por la persona que es o por la vida que ha vivido. (p. 295).

En definitiva, esta restricción moral descansa en que «[u]n acusado debe ser juzgado por lo que hizo, no por lo que es» (Ho, 2010, p. 296).

El argumento parece claro: basarse en consideraciones respecto a la persona acusada, para determinar su culpabilidad en el hecho, resulta ajeno al interés del proceso penal, que se encarga de perseguir actos y no personas y, a su vez, socava la idea de un juicio guiado por el debido proceso. Las palabras de Gross, en esta dirección, ayudarán a dejar claro el sentido de esta argumentación. El autor, citado por Ho (2010, p. 296), afirma que:

La justicia penal exige que determinemos la culpabilidad de la conducta de una persona, no la culpabilidad de una persona... Los juicios a veces se hacen sobre lo que es una persona en lugar de sobre lo que una persona ha hecho. En ocasiones, se arriba a una conclusión sobre él basada en lo que ha hecho en el pasado. Otras veces, se llega a una conclusión sobre él basada en cierta conducta en la que se ha involucrado y que se supone que es representativa de lo que está dispuesto a hacer... Al determinar la responsabilidad penal, la ley penal debería limitar su preocupación a la culpabilidad de una conducta específica que, se alega, constituye un delito. El resto de los asuntos resultan completamente fuera de los límites.

Esta argumentación suele ser la más recurrente en los sistemas europeos continentales y latinoamericanos, a la hora de buscar prohibir las inferencias apoyadas en las condenas previas para probar la culpabilidad de la persona acusada. Como vimos anteriormente, si bien este tipo de pruebas suele estar presente al momento del juicio, eso se debe a que en los procesos penales de estos sistemas no se encuentra

previsto un juicio de cesura por fuera de lo que es el juicio de culpabilidad (Spencer, 2002, p. 616). Sin embargo, su presencia no significa que su utilización para fundar la culpabilidad de la persona acusada sea aceptada.

No obstante, esto que parece concluyente, no lo es tanto. Este argumento, como el resto de los argumentos éticos o morales, parece perder terreno cuando la condena previa que se busca incorporar presenta serios rasgos de similitud⁴⁸ con el hecho que se le está imputando a la persona acusada. Esto, que ya advertía Spencer (2002) al referir que la situación vinculada a la resistencia en nuestra cultura jurídica a utilizar estas pruebas para probar la culpabilidad cambiaría si «el hecho por el que recayó condena previa fuera muy similar a aquel por el que ahora se encuentra en juicio» (p. 616) parece ir en línea con una postura más racional. Volvamos al ejemplo de Juan: el tribunal que lo juzga por un robo cometido con un arma de fuego a un comercio, en el cual el autor utilizó una máscara de Lionel Messi, debe resolver si admite como prueba la condena previa que registra Juan, en la cual se lo encontró culpable de un robo con un arma de fuego a un comercio utilizando una máscara de Diego Maradona. En un caso como el que aquí planteo, donde los hechos presentan una similitud tan concreta y tan poco habitual (¿cuántos robos, con arma de fuego, a comercios de la misma zona, son realizados por alguien que porta máscara de un ídolo futbolístico?), la objeción moral basada en la afectación a la garantía constitucional de culpabilidad o el derecho penal de acto podría ser dejada de lado o, en palabras de Redmayne (2015), admitir una excepción. El autor sostiene que, si hay una objeción ética a la utilización de estas pruebas, probablemente tenga que permitir excepciones. Para explicar su afirmación, trae a colación el conocido caso *Straffen*⁴⁹.

En dicho caso, *Straffen* registraba condenas previas por asesinar mujeres jóvenes a través de estrangulamiento. Los ataques que realizaba no habían sido sexuales y tampoco había intentado ocultar el cuerpo de las víctimas. Cuando —en aquella época— un cuerpo estrangulado, sin rastros de violencia sexual y sin haber sido oculto, apareció cerca del lugar donde *Straffen* acababa de escapar de prisión, él fue acusado como autor de este último homicidio, y las condenas previas que había recibido resultaron una de las pruebas fundamentales para su condena. Redmayne (2015) concluye que, «una regla que excluyera los antecedentes penales de *Straffen* por motivos morales, pagaría un precio muy alto en términos de absolver a personas culpables. Tan alto, que una regla sin excepción no resultaría atractiva» (p. 65).

La decisión de incorporar como prueba aquellas condenas de una similitud tan evidente con el hecho que se juzgaba, puede pensarse como el resultado de haber

⁴⁸ Sostuve, en el apartado anterior, que el criterio de relevancia más importante a la hora de establecer la importancia de la condena previa para probar la culpabilidad de la persona acusada es el de la similitud entre los hechos. Ello se vuelve a poner en evidencia en este punto, dado que cuando dicha similitud es contundente, los reparos morales parecen perder terreno en el camino de motivar la exclusión de dicha prueba.

⁴⁹ *Straffen* [1952] 2 QB 911.

superado el *test* establecido en DPP v P⁵⁰. Si bien el precedente es posterior al caso *Straffen*, lo cierto es que, si realizamos el ejercicio hipotético de someter el caso al *test* allí dispuesto, parece razonable considerar que lo hubiera superado cómodamente. El razonamiento sería el siguiente: la fuerza probatoria de los antecedentes de *Straffen*, en apoyo a la hipótesis que sostiene su culpabilidad por el último hecho, parece lo suficientemente alta como para admitir su incorporación al proceso, a pesar del perjuicio —en este caso moral— que pudiera generar en *Straffen* al demostrar que fue declarado culpable por otros delitos. Ello, más allá de la ya mencionada dificultad planteada por Redmayne (2015, p. 66). para comparar el valor de una prueba en términos epistémicos con un perjuicio de índole moral.

Lo dicho abre dos interrogantes que no quisiera pasar por alto al concluir el abordaje de esta recurrente objeción.

Por un lado, resulta prudente realizar una consideración respecto a la acertada preocupación de Ferrajoli, con relación a la categorización de determinados grupos de personas. En este sentido, considero que el peligro de avanzar en desmedro del principio de culpabilidad está dado por la utilización de esas categorías para la elaboración de tipos penales que tengan por objeto la persecución y castigo de un grupo de personas de determinadas características. Sin embargo, creo que tan acertada preocupación no debe extenderse más allá de los límites sustantivos hacia el terreno probatorio dónde las generalizaciones determinadas por el carácter o el comportamiento anterior de una persona son empleadas como inferencias probatorias en busca de robustecer una hipótesis determinada. En otras palabras: creo que es importante distinguir claramente entre estas dos acciones: (i) perseguir y castigar a alguien por sus características personales; (ii) tener en cuenta determinadas características (ya sea rasgos del carácter o comportamientos pasados) para robustecer una hipótesis como puede ser que aquella persona resulta culpable de un delito.

Por otro lado, el ejemplo de *Straffen* empleado por Redmayne (2015) da paso a un segundo interrogante respecto a si argumentos (objeciones) como el aquí abordado son, necesariamente, argumentos no epistémicos. Si la relevancia, el peso o el valor de un elemento de juicio (en este caso, una condena previa) influye de forma tan evidente para sostener o hacer cesar el reparo moral de incluir esa prueba, entonces la cuestión parece no estar del todo fuera del alcance de la epistemología⁵¹. En otras palabras, del ejemplo puede concluirse que: el reproche o la censura moral de utilizar el comportamiento pasado de una persona, para determinar si se ha comportado del mismo modo en el hecho que ahora se le reprocha, va adquiriendo mayor dimensión

⁵⁰ DPP v P [1991] 2 AC 447.

⁵¹ Como habré de concluir, el balance al que se refiere Redmayne (2015, p. 65) al sostener que estas objeciones deben admitir excepciones —por ejemplo, en los casos de alto grado de similitud— ponen en evidencia el difuso contorno entre ciertos argumentos éticos o morales y aquellos que, como vimos, tienen como fundamento cuestiones epistémicas. En efecto, una objeción que podría catalogarse como principista termina reconduciéndose en una cuestión epistémica en la que entran en juegos cuestiones como las abordadas en el acápite en el que traté la relevancia de este tipo de pruebas.

en tanto la inferencia o la evidencia utilizada resulta más débil o más general; mientras que aquel reproche va cediendo o perdiendo fuerza, al punto incluso de poder ser anulado, cuando pensamos en evidencias o inferencias tan fuertes como las utilizadas en el caso de *Straffen*.

4.2. La objeción en base al principio de autonomía

Otra de las objeciones más recurrentes a la utilización de este tipo de pruebas parte del respeto al *principio de autonomía del individuo*. Este principio fue reconocido como un pilar fundamental del principio de dignidad humana desde mucho tiempo atrás. Tillers (2008) pone en perspectiva esto al afirmar que «Hace aproximadamente doscientos años, Kant argumentó que el principio o ideal de la dignidad humana requiere que las personas sean tratadas como criaturas autónomas capaces de determinar sus propias acciones» (p. 795)⁵².

La objeción puede extraerse fácilmente: si utilizamos el comportamiento pasado de una persona para probar que, en la ocasión que ahora nos interesa, se comportó de la misma manera, estaríamos tratando a la persona como un individuo que se encuentra condicionado por sus acciones pasadas y que no tiene la autonomía para determinar, en términos de Kant, sus propias acciones⁵³.

Asimismo, el argumento que sostiene esta objeción es contextualizado dentro de la obligación de los tribunales de respetar estos principios. Redmayne analiza este argumento y, citando a Wasserman, explica que el reparo moral con base en la autonomía del individuo implica sostener que la utilización de las pruebas basadas en el comportamiento pasado de una persona es «inconsistente con el compromiso de la

⁵² La discusión con relación a la posibilidad de que una persona sea capaz de determinar sus propias acciones es también parte de la discusión filosófica sobre las teorías del libre albedrío. En su trabajo, Pundik (2023) desarrolla su teoría de la culpabilidad, según la cual «la prueba predictiva solo sustenta la pretensión acusatoria —según la cual la persona acusada cometió el delito que se le atribuye— en la medida en que la conducta de esa persona haya estado determinada por cierto factor causal, lo que priva de libertad a su conducta» (p. 4). En efecto, se parte de la idea de que la libertad (podría decirse, autonomía) de la conducta de una persona puede, efectivamente, verse socavada en determinadas situaciones. Luego, explica por qué más allá de la teoría del libre albedrío que se escoja, «el derecho penal debe tratar a las personas como si tuvieran libre albedrío impredecible, sin importar si en efecto lo tienen» (p. 33). Más allá de la *imprescindible* discusión sobre determinismo y libre albedrío, la objeción que analizo en el trabajo busca explorar si, efectivamente, el hecho de que se admita como prueba una condena previa socava la autonomía del ser humano y si, en efecto, ello constituye un reproche moral suficiente como para decidir excluir este tipo de pruebas.

⁵³ Tillers (2008) lo explica en los siguientes términos. Parándose, a modo analítico, en una posición Kantiana, explica que, desde allí, el argumento debería ser el siguiente: «El uso de la evidencia de carácter para mostrar de qué forma se comportó una persona es inconsistente con el principio de autonomía, porque permitir el uso de carácter para mostrar de qué forma se comportó efectivamente abarca la proposición de que la conducta de las personas puede ser causada, no por sí mismas, sino por su carácter» (p. 796). Sobre esto puede verse también Pundik (2024, p. 5).

ley de tratar al acusado como un individuo autónomo, libre de determinar y alterar su conducta en cada momento» (Redmayne, 2015, p. 68).

Esta objeción a la utilización de las pruebas basadas en el carácter o en el comportamiento precedente de la persona acusada (en el caso que aquí interesa: las condenas previas de la persona acusada para probar su culpabilidad), supone una postura rígida respecto a la forma en que la admisión de estas pruebas debería ser regulada. Antes de analizar si resulta o no razonable, Tillers (2008) pone en palabras aquella postura, al explicar que según aquella objeción, «la ley debería prohibir el uso del carácter para demostrar una conducta atribuida a una persona, porque al hacerlo, la ley se compromete con la proposición de que el carácter no es una causa del comportamiento, posición que resulta consistente con el ideal de autonomía» (p. 796).

Frente a esta posición rígida, surgen distintas respuestas que resulta interesante destacar, con la brevedad que este trabajo permite.

Tillers se ocupa de responder distintas réplicas realizadas a esta tesis (2008, p. 796-812) buscando desestimarlas, pero, así y todo, termina coincidiendo en que la noción de autonomía tomada de Kant, en la que se basa la objeción moral a la utilización de este tipo de pruebas, lleva a una conclusión rígida desacertada. En este sentido, el autor concluye:

no se puede decir que, debido a que las personas son «espontáneas» o «autónomas», el comportamiento de un individuo nunca es relevante para probar el comportamiento de ese mismo individuo en otra ocasión. Hay algo desacertado en cualquier noción de autonomía o espontaneidad del individuo que sugiera una conclusión tan ridícula. A pesar de que contamos con extensa literatura filosófica que parece cuestionar la proposición de que existen características de la persona como individuo que persisten a lo largo del tiempo, es simplemente indudable que existe un grado significativo de continuidad en el comportamiento de la mayoría de los seres humanos a lo largo del tiempo (Tillers, 2008, p. 812).

Por su parte, Redmayne (2015) presenta algunas críticas a esta objeción que ponen en evidencia ciertas debilidades en la argumentación que se ensaya en resguardo del principio de autonomía.

La primera de estas críticas efectuadas por el autor parte de la afirmación de que «El hecho de que el comportamiento sea predecible no implica necesariamente una falta de autonomía» (p. 69). En este sentido, Redmayne pone como ejemplo que él acude regularmente a un mismo *pub* los días martes por la noche. Sin embargo, el hecho de que su presencia allí sea predecible con un buen grado de fiabilidad nada dice sobre su autonomía (p. 69). La crítica parece acertada. Pensemos el ejemplo con algunos agregados: Martín acude, regularmente, los días martes por la noche al mismo *pub*. Ocurre que, justamente un día martes por la noche, en aquel lugar, se da una pelea entre dos hombres que termina con la muerte de uno a causa de un impacto de una botella de vidrio. Con el devenir de la investigación, surgen algunos testimonios que describen al autor del hecho como una persona con las mismas características físicas de Martín. Luego, al tomar declaración a un amigo de Martín, se obtiene la información de que aquel día Martín salió de su casa a las 8:00 pm y volvió a la

madrugada. Si se obtuviese, por algún medio, la información de que Martín acude regularmente, todos los martes, al *pub* donde ocurrió el hecho, sería evidente que se trata de información relevante. Pero ese no parece ser aquí el problema. La cuestión está en analizar si utilizar como prueba la información de que Martín todos los martes va a ese *pub* implica negar su autonomía como individuo y entonces suponer que Martín no puede determinar sus propias acciones, por ejemplo, decidir, aquel día, no ir al *pub*. Coincido con Redmayne en que concluir que el hecho de que Martín concurra todos los martes al *pub*, hace más probable que Martín (contra quien existe un cúmulo de pruebas importantes) haya sido el autor de aquel homicidio, nada dice sobre su autonomía.

La segunda crítica esbozada por Redmayne (2015) apunta a que parece algo bastante paradójico sostener que el accionar de una persona que comete un delito puede ser catalogado como una conducta sin autonomía. En este sentido, afirma el autor que:

«Autónomo» significa, literalmente, crear la propia ley de uno mismo. Y hay un sentido bastante obvio en el que los delincuentes son mejores en actuar de esa forma que en actuar de forma respetuosa a la ley. De hecho, la literatura criminológica identifica una cierta tendencia rebelde y antiautoritaria en muchos de lo que se denominan delincuentes persistentes (p. 69).

Aquí, el autor parece romper directamente con aquella idea sobre la autonomía planteada al comienzo de este apartado. Pues, de su afirmación puede extraerse que en el caso de las personas que reinciden en su accionar delictivo lo que existe es una decisión voluntaria —guiada, según ciertas posturas criminológicas por la rebeldía— de actuar de forma contraria a lo que indica la norma. En efecto, extraer de la repetición una propensión a comportarse de determinada manera no sería negar su autonomía, sino inferir la dirección de su voluntad.

La tercera y última crítica tiene que ver con «una marcada asimetría en las preocupaciones por la autonomía». Redmayne (2015), como en buena parte de su obra, utiliza como contraejemplo al «motivo»⁵⁴. En este sentido, explica que cuando afirmamos que el hecho de que el acusado tuviera un motivo para asesinar a su tío rico aumenta la probabilidad de que efectivamente lo hiciera, la preocupación por la autonomía no parece estar comprometida. Ello, a pesar de que, en los términos de Wasserman, estaríamos empleando una inferencia apoyada en la frecuencia extraída de la mala conducta de otras personas, dado que el motivo es solo una evidencia que muestra una tendencia general a actuar guiado por un motivo (Redmayne, 2015, p. 69). Así, no parece existir en ese caso una objeción del tipo: utilizar como prueba que Gabriel se vería beneficiado por la herencia al matar a su tío rico (motivo), como

⁵⁴ Principalmente, lo utiliza al momento de abordar la relevancia de estas pruebas a las que cataloga como «prospectivas». Según el autor, la aparición de un motivo (*i. e.*: el caso del sobrino que tiene motivos para matar a su tío rico) actúa, en quien decide sobre los hechos, de forma similar a la aparición de una condena previa, más allá de los matices de cada evidencia en particular (Redmayne, 2015, pp. 70-71).

prueba de que lo mató, contraría el principio de autonomía del individuo ya que implicaría negar a Gabriel la posibilidad de determinar él mismo su propio comportamiento. Por otro lado, afirma Redmayne, la preocupación sobre la autonomía tampoco aparece presente cuando la persona acusada, o su defensa, ofrecen un elemento de juicio que busca demostrar que es un buen ciudadano (*i.e.* inexistencia de antecedentes condenatorios).

En conclusión, creo que las críticas expuestas ponen evidencia que el argumento de la autonomía no resulta lo suficientemente sólido como para fundamentar la exclusión de la prueba, cuando ella resulte relevante para probar la culpabilidad de la persona acusada.

He abordado solo algunos de los argumentos éticos o morales que suelen emplearse en contra de la utilización de las pruebas de los antecedentes de la persona acusada. Existen, por supuesto, otros que por cuestiones de extensión han quedado fuera. En definitiva, todos estos argumentos persiguen la idea de centrar el proceso en el acto que se investiga y evitar realizar una especie de auditoría moral sobre la vida de la persona acusada. Sin embargo, como se pudo observar del análisis de cada una de las críticas, las objeciones morales que se plantean no parecen lo suficientemente robustas como para habilitar, de modo general, la exclusión de la prueba constituida por las condenas previas de la persona acusada. Ahora bien, si se sostuviera la necesidad de abordar cada caso en particular, los criterios de relevancia propuestos; las conclusiones sobre los argumentos aquí tratados y el *test* empleado en Reino Unido —a través del precedente *DPP v P* ya citado— pueden resultar una buena base analítica para reflexionar, en cada uno de aquellos casos, la conducencia o no de las objeciones morales que se planteen a la hora de introducir este tipo de pruebas con el objetivo de establecer la culpabilidad de la persona acusada.

4.3. La objeción en base al modelo a de incentivos y el efecto negativo sobre la disuasión

Existe otro argumento en favor de la exclusión de este tipo de pruebas que es, en gran medida, defendido por Sanchirico (2001). El autor —que sostiene que el proceso penal está dirigido, principalmente, a regular los incentivos y los desincentivos para influir en la conducta de los potenciales infractores— plantea que la admisión de la prueba de los antecedentes resulta un *desincentivo* para que el potencial infractor de la ley penal se vea disuadido de quebrantarla⁵⁵.

Antes de avanzar en el desarrollo de este argumento, es necesario poner de resalto la distinción que el autor propone entre aquellas pruebas que se extraen de la propia ocurrencia del hecho que se investiga (tales como un testimonio de *visu* o las huellas dactilares en la escena del crimen) y las pruebas *prospectivas* (tales como las condenas

⁵⁵ En este sentido: Sanchirico (2001, p. 1262) y Dahlman (2020, p. 173).

previas o la prueba del *motivo*)⁵⁶. Este último tipo de pruebas existen más allá de que la persona acusada hubiera cometido o no el delito que se le imputa, lo que contrasta con el tipo de evidencia que se desprende directamente del hecho.

La diferenciación resulta necesaria para entender esta objeción. Mientras que la prueba que se extrae directamente de la ocurrencia del hecho tiene un efecto disuasorio, dado que el potencial infractor podría pensar en no llevar a cabo la acción criminal porque podrá dejar cabos sueltos (pruebas que lo conecten directamente con el hecho); la prueba constituida por los antecedentes no cumple ningún papel disuasorio, dado que la misma existirá si el infractor lleva adelante la conducta delictiva o si no lo hace. En consecuencia, explica Redmayne (2015) repasando el argumento de la *disuasión*, admitir los antecedentes como prueba de la culpabilidad de la persona acusada, podría incluso socavar dicha disuasión, pues quien se dispone a cometer un delito podría pensar: «como tengo antecedentes —y serán utilizados como prueba—, cometa o no el delito, pensarán que he sido yo» (p. 42).

Hasta aquí, hay dos cuestiones que deben tenerse en cuenta: (i) que la prueba de las condenas previas de la persona acusada no cumple un rol disuasorio y (ii) que dicha prueba podría, incluso, socavar aquella disuasión. Sanchirico (2001), abordando el tema con mayor profundidad, plantea que no es tan inusual encontrar una prueba *traza* (como él denomina a aquellas pruebas que se obtienen de la propia ocurrencia del hecho) que incrimine a un sospechoso inocente. Sin embargo, refiere que encontrar dos pruebas de ese tipo contra un sospechoso inocente sería realmente difícil. De este modo, presuponiendo que se requieren al menos dos pruebas para habilitar la imposición de una condena, un sistema que excluya la prueba de los antecedentes generaría un desincentivo para delinquir. El razonamiento es el siguiente: al requerirse —según sostiene— dos pruebas para afirmar la culpabilidad de la persona acusada, una persona que cuenta con una condena previa se ve fuertemente desincentivado a comportarse adecuadamente, porque el hecho de tener un antecedente significa que ya tiene una prueba en su contra. Así, solo se va a necesitar una prueba más para afirmar su culpabilidad y, según sostiene el autor, es razonable esperar que aparezca una evidencia (de aquellas que se extraen de la propia ocurrencia del hecho) en su contra, tanto si comete el delito como si no lo hace. De este modo, el potencial infractor se verá desincentivado a cesar en su accionar delictivo dado a que es razonablemente probable que lo encuentren culpable aunque no lleve adelante la conducta (Sanchirico, 2001, p. 1275).

Sin embargo, este argumento que se ha esgrimido para fundamentar la exclusión de las pruebas constituidas por las condenas previas ha recibido críticas que parecen difíciles de sortear. Me centraré en dos críticas ensayadas por Redmayne (2015).

⁵⁶ Sanchirico (2001) explica esta distinción de la siguiente manera: «Para probar la conducta, el enfoque de fijación de incentivos distingue entre la evidencia *traza* (evidencia que es, probablemente, producto de la conducta) y la evidencia *predictiva* (prueba de las condiciones que tienden a producir la conducta en sí)» (p. 1306).

La primera de ellas, pone en evidencia que el razonamiento parte de un presupuesto difícil de sostener, al afirmar que se necesitan dos pruebas para poder condenar a una persona acusada de haber cometido un delito. Redmayne (2015) lo explica en los siguientes términos:

«dado que la mayoría de las jurisdicciones no tienen ninguna regla de corroboración, un acusado puede ser condenado con una sola evidencia, como su propia confesión o el testimonio de un testigo presencial, de modo que, si se afirma que una sola evidencia es fácil de conseguir, incluso una persona sin antecedentes podría pensar que no habrá mucha diferencia entre cometer el delito o no, pues de igual modo podrá ser condenado». (p. 43).

De este modo, si coincidimos en que no es habitual encontrar reglas que impongan la imposibilidad de condenar a una persona por la existencia de una única prueba⁵⁷, la objeción carecería de sentido ya que, como explica Redmayne, el hecho de que se incorpore como prueba una condena previa no haría ninguna diferencia a los efectos de incentivar o desincentivar la conducta del potencial infractor.

La segunda crítica a la que me referiré, se asienta en la idea de que las personas que se disponen a cometer un delito no son, en palabras de Redmayne, «calculadoras racionales» que se detienen a analizar de qué manera aumenta la posibilidad de ser condenados según las reglas probatorias vigentes o la cantidad de prueba que resulta necesaria para que les sea impuesta una condena.

Redmayne (2015) lo explica del siguiente modo:

Para que la admisión de las condenas previas como prueba socave la disuasión, los potenciales delincuentes deberán conocer la regla probatoria y tener en cuenta el hecho de que aumenta su probabilidad de condena al decidir si comete un delito. Dado que los antecedentes penales, en la gran mayoría de los casos, solo desempeñarán un papel de apoyo en la obtención de una condena, incluso si las personas funcionaran como calculadoras racionales, se centrarían más en las posibilidades de generar evidencias directas de su accionar al decidir si realizar un delito o no. Sin embargo, esto ignora el hecho de que los delincuentes no parecen ser calculadoras racionales. Los delincuentes tienden a no pensar en las consecuencias legales de sus acciones, poniéndolas fuera de sus mentes en la medida de lo posible y, en cambio, se concentran en las recompensas potenciales del crimen. (pp. 43-44).

Si bien la afirmación que sostiene que las personas que cometen delitos tienden a no pensar en las consecuencias legales podría ser matizada, parece acertada la observación de Redmayne (2015) en cuanto a que resulta poco probable imaginar a una persona repasando las reglas probatorias y haciendo cálculos respecto a cuánta evidencia resulta necesaria para ser condenado. Por otro lado, la objeción solo tendría sentido si adhiriésemos al tipo de modelo que plantea Sanchirico (2001) según

⁵⁷ Vale la pena agregar que el hecho de que sea inusual encontrar reglas que consagren la imposibilidad de condenar con una única prueba (o, de reverso, que establezcan la necesidad de pruebas para arribar a una condena) tiene que ver con haber dejado atrás el *sistema de prueba legal* que regía en tiempos pasados. En ese sentido, lo ha explicado con gran claridad Ramírez Ortíz (2020) al referirse, puntualmente, a la clásica regla conocida como «testis unus testis nullus» (p. 204).

el cual, el objetivo central del proceso es dar forma a los incentivos de los posibles infractores de la ley penal.

5. CONCLUSIÓN

El principal objetivo de este trabajo ha sido poner en órbita algunas discusiones sobre un tema que no ha merecido suficiente atención en nuestro medio, como contraposición al robusto desarrollo que ha tenido, por los motivos expuestos, en los sistemas del *common law*.

En este recorrido, conocer a qué llamamos *character evidence* resulta indispensable si pretendemos detenernos a analizar, seriamente, qué hacer con las condenas previas de una persona acusada a la hora de probar su culpabilidad.

He buscado, a través de esta investigación, reflexionar acerca de por qué estas discusiones son también relevantes en nuestro medio, donde la falta de regulaciones dedicadas a las reglas de evidencia, o nuestra propia tradición jurídica, nos han llevado a omitir cuestiones que, sin dudas, pueden tener serias repercusiones a la hora de utilizar o no utilizar, este tipo de pruebas en el marco de un proceso penal.

Particularmente, he buscado abordar con la mayor claridad posible los distintos tipos de argumentos que han sido esgrimidos a la hora de decidir si la prueba de los antecedentes debe o no ser utilizada para probar la culpabilidad de la persona acusada.

Al analizar los fundamentos epistémicos para aceptar o no el uso de este tipo de pruebas, he puesto especial atención a la discusión sobre su relevancia. En este sentido, entiendo que ha quedado clara la necesidad —y espero haber podido aportar elementos en ese sentido— de abandonar aquella dicotomía sobre si las condenas previas son o no relevantes para probar la culpabilidad de la persona acusada y, consecuentemente, avanzar sobre un análisis más profundo y preciso a través de la utilización de los criterios de relevancia aquí propuestos. A su vez, ello permitirá evitar la utilización de clases de referencia demasiado amplias o heterogéneas (en los términos de Dahlman, 2017) que den lugar a generalizaciones demasiado débiles. En sentido contrario, ir achicando o precisando la clase de referencia permitirá la construcción de generalizaciones más sólidas que den lugar a mejores inferencias. Al final de cuentas, el ejercicio propuesto, no sólo servirá para afirmar o negar la relevancia de los antecedentes para probar la culpabilidad de la persona acusada en el caso concreto, sino que también nos permitirá identificar el valor de esta prueba para sopesar su importancia con las objeciones morales o los temores epistémicos que pudieran presentarse.

Y en este sentido, creo necesario insistir con una cuestión que permite quitar contundencia a muchas de las objeciones que he puesto de relieve: la utilización de este tipo de pruebas en el proceso penal debe ser pensada como una de las pruebas que conforman el acervo probatorio para tomar una decisión sobre el hecho que se juzga. En efecto, sea cual sea la objeción que se plantee, no deberá estar dirigida a un

argumento que sostenga que afirmar la relevancia de las condenas previas significa que la existencia de aquella prueba es suficiente para determinar que la persona acusada es, en efecto, culpable⁵⁸.

Por otro lado, en lo que refiere a los argumentos no epistémicos, me he detenido en el análisis de las objeciones morales más recurrentes. He considerado que la objeción basada en el *principio de autonomía del ser humano* es pasible de ciertas críticas que encuentro razonadas, razón por la cual entiendo que podría resultar desproporcionado decidir la exclusión de estas pruebas, de modo general, en base a dicha objeción. En cuanto a la objeción que sostiene que, la utilización de este tipo de pruebas resulta propia de un *derecho penal de autor*, he intentado poner de resalto una cuestión que resulta de vital importancia: es necesario, en miras a proteger un principio trascendental como lo es el *principio de culpabilidad*, evitar cualquier tipo de caracterización en la elaboración de tipos penales, que tengan la finalidad de perseguir y castigar a un grupo de personas determinado. Sin embargo, ello no debe conducirnos a transformar esa preocupación sustantiva en una regla probatoria que rechace la utilización de estas pruebas. Pues, no debemos confundir el hecho de perseguir a alguien por sus características personales o su pertenencia a un grupo determinado, con la utilización de pruebas vinculadas con el carácter de una persona para determinar su culpabilidad en el hecho que se encuentra siendo investigado.

En definitiva, el estudio de las objeciones abordadas durante este trabajo me ha permitido sostener que, a priori, estas no resultan suficientes como para fundamentar la existencia de una regla que prohíba la utilización de este tipo de pruebas para la generalidad de los casos. Más bien, he intentado poner de relieve la necesidad de realizar un balance entre el valor que pudiera tener la prueba en el caso concreto y los perjuicios —tanto morales como epistémicos—, que la utilización de dicha prueba pudiera generar en la persona acusada, tal como se explicitó en el precedente *DPP v P* al que hiciera alusión anteriormente.

BIBLIOGRAFÍA

- Anderson, B. J. (2012). Recognizing Character: A New Perspective on Character Evidence. *The Yale Law Journal*, 121, 1912-1968.
- Dahlman, C. (2017). Unacceptable Generalizations in Arguments on Legal Evidence. *Argumentation*, 31, 83-99. <https://doi.org/10.1007/s10503-016-9399-1>.
- Dahlman, C. (2020). Naked Statistical Evidence and Incentives for Lawful Conduct. *International Journal of Evidence and Proof*, 24, 162-179.
- Damaška, M. R. (1994). Propensity Evidence in Continental Legal Systems. *Chicago-Kent Law Review*, 70, 55-67.

⁵⁸ Tampoco esto debe llevarnos a afirmar que resulta impensable imaginar un caso en el cual la existencia de una condena previa, por sí misma o sumada a algún elemento más, pueda resultar determinante para afirmar la culpabilidad de una persona. En este sentido, véase el caso de *Straffen* ya citado.

- Damaška, M. R. (2015) [1997]. *El derecho probatorio a la deriva* (Traducción de J. Picó i Junoy). Marcial Pons.
- Dei Vecchi, D. (2020). Admisión y exclusión de pruebas: índice para una discusión. En *Pensar la prueba* (volumen 1). Editores Del Sur.
- Dennis, D. H. (2013). *The Law of Evidence*. Thomson Reuters.
- Duff, A.; Farmer, L.; Marshall, S. & Tadros, V. (2007). *The Trial on Trial* (Volume 3. Towards a Normative Theory of the Criminal Trial). Hart Publishing.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. (Traducción de P. A. Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco y R. Cantarero Bandrés). Trotta.
- Ferrer Beltrán, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons.
- González Lagier, D. (2005). *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. Palestra.
- Ho, H. L. (2010). *A Philosophy of Evidence Law*. Oxford University Press.
- Hunter, J. (2016). Book Review: Character Evidence in the Criminal Trial. *The International Journal of Evidence & Proof* 20(2), 162-172. <https://doi.org/10.1177/1365712716641033>
- Laudan, L. (2013). *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica* (Traducción de C. Vázquez y E. Aguilera). Marcial Pons.
- Limardo, A. (2025). Propuestas para la construcción y el control de argumentos probatorios por parte de la defensa. En P. Rovatti (coord.), *La defensa penal: cuestiones fundamentales*. (p. 105-136). Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Pundik, A. (2023). La prueba predictiva en los procesos penales: ¿Por qué el derecho penal debe tratar a las personas como si tuvieran libre albedrío impredecible?. *Quaestio Facti. Revista Internacional Sobre Razonamiento Probatorio*, 6, 11–47. https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i6.22895
- Ramírez Ortiz, J. L. (2020). El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género. *Quaestio Facti. Revista Internacional Sobre Razonamiento Probatorio*, 1, 201–246. https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i0.22288
- Redmayne, M. (2002). The relevance of bad character. *Cambridge Law Journal*, 61(3), 684-714.
- Redmayne, M. (2015). *Character Evidence in Criminal Trial*. Oxford University Press.
- Roberts, P. y Zuckerman, A. A. S. (2010). *Criminal Evidence* (2ª ed., 586). Oxford University Press.
- Rovatti, P. (2020). Testigos no disponibles y confrontación: fundamentos epistémicos y no epistémicos. *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, 1, pp. 31-66. https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i0.22327
- Rovatti, P. (2024). Sobre la supuesta «pureza epistemológica» de la valoración de la prueba: a propósito de una tesis de Jordi Ferrer Beltrán. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 48, 467-498. <https://doi.org/10.14198/DOXA2024.48.17>.
- Sanchirico, C. (2001). Character Evidence and the Object of Trial. *Columbia Law Review*, 101(6), 1227-1311.
- Schauer, F. (2003). *Profiles, probabilities and stereotypes*. Harvard University Press.
- Schauer, F. (2022). *The Proof. Uses of Evidence in Law, Politics and Everything Else*. Harvard University Press.
- Spencer, J. R. (2002). Evidence. En M. Delmas-Marty & J. R. Spencer (eds.), *European Criminal Procedures* (p. 594-640). Cambridge University Press.
- Tillers, P. (1998). What is Wrong with Character Evidence. *Hastings Law Journal*, 49(3), p. 781-834.
- Toulmin, S. (2007) *Los usos de la argumentación* (Traducción de María Morrás y Victoria Pineda). Península.
- Legislación y jurisprudencia
 Criminal Justice Act 2003. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/44/contents>
 Federal Rules of Evidence (1 diciembre 2004). <https://www.uscourts.gov/file/78325/download>
 Regina v. Straffen. [1952] 2 Q.B. 911
 DPP v P [1991] 2 AC 447. <https://vlex.co.uk/vid/dpp-v-p-793137485>

INFERENCIA EPISTÉMICA Y ARGUMENTACIÓN. ANÁLISIS DE POSIBLES REFUTACIONES A ARGUMENTOS PROBATORIOS BASADOS EN MÁXIMAS DE EXPERIENCIA

Cristian Ayan*

Universidad Católica de Córdoba

0003474@ucc.edu.ar

RESUMEN: El artículo analiza el desempeño argumentativo del concepto jurídico procesal de máxima de la experiencia. Partiendo de la propuesta teórica de Toulmin, se ensayan diversas estrategias argumentativas para refutar máximas de la experiencia que integren inferencias epistémicas. Estas objeciones pueden dirigirse: contra el respaldo, contra la relación entre el respaldo y la máxima de la experiencia, contra la máxima de la experiencia, y contra la relación entre la máxima de la experiencia y el hecho probatorio. El elenco de posibilidades no es ni exhaustivo, ni excluyente, y solo contempla objeciones dirigidas a máximas de la experiencia analizadas de forma individual, esto es, sin escudriñar las posibilidades de argumentación derivadas de la interacción entre inferencias epistémicas en el discurso probatorio. Se pretende, de esta manera, dotar de herramientas que fortalezcan la argumentación de los operadores jurídicos en discusiones acerca de si se encuentra probado (o no) un hecho con relevancia jurídica.

* Quiero expresar un agradecimiento muy especial a Daniel González Lagier, quien dirigió mi trabajo final de máster en Razonamiento Probatorio. Su generosidad intelectual y su disposición constante para el diálogo fueron fundamentales en todo ese recorrido. Más allá del rol formal de director, ha sido —y sigue siendo— una referencia teórica decisiva en la forma de abordar los problemas en el razonamiento jurídico. Haber contado con su lectura aguda y su orientación fue un privilegio que excede lo académico. Agradezco, también, a Diego Dei Vecchi y Alejo Giles por haber integrado el tribunal evaluador y por las valiosas observaciones y comentarios críticos que me permitieron repensar varias partes de este trabajo. Extiendo mi gratitud a los dos árbitros anónimos que revisaron una versión previa del texto y cuyas sugerencias contribuyeron a mejorar su claridad y solidez argumentativa. Naturalmente, toda responsabilidad por las deficiencias o errores que aún subsistan me corresponde exclusivamente a mí. Dedico este trabajo con todo mi afecto a mis padres, por su apoyo constante, su ejemplo desde siempre y su cariño incomparable.

PALABRAS CLAVE: inferencia epistémica; máxima de la experiencia; Toulmin; argumentación probatoria; razonamiento probatorio.

EPISTEMIC INFERENCE AND ARGUMENTATION: ANALYSIS OF POSSIBLE REFUTATIONS TO EVIDENTIARY ARGUMENTS BASED ON EMPIRICAL GENERALIZATION

SUMMARY: The article analyzes the argumentative performance of the procedural legal concept of máxima de la experiencia (empirical generalizations). Starting from Toulmin's theoretical proposal, various argumentative strategies are tested to refute empirical generalizations that integrate epistemic inferences in legal discourse. These objections can be directed: against the back, against the relationship between the back and the empirical generalizations, against the empirical generalization itself, and against the relationship between the generalization and the proven fact. The list of possibilities is neither exhaustive nor exclusive, and only contemplates objections directed to empirical generalizations analyzed individually, that is, without scrutinizing the possibilities of argumentation accruing from the interaction between epistemic inferences in the evidentiary discourse. The aim is, in this way, to provide tools that strengthen the arguments of legal operators in discussions about whether a fact with legal relevance is proven (or not).

KEYWORDS: epistemic inference; máxima de la experiencia; Toulmin; facts argumentation; evidential reasoning.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN Y OBJETIVOS.— 2. PUNTOS DE PARTIDA Y ESTIPULACIONES.— 3. VÍAS PARA DISCUTIR LA APLICACIÓN DE MDE: 3.1. Cuestionamiento al respaldo en el cual se basa la MdE; 3.2. Cuestionamiento a la aplicación de la MdE al caso particular - 3.3. Cuestionamiento a la relación entre el respaldo y la MdE; 3.4. Cuestionamiento directo a la MdE: 3.4.1. MdE epistémicamente falsas; 3.4.2. MdE de formulación discutible; 3.4.3. MdE moralmente discutibles; 3.4.4. MdE jurídicamente cuestionables; 3.5. A modo de retablo.— 4. CONCLUSIONES.— 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN Y OBJETIVOS

Los problemas que se suscitan y que se abordan en los procesos judiciales han sido, tradicionalmente, divididos en cuestiones de derecho y cuestiones de hecho¹. La argumentación jurídica, entonces, puede ser dividida en argumentos sobre el derecho y argumentos sobre los hechos. Los primeros, es decir, los argumentos relativos a cuestiones de derecho, conciernen principalmente a la teoría de la interpretación jurídica y, en caso de aceptarla como actividad racional, a la ponderación. Los segundos, esto es, los argumentos sobre los hechos, por su parte, conciernen a la prueba. Un argumento sobre una cuestión de hecho es aquel que provee una razón para tener por probado un determinado hecho o estado de cosas.

¹ Al estilo de Chiovenda (1925-II, p. 400), entre otros.

Este trabajo trata de argumentos del segundo tipo, esto es, de argumentos sobre la prueba, y de cómo estos pueden ser, de alguna manera, controlados racionalmente por los participantes en una contienda judicial. Sin embargo, quiero dejar aclarado desde el comienzo, para no generar una expectativa que el ulterior desarrollo no logre colmar, que procuraré desarrollar diversas estrategias argumentativas solo en relación con un tipo específico de argumento probatorio (inferencia epistémica) (en adelante I_E). Esto significa que dejaré de lado otras expresiones argumentales también utilizadas en las discusiones acerca de la prueba de los hechos. Con esto último me refiero, siguiendo a González Lagier (2018, pp. 17 y ss.), a que las denominadas inferencias conceptuales y normativas no serán aquí abordadas². La razón de esa limitación en el objeto de estudio es simple. La I_E detenta un papel protagónico en el razonamiento probatorio, lo que la dota de una especial y singular importancia en comparación con las demás. Como segundo límite metodológico, dentro de la I_E , me ocuparé específicamente de uno de sus elementos: las denominadas máximas de la experiencia (en adelante MdE). En tercer término, la propuesta que se formula se refiere a las MdE en tanto, y en cuanto, integran una I_E de forma individual y estática, dejando de lado los efectos que, en relación a la argumentación sobre MdE, puede tener la interacción dinámica entre diversas I_E con sentidos opuestos (una I_E que tiende a probar p, mientras otra I_E que procure probar no p). En definitiva, intentaré exponer —mediante refutaciones— un repertorio de formas de control al uso de MdE en contextos probatorios jurídicos, con las demarcaciones que he anticipado.

Por ello, el presente ensayo tiene como objetivos sugerir diversas estrategias argumentales para refutar argumentos basados en MdE, sistematizándolas de acuerdo con sus características y particularidades. El objetivo trazado, a su vez, forma parte de un ideario más ambicioso y de profundo calado: dotar de herramientas que permitan optimizar el razonamiento probatorio en general, y la fundamentación probatoria en particular. Es que, resulta preferible dejarlo asentado, una mayor calidad en la fundamentación acerca de la prueba no solo legitima política o moralmente a las decisiones judiciales, sino que, incluso, robustece el valor de la seguridad jurídica en un Estado de Derecho, ya que permite precisar e identificar las razones utilizadas por los jueces para tener por probados hechos con relevancia jurídica.

² La diferencia principal entre los tres tipos de inferencias radica en el tipo de enlace entre las razones y la pretensión que busca justificarse. Así, en la inferencia epistémica dicho enlace viene dado por el uso de una máxima de la experiencia, al estilo de «si alguien roba una cosa ordinariamente la conserva en su poder», «si alguien procura delinquir prefiere la noche», «si el testigo se encontraba impedido en la línea de observación del hecho, entonces el peso de su testimonio no es importante», etc. Por su parte, en la inferencia normativa el enlace está constituido por una regla que obliga al juez a aceptar como probados ciertos hechos cuando se dan ciertos hechos previos, tal como es el caso de las presunciones legales contenidas en los diversos sistemas de derecho positivo. Por último, respecto de las inferencias conceptuales, el enlace viene dado por el empleo de conceptos, definiciones o teorías que utilizamos, frecuentemente, para entender y comprender el mundo. En este sentido, el ejemplo del propio González Lagier (2018, p. 23), «causa es una relación que opera como condición necesaria entre dos sucesos», es un tipo enlace cuya propiedad relevante es el uso de una definición de causa, y que puede integrar una cadena de razonamientos probatorios.

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

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

2. PUNTOS DE PARTIDA Y ESTIPULACIONES

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

a) Si lo que se busca es esbozar caminos argumentales en relación con razonamientos³ que utilicen MdE, va de suyo que se presupone su concepto. La doctrina jurídica es uniforme en aceptar que la acuñación del nombre MdE es patrimonio de Friedrich Stein, aun cuando el concepto haya sido anterior a la obra del jurista alemán (Nieva Fenoll, 2010, p. 211). Por ello, es ineludible tomar como punto de partida la conceptualización que Stein dio a las MdE. Así, en palabras de Stein, las MdE:

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

Esto no merecería ser destacado, si no fuere porque autorizados juristas —como Nieva Fenoll (2010, pp. 210 y ss.) y Taruffo (2009, p. 160; 2023, pp. 26 y ss.)— han criticado la debilidad teórica del concepto. Sin perjuicio de que dicha discusión excede los objetivos trazados, en lo que a este estudio concierne, conservaré el nombre y el concepto por dos razones. Primero, porque el nombre MdE es de uso común entre los operadores jurídicos, perteneciendo a las prácticas lingüísticas comunitarias. Si bien esto podría implicar asumir una postura conservadora, no menos cierto es

³ En lo que sigue, utilizaré los términos «argumento», «razonamiento» e «inferencia» de manera equivalente para simplificar la exposición.

que el hecho de que un término integre las prácticas lingüísticas de una sociedad o grupo (los operadores jurídicos) exige que su eventual sustitución o eliminación deba estar especialmente justificada. Caso contrario, se impondría un sacrificio desmedido en función de los beneficios de contar con un consenso, más o menos extendido, en relación con su significado. Segundo, porque, aun cuando se pulieran los difusos contornos del concepto de MdE, y se establecieran propiedades definitorias de manera segura y estable —o se sustituyera el concepto por otro superador— no podría eliminarse la primordial función lógica que aquellas desempeñan en el razonamiento probatorio. En efecto, las MdE, en términos de lógica clásica, se desempeñan como premisas mayores de los razonamientos probatorios, y permiten construir cadenas de razonamientos o polisilogismos. El haber puesto el acento sobre esta función constituye un mérito indudable de Stein (2018, p. 13). Si esto es así, entonces su uso y desempeño es independiente de cómo se las llame o designe. La diferencia entre nombrar un fenómeno —MdE— y la existencia del fenómeno en sí mismo —premisas mayores— no debe ser confundida.

b) Los procesos inferenciales en el momento de la valoración de la prueba no difieren sustancialmente de los que se realizan en la vida cotidiana para el conocimiento acerca de los hechos.

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

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

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

En dicho contexto, la premisa mayor —«*Quien roba una cosa ordinariamente la conserva en su poder*»— opera como puente lógico que faculta el paso del hecho probado a la conclusión. De esta manera, la MdE constituye una razón en favor de la conclusión del argumento, y enlaza aquello que se conoce —«*El imputado tenía en su poder la cosa robada*»— con lo que pretende conocerse.

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

f) El modelo propuesto por Stephen Toulmin⁴ proporciona un esquema adecuado para representar I_E , y con ello, el uso de MdE. Por ello, tomaré a dicho modelo, con el alcance dado por González Lagier (2005, p. 55 y ss.), como base para las diferentes líneas de argumentación que desarrollaré. En efecto, para González Lagier, el sistema de Toulmin constituye una de las formas posibles de representar la I_E . Así, toda argumentación —inferencia epistémica, por el caso— parte de una pretensión que es aquello que se quiere fundamentar. En el caso de que la pretensión sea puesta en duda, entonces debe ser fundamentada por medio de razones que apoyen la corrección de la pretensión. Si fuera necesario explicar por qué esas razones apoyan la pretensión, entonces esa explicación debe hacerse por medio de un enunciado que vincule o conecte las razones con la pretensión, al que se lo denomina garantía o warrant. Además, el modelo se complementa con el respaldo que justifica la regularidad del enunciado que hace las veces de garantía o warrant.

Dicho esquema general puede ser aplicado a las I_E , de manera que los hechos probatorios constituyen las razones de la I_E ; el hecho o los hechos a probar, la pretensión; la garantía serán las MdE empleadas, y la información que justifica las MdE, a su vez, constituirá el respaldo. Retomando el caso propuesto por Cafferata Nores, podría reconstruirse una I_E :

Pretensión: X es autor del robo.

Razones: X ha sido aprehendido en posesión de la *res furtiva*.

Garantía: MdE que enuncia «Si alguien roba una cosa, ordinariamente, la conserva en su poder».

Respaldo: la experiencia judicial.

A partir de esta reconstrucción, es posible delimitar una expresión importante de cómo se estructuran los argumentos probatorios en contextos judiciales⁵.

⁴ En este sentido, Toulmin (2007, pp. 129 y ss.).

⁵ No obstante la difusión del modelo y su aplicación al ámbito probatorio, debe destacarse que también presenta algunas aristas problemáticas. Entre ellas, pueden destacarse: 1) a pesar de que Toulmin tuvo especialmente en cuenta la práctica jurídica, su propuesta resulta de menor poder explicativo que otras —p.e. *chart method* de Wigmore— diseñadas específicamente para el derecho; 2) el análisis típico de Toulmin tiene un solo dato y una sola garantía (Reed y Rowe, 2005, p. 273), lo que complica

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

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

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

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

3. VÍAS PARA DISCUTIR LA APLICACIÓN DE MDE

Tomando en cuenta el esquema de Toulmin para dar cuenta de la estructura de una I_E , es posible idear algunas formas argumentales para refutar las MdE utilizadas en este tipo de inferencias. En lo que sigue, intentaré brindar un elenco de estrategias argumentativas que tengan a las MdE como principal objetivo en la discusión. Sin embargo, vale aclarar, las formas que aquí se dirán no pretenden ser ni exhaustivas, ni tampoco excluyentes, es decir, que no se descarta la posibilidad de deducir razonamientos contra MdE diversos a los que se consignarán, ni tampoco que el uso de una vía implique, necesariamente, el descarte de otra.

adaptarlo a esquemas complejos de multiplicidad de datos y posibles garantías, tal como sucede en el ámbito probatorio.

En base al esquema de Toulmin y su aplicación al razonamiento probatorio, sostendré que existen, por lo menos, las siguientes formas de objetar la aplicación de MdE.

3.1. Cuestionamiento al respaldo en el cual se basa la MdE

Los embates al respaldo se encontrarán direccionados a demostrar que determinada MdE no tiene base en el conocimiento común o en la experiencia corriente. De esta manera, se sostendrá que el stock de conocimiento existente en un conglomerado social no puede funcionar como respaldo de la MdE, haciendo de ésta última un enunciado dogmático, sin fundamento que la justifique⁶.

En el caso de la *res furtiva* propuesta por Cafferata Nores (1998), esta situación se daría si el objetante focalizara su ataque contra el enunciado «la experiencia general o judicial demuestra...» argumentando que no pertenece al patrimonio del conocimiento común de la sociedad o comunidad jurídica en la que se encuentra el juzgador. Lo importante por esta vía es que el esfuerzo argumentativo se dirige a bridar razones de que el respaldo p de la MdE no integra el conocimiento general de una sociedad. Ahora bien, frente al eventual interrogante acerca de si en las I_E puede haber algún tipo de respaldo que no esté vinculado a la experiencia, entiendo que la respuesta es negativa. Esto obedece a que, si se adopta la definición de MdE propuesta por Stein, donde aquellas son juicios derivados de la experiencia, entonces, por una razón conceptual no podría haber otro respaldo que no sea de este tipo, tanto sea en relación a la experiencia propia o de terceras personas.

3.2. Cuestionamiento a la aplicación de la MdE al caso particular

Si las MdE funcionan como reglas de cobertura que permiten el paso de una afirmación a otra, entonces, si se demuestra que el caso no constituye un supuesto individual previsto en el enunciado de la MdE, se habrá dado una buena razón para refutarla en relación con ese caso singular. Para ello, es importante destacar que las MdE, a través de su formulación semántica, conectan dos clases de conjuntos: *a*) la clase de los sujetos; *b*) y la clase de los predicados, ambas expresadas a través del lenguaje ordinario. De esta manera, la vinculación de un elemento p a una determinada MdE se efectiviza por dos pasos sucesivos: 1) la determinación si p pertenece a la clase de los sujetos previstos en la MdE, y si así fuere; 2) la afirmación de que la pertenencia de p a la clase de los sujetos es una razón para sostener que p es parte de

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

la clase del predicado enunciado por la MdE. Así, la MdE₁ «Si una persona es mayor a otra, entonces tiende a imponerse en la pareja donde hay diferencia etaria» pone en una relación convergente a la clase del sujeto de la oración («la persona de mayor edad») con la clase del predicado («la pareja...»), de manera tal que si p es un caso singular de la clase sujeto de la oración (persona de mayor edad) entonces, también, hay motivo para sostener que p es parte integrante de la clase de los predicados previstos en la MdE (parejas en las cuales hay diferencias significativas de edad). Para la lógica formal, el enunciado de la MdE sería representado como un condicional generalizado: para todo individuo x , si x es mayor a otra persona, entonces x tiende a imponerse en la pareja donde hay diferencia etaria ($\forall x (Px \rightarrow Qx)$). Esta idea también puede representarse a partir de la relación de subconjunto. En efecto, dado los conjuntos A y B , A es subconjunto propio de B , si todo miembro de A ($x \in A$) es también miembro de B ($x \in B$) y A no es igual a B ($A \subseteq B \wedge A \neq B$), de manera que $\forall x(x \in A \rightarrow x \in B) \wedge \exists y(y \in B \wedge y \notin A)$. Así:

Propiedad p : persona mayor a otra en edad.

Propiedad q : imposición en la pareja.

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

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

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

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

En ese sentido, se podría estructurar una refutación admitiendo la afirmación contenida en la MdE₁ de que «Si una persona es mayor a otra, entonces tiende a imponerse en la pareja donde hay diferencia etaria» y su respaldo en el conocimiento común, pero reclamando que, en el caso sometido a discusión judicial, no debe aplicarse porque «en la relación entre x e y , siendo x la persona de mayor edad e y la de menor edad, x es una persona de tercera edad que depende de y » o « y es una persona de carácter vehemente y x es una persona tímida y de personalidad débil». La aceptación de estas hipótesis tornaría inaplicable la MdE₁ utilizada. De esta manera, lo que se pretende por esta estrategia es dar una razón para demostrar que el supuesto individual no queda comprendido dentro de la clase de los sujetos abarcados por la MdE. Es claro que la descripción del caso singular depende —salvo la categoría de hecho notorio— de las evidencias que se cuenten para respaldar su veracidad. En este sentido, la nueva descripción —p.e. el carácter vehemente de y — debe ir acompañada de prueba que permita tener a dicho estado de cosas por probado. Caso contrario, se corre el riesgo de que la descripción del supuesto individual resulte dogmática, y descalifique la refutación.

3.3. Cuestionamiento a la relación entre el respaldo y la MdE

En la estrategia que aquí se desarrolla⁷, a diferencia de *III.1*), se acepta a la MdE como parte integrante del conocimiento común vigente en la sociedad, pero se argumentará que su relación con el respaldo no es fiable, ni creíble, porque carece de rigor epistémico al basarse en creencias no justificadas (como las creencias populares). Si, en definitiva, el basamento de una resolución jurisdiccional es una creencia popular, podría incurrir en arbitrariedad, y como tal hacerla censurable.

Esto se podría apreciar, ilustrativamente, si se utilizara para fundamentar una resolución jurisdiccional en contra de un imputado x , una MdE₂ que enunciara «Si una persona goza de mal concepto por sus acciones, entonces, tenderá a persistir en su incorrecto proceder». En este caso, la defensa de x podría conceder la verdad de que la MdE pertenece al conocimiento común o saber vulgar, esto es, aceptar la existencia —quizás, como un estereotipo⁸— de la MdE en cuestión. Ello implicaría aceptar dos afirmaciones: *i*) la verdad de la proposición que sostiene la existencia de la MdE, tal como se la enuncia (es verdad que en la comunidad p hay una MdE que enuncia «si una persona goza de mal concepto por sus acciones, entonces, tenderá a persistir en su incorrecto proceder»), y: *ii*) la verdad de que esa MdE tiene respaldo en el conocimiento o experiencia común de la sociedad (es verdad que MdE₂ tiene respaldo en la comunidad p). Ahora bien, aun concediendo sendas afirmaciones —*i*) y *ii*)— nada impediría dirigir un embate hacia el uso de la MdE, en tanto y en cuanto, sea epistémicamente infundada, como es la creencia popular sintetizada en el dicho «hazte la fama y échate a dormir» u en otras expresiones de tradición semejante en la cultura popular. En otras palabras, se admite que MdE₂ tiene respaldo en una comunidad p , pero ese respaldo, en tanto que producto de la tradición popular o reglas folklóricas de la comunidad p , resulta ineficaz como soporte para MdE₂, por lo menos en contextos institucionalizados como los procesos judiciales. Algo similar podría ocurrir con una MdE respecto de la sobre calificación del testimonio de un menor, habida cuenta la relación con el respaldo en la creencia popular de que «los chicos y los borrachos siempre dicen la verdad».

Esta vía de ataque puede confundirse con la nominada en primer lugar (*III.1*) pero, metodológicamente, es conveniente subrayar la diferencia entre una y otra. Y

⁷ La distinción entre diversos tipos de generalizaciones, y su admisibilidad en contextos institucionalizados, ha sido desarrollada por múltiples autores. Anderson, Schum y Twining (2005, pp. 262 y ss.) han mostrado el uso de distintas generalizaciones en el discurso judicial, así como el papel que estas cumplen para enfoques argumentativos y narrativos de la prueba. Especialmente, los autores han puesto de relieve como la fiabilidad es una propiedad relevante para clasificar generalizaciones, ya que algunas de ellas pueden tener un estatus de conocimiento controlable o de amplio consenso general, mientras que otras, sin base empírica sólida, deben considerarse creencias sin garantías [*unwarranted beliefs*] o prejuicios (2005, p. 271).

⁸ Para una profundización acerca del papel de los estereotipos en el razonamiento judicial, puede verse Arena (2016; 2019).

es que, mientras en el primer supuesto la actividad argumentativa está destinada a la demostración que la MdE no forma parte del conocimiento común de una sociedad (es falso el enunciado «MdE_x se respalda en la experiencia o conocimiento común»), en el presente tipo de embate, la faena se dirigirá a la demostración de que la MdE carece de fundamentación epistémica razonable, aunque forme parte del acervo de conocimiento común. Para ello, es importante tener en cuenta que, dentro de la experiencia o conocimiento común, no solo tienen lugar creencias infundadas, sino que, además, hay lugar para otros fenómenos que difieren de aquellas y que tienen mejor sustento epistémico. En efecto, resulta plausible sostener que ciertos enunciados provenientes de leyes científicas o generalizaciones epistémicamente aceptadas (el anochecer facilita la comisión de delitos porque impide el reconocimiento de los autores) formen parte del conocimiento común con bases lo suficientemente sólidas para que sean utilizadas aprobando el contralor que sobre aquellas se hagan, mientras que otros enunciados —como MdE₂— tengan bases débiles.

Independientemente de esta estrategia, también es posible utilizar otros métodos para poner en tela de juicio la base epistémica de una MdE. Esto es importante porque, aun concediendo la posibilidad conceptual en relación con la existencia de MdE que sean conclusiones de razonamientos inductivos sobre la totalidad de casos o individuos, la mayor cantidad de MdE que se utilizan en contextos judiciales carecen de dicha exhaustividad. Por el caso, una MdE₃ «Si un perro no ladró al momento del robo, entonces es posible que el perro haya conocido al ladrón»⁹ es un enunciado que puede gozar de mayor o menor consenso, pero que difícilmente se base en un estudio sistemático de todos —o al menos de una muestra representativa— de los casos de robo en los que había un perro presente. La aceptación acrítica de tales máximas como si fueran reglas empíricas válidas pasa por alto una cuestión crucial: si las MdE operan como inferencias inductivas, su fuerza probatoria dependerá de la robustez de los datos que las sustentan.

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

⁹ El ejemplo es una reformulación a partir del conocido cuento «Estrella de Plata» de Doyle (2016), y que tiene a Sherlock Holmes como su protagonista. Para una reconstrucción teórica aplicada al derecho y a la prueba, puede verse Walton y Macagno (2005, pp. 19 y ss.).

Para evitar incursionar en callejones sin salida, una forma de contra argumentar a partir de la base inductiva, sería desafiar a la MdE con otra MdE opuesta que goce de un mayor consenso. La aceptación general de una MdE, que no implica una aceptación de la totalidad de los miembros que conforman un conglomerado social determinado, dota de una fortaleza adicional a este tipo de enunciado permitiendo disputar eficazmente la competencia por el título de MdE aplicable. El fenómeno relativo al uso de un argumento con consenso cognitivo, es similar a lo que se conoce como endoxa en la teoría de la argumentación. En esta disciplina se reserva este término para connotar el mayor rendimiento de un argumento por su aceptación, lo que lleva a que, aquel que quiera desvirtuarlo, debe realizar un esfuerzo adicional por arremeter contra una razón consolidada.

Sin embargo, apelar al concepto de endoxa puede resultar de escasa utilidad. La ausencia de criterios para determinar cuándo una MdE pasa a estar endoxada no contribuye a que su universo de aplicación sea claro o determinado y, por ende, seguro. El problema, entonces, parece persistir. Esto limita la función «ser una proposición endoxada en relación...» a casos claros y evidentes. Empero, parece razonable argüir que, en contextos argumentativos, si algo es evidente, entonces la disputa es aparente o, en su defecto, de fácil solución. Además, gran parte de las contiendas entre MdE con sentido diverso se establecen entre enunciados ya endoxados, por lo que la pugna no puede definirse a partir de dicha función. Así, por ejemplo, supongamos que se produce un choque de automóviles protagonizado por x e y . Un punto importante en la discusión es determinar si x o y infringieron alguna norma de tránsito. El testigo z , quien se encontraba presente en el lugar, presenció el hecho, y además es amigo íntimo de x . Llegado el momento de analizar el testimonio de z , sería corriente que se puedan aplicar MdE_4 «Si alguien ve, sin ningún tipo de impedimento epistémico, un evento, entonces su testimonio es especialmente relevante» y, al mismo tiempo, MdE_5 : «Si alguien es íntimo amigo de una parte, entonces su testimonio no detenta rendimiento probatorio, porque tiene interés en el resultado del proceso», donde ambas MdE gozan de consenso —se encuentran endoxadas— entre los operadores jurídicos, al punto que es posible que el actor haga uso de una, y el demandado ponga el acento en la otra.

Por ende, debe indagarse otro camino que evite los escollos que presenta el sendero de la endoxa. Esto no significa denegarle a ésta última todo papel en la argumentación entre MdE. Por el contrario, sin perjuicio de su uso, lo que sostengo es la necesidad de disponer de alguna estrategia adicional con cimientos un poco más seguros.

Para esto, tomaré en cuenta que las MdE, desde el punto de vista lógico, expresan proposiciones, entendiéndolas como entidades abstractas portadoras de verdad y significado, con las que cualquier sujeto se relaciona por medio de actitudes proposicionales. Así, cuando S cree que si una persona roba entonces conserva la cosa robada en su poder, S se encuentra involucrado con MdE_6 , a partir de su creencia en la proposición que la expresa. Esto permite trasladar el problema de MdE opuestas al terreno de las creencias racionales.

Ahora bien, las actitudes proposicionales de S, consistente en creer en una MdE u otra expresión significativa de ajuste lenguaje-mundo, pueden tener distinta fuerza o grado. Por el caso, S puede estar seguro de una MdE₇ («Si alguien está en el momento t en el lugar l, no puede estar en l' mientras dure t»), o dudar acerca de otra MdE, lo que no significa que crea ¬MdE. En el mismo sentido, la actitud proposicional de creer, así como su grado o intensidad, dependen del contexto. Por ejemplo, un británico puede creer en la MdE₈ «Si atestigua un policía, entonces su testimonio es especialmente relevante por su condición de funcionario público», y un argentino creer que MdE₈ se trata de una broma siniestra.

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

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

Este breve esquema puede ser adaptado a la decisión sobre que MdE aplicar, dándosele preferencia a la que otorgue la mayor utilidad esperada. Por ejemplo, si z ha presenciado un choque y, al mismo tiempo, es amigo íntimo de uno de sus prota-

gonistas, su testimonio puede ser valorado a partir de MdE_4 y MdE_5 . Así, el cálculo podría ser reconstruido:

Utilidad positiva (lo que se gana si MdE_4 prevalece, dándole valor al testimonio de z): 10.000 unidades.

Grado de creencia en MdE_4 : 0.85

Utilidad negativa (lo que se pierde si MdE_4 , restándole valor al testimonio de z): -5000

Grado de creencia en MdE_5 : 0.15

Con estos datos, la utilidad esperada de la aplicación de MdE_4 por sobre MdE_5 será:

$(10.000 \times 0.85) + (-5000 \times 0.15) = 8.500 - 750 = 7.750$ de utilidad esperada de MdE_4 preferida sobre MdE_5 .

Dicho valor es/debe ser más alto que la alternativa MdE_5 preferida a MdE_4 . De confirmarse, racionalmente debe aplicarse MdE_4 .

La utilidad del modelo no radica en reemplazar el conocimiento compartido o el consenso sociocultural —aquello que la tradición aristotélica denomina *endoxa*—, sino en ofrecer una herramienta analítica que permite reconstruir racionalmente la elección entre máximas de experiencia cuando dicho consenso es insuficiente o ambiguo. El modelo que aquí se propone no busca determinar cuál es la verdadera máxima, sino explicar cómo un agente racional puede justificar su preferencia por una máxima frente a otra, en contextos donde ambas poseen algún grado de plausibilidad.

A diferencia del criterio de consenso, que tiende a ser retrospectivo, implícito y muchas veces inverificable, el uso de una estructura basada en grados de creencia y utilidad epistémica permite explicitar los factores que orientan la toma de posición. Este «plus de racionalidad» propone hacer visibles las razones que justifican una elección, reconstruyéndolas con base en la coherencia, el menor riesgo de error, la mayor cobertura explicativa y la compatibilidad con otras pruebas.

Ciertamente, no es posible establecer una medida objetiva ni universal de los grados de creencia ni de las utilidades¹⁰ asociadas a cada *MdE*. Por eso se propo-

¹⁰ Ahora bien, es razonable preguntarse qué se entiende aquí por «utilidad» y cómo podría medirse en el contexto de una decisión judicial. En el modelo propuesto, la utilidad no refiere a una magnitud económica ni a un valor objetivo predeterminado, sino a una representación de la preferencia racional del agente —juez, fiscal o defensor— en relación con las consecuencias epistémicas y prácticas de adoptar una u otra *MdE*. Así, se considera útil aquella elección que maximiza la coherencia con el resto del sistema probatorio, evita contradicciones normativas, reduce el riesgo de error y promueve una mayor justificabilidad de la decisión. Estas utilidades, aunque no cuantificables con precisión matemática, pueden ser estimadas en términos ordinales o aproximadas mediante intuiciones justificadas. El valor numérico asignado en el ejemplo tiene un carácter ilustrativo y cumple una función pedagógica: visibilizar que incluso en contextos forenses, toda elección entre reglas de cobertura supone un balance entre

ne una aproximación subjetivista y comparativa, que no exige precisión numérica sino únicamente la posibilidad de establecer una relación de preferencia ordenada (por ejemplo: «el agente considera más útil aplicar MdE_4 que MdE_5 en este caso»). El ejemplo con valores numéricos no pretende ofrecer una métrica real, sino ilustrar cómo opera el equilibrio de razones bajo incertidumbre.

De este modo, el modelo permite sustituir intuiciones implícitas —basadas en autoridad, experiencia acrítica o mera costumbre— por una reconstrucción epistémicamente más robusta. No se trata, entonces, de eliminar el saber común, sino de exigirle justificación cuando está en juego una decisión con consecuencias jurídicas relevantes.

En este sentido, es claro que la propuesta no es más que un experimento mental que invita a la introspección para la toma de decisiones, ya que no hay una respuesta exacta a la pregunta de cuanto S cree en MdE_4 o en MdE_5 . Empero, el método tiene la ventaja de hacer visible tanto el cálculo en que se basa una decisión, como la asignación del valor al grado de creencia en cada MdE . Si a esto se le agrega, algo que Papineau no dice, pero conviene destacar, que la asignación de valores no puede ser fruto del capricho sino el producto de una actitud de equilibrio reflexivo, entonces la operación otorga un plus de racionalidad que conviene no menospreciar. Aun así, también me permito decir que el fenómeno probatorio —en un sentido amplio— tampoco brinda respuesta al interrogante sobre los grados de creencia en p que se le objeta al método aquí desarrollado. En todo caso, en lo que a la prueba (testimonios, documentos, pericias, etc.) concierne, si la evidencia demuestra que p tiene una probabilidad mayor a q , lo único que habilita es a que S crea —quizás en sentido normativo— en p de manera más fuerte que en q . Cuanto más fuerte deba ser esa creencia, es un problema para el que la prueba no tiene respuesta.

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

A pesar de esto, la propuesta no dice nada acerca de la medición de creencias (MdE). Más bien, la representa uniéndola con la utilidad de cursos de acción. Para lograr el cometido de medición, von Wri \ddot{g} th (2001, pp. 169-170) ha sugerido dos posibles caminos: *i*) la llamada intensidad de la creencia que puede ser estimada introspectivamente o, quizás, «extropectivamente», a la que von Wri \ddot{g} th no le otorga un carácter muy prometedor, *ii*) y como una disposición para actuar, siendo el método más clásico dentro de esta variante, la proposición de apuestas y la observación de

riesgos y beneficios normativos y epistémicos, aunque ese cálculo no se explicita. En suma, el concepto de utilidad aquí utilizado debe entenderse como una herramienta heurística que permite reconstruir racionalmente la preferencia por una MdE sobre otra. Esto no es, precisamente, algo ajeno en el terreno de la filosofía. A tal fin, y con mayor detalle sobre la aplicación de herramientas matemáticas al cálculo de utilidad, puede verse Steinhart (2009, pp. 132-146).

las *odds*¹¹ respectivas. Un ejemplo puede ser útil para graficarlo. Si se desafía a S con apostar €1 (x) para ganar €3 (y) —lo que hace un pozo de €4— en el caso de que p sea verdadera, se está ofreciendo un beneficio de €4 (x+y) si gana, al costo de €1. Esto implica un *odds* de 1:4 a favor de p, cuyo cociente de apuesta es $1/1+3$ (x/x+y), es decir 0,25, lo que puede ser utilizado como representación numérica del grado de creencia en p (Hacking, 2001, pp. 151 y 160).

Según la teoría estándar, en lo que atañe a los grados de creencias, las leyes matemáticas de la probabilidad deberían guiar a un sujeto racional en sus elecciones, para evitar casos del tipo *Dutch Book*. Este tipo de argumento, comúnmente usado en probabilidad, sostiene que los grados de creencia racional de una agente, como sería un argumentante en una contienda judicial, deben satisfacer las leyes de probabilidad. Un desarrollo extenso de este tipo de argumento implicaría una extensión desmedida a mis propósitos. No obstante, básteme un ejemplo de *Dutch Book* para demostrar como un agente racional debe estructurar sus grados de creencias satisfaciendo las reglas de la probabilidad. Supongamos que S, violando el teorema $\Pr(p) + \Pr(\neg p) = 1$, derivado de los axiomas de Kolmogorov¹², tiene un grado de creencia 0.7 en p y 0.7 en $\neg p$, para una apuesta total de €1. Esta persona aceptará gustosamente pagar 70 centavos de € para ganar 1€ si sucede p, y también aceptará pagar 70 centavos para ganar 1€ si no sucede p. Pero cualquiera que realice este par de apuestas perderá inevitablemente, ya que habrá pagado 1.40€ en total y, como máximo, ganará €1, tanto si p como si $\neg p$. Aquí el problema radica en que los grados de creencia en p y en $\neg p$ suman más de 1. Dado que parece claramente irracional adoptar actitudes que aseguren una pérdida, se sigue que cualquier agente racional tendrá grados de creencia que se ajusten al cálculo probabilístico. Esto significa que las leyes matemáticas de probabilidad son aplicables a la discusión de grados de creencia en MdE, e implica que su violación puede ser un argumento de peso. Además, expresándose la cuantificación, la afirmación «el grado de creencia en MdE es x», por aplicación de los cocientes de apuestas *odds*, no pueden ser absolutamente discrecionales, permitiendo, en caso de que lo fuera, contra argumentar en ese sentido. De esta forma se brinda herramientas a los fines de disputar aplicaciones de MdE en forma específica y de acuerdo con su compromiso epistémico.

¹¹ Es frecuente traducir *odds* como «probabilidad». No obstante, en las apuestas, se entiende por *odds* un sentido específico, como probabilidad de que un determinado pronóstico suceda. Así, «*the odds are twenty to one*» puede ser traducido como «*las probabilidades de que suceda son veinte a uno*». Para evitar ambigüedades he dejado el original.

¹² Los axiomas de Kolmogorov son las reglas básicas que definen como funciona la probabilidad en matemática.

3.4. Cuestionamiento directo a la MdE

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

3.4.1. *MdE epistémicamente falsas*

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

Supongamos que se sustancia un proceso penal por la muerte violenta de una mujer, ocurrida en el año 2019 en su domicilio ubicado en la ciudad de Córdoba, República Argentina. La investigación se centra en dos personas sospechosas: x , residente en la capital provincial, y z , residente en el interior. Ante la falta de evidencia directa concluyente, la decisión jurisdiccional incorpora como fundamento una máxima de experiencia del siguiente tenor: «Si hay una muerte violenta de una mujer en la ciudad de Córdoba, entonces es más probable que el autor sea un residente capitalino, ya que las estadísticas indican que, en términos absolutos, se cometen más femicidios en la capital que en el interior provincial».

Esta línea argumentativa, sin embargo, plantea una dificultad sustancial: el hecho de que en una determinada región se cometan más femicidios no autoriza, por sí solo, a inferir que una persona concreta tiene mayor probabilidad de haber cometido el hecho únicamente por residir allí. Utilizar estadísticas generales para discriminar entre dos hipótesis de autoría — x o z — sin evidencia individualizada corre el riesgo de incurrir en una falacia inductiva. Pero, independientemente de esa objeción, y aun superándola, esa MdE sería inaceptable a tenor de la realidad acontecida en esa provincia, ya que las estadísticas oficiales demuestran que, durante el 2018, el 78 por 100 de los casos de femicidios se cometieron en el interior provincial¹³. El contenido de la MdE es falseado y, por ende, ésta es tachada como argumentación eficaz. El hecho de que una MdE no se corresponda con la realidad, determina la ausencia de su rendimiento argumentativo. En el caso ejemplificado, el predicado de mayor cantidad de femicidios solo es denotable de los hechos sucedidos en el interior provincial.

¹³ Estadística disponible en la página oficial del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba https://www.justiciacordoba.gov.ar/cepj/_Novedades/Novedades.aspx?IDP=3 [accedido 1 de noviembre de 2024].

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

Para ello, aunque no sea el único criterio posible, es interesante rescatar el concepto de imposibilidad. Siguiendo a González Lagier (1995, p. 73), quien, a su vez, se basa en von Wright, asumiré que el concepto modal de posibilidad puede predicarse, cuando menos, en dos sentidos diversos: por un lado, el concepto de imposibilidad lógica o conceptual; y, por otro lado, la noción de imposibilidad natural o empírica. Así, una MdE puede ser falsa por referir una imposibilidad lógica o una imposibilidad empírica. Una MdE será lógicamente imposible cuando consista en un enunciado que, conceptualmente, no puede ser aceptado, ni asumido como verdadero, independientemente de cualquier circunstancia de tiempo, espacio y modo, tal como sostener «Si se hace p, entonces se puede hacer no p al mismo tiempo». Otro posible caso dentro de este género sería una MdE₉ que sostuviera «Si alguien no está presente en un lugar, entonces puede realizar una acción en dicho lugar».

A su vez, una MdE será empíricamente imposible cuando escapa, por lo menos en un tiempo y espacio determinado, a las capacidades y habilidades del ser humano o del acontecer natural. Es cierto que podría objetárseme que, así como la estadística es una vara elevada para testear MdE, el criterio de imposibilidad es un piso relativamente bajo para que sea sorteado por una MdE. Esta crítica se basaría en que, en la práctica forense, no habría casos que violen el estándar de imposibilidad lógica o empírica. La observación sería válida, pero me permitiría traer a colación que varios de los ejemplos con que la doctrina procesal de mayor fuste ha trabajado parecen caer dentro de algunas de las variantes de esta categoría. Así, y solamente a título ilustrativo, De la Rúa (1994, p. 163) en su obra sobre la casación penal, al abordar el tema del contralor de las MdE en la instancia casatoria utiliza el ejemplo —tomado de Gavier, otro jurista— de «atravesar una pared de cemento con un cuchillo» que implica, precisamente, un tipo de MdE empíricamente imposible. Estas imposibilidades pueden ser vistas a partir de conjuntos vacíos ($MdE = \{x | imp.\} \rightarrow \emptyset$) o de probabilidad cero $Pr(MdE_{imp}) = 0$, ya que no hay individuo que satisfaga la propiedad que determina el criterio de pertenencia.

3.4.2. MdE de formulación discutible

Para analizar este tipo de MdE podemos volver al caso de la posesión de la *res furtiva* propuesto por Cafferata Nores. Recordemos, en aquella situación, el argumento —mecanismo silogístico en palabras de su autor— utilizaba una MdE₆ que señalaba «Si alguien roba una cosa, ordinariamente, la conserva en su poder». Sin perjuicio del carácter veritativo del enunciado, es posible sostener que hay formulaciones de MdE más discutibles y complejas que otras. Y, la anteriormente señalada, puede ser una de ellas.

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

Esto puede graficarse en el caso de la *res furtiva* de la siguiente manera: supongamos que se comete un hecho de robo de un automotor. Concedamos, por hipótesis, que la aprehensión de x , en posesión de la *res furtiva*, fue un mes después del hecho de robo y que, al momento en que x quedó privado de libertad, éste se encontraba circulando con el automóvil. A su vez, x no pudo ser categóricamente identificado por la víctima. Sin embargo, en la sentencia se aplicó la MdE_6 —ideada ejemplificativamente por Cafferata Nores— como argumento para atribuir el robo a x . El defensor, decide criticar MdE_6 agregando propiedades definitorias como aquí he insinuado. En este sentido, podría optar, por lo menos, entre las siguientes propiedades: 1) p_1 : una propiedad temporal consistente en «primeros momentos posteriores al hecho de la consumación delictiva», de manera que la MdE_6 quedaría reformulada MdE_{10} «Si alguien roba una cosa, ordinariamente, la conserva en su poder durante los primeros momentos posteriores a la consumación delictiva» ($MdE+p_1$), y; 2) p_2 : una propiedad de modo relativa a «para uso personal» que reformularía la MdE_6 originaria por MdE_{11} «Si alguien roba una cosa, ordinariamente, la conserva en su poder para uso personal» ($MdE+p_2$). Es evidente que $MdE+p_1$ (MdE_{10}) y $MdE+p_2$ (MdE_{11}) producen efectos bien diversos: mientras la primera deja afuera a x de su universo

de discurso (no puede decirse que un mes sea «primeros momentos posteriores»), la segunda integra a x (x se encontraba usando el automóvil, por ende, es un caso de «uso personal»).

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

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

Por otro lado, siendo que el objetivo es restringir el universo de discurso de la MdE, expulsando el caso, no cualquier contracción resulta eficaz a esta estrategia argumentativa. En efecto, en el ejemplo de la *res furtiva*, la reformulación $MdE+p_2$ restringe el universo de discurso de MdE_c (todo individuo que no satisfaga p_2 , queda fuera del conjunto redefinido $MdE+p_2$, aunque formaría parte del conjunto original MdE_c), pero frustra el objetivo de extirpar el caso de x . Eso significa que la contrac-

ción a partir de la reformulación de propiedades definitorias de una MdE es solo condición necesaria del éxito de esta estrategia argumentativa. Además, se requiere que la adición de propiedades logre dejar fuera al supuesto de hecho que se analiza en el caso concreto. Esta última circunstancia pone el acento en la importancia semántica de la propiedad que se va a anexas a la MdE, ya que las porciones del conjunto denotado por MdE no son indiferentes al significado de la propiedad que se integra para su reformulación.

Este método es diverso al señalado en *III.2*), porque allí las propiedades eran agregadas al caso particular, mientras que aquí la adición de propiedades se realiza a las clases de objetos enunciados por la MdE. Además, esta variante en relación a *III.2*), tiene una clara diferencia con efecto práctico: *III.2*), para su éxito, depende de elementos probatorios que habiliten a nueva descripción del caso individual; mientras que, en el presente, las propiedades relevantes que se disputen la aceptación no necesitan de correlato probatorio alguno en los elementos de prueba propios de la causa (en el caso de la *res furtiva*, la propiedad «primeros momentos posteriores al robo» no conforma objeto de prueba).

3.4.3. MdE moralmente discutibles

Antes del desarrollo propio de este subtipo de MdE¹⁴, es oportuno recordar la diferencia, pacíficamente aceptada en la ética contemporánea, entre moralidad comunitaria o positiva y moralidad crítica. Mientras que la primera alude a los juicios morales de determinado grupo humano, la segunda refiere a los juicios morales en tanto que se encuentren justificados desde una teoría o concepción moral determinada (p.e. utilitarismo, deontologismo, ética de la virtud, etc.).

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

Para este propósito, el supuesto de femicidio y la situación de *x* y *z* que hemos visto, puede ser un buen disparador. Si tomamos la MdE₁₂ «Si hay una muerte violenta de una mujer en el interior, entonces es más factible que haya sido un femicidio porque la generalidad demuestra que hay más hechos delictivos de este tipo en el interior de la provincia que en la ciudad de Córdoba» debemos aceptar, por las cifras oficiales, que es verdadera. Sin embargo, aun cuando MdE₁₂ fuera verdadera y apli-

¹⁴ Existe una interesante bibliografía respecto de problemas morales en el uso de generalizaciones. Un aporte de referencia es Tillers (2005), así como los de Arena (2016; 2019) ya citados.

cable al supuesto de z ¹⁵, su uso sería igualmente problemático desde el punto de vista normativo. Las máximas de experiencia se construyen sobre clases generales de sucesos, pero cuando se las aplica a un caso individual surge una pregunta inquietante: ¿es justificable que la atribución de responsabilidad a un sujeto dependa, siquiera parcialmente, de la conducta de terceros —por ejemplo, femicidas del interior provincial durante un período pasado—?

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

No es aquí el lugar adecuado para extenderse en los argumentos a favor o en contra de dicha teoría moral. Empero, como el particularismo arroja una crítica especialmente poderosa contra el uso de cualquier proposición general en la atribución de responsabilidad (moral y *a fortiori* jurídica), señalaré una de las respuestas teóricas más eficaces que se le han formulado. Para ello, me basaré en la propuesta de Schauer (2003), a la sazón, exponente de la corrección moral del uso de categorías o estereotipos, y detractor del particularismo moral. Según Schauer, el particularismo tiene el defecto de ser una doctrina de imposible realización práctica (2003, p. 75), ya que todo intento de dejar de lado un enunciado general implica caer en otro enunciado de la misma característica. Si tomamos el caso de z y el femicidio, un defensor particularista podría argumentar que z es una persona respetuosa de la ley, que carece de antecedentes, que goza de la consideración de sus pares como ciudadano ejemplar, y que su pareja y , era una persona de carácter irascible, irrespetuosa, y con conductas violentas que despertaban sentimientos negativos por quien la conociera. También supongamos, a los efectos de que no haya objeciones formales, que el defensor particularista logró demostrar los extremos antes aludidos. De acuerdo con el particularismo, z debe ser juzgado moralmente sobre las bases de su situación particular (persona respetuosa de la ley, sin antecedentes penales, respetado en su comunidad y con una pareja (y) irascible e irrespetuosa, y con conductas violentas que despertaban sentimientos negativos por quien la conociera). Quizás, el particularista esté en lo cierto con su razonamiento, pero eso no significa que el caso sea resuelto *uti singuli*, y que no se apliquen enunciados generales, del tipo a los que los procesalistas denominan MdE. Por el contrario, podría refutarse al defensor particularista que su intento

¹⁵ Lo cual podría ser discutible, si argumentara que MdE₁₂ solo permite inferir casos de femicidio, mas no de personas imputadas de ese tipo de delito. Así, podría refutarse que MdE₁₂ permite inferir donde probablemente se ha cometido un hecho de femicidio —hay más probabilidades de que un homicidio de una mujer en contexto de violencia de género se haya cometido en el interior que en la capital provincial— pero no quien — x o z — lo ha perpetrado.

produce el reemplazo de una MdE por otra diferente, ya que se habrá cambiado la generalización original MdE₁₂ por otra diversa MdE₁₃ que tomará como propiedades relevantes respeto por la ley —ausencia de antecedentes— respeto de pares —pareja irascible e irrespetuosa— conductas violentas que despertaban sentimientos negativos por quien la conociera, y que podría enunciarse «Si hay una muerte violenta de una mujer en el interior de la Provincia de Córdoba, entonces es más factible de que haya sido un femicidio porque la generalidad demuestra que hay más hechos delictivos de este tipo en el interior de la provincia que en la capital; pero es menos factible si se le atribuye a una persona respetuosa de la ley, que carece de antecedentes penales, que goce de la consideración de sus pares y que su pareja haya sido irascible e irrespetuosa, y con conductas violentas que despertaban sentimientos negativos por quien la conociera». Esto significa, según los críticos del particularismo, que los enunciados generales no pueden ser relegados de nuestro razonamiento moral. Justamente, esta relación intrínseca entre los enunciados generales y el razonamiento moral se traduce, para esta corriente crítica, en una buena razón para dejar de lado la doctrina particularista. De esta manera, la objeción general enarbolada por el particularismo, tiene un importante argumento en contra de su factibilidad, lo que deja librado el camino para tratar las MdE específicamente inmorales.

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

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

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

Ante estos supuestos, una posible vía para refutar será valerse de una concepción ética normativa, y partiendo de sus postulados teóricos, criticar la MdE como moralmente incorrecta. De esta manera, apelar a razonamientos consecuencialistas, deontológicos o de cualquier otra teoría de moralidad crítica, pueden ser formas viables de sostener una contra argumentación de esta naturaleza. A ello, es menester agregar que, como el universo jurídico es diverso al de la moralidad¹⁶, lo que significa que el ámbito de la inmoralidad no necesariamente se superpone a lo contrario a derecho, para vehicular eficazmente este tipo de críticas, se deberá tener la suficiente habilidad para traducir las réplicas morales a réplicas jurídicas relevantes. En ese contexto, la utilización de principios constitucionales que, en su mayoría, codifican principios morales, especialmente a partir del neoconstitucionalismo, pueden ser andariveles potencialmente aptos para ejercer satisfactoriamente la contra argumentación.

Ahora bien, el punto de vista externo (*ii*) puede ser equiparado al de un observador imparcial. Este observador debe emitir juicios morales sin la parcialidad que le es propia a las partes. Y esto es así porque hay MdE que pueden ser inmorales y otras, como referí, que satisfagan criterios de moralidad. Es que las MdE, en tanto que son juicios generales que vinculan conjunto de entidades, implican formas de dividir y seccionar la realidad. Así, la MdE₁₄ «Si el testigo es acreedor de una de las partes, entonces su rendimiento probatorio es bajo» divide el universo de los testigos que no son acreedores del que sí lo son; la MdE₁₅ «Si la transferencia de bienes es entre parientes, a título gratuito y luego de que el enajenante contrajera importantes deudas, entonces es probable que dicha transferencia haya sido realizada para defraudar a los acreedores» divide el conjunto de las transferencias de bienes realizadas entre parientes, gratuitamente y con un enajenante deudor, del conjunto de transferencias que carecen de dicha propiedad, etc. Ahora bien, algunas veces esas divisiones son moralmente aceptables y otras veces, por el contrario, pueden ser moralmente inaceptables. Ninguna de las dos MdE anteriormente descriptas, parecen ser arbitrariamente inmorales en su división. Pero esto no siempre tiene que ser así. Y allí es donde puede entrecruzarse la relevancia de este punto de vista (*ii*).

Para ilustrar esto último, puede ser de ayuda retomar, nuevamente, el caso de la imputación de *x* como femicida de *y*. Modificando ligeramente el caso imaginario, ahora *x* e *y* residen en el interior de la provincia de Córdoba. Supongamos que, en ese contexto, un fiscal argumentara «*x* fue imputado de haber cometido el femicidio de *y*. El hecho fue ejecutado en el interior de la Provincia de Córdoba, ya que el cuerpo fue hallado en su domicilio y la autopsia demuestra que murió en dicho lugar. Las

¹⁶ Por razones obvias no ingresaré al problema de la relación entre derecho y moral, que ha dividido las aguas del pensamiento jurídico desde sus orígenes hasta la actualidad. No obstante, las posibles respuestas al inveterado problema acerca de si hay relación entre estos órdenes normativos, asumo que, para la concepción moderna del derecho, aun concediendo que haya alguna conexión entre derecho y moral, ambos fenómenos son diferentes y no pueden confundirse. Admitida esta diferencia, cobra relevancia lo apuntado sobre el sendero jurídico apto para lograr el contralor de MdE con connotaciones inmorales.

estadísticas prueban que, durante el 2018, el 78 por 100 de los femicidios se cometieron en el interior provincial. Tomando en cuenta este dato estadístico, se robustece la autoría endilgada a x . En otras palabras, el hecho de que los femicidios sean más frecuentemente cometidos por residentes del interior provincial no significa que x sea el autor, pero incrementa la posibilidad de su culpabilidad». Esta estructura argumentativa, aunque quizás exagerada en su formulación, puede ser utilizada como una razón en favor de afirmar la autoría de x , en comparación con cualquier otro sujeto que no satisfaga la función de ser residente del interior provincial. En algún sentido, me parece plausible que dicha argumentación descansa en una MdE_{16} que podría ser formulada «Si alguien es del interior provincial, entonces tiene más posibilidades — en cualquier sentido— de ser femicida». Es evidente que la apoyatura argumentativa sobre estadísticas, en este caso, es verdadera y satisface el filtro epistémico. A pesar de su veracidad, estimo que nuestra intuición indica que, tanto el argumento, como la MdE_{16} , resultan inmorales por sostener una división injusta.

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

Una manera de justificar porque la división que realiza MdE_{16} sobre los femicidios en el interior es distinta a la MdE_{14} de los testigos acreedores, es apelando a los diversos efectos que conllevan¹⁷. Ello por cuanto, los efectos negativos que una y otra MdE producen no parecen ser simétricos o iguales, desde el momento en que el impacto de MdE_{16} es potencialmente más perjudicial a los residentes del interior que la MdE_{14} de testigos acreedores sobre dichos órganos de prueba. Si MdE_{16} es utilizada por los jueces como integrantes de la argumentación sobre los hechos para acreditar responsabilidades penales de personas residentes en el interior de Córdoba, provocaría una desventaja de estos ciudadanos en la dialéctica judicial. Algo semejante no parece advertirse en el caso de MdE_{14} . La consolidación extendida de un enunciado y otro implican resultados diversos. Estos efectos pueden explicarse, principalmente, porque el grado de perjuicio de sendas MdE es diametralmente distinto. En el caso de los residentes en el interior provincial, la aplicación de la MdE_{16} pretende siempre contribuir a la imposición de una pena; mientras que la MdE_{14} no puede aplicarse siempre a los residentes del interior provincial acusados de femicidio o siempre al polo pasivo de la relación jurídica procesal (incluso puede ser utilizada como argumento de descargo¹⁸). Es posible que esta argumentación implique comprometerse con una moral consecuencialista, pero también es útil recordar que incluso Rawls,

¹⁷ Para un mayor desarrollo puede verse Schauer (2003).

¹⁸ En el caso de que un residente del interior provincial fuera acusado de femicidio y el testigo de cargo fuera acreedor del imputado, MdE_{14} operaría como una razón para desconfiar del testimonio y valorarlo con mayor rigurosidad.

quien no era precisamente un utilitarista, admitía que todas las doctrinas éticas dignas de atención debían tomar en cuenta las consecuencias. Si así no lo hicieran, serían irracionales (Rawls, 2011, p. 41). Con ello, tampoco procuro sostener que tipo de razonamiento moral debe regir la actividad jurisdiccional o cual es el rol del utilitarismo en el mismo. Solo pretendo mostrar que el papel de la argumentación moral no es desdeñable como forma de enervar argumentos basados en MdE.

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

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

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

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

Entonces, el análisis moral de una MdE quedaría —por exclusión— atrapada en la primera etapa —*i*)— de la actividad probatoria, es decir, la admisión. Además del argumento por decantación, hay otra razón independiente que favorece esta interpretación. En efecto, como apunta Ferrer Beltrán (2007, p. 43), conjuntamente con la verdad, existen otros valores que son relevantes, y que pueden¹⁹ ser promovidos en el marco de un proceso judicial. En ese sentido, si lo que quiere promoverse, por ejemplo, es evitar la desigualdad en el trato y la dignidad de una persona, entonces debe evitarse usar una MdE como MdE₁₆ (relativa al caso del femicidio) u otras semejantes. Incluso, este itinerario implica un orden aceptable de acciones: identi-

¹⁹ Utilizo el término modal «posibilidad» de manera deliberada y descriptiva. Esto obedece a que la protección o promoción de valores constituye una decisión política de la autoridad que dicta normas en una comunidad. Si se toma la interdefinibilidad entre operadores modales y deónticos, esto constituye una facultad.

ficación o formulación de la MdE, análisis normativo (moral) de la MdE, y solo si se pasa ese filtro, aplicación en el razonamiento probatorio²⁰. Esto parecería dejar el camino allanado para sostener la tesis de que, el momento de admisión, implica la posibilidad de someter a las MdE a juicios de corrección moral.

Ahora bien, esta solución no está exenta de problemas. Y es que, si las MdE son juicios que se encuentran en nuestro stock de conocimiento, resulta, cuando menos, forzado aceptar que no se admitan algunas de ellas, como si de una prueba ilícita se tratara²¹. Más bien, la intuición parece indicar que, aunque la MdE en cuestión de tene base epistémica, se decide no utilizarla como garantía en una I_E . De esta forma, el argumentante —p.e. un juez— realizaría un razonamiento práctico:

- 1) Debo promover la igualdad y evitar el trato discriminatorio.
- 2) El medio para 1) es no aplicar MdE_{16} .
- 3) No aplico MdE_{16} .

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

4.4.4. MdE jurídicamente cuestionables

Por último, en este subgrupo se encontrarán aquellas MdE que no pueden ser admitidas como argumentos sobre los hechos por contradecir alguna norma jurídica. La utilización en contra del imputado de una MdE_{17} que sostuviera «Si alguien calla algo que se le imputa, entonces probablemente es culpable» implicaría la descalificación del acto procesal. Igualmente, Cafferata Nores (2013), al criticar el conocido indicio de mala justificación, señala la estructura de la inferencia en los siguientes términos:

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

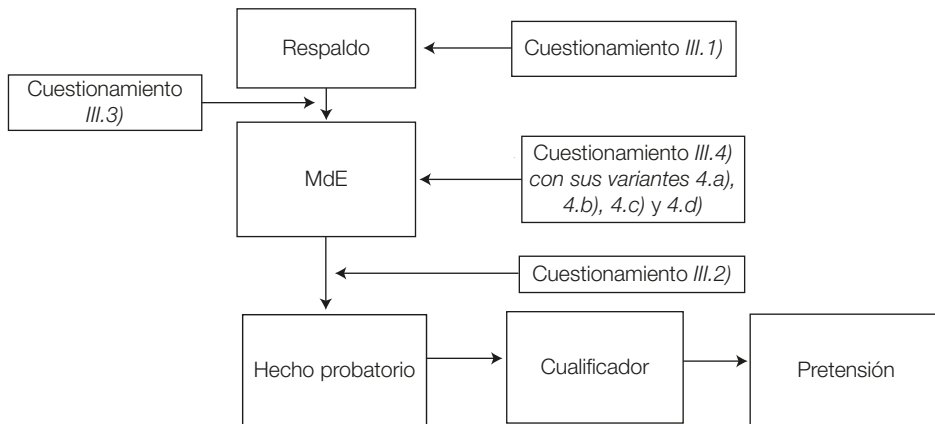
²⁰ Es inevitable ver un correlato entre este fenómeno y la aplicación de normas. Primero se identifica una norma (paso de la formulación normativa a la norma por medio de la interpretación); se determina la validez jurídica de esa norma (p.e. si satisface *lex superior*); y solo después, se la aplica. Un ejercicio contrario, devengaría en una actividad poco útil, ya que no tendría sentido aplicar una norma, para luego determinar que no es válida.

²¹ Una postura semejante se encuentra en Rovatti (2024).

Si se acepta —lo que aquí asumiré— la garantía *nemo tenetur se ipsum accusare* (nadie está obligado a acusarse a sí mismo) como una derivación o manifestación del principio de inocencia (contenida en pluralidad de ordenamientos jurídicos como el art. 6.2 del CEDH, art. 8.2 CADH, art. 2.4 de la Constitución de España o art. 18 de la Constitución Argentina), entonces los dichos defensivos de un imputado en ejercicio de lo que, procesalmente, se denomina defensa material²², y que luego se demuestren falsos, normativamente no pueden ser tomados como una prueba indiciaria de su culpabilidad. Además, asumir la posibilidad de argumentar en contextos jurídicos el indicio de mala justificación, implicaría reducir el derecho de defensa a decir solamente expresiones verdaderas e, incluso, a probarlas, puesto que así no fuere, precisamente, operaría el aludido indicio en contra del interés de quien ha proferido las expresiones²³. Entonces, el carácter derrotable de la MdE, en este caso, no deviene de la adición de información o reformulación de la MdE (MdE: $p \rightarrow q$ vs. MdE+p₁: $p \wedge p_1 \rightarrow \neg q$), sino de la existencia de una norma válida (6.2 del CEDH, art. 8.2 CADH, art. 2.4 de la Constitución de España o art. 18 de la Constitución Argentina o cualquiera semejante) que impide aplicar la MdE ($p \wedge n_1 \rightarrow \neg q$). Esto obedece a que, habida cuenta de que el derecho es un fenómeno autoritativo, razones normativas pueden desplazar a razones epistémicas.

3.5. A modo de retablo

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



²² En contraposición a lo que se denomina defensa técnica, esto es, la que realiza el o los abogados defensores.

²³ Para un mayor detalle sobre las implicancias jurídicas del indicio de mala justificación, puede verse el trabajo de Cafferata Nores (2013) citado.

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

4. CONCLUSIONES

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

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

En lo que a su argumentación concierne, es posible deducir críticas a los razonamientos probatorios que hagan uso de MdE, por medio de refutaciones que tengan a las MdE como principales protagonistas. En este último caso, las críticas pueden ser epistémicas, morales o jurídicas dependiendo del tipo de cuestionamiento o refutación que se haga, así como del elemento, o de la relación entre elementos del esquema de Toulmin que se cuestione. Estas vías son conducentes para controlar argumentos basados en MdE.

Por último, las estrategias aquí desarrolladas no pretenden ser exhaustivas ni excluyen otras herramientas que puedan elaborarse en el futuro. Su propósito es ofrecer un aporte modesto, pero sistemáticamente fundamentado, al análisis del razonamiento probatorio en el proceso judicial. En particular, buscan contribuir a la construcción de esquemas argumentativos más transparentes, justificables y epistémicamente controlables, especialmente en contextos donde las máximas de experiencia tienen un papel determinante. Promover decisiones judiciales que puedan ser explicadas racionalmente no sólo refuerza la legitimidad del ejercicio jurisdiccional, sino que también ayuda a preservar la confianza en el derecho como práctica pública sometida a razones.

5. BIBLIOGRAFÍA

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

- Anderson, T., Schum, D. y Twining, W. (2005). *Analysis of Evidence* (2nd ed.). Cambridge University Press.
- Arena, F. (2016). Los estereotipos normativos en la decisión judicial. Una exploración conceptual. *Revista de derecho (Valdivia)*, 29(1), 51-75. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502016000100003>
- Arena, F. (2019). Algunos criterios metodológicos para evaluar la relevancia jurídica de los estereotipos. En H. Bouvier, F. Arena (coord.), M. V. Risso, S. Pezzano (ed.), *Derecho y control 2*. Ferreyra Editor.
- Cafferata Nores, J. I. (1998). *La prueba en el proceso penal* (3ª ed. act. y amp.). Depalma.
- Cafferata Nores, J. I. (2013). ¿Es constitucionalmente aceptable el indicio de «mala justificación»? (Entre el «vuelo de la golondrina» y el «vuelo del murciélago»). Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. <https://www.acadec.org.ar/2013/03/13/es-constitucionalmente-aceptable-el-indicio-de-mala-justificacion/>
- Chiovenda, G. (1925). *Principios de derecho procesal civil* (trad. de J. Casals y Santolo, t. II.) Editorial Reus.
- De la Rúa, F. (1994). *La casación penal*. Depalma.
- Doyle, A. C. (2016). *Memorias de Sherlock Holmes* (trad. de M. Márquez de la Plata). Ediciones Akal.
- Ferrer Beltrán, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons.
- González Lagier, D. (1995). *Acción y norma en G. H. von Wright*. Centro de Estudios Constitucionales.
- González Lagier, D. (2005). *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. Palestra Temis.
- González Lagier, D. (2018). Tres modos de razonar sobre hechos (Y algunos problemas sobre la prueba judicial planteados a partir de ellos). En C. Vázquez (coord.), *Hechos y razonamiento probatorio* (p. 17-41). Editores del Sur, Bs. As.
- Govier, T. (2014). *A practical study of argument* (7th. ed.). Wadsworth, Cengage Learning.
- Hacking, I. (2001). *An introduction to probability and inductive logic*. Cambridge University Press.
- Kyburg, H. (1983). *Epistemology and inference*. University of Minnesota.
- Nieva Fenoll, J. (2010). *La valoración de la prueba*. Marcial Pons.
- Papineau, D. (2012). *Philosophical devices*. Oxford University Press.
- Rawls, J. (2011). *Teoría de la justicia* (2da. ed., 8va. reimpr.; trad. de M. D. González). FCE.
- Reed, C. y Rowe, G. (2005). Translating Toulmin Diagrams: Theory Neutrality in Argument Representation. *Argumentation*, 19, p. 267-286. DOI 10.1007/s10503-005-4416-9.
- Rovatti, P. (2024). Sobre la supuesta «pureza epistemológica» de la valoración de la prueba: a propósito de una tesis de Jordi Ferrer Beltrán. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 48, p. 467-498, <https://doi.org/10.14198/DOXA2024.48.17>.
- Schauer, F. (2003). *Profiles, probabilities and stereotypes*. Harvard University Press.
- Stein, F. (2018). *El conocimiento privado del juez* (trad. de A. De la Oliva Santos). Temis Elejnik.
- Steinheart, E. (2009). *More Precisely, The Math you need to do Philosophy*. Broadview.
- Taruffo, M. (2009). *La prueba. Artículos y conferencias*. Metropolitana.
- Taruffo, M. (2023). *Contribución al estudio de las máximas de la experiencia* (trad. de P. A. Ibáñez). Marcial Pons.
- Tillers, P. (2005). If wishes were horses: discursive comments on attempts to prevent individuals from being unfairly burdened by their reference classes. *Law, Probability and Risk*, 4, p. 33-49 doi:10.1093/lpr/mgi001.
- Toulmin, S. (2007). *Los usos de la argumentación* (trad. M. Morrás y V. Pineda). Península.
- Twining, W. (2006). *Rethinking evidence. Exploratory essays* (2nd ed.). Cambridge University Press.
- von Wright, G. (2001). *A treatise of induction and probability*. Routledge.
- Walton D. y Macagno F. (2005). Common Knowledge in Legal Reasoning about Evidence. *International Commentary on Evidence*, 3(1). DOI: 10.2202/1554-4567.1035.

PRUEBA Y REGLA GENERAL ANTIABUSO EN LOS CONVENIOS DE DOBLE IMPOSICIÓN: CUESTIONES A PARTIR DEL *PRINCIPAL PURPOSE TEST* DE LA OCDE

Raphael Lavez*

RESUMEN: Este trabajo realiza un minucioso análisis del PPT introducido por el artículo 29(9) del Modelo de Convenio de Doble Imposición de la OCDE, que constituye una regla general antiabuso en los convenios de doble imposición. Se profundiza en la distribución de la carga probatoria y los estándares de prueba exigidos para su aplicación, destacando la relevancia del PPT reflejada en su adopción a través del Instrumento Multilateral. El estudio evalúa el impacto de la implementación del PPT en los derechos procesales de los contribuyentes, especificando las obligaciones de demostrar la concurrencia de los elementos subjetivo y objetivo, que fundamentan su aplicación. Se examina cómo la formulación de esta cláusula en los convenios y los Comentarios de la OCDE influyen en la definición del estándar probatorio adecuado, considerando las funciones y particularidades de las normas que establecen los niveles de corroboración requeridos para que una hipótesis se considere suficientemente probada.

PALABRAS CLAVE: convenios de doble imposición; *Principal Purpose Test*; carga de la prueba, estándar probatorio.

* Profesor de Derecho Tributario de la *Escola Superior de Engenharia e Gestão* (ESEG, Brasil) Doctor y Maestro en Derecho Tributario por la Facultad de Derecho de la *Universidade de São Paulo* (FDUSP, Brasil). Especialista en Derecho Tributario Internacional por el *Instituto Brasileiro de Direito Tributário* (IBDT, Brasil). Investigador visitante en el *Institut für Österreichisches und Internationales Steuerrecht* de la *Wirtschaftsuniversität Wien* (Viena, Austria, 2021-2022). Profesor de cursos de posgrado (Ibmec, Fipecafi, IBDT). Correo electrónico: rlavez@lavezcoutinho.com.br.

PROOF AND GENERAL ANTI-ABUSE RULES IN DOUBLE TAXATION CONVENTIONS: QUESTIONS ON THE OECD PRINCIPAL PURPOSE TEST

ABSTRACT: This essay conducts a thorough analysis of the Principal Purpose Test (PPT) introduced by Article 29(9) of the OECD Model Tax Convention on Income and Capital, which establishes a general anti-abuse rule in double taxation conventions. It delves into the distribution of the burden of proof and the standards of evidence required for its application, highlighting the growing significance of the PPT as reflected in its adoption through the Multilateral Instrument. The study assesses the impact of the PPT's implementation on the procedural rights of taxpayers, specifying the obligations to demonstrate the presence of both subjective and objective elements that underpin its application. It examines how the drafting of this clause in the agreements and the OECD Commentary influence the definition of the appropriate standard of proof, considering the functions and particularities of the rules that establish the levels of corroboration required for a hypothesis to be considered sufficiently proven.

KEYWORDS: double taxation conventions; *Principal Purpose Test*; burden of proof; standards of evidence.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. CARGA DE LA PRUEBA Y DEBER DE MOTIVACIÓN: ENTRE LA IGUALDAD COMO CONSISTENCIA Y EL DEBIDO PROCESO LEGAL.— 3. ESTÁNDAR PROBATORIO EN LA COMPROBACIÓN DE LOS ELEMENTOS SUBJETIVO Y OBJETIVO DEL PPT.— 4. CONCLUSIÓN.— 5. BIBLIOGRAFÍA.

*If the existence of abusive tax avoidance is unclear,
the benefit of the doubt goes to the taxpayer*
Corte Suprema de Canadá¹

1. INTRODUCCIÓN

Este artículo aborda cuestiones relacionadas con la prueba (carga de la prueba y estándar probatorio) en el contexto de la aplicación del *Principal Purpose Test* («PPT»), una regla general antiabuso incorporada en 2017 por la Organización para

¹ *Canada Trustco Mortgage Co. vs. Canada*, 2005 SCC 54, parágrafo 66. Disponible en [<https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/2288/index.do>]. Acceso el 30.04.2024. En traducción libre: «Si la existencia de evasión fiscal abusiva no está clara, el beneficio de la duda recae sobre el contribuyente».

la Cooperación y el Desarrollo Económicos («OCDE») en el art. 29(9)² de su Convenio Modelo («CM-OCDE» (2017)). Como se contextualizará adelante, en el texto propuesto por la OCDE, se destacan dos cuestiones fundamentales: quién lleva la carga de probar la satisfacción de los requisitos para la aplicación de tal regla y qué grado de corroboración es suficiente para ello.

La recomendación de la OCDE para la adopción del PPT es un despliegue del reporte final de la Acción 06 (*Preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances*) del Proyecto *Base Erosion and Profit Shifting* («BEPS») de la OCDE. Actualmente, tal disposición es ampliamente adoptada en los convenios de doble imposición («CDI»), especialmente porque ha sido incluida en el Instrumento Multilateral para implementar las medidas relacionadas con los tratados fiscales para prevenir la erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios («Instrumento Multilateral»), ratificado entre otros países por el Reino de España el 28 de septiembre de 2021. De ahí la relevancia del tema: una vez ratificado el Instrumento Multilateral por ambos Estados Contratantes de un determinado CDI, las disposiciones en él contenidas lo modifican automáticamente.

El artículo 29(9) del CM-OCDE (2017) establece una regla con un antecedente amplio («el instrumento o la operación que directa o indirectamente generan el derecho a percibir ese beneficio tienen entre sus propósitos principales la obtención del mismo, a menos que se determine que la concesión del beneficio en tales circunstancias es conforme con el objeto y los propósitos de las disposiciones pertinentes»), dirigida a un conjunto de negocios no previamente delimitados. De ahí su naturaleza de regla general antiabuso.

En una norma general antiabuso, su antecedente se prescribe de manera genérica, de modo que abarque una categoría previamente indeterminada de situaciones. Además de esta generalidad semántica, los términos empleados a menudo conducen a un cierto grado de vaguedad en su enunciado, debido a la incertidumbre existente respecto a su aplicación en casos límite (García Novoa, 2004, pp. 259, 264; Schouery y Moreira, 2019, p. 765).

² En la redacción de la CM-OCDE (2017): «Art. 29. [...] 9. *Notwithstanding the other provisions of this Convention, a benefit under this Convention shall not be granted in respect of an item of income or capital if it is reasonable to conclude, having regard to all relevant facts and circumstances, that obtaining that benefit was one of the principal purposes of any arrangement or transaction that resulted directly or indirectly in that benefit, unless it is established that granting that benefit in these circumstances would be in accordance with the object and purpose of the relevant provisions of this Convention.*» En español: «No obstante las restantes disposiciones del presente Convenio, los beneficios concedidos en virtud del mismo no se otorgarán respecto de un elemento de renta o de patrimonio cuando sea razonable concluir, teniendo en cuenta todos los hechos y circunstancias pertinentes, que el instrumento o la operación que directa o indirectamente generan el derecho a percibir ese beneficio tienen entre sus propósitos principales la obtención del mismo, a menos que se determine que la concesión del beneficio en tales circunstancias es conforme con el objeto y los propósitos de las disposiciones pertinentes de este Convenio».

Expresiones como «uno de los principales objetivos de un acuerdo o negocio» o «de acuerdo con el objeto y propósito de las disposiciones relevantes», presentes en la redacción sugerida para la norma general antiabuso en el Modelo de Convenio de la OCDE (2017), imprimen un cierto grado de vaguedad al enunciado, pues plantean dudas acerca de los parámetros que deben cumplirse para su aplicación (en el primer ejemplo: si los objetivos deben considerarse de manera subjetiva u objetiva; principales en relación con qué—si con el agente, el acuerdo o negocio en sí, o con terceros—; en el segundo ejemplo: disposiciones relevantes en relación con qué; estar de acuerdo teniendo en cuenta qué dimensiones), así como el modo en que deben ponderarse entre sí (en el primer ejemplo: si prevalece la perspectiva subjetiva u objetiva; si los objetivos relevantes, aunque no esenciales para la causa del acuerdo o negocio, se califican como principales o secundarios; en el segundo ejemplo: si prevalecen el objeto y la finalidad específicos de las disposiciones en sí o los generales del tratado en su conjunto; si un eventual objetivo principal del acuerdo o negocio dirigido a la obtención del beneficio debe prevalecer sobre la satisfacción del objeto y finalidad del tratado en su conjunto, etc.).

Del mismo modo, en este tipo de normas, la consecuencia jurídica prescrita suele especificarse a partir del caso concreto, dada la generalidad semántica que caracteriza también al consecuente de la norma. Por esta razón, las normas generales antiabuso se caracterizan tanto por una hipótesis de incidencia amplia, destinada a aplicarse a un conjunto indefinido de casos, como por la prescripción de una consecuencia jurídica igualmente extensa. En el proceso de aplicación de normas generales antiabuso, por tanto, se intensifica el «movimiento constante de ida y vuelta en la observación», que las vincula con la interpretación del precepto. Esto se debe a que es precisamente la generalidad semántica característica de la norma general antiabuso, así como su posible vaguedad, lo que resalta la importancia del aplicador—ya sea la administración tributaria o los tribunales en su labor de revisión— para determinar si los elementos concretos del caso encajan, o no, en los criterios genéricos y valorativos previstos en la hipótesis de la norma general, así como la consecuencia que de ello se deriva (García Novoa, 2004, pp. 259, 264; Schoueri y Moreira, 2019, p. 765).

De la redacción de la cláusula, se necesitan cinco elementos para la aplicación del PPT: (1) un beneficio aplicable al contribuyente y derivado del CDI y no de otra fuente, como la legislación nacional u otro tratado (Danon, 2018, p. 43; Gomes, 2019, p. 78); (2) una operación o negocio empleado por el contribuyente, sean actos aislados o encadenados (OCDE, 2017, § 177); (3) un nexo de causalidad, aunque sea indirecto, entre el arreglo o la transacción y el beneficio; (4) la demostración del *elemento subjetivo* se traduce en la razonabilidad de la conclusión de que la obtención del beneficio constituyó uno de los principales propósitos de la operación o negocio; (5) el *elemento objetivo* según el cual se establezca que la concesión del beneficio en tales circunstancias es contraria al objeto y propósito de las disposiciones relevantes del CDI (Ullmann, 2020, 11.2.1).

En relación al procedimiento, la cláusula establece diversas etapas para la demostración de los elementos subjetivo y objetivo, a saber: (1) evaluación de todos los hechos y circunstancias relevantes con el fin de determinar la operación o el negocio en análisis, el beneficio a la luz del CDI y la relación entre ellos; (2) delineación de una conclusión razonable con respecto a los principales objetivos de la transacción o negocio; (3)(a) denegación del beneficio si su obtención fuera uno de los principales propósitos de la transacción o negocio; o (3)(b) concesión de tal beneficio en caso de que esté de acuerdo con el objeto y propósito de las disposiciones relevantes del tratado.

El elemento subjetivo del antecedente del PPT («el instrumento o la operación que directa o indirectamente generan el derecho a percibir ese beneficio tienen entre sus propósitos principales la obtención del mismo») presupone la existencia de un beneficio, es decir, la aplicación de una norma del tratado a una determinada renta o capital que, de no ser por la situación en evaluación, no estaría cubierto por el CDI o estaría sujeto a una norma convencional que llevaría a una tributación más gravosa. Se cotejan, pues, el resultado pretendido por el contribuyente y aquel que se verificaría en la mera aplicación de las legislaciones nacionales, de otra norma convencional o aún de otro CDI (Schoueri y Moreira, 2019, p. 768).

El elemento objetivo, por su parte, verifica si la concesión del beneficio no contravendría el objeto y finalidad de las disposiciones pertinentes. La estipulación de cuáles son las finalidades de un convenio de doble imposición, cuestión compleja debido a la multiplicidad de objetivos presentes en las cláusulas de un tratado tributario, excede el objeto del presente estudio. Sin embargo, con énfasis en el aspecto procesal, según la OCDE, correspondería al contribuyente demostrarlo en su favor con el fin de descartar la aplicación de la regla debido a la satisfacción del elemento subjetivo (OCDE, 2017, § 170). Este entendimiento derivaría de la forma como está redactada la cláusula, que llevaría a considerar el elemento objetivo una excepción al elemento subjetivo, es decir, una vez demostrado que la obtención del beneficio hubiera constituido uno de los principales objetivos del arreglo o negocio jurídico, la regla se aplicaría y conduciría a la negativa del beneficio, excepto si el contribuyente demostrara que su concesión estaría de acuerdo con el objeto y finalidad de las disposiciones relevantes.

En el proceso de aplicación de la regla general antiabuso prevista en los CDI, las cuestiones relacionadas con la prueba y la carga argumentativa son fundamentales para asegurar los derechos de los contribuyentes, especialmente aquellos de naturaleza procedimental. En este punto se discuten especialmente problemas como a quién recae la carga de probar los hechos cuyo encuadre en el antecedente de la regla antiabuso llevaría a su aplicación; igualmente sobre quién recae la carga argumentativa de demostrar la satisfacción de los requisitos presentes en su antecedente; y, por último, respecto a la comprobación de los hechos, el grado de suficiencia probatoria exigido (estándar probatorio). Estas cuestiones, a su vez, guardan una doble relación con los derechos de los contribuyentes. Por un lado, el delineamiento preciso de la carga que

recae sobre la autoridad tributaria, así como el grado de suficiencia probatoria que se exige de la prueba por ella presentada, contribuye al establecimiento del estándar de motivación y fundamentación exigido para la aplicación de la regla general antiabuso. Esto entonces contribuye a que su aplicación sea coherente y consistente, manteniendo una estricta conexión con el principio de igualdad (Ávila, 2021, pp. 196-197). Por otro lado, delimita los requisitos mínimos para una acusación fiscal y su fundamentación, contra las cuales podrá el contribuyente ejercer sus derechos de defensa – cuya efectividad depende que se formalice una acusación debidamente fundamentada en elementos de prueba y argumentos jurídicos.

2. CARGA DE LA PRUEBA Y DEBER DE MOTIVACIÓN: ENTRE LA IGUALDAD COMO CONSISTENCIA Y EL DEBIDO PROCESO LEGAL

La redacción sugerida por la OCDE para el PPT, como se expuso anteriormente, conduce a la construcción de una regla general antiabuso cuyo antecedente se divide en dos partes: el elemento subjetivo y el elemento objetivo. El segundo, que lleva consigo la consideración teleológica de las disposiciones relevantes, siendo introducido por la expresión «a menos que se determine [...]», quedaría a cargo del contribuyente, según la OCDE en sus Comentarios (OCDE, 2017, § 170). En este caso, la carga de demostrar la ausencia de abuso —es decir, la consonancia entre la concesión del beneficio en tales condiciones, por un lado, y el objeto y finalidad de las disposiciones relevantes, por otro— recaería sobre la persona a quien el beneficio fue negado, el contribuyente. Esto porque el uso de la expresión «a menos que» podría llevar al entendimiento de que el elemento objetivo constituiría una excepción a la regla que niega el beneficio en caso de que uno de los principales propósitos de un arreglo haya sido obtenerlo (Duff, 2018, pp. 1.001-1.002).

El elemento objetivo, así como su demostración, presupone dos análisis: uno relacionado con el hecho y otro con el derecho aplicable. Al fin y al cabo, la cuestión que se plantea en este punto es si «la concesión de ese beneficio en tales circunstancias es conforme con el objeto y los propósitos de las disposiciones pertinentes de este Convenio». Es decir, hay que probar las circunstancias (de hecho) y demostrar el objeto y la finalidad de las disposiciones relevantes (de derecho, por tanto) para entonces concluir que la concesión del beneficio está o no en consonancia con el objeto y finalidad de las disposiciones relevantes del Convenio. Si bien es cierto que la carga probatoria (en cuanto a la demostración de hechos) y la carga argumentativa (en cuanto a la justificación del derecho aplicable) no se confunden (Weber-Grelle, 1979, p. 65), es igualmente cierto que habrá situaciones en que esta disociación no es absoluta (Kokott, 1993, p. 48).

La relación entre las cargas se da por el hecho de que, en el proceso, el objeto de la prueba son las alegaciones de hecho hechas por las partes como fundamentos de

la acusación o defensa (Badaró, 2003, p. 160). Es decir, aquel que tiene la carga de probar también tiene la carga de argumentar que el hecho probado se encuadra (o no) en la hipótesis legal en controversia en el proceso. En otras palabras, las partes no presentan en los procesos pruebas desacompañadas de la argumentación jurídica acerca de su pertinencia frente al derecho aplicable. Estas consideraciones son importantes para demostrar que el elemento objetivo también guarda consigo un aspecto probatorio (es decir, comprobación de las circunstancias en que la concesión del beneficio sería acorde o contraria al objeto y finalidad del tratado). La carga de probarlo también debe ser atribuida a una de las partes, a las cuales también les corresponderá, al fin y al cabo, argumentar por la satisfacción o no del requisito.

La aproximación de la OCDE respecto al tema, así como la literatura que se ha desarrollado a partir de allí (Chand, 2018, p. 21; Weeghel, 2019, p. 14; Schön, 2022, p. 19), parece centrarse en el aspecto subjetivo de la carga de la prueba. Desde esta perspectiva, la cuestión de la carga se dirige a las partes en el sentido de cuál de ellas debe proporcionar la prueba. En el enfoque subjetivo, la carga de la prueba se refiere a reglas de conducta para las partes que deben producir pruebas y contrapruebas. Incluso hay un aspecto dinámico de la actividad probatoria en que la carga de probar o contraprobar se transfiere sucesivamente entre las partes (Badaró, 2003, p. 184). Tal aspecto dinámico es muy evidente en la interpretación propuesta por algunos autores, como si la refutación de la satisfacción del elemento objetivo fuera una atribución exclusiva del contribuyente en materia de defensa (Chand, 2018, p. 21; Gomes, 2021, p. 138). Es precisamente esta la perspectiva de la OCDE en sus Comentarios, presentada más arriba. Por un lado, reconoce que la prueba del propósito principal tiene como efecto que se niegue un beneficio si uno de los principales objetivos de una operación o negocio consiste en la obtención de ese beneficio. Por otro lado, permite al contribuyente demostrar que la obtención del beneficio en esas circunstancias estaría en consonancia con el objeto y finalidad de las disposiciones relevantes; de lo contrario, el beneficio sería efectivamente negado. Adoptando una perspectiva subjetiva de la función de la carga de la prueba (Ramos, 2022, p. 69), la OCDE parece advertir a la parte de que, si no aporta las pruebas que posee al proceso, sucumbirá debido a la eventual insuficiencia de su actividad probatoria.

En su aspecto objetivo, la carga de la prueba no se dirige a la actividad de la parte, sino al juez, calificándose como una «regla de juicio». Surge de una cuestión absolutamente diferente: en lugar de ocuparse de quién debe aportar pruebas al proceso, se centra en la necesidad de una decisión incluso en la hipótesis de mantenimiento de duda sobre los hechos versados en el proceso – un expediente necesario debido a la prohibición al *non liquet*. Facilita además la solución del caso y la actividad probatoria en sí. Se determina así qué parte deberá asumir las consecuencias de una alegación de hecho que no haya sido suficientemente comprobada (Badaró, 2003, p. 181). Se trata mucho más de un «criterio de desempate» en caso de persistencia de la duda por insuficiente corroboración. La consecuencia es indirecta para las partes al fijar cuál se

beneficiará en esa hipótesis de un verdadero derecho de no sucumbir (Ramos, 2022, pp. 130, 192).

El aspecto objetivo de la carga de la prueba en el proceso trata de una cuestión mucho más relevante; al fin y al cabo, cuando una prueba es presentada a los autos no importa cuál de las partes la produjo. En algunos casos, y dependiendo de la materia, incluso el juez podría haber actuado de oficio en la instrucción probatoria. La verdadera cuestión es, de hecho, la falta o insuficiencia de la prueba y no su presencia. Es solo en la primera situación que se plantea la cuestión acerca de quién debería haber demostrado el hecho y, por lo tanto, deberá asumir la consecuencia de la incertidumbre (Badaró, 2003, p. 185; Ramos, 2022, p. 123).

Bajo el enfoque objetivo, por lo tanto, la cuestión se presenta de forma completamente diferente, dejándose de enfocar en quién debería presentar las pruebas relacionadas con el elemento subjetivo y principalmente con el elemento objetivo de la regla general antiabuso. Más bien, se cuestiona cómo el Poder Judicial debe decidir en un caso en el que el contribuyente cumpla con los requisitos para obtener los beneficios de un CDI, pero haya dudas si su obtención constituía uno de los principales propósitos de la operación o negocio o, más importante, si las circunstancias demostrarían que la concesión del beneficio habría sido consonante con el objeto y finalidad de las disposiciones relevantes del Convenio. Ciertamente, ante una situación como esta, deberá el juez decidir por la concesión del beneficio y, por tanto, de forma contraria a las autoridades tributarias sobre quienes recae la carga objetiva de la prueba de que los requisitos para la aplicación de la regla general antiabuso fueron satisfechos en el caso concreto.

Son varios los fundamentos que corroboran esa conclusión. Desde el punto de vista terminológico, el empleo de la expresión «a menos que» no lleva a la posibilidad de la aplicación de la regla general antiabuso exclusivamente a partir de la constatación de que uno de los principales objetivos de una operación o negocio era obtener algún beneficio del CDI (es decir, satisfacción del elemento subjetivo). La disposición podría ser perfectamente interpretada de la siguiente manera:

- si:
 - o es razonable concluir que uno de los objetivos principales de la operación o negocio ha sido obtener algún beneficio del CDI;
 - o y la concesión de tal beneficio en esas circunstancias es *contraria* al objeto y a la finalidad de la disposición pertinente;
- *entonces* el beneficio debe ser negado.

Los elementos subjetivo y objetivo, aunque puedan dividirse para fines analíticos, son partes inseparables del antecedente de la regla en cuestión por al menos tres razones. En primer lugar, a pesar de que el término «a menos que» connota algún sentido de excepción, la regla general antiabuso como un todo es una excepción a las reglas

convencionales que conceden beneficios que de otra forma serían aplicables (Lang, 2014, p. 660).

En segundo lugar, la aplicación de las reglas generales antiabuso de los CDI depende de la divergencia entre el cumplimiento literal de los requisitos textuales de una disposición y la frustración del objeto y finalidad de las disposiciones relevantes del Convenio (Schön, 2002, pp. 4-5). En otras palabras, si tal divergencia no se establece, simplemente no hay espacio para la aplicación de una regla como el PPT. El elemento subjetivo es solo el criterio cuya satisfacción desencadena la consideración a la finalidad de la disposición relevante que podría llevar a su reducción teleológica. Si bastara la satisfacción del elemento subjetivo, la regla general antiabuso se volvería ampliamente aplicable, ya que los beneficios del CDI fueron negociados justamente para conducir el comportamiento de los agentes económicos de modo que prácticamente todas las operaciones que se encuadren en el ámbito de un beneficio del CDI pueden tenerlo como al menos uno de sus principales propósitos. Tal resultado sería contrario al *effet utile* que guía la interpretación de los tratados internacionales (Hosseinjad, 2018, pp. 382-383).

En tercer lugar, en la medida en que las autoridades tributarias se valen de la regla general antiabuso para fundamentar la negación del beneficio, corresponde a ellas demostrar que ambos elementos de la hipótesis legal de la regla antiabuso están satisfechos, bajo pena de que se decida por la manutención de los beneficios. Concluir de manera diferente implicaría una excesiva restricción a los derechos de defensa del contribuyente – se generaría, así, una suerte de prueba diabólica porque el contribuyente tendría que probar el «no abuso» del CDI. Siendo el elemento objetivo parte esencial del antecedente al cual los hechos del caso deben ser subsumidos para que la regla general antiabuso sea aplicable, la impugnación de tal subsunción es una materia de defensa del contribuyente de extrema relevancia. En efecto, la facultad de fiscalización y de determinación de la deuda tributaria corresponde de manera exclusiva a la administración fiscal, siendo esta la responsable de reunir toda la información necesaria para acreditar la configuración del supuesto de hecho que da lugar a la aplicación de la norma tributaria. Esta exigencia, como se analizará más adelante, está estrechamente vinculada con la garantía del derecho de defensa del contribuyente, cuya efectividad depende, en gran medida, de que la administración exprese de manera clara y completa los fundamentos fácticos y jurídicos que justifican la exigencia del tributo.

Si no recayera sobre las autoridades fiscales la carga de establecer que la concesión de los beneficios del tratado en esas circunstancias sería contraria al objeto y a la finalidad de las disposiciones pertinentes, el contribuyente se vería privado del derecho a una defensa efectiva contra la decisión de negar el beneficio, simplemente porque no quedarían claramente expuestas y delimitadas las razones que fundamentaron la decisión de la administración. Así, la posición aparente de la OCDE en el tema vulnera el debido proceso legal al liberar la autoridad tributaria del deber de fundamentar de forma completa sus actos, y perjudica el derecho a la amplia defensa al colocar al

contribuyente en la posición de tener que defenderse de una acusación ni siquiera formalizada por la autoridad tributaria (es decir, la inconformidad de la concesión del beneficio con el objeto y propósito de las disposiciones relevantes).

Esto significa que el PPT no implica ni una presunción ni una inversión de la carga de la prueba, como a veces se ha ventilado por la literatura, aunque en tono crítico (Barreto y Takano, 2015, p. 833; Rosenblatt y Santos, 2018, p. 251; Rothman, 2019, p. 51; Navarro, 2020, p. 171; Gomes, 2021, pp. 139-140). En verdad, presunciones no se confunden con inversiones de la carga de la prueba, siendo que ninguna de ellas se ve presente en el PPT. Presunciones relativas, que pueden ser judiciales o legales, en realidad cambian el objeto de la prueba, es decir, el hecho a ser probado. A partir de la prueba de un determinado hecho, se infiere la ocurrencia de otro hecho. Siendo judicial la presunción, se trata de la conclusión racional del juez de que estando probado «A», se puede inferir —por consecuencia lógica o regla de la experiencia— la ocurrencia del hecho «B». Igualmente, en la presunción legal, se considera probada la ocurrencia del hecho «B» si efectivamente se ha probado la ocurrencia del hecho «A». Por eso que presunciones no tienen relación alguna con inversiones de la carga de la prueba: si el hecho «A» no se considera suficientemente probado (con lo cual no se inferirá la ocurrencia del hecho «B»), la consecuencia de la insuficiencia probatoria (es decir, de la duda) recaerá desfavorablemente en el proceso sobre la parte a quien incumbía la carga de probar el hecho «A» —o sea, la presunción relativa no dispensa a la parte por ella beneficiada de la carga de probar su alegación de hecho (Badaró, 2003, pp. 263-267)—.

De todos modos, en línea con las consideraciones hasta aquí desarrolladas, no hay ningún elemento en los dispositivos convencionales que vehiculen el PPT que permitan identificar cualquier rasgo de presunción relativa, tampoco de inversión de la carga de la prueba. Desde el punto de vista de la jurisprudencia de los más diversos países, igualmente se verifica recaer sobre las autoridades tributarias la carga de probar los elementos constitutivos de la acusación de abuso que desencadena la aplicación de una regla general antiabuso. Un ejemplo importante en ese sentido es el caso *Alta Energy (Canada vs. Alta Energy Luxembourg S.A.R.L., 2021 SCC 49, § 49)*, en que la Corte Suprema canadiense decidió favorablemente al contribuyente justamente por el hecho que la autoridad tributaria local no demostró de no haber la autoridad tributaria local demostrado que la concesión del beneficio convencional en aquellas circunstancias frustraría el objeto y finalidad de las disposiciones relevantes. El tribunal siguió, pues, su jurisprudencia ya establecida al menos desde el juicio del caso *Canada Trustco Mortgage (Canada Trustco Mortgage Co. vs. Canada, 2005 SCC 54, § 65-66)*, en la línea de que, si no queda comprobada la existencia del abuso, el beneficio de la duda corre a favor del contribuyente. En verdad, si no queda probado el abuso, entonces la regla antiabuso no es aplicable: ya no existe duda al respecto sino una inferencia probatoria que ha rechazado la ocurrencia de los requisitos que habiliten su aplicación.

Más recientemente, un tribunal inglés analizó el caso *Burlington Loan Management (Burlington Loan Management DAC vs. HMRC, 2022 UKFTT 290 (TC))*, que involucraba una cesión de créditos de una entidad en las Islas Caimán (cedente) a una institución financiera irlandesa (cesionaria), que pasaría a hacerse acreedora de los intereses por el deudor del crédito, la masa fallida de una institución financiera inglesa. El CDI entre Reino Unido e Irlanda en su artículo 12 (intereses) preveía la tributación exclusivamente de tales ingresos en el Estado de residencia del beneficiario efectivo (Irlanda). No obstante, las autoridades tributarias inglesas negaron el beneficio con base en el artículo 12(5) del CDI, de acuerdo con el cual «las disposiciones de este Artículo no deben aplicarse si el propósito principal o uno de los propósitos principales de cualquier persona relacionada con la creación o cesión del derecho de crédito con relación al cual se pagan los intereses hubiera sido obtener ventaja de este Artículo mediante su creación o cesión»³.

La cuestión planteada es interesante: en la medida en que el CDI es fuente de un derecho del contribuyente, a primera vista cabría a él la carga de probar el hecho constitutivo de su derecho. ¿Habiendo la regla antiabuso sido vehiculada por el propio CDI, cabría también al contribuyente entonces comprobar que «obtener ventaja» del artículo 12 no habría constituido el propósito principal o uno de los propósitos principales de las personas involucradas en la cesión de derechos? El tribunal inglés decidió que, aunque recae sobre el contribuyente la carga de probar tener derecho al beneficio del CDI (hecho constitutivo de su derecho), recae sobre la autoridad tributaria la carga de probar que los requisitos de la regla antiabuso se verificaron en el caso concreto, restringiendo el derecho del contribuyente al beneficio (hecho extintivo del derecho del contribuyente, por tanto) (*Burlington Loan Management DAC vs. HMRC, 2022 UKFTT 290 (TC)*, § 151(3)-(6)).

Un razonamiento muy similar fue aplicado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea («TJUE») en los casos daneses (*Skatteministeriet contra T Danmark e Y Denmark Aps*, C-116/16 y C-117/16, STJEU de 26 de febrero de 2019). Se discutía en aquella ocasión si constituiría un abuso de las directivas que prevén la no tributación en la fuente sobre envíos de intereses y dividendos cuando fuesen realizados por sociedades danesas a sociedades residentes en otros Estados miembros que, a su vez, los remitirían a beneficiarios fuera de la Unión Europea. La decisión contraria al contribuyente, sin embargo, destacó un aspecto fundamental con respecto a la carga de la prueba en materia de abuso en el ámbito de la Unión Europea. Eso porque tanto Dinamarca como Alemania sostuvieron ante el tribunal que sería carga del contribuyente probar que satisface los requisitos para disfrutar de los beneficios de las directivas comunitarias. El tribunal asintió con esa afirmación, reconociendo que corresponde al contribuyente probarlo cuando sea requerido por las autoridades

³ Traducción libre de «(5) *The provisions of this Article shall not apply if it was the main purpose or one of the main purposes of any person concerned with the creation or assignment of the debt-claim in respect of which the interest is paid to take advantage of this Article by means of that creation or assignment*».

tributarias. Sin embargo, el tribunal reservó que cuando las autoridades tributarias de un Estado miembro pretendan negar un beneficio comunitario en razón de la existencia de un abuso, corresponderá a ellas, y no al contribuyente, la prueba de los elementos fácticos constitutivos del abuso, considerando todos los factores relevantes (*Skatteministeriet contra T Danmark e Y Denmark Aps*, C-116/16 y C-117/16, STJEU de 26 de febrero de 2019, § 116-117).

En los tres casos, por lo tanto, las conclusiones de los tribunales corroboran la tesis demostrada de que, aunque compete al contribuyente demostrar que ha satisfecho los requisitos (literales) para la concesión del beneficio (residencia en uno de los Estados contratantes, satisfacción de las reglas objetivas de limitación de beneficios, calificación de su ingreso en el ámbito objetivo de la regla distributiva), recae sobre las autoridades tributarias la prueba de la existencia de abuso, particularmente en el sentido de la satisfacción de los requisitos del antecedente de la regla general antiabuso —como sostiene García Novoa, aunque en el contexto del derecho interno español (García Novoa, 2004, p. 265)—. En otras palabras, no puede recaer sobre el contribuyente la carga de demostrar que no se encuadra en la regla general antiabuso como condición previa para el disfrute de un determinado beneficio convencional. Solo un procedimiento de fiscalización, por tanto, puede servir para la instrucción probatoria de eventual acusación por parte de las autoridades tributarias de abuso del CDI y consiguiente negativa de beneficios basada en la aplicación de la regla general antiabuso prevista en el tratado en cuestión.

Cabe aquí una última consideración respecto a la carga de la prueba con relación al elemento subjetivo, más específicamente, la demostración de la existencia de beneficio que haya surgido directa o indirectamente de la operación o negocio que supuestamente tuvo como uno de sus principales propósitos su obtención. Las consideraciones hasta aquí indican la inequívoca conclusión de que tal carga recae sobre la autoridad tributaria. De hecho, el concepto de beneficio no debe limitarse a una eventual reducción de la carga tributaria del país cuyas autoridades tributarias intentan denegar el beneficio convencional, sino que debe considerar la perspectiva bilateral, trilateral o incluso global de la operación. En otras palabras, la noción de beneficio implica necesariamente una ventaja tributaria de carácter económico-financiero que coloque al contribuyente en una situación más ventajosa globalmente considerada.

Específicamente en este punto, existe una limitación importante a la carga imputada a las autoridades tributarias. Como destacó el TJUE en los casos daneses, no se pueden exigir a las autoridades tributarias pruebas de difícil o imposible producción (*Skatteministeriet contra T Danmark e Y Denmark Aps*, C-116/16 y C-117/16, STJEU de 26 de febrero de 2019, § 118). En ese caso, que trataba básicamente de un problema de beneficiario efectivo de los pagos realizados entre empresas domiciliadas en Estados miembros de la Unión Europea, el TJUE decidió que no recaía sobre las autoridades tributarias la carga de probar quién sería entonces el beneficiario efectivo del pago, bastando que hubieran demostrado que las sociedades europeas no lo eran.

Es cierto que el deber de coherencia impondría que la acusación fuera completa, en el sentido de identificar tales supuestos beneficiarios efectivos —incluso para que las autoridades tributarias exploraran la aplicabilidad de CDI eventualmente existentes—. A pesar de las críticas que se puedan hacer a esa decisión en este punto, un argumento merece destacarse: la imposibilidad de la comprobación de los verdaderos beneficiarios efectivos podría derivar del hecho de estar ubicados fuera de la Unión Europea. El tribunal no fue tan específico en su fundamentación, pero ciertamente se podría añadir que, una vez que los beneficiarios efectivos no están en la Unión Europea, los mecanismos comunitarios de intercambio de información y de cooperación entre Estados miembros obviamente serían ineficaces para ese fin.

Trasplantando tales consideraciones a la carga de las autoridades tributarias para probar la efectiva existencia de un beneficio en los términos definidos anteriormente, se puede delimitar la carga que les es impuesta a la prueba de que hubo un beneficio bajo el enfoque bilateral. Es decir, recae sobre las autoridades tributarias la carga de probar que, considerando la carga tributaria incidente sobre la operación en ambos Estados contratantes, la operación o negocio resultó directa o indirectamente en una ventaja económico-financiera. Esto se debe a que el mismo CDI que prescribe la regla general antiabuso prevé mecanismos de intercambio de información y asistencias mutuas entre los Estados contratantes (art. 26 y 27 del Convenio Modelo de la OCDE). En otras palabras, es el propio CDI el que impone la carga y el que confiere los medios suficientes y razonables para soportarla.

En síntesis, siendo la aplicación de la regla general antiabuso fundamento de las autoridades tributarias para negar un determinado beneficio previsto en el CDI, está bastante claro que a ellas les corresponde la carga de probar el cumplimiento de ambos elementos (subjetivo y objetivo) del antecedente de la regla. El deber de motivación que se exige de la autoridad tributaria —con fuerte influjo del principio de igualdad como interdicción al arbitrio— es condición para que el contribuyente pueda ejercer con plenitud su derecho a la amplia defensa. No hay cómo defenderse, ni diseñar una estrategia legal o plantear argumentos de defensa, sin que la acusación, es decir, la alegación de encuadramiento de la situación del contribuyente en el antecedente de la regla general antiabuso, le sea presentada de forma completa y motivada —hiriendo incluso la paridad de armas que informa al debido proceso legal—.

3. ESTÁNDAR PROBATORIO EN LA COMPROBACIÓN DE LOS ELEMENTOS SUBJETIVO Y OBJETIVO DEL PPT

En la medida en que la carga de la prueba objetiva se distribuye entre las partes, permanece la cuestión acerca del grado de suficiencia probatoria a partir del cual una alegación de hecho puede considerarse suficientemente probada. No se trata, vale decir, de un problema acerca de la claridad o no de los hechos o simplemente de la valoración de las pruebas, sino de la determinación normativa del grado de corrobora-

ración necesario para que una determinada hipótesis pueda considerarse como probada (Ramos, 2013, p. 41). Esto se debe a que la conclusión respecto a la valoración de la prueba solo permitirá evaluar el grado de corroboración de la hipótesis sin decir nada respecto a su suficiencia para la toma de decisión.

Este aspecto —más normativo que epistemológico (Vázquez, 2015, p. 61; Moscatelli, 2022, p. 5)— se regula mediante los estándares probatorios, comprendidos como reglas que determinan el grado de confirmación exigido para que tal hipótesis a partir del conjunto probatorio valorado sea considerada probada para fines de adopción en una determinada decisión. No se confunde, pues, con el problema de la carga de la prueba: solo cuando no se alcanza el estándar de la prueba es que surge la cuestión de cuál parte debería haber probado suficientemente la alegación de hecho y por no haberse cumplido su encargo sufrirá la consecuencia de la derrota en el proceso (Badaró, 2019, p. 239). Esta constatación es fundamental pues un eventual estándar de prueba reducido —es decir, la exigencia de un bajo grado de corroboración para que determinada hipótesis se considere probada— no implica en absoluto una inversión de la carga de la prueba: aún cabe a la parte que alega la hipótesis probarla, solo se le exige un grado de corroboración menos intenso.

Desde este ángulo, la regulación del estándar probatorio orienta la decisión judicial, confiriéndole previsibilidad, así como proporciona a las partes la garantía de que podrán, igualmente a partir de ellos, orientar su comportamiento procesal y controlar la corrección de la decisión proferida. Adicionalmente, al lado de las reglas sobre la carga objetiva de la prueba y de las presunciones legales relativas, los estándares probatorios fueron concebidos como una forma de distribución de los riesgos de error (falsa condena o falsa absolución) entre las partes (Ferrer Beltrán, 2021, pp. 25-26, 166).

A primera vista, la regulación de los estándares probatorios no parece ser materia afín a los CDI, sino al derecho doméstico de los Estados contratantes (Ullmann, 2020, 11.5.3). No obstante, la cuestión se vuelve relevante y ampliamente debatida en la literatura en relación con el PPT debido a la inclusión en su redacción de las expresiones: «cuando sea razonable concluir [...]» en lo referente al elemento subjetivo; y «a menos que se determine que [...]» respecto al elemento objetivo. ¿Connotarían tales expresiones diferentes estándares probatorios en el sentido de que la primera implicaría la exigencia de un menor grado de corroboración que la segunda? (Landsiedel, 2021, p. 105). Los Comentarios de la OCDE, por su parte, han manifestado el entendimiento de que no sería necesario que la autoridad tributaria encontrara «pruebas concluyentes sobre la intención de la persona que participa en el instrumento u operación», pero debe ser «razonable concluir, tras un análisis objetivo de los hechos y circunstancias pertinentes, que uno de los propósitos principales del instrumento u operación era la obtención de los beneficios del convenio» (OCDE, 2017, § 178).

La redacción de la cláusula del PPT, asociada al fragmento de los Comentarios de la OCDE referenciado, llevó a muchos autores a concluir prontamente, aunque

bajo críticas, que el estándar probatorio exigido de las autoridades tributarias para demostrar la satisfacción del elemento subjetivo sería bajo, poco riguroso (Barreto y Takano, 2015, p. 835; Pegoraro, 2021, p. 118; Gomes, 2021, p. 103; Castro, 2023, pp. 122, 211-212). Esta conclusión, sin embargo, no es precisa por tres razones fundamentales: (i) no refleja el sentido más correcto de la locución «razonable concluir», basado en el examen de razonabilidad como racionalidad (*reasonable – reason*); (ii) no refleja el sentido más correcto de los Comentarios al referirse a «pruebas concluyentes sobre la intención de la persona [...]»; y (iii) no refleja los fundamentos normativos para la definición de estándares probatorios a partir de su función en el contexto al que se relacionan.

Sobre la primera razón, la correcta interpretación del dispositivo no puede tomar aisladamente la expresión «cuando sea razonable concluir» como referencia a un estándar probatorio de bajo grado de corroboración; en verdad, es necesario considerar que el dispositivo igualmente se refiere a «todos los hechos y circunstancias pertinentes». Es decir, la razonabilidad de la conclusión, considerados todos los hechos y circunstancias pertinentes, no dice nada respecto al grado de corroboración de la hipótesis exigido para que sea considerada como probada, sino más bien a la necesaria relación de inferencia racional entre los hechos y circunstancias pertinentes y la conclusión de que uno de los principales propósitos de la operación o negocio haya sido la obtención del beneficio. Se trata, por tanto, de una referencia a cómo debe darse la inferencia probatoria, tema afín a la valoración de la prueba, lo que no se confunde con la definición (normativa) del grado suficiente de corroboración. En otras palabras, se vuelve a un criterio racional para la consideración de todos los elementos de prueba respecto a los hechos y circunstancias pertinentes (Schoueri y Moreira, 2019, p. 771). El examen de razonabilidad, por lo tanto, implica un análisis objetivo de los hechos y circunstancias (es decir, elementos objetivos desasociados de la subjetividad de la intención de los agentes). En verdad, la locución «cuando sea razonable concluir» no implica la exigencia de un bajo grado de corroboración de las hipótesis a partir de las pruebas, sino que simplemente se refiere al modo de apreciación de «todos los hechos y circunstancias pertinentes» y de fundamentación de la decisión.

Por el contrario, y los propios Comentarios de la OCDE apuntan en este sentido, una gama de hechos y circunstancias deberá ser considerada, contraponiéndose unos a otros, a fin de alcanzar una conclusión racional de que uno de los propósitos principales de la operación o negocio habría sido la obtención del beneficio (Weber, 2017, pp. 50-51). Tales hechos y circunstancias, vale resaltar, deberán ser objeto de prueba por parte de las autoridades tributarias. Y sobre el nivel de suficiencia del grado de corroboración de tales hipótesis, como se ve, el tratado nada dice.

Con relación a la segunda razón mencionada anteriormente, tales consideraciones, si se aplican a la afirmación contenida en los Comentarios de la OCDE de que no habría necesidad de «pruebas concluyentes sobre la intención de la persona que participa en el instrumento u operación» (OCDE, 2017, § 178), permiten concluir que la organización buscó evitar que se exigiese para la aplicación de la regla general

antiabuso prueba directa de la intención de la persona, como expresión de su estado mental. Así, antes de referirse a cualquier rebajamiento en el estándar probatorio exigido, la OCDE parece evitar que se entienda que «uno de los propósitos principales del instrumento u operación» corresponda a la intención subjetiva de las personas involucradas, perteneciente a su estado mental (Andrade, 2017, p. 298). Y bajo este enfoque, la prueba directa (o conclusiva, para usar la terminología empleada en los Comentarios) sería imposible o, al menos, de producción extremadamente difícil, ya que se limitaría, cuando mucho, a confesiones o interceptaciones telefónicas o de datos (Halperin, 2021, p. 56) —medios de prueba inusuales en procedimientos fiscales—.

Respecto a este punto, dos aspectos deben ser más explorados. En primer lugar, el desacierto de identificar el objetivo de una operación o negocio como expresión de la intención de los agentes involucrados, consubstanciada en sus respectivos estados mentales. En segundo lugar, la imprecisión de la distinción entre prueba directa e indirecta (o indiciaria) en el sentido de que la OCDE entendería que bastaría la segunda para la comprobación de la satisfacción del elemento subjetivo de la regla general antiabuso.

Sobre el primer aspecto, en verdad no hay una referencia a un estado mental, sino a la verificación —objetiva— de si la estructuración de esa operación o negocio permite a un observador externo identificar o no una racionalidad tal que descarte la conclusión de que la obtención del beneficio constituyó uno de sus propósitos principales (Kuzniack, 2018, p. 261). Se vuelve, por tanto, a la apreciación no de las personas involucradas, sino de las operaciones y negocios en sí considerados. Se deja de lado la indagación a estados mentales y se enfoca en la imputación a determinadas operaciones y negocios de una calificadora derivada del hecho de que, al fin y al cabo, solo se explicarían debido a la obtención del beneficio. Basta imaginar una situación en que una determinada operación o negocio pueda ser racionalmente explicada por razones diversas del aprovechamiento del beneficio del CDI, de modo que diversas otras configuraciones podrían traer beneficios similares si la operación involucrase otros países con tratados diferentes de aquel del que se pretendería beneficiar.

Sobre el segundo aspecto, la afirmación de la OCDE no implica que basten pruebas «indiciarias» en el sentido de «no conclusivas». La idea de una prueba indirecta o indiciaria, en oposición a una prueba directa (referente al propio hecho bruto relevante), es problemática pues parte del presupuesto de que solo en la primera hay una inferencia por parte del juzgador, mientras que en la segunda se tendría el propio hecho bruto probado. Esta distinción, sin embargo, ignora que toda prueba es objeto de un proceso inferencial por parte del juzgador —lo que, puesto de manera muy sencilla, significa que el juzgador siempre necesitará, a partir de las pruebas que le sean presentadas por las partes, realizar ejercicios de deducción o inducción, ya sea a partir de la lógica o de las máximas de la experiencia, para alcanzar una conclusión—. Lo que puede haber es una diferenciación entre pruebas que permitan al juzgador una experiencia empírica del hecho bruto, es decir, el conocimiento de los hechos y

verificación de los enunciados fácticos a partir de la observación por el propio juzgador; y, por otro lado, pruebas que exijan procesos inferenciales que guarden una mayor o menor certeza de la conclusión, sean ellos de naturaleza deductiva o inductiva (Gascón Abellán, 2010, p. 79).

De cualquier manera, lo importante es tener certeza de que *(i)* el hecho de no exigirse una prueba directa (o conclusiva, en la terminología empleada por los Comentarios) de la intención de las personas involucradas no dice nada respecto al nivel de suficiencia del grado de corroboración de la hipótesis, sino simplemente que la referencia a «e uno de los propósitos principales del instrumento u operación» no guarda relación alguna con el estado mental de las personas involucradas; y *(ii)* en la premisa de que la experiencia empírica del juzgador sobre el hecho bruto relevante es una situación excepcional y remota, especialmente en materia tributaria que versa mayoritariamente sobre hechos institucionales, toda prueba es, bajo ese enfoque, indirecta (o «indiciaria»), lo que nada dice en cuanto al grado de corroboración de la hipótesis que ella sostiene.

La cuestión fundamental, por tanto, se centra en cuál debe ser el estándar probatorio para que se entiendan suficientemente corroboradas las hipótesis que sustentan las alegaciones de hecho que propugnan la satisfacción de los requisitos del antecedente de la regla general antiabuso en los CDI. La respuesta a esta pregunta no es proporcionada por el tratado, sino por el derecho doméstico, en el cual se prescriben las reglas procesales. Sin embargo, un análisis más amplio del contexto en el que una regla general antiabuso de un CDI está insertado permite identificar fundamentos para la fijación de un determinado estándar probatorio. Esta es la tercera razón que demuestra la imprecisión de la tesis aquí combatida de que el grado de corroboración exigido sería bajo y poco riguroso.

Bajo la influencia de la cultura jurídica estadounidense (Kokott, 1993, p. 19; Badaró, 2019, p. 239; Matida y Vieira, 2019, p. 229), donde surgió la teoría de los estándares probatorios, es común referirse a tres diferentes niveles de estándares probatorios: *(i)* la preponderancia de la prueba (o prueba convincente o de verosimilitud razonable), en que hay una probabilidad prevalente de que la hipótesis sea verdadera; *(ii)* la prueba clara y convincente, en que hay mucho más probabilidad de que la hipótesis sea verdadera que lo contrario; y *(iii)* la prueba más allá de cualquier duda razonable, en que cualquier duda remanente es insignificante al punto de que cualquier persona razonable consideraría la hipótesis comprobada (Ávila, 2018, pp. 117-118). No es, pues, inusual que se atribuyan determinados índices probabilísticos a estos diferentes estándares probatorios: la preponderancia de la prueba implicaría una probabilidad del 51 por 100 de que los hechos hayan ocurrido según lo establece la hipótesis; la prueba clara y convincente indicaría una probabilidad del 75 por 100 al 90 por 100; y la prueba más allá de cualquier duda razonable, una probabilidad del 90 por 100 al 95 por 100 (Kokott, 1993, p. 19). El abordaje probabilístico, sin embargo, no está exento de críticas, bajo la constatación que los estándares de prueba tratan de la probabilidad lógica, y no matemática, de corroboración de hipótesis

y refutación de las contrarias, en un método inductivo eliminativo (Ferrer Beltrán, 2021, pp. 88, 90, 99-100);

Diversos autores que se han dedicado al problema del estándar probatorio aplicable al PPT comparten las mismas dos conclusiones: (i) el dispositivo conduciría a la exigencia de un grado de corroboración de la hipótesis tan solo de la preponderancia de la prueba (o prueba verosímil, en la terminología empleada), como se analizó anteriormente; y (ii) el estándar probatorio más apropiado en el caso sería aquel propio de la «prueba clara y convincente» debido a la asimetría que habría entre el Estado y el contribuyente y la potencial restricción a derechos fundamentales derivada de la aplicación de la regla general antiabuso (Pegoraro, 2021, pp. 119, 129, 147, 229, 233; Castro, 2023, pp. 213, 250, 283, 351, 545-546). Sobre la segunda conclusión, caben algunas consideraciones.

La expresión «prueba clara y convincente» tal vez más contribuya a la indeterminación del sentido del estándar probatorio que a su definición. La expresión parece mezclar indebidamente dos planos diversos del razonamiento probatorio y de la toma de decisión a partir de las pruebas: la valoración probatoria y la decisión acerca de la suficiencia del grado de corroboración (Badaró, 2019, p. 236). Además, la formulación es lejos de ser precisa (Ferrer Beltrán, 2021, p. 226). Basta pensar en su opuesto: una prueba oscura y poco convincente ni siquiera permitiría la corroboración de una determinada hipótesis y, tras un proceso racional de valoración, difícilmente mantendría sus atributos de prueba. Además, la valoración de la prueba en cuanto a su grado de persuasión, lo que la expresión «convincente» sugeriría, puede conducir al equívoco de que la cuestión del estándar probatorio sería subjetiva, es decir, cómo el juzgador valora la prueba y no cómo la prueba permite corroborar una determinada hipótesis y refutar las contrarias. La consecuencia de esta aproximación subjetivista de los estándares probatorios es un grave perjuicio al control intersubjetivo de la decisión basada en pruebas: si la exigencia es solo que la prueba sea convincente, estando el juzgador (subjetivamente) convencido, el nivel de suficiencia habrá sido alcanzado. Más allá de la circularidad del razonamiento (es necesario un nivel de suficiencia para la decisión; el juzgador decide por estar convencido; por lo tanto, el nivel de suficiencia está alcanzado), cualquier decisión, sea cual sea, siempre que el juzgador esté convencido, cumplirá con la exigencia del estándar probatorio (Badaró, 2019, p. 242).

A pesar de la vaguedad del estándar probatorio de la «prueba clara y convincente», un elemento importante para su comprensión está en su origen en la jurisprudencia estadounidense: fue concebido como un punto intermedio entre la mera prevalencia de la prueba (propia de los procesos civiles) y la prueba más allá de cualquier duda razonable (propia de la mayoría de los procesos penales). El estándar de la prueba clara y convincente, por lo tanto, estaba destinado a procesos civiles pero cuyas consecuencias guardaban relevancia y gravedad tales que justificaban la imposición de un criterio más riguroso para el estándar probatorio (Matida y Vieira, 2019, p. 231). En el caso que nos ocupa, sin embargo, tratándose de la aplicación de una regla general

antiabuso prevista en el CDI, el resultado es el alejamiento del tratado y la aplicación del derecho interno en su plenitud. Si la aplicación de la regla general antiabuso lleva al contribuyente a una situación de doble imposición, podrá socorrerse del procedimiento amistoso (*mutual agreement procedure*) como mecanismo para la resolución de su situación. Y aunque le sea negado el beneficio convencional, seguirá gozando de todas las garantías propias del derecho doméstico. Esta es, inclusive, la razón por la cual poco ayuda en el problema analizado la acertada conclusión de que el estándar probatorio de la prueba clara y convincente (o sea, intermedio) es exigido de las autoridades tributarias para la formalización de actas de infracción tributaria, *i.e.*, el acto destinado a verificar la ocurrencia del hecho imponible y determinar la materialidad tributaria (Queiroz e Silva, 2022, pp. 151-157). El CDI no desempeña dicha función, y el efecto práctico del PPT es obstruir la aplicación del tratado, resultando en la aplicación del derecho nacional del Estado contratante.

El problema puede ser bien resuelto a partir de la consideración de las funciones desempeñadas por los estándares probatorios. Al lado del establecimiento de criterios para la justificación de decisiones y de garantías para las partes, como ya se expuso, los estándares probatorios contribuyen a la distribución del riesgo de error entre las partes (y no a la distribución del error en sí, pues no hay control). Es decir, un error podría consistir tanto en la negativa de un beneficio a pesar de la ausencia del abuso según la definición de la regla antiabuso (falsa condena), como en la concesión de un beneficio a pesar de la presencia del abuso según la definición de la regla antiabuso (falsa absolución). Así, aumentar o rebajar el estándar probatorio no es suficiente para concluir quién se beneficiará —es necesario ir más allá y verificar cómo se distribuyó la carga de la prueba—. Una vez alcanzado el estándar probatorio, el riesgo del error recae sobre aquel que no soportaba la carga de la prueba; por debajo del estándar, el riesgo del error cae sobre aquel que la detentaba. La discusión acerca del estándar, por lo tanto, es una discusión sobre los riesgos de error. Un estándar elevado no garantiza que no haya errores; puede incluso aumentar el número de errores (por ejemplo, un aumento del número de absoluciones falsas) (Ferrer Beltrán, 2021, pp. 115-116). Lo que se establece, sin embargo, es cuáles son los riesgos que el sistema está más dispuesto a aceptar.

Entre los fundamentos que pueden considerarse en la determinación de un cierto nivel de suficiencia de estándar probatorio está la incidencia de otras reglas que distribuyan el riesgo del error (Ferrer Beltrán, 2021, p. 166). A partir de ahí es posible establecer una conclusión respecto al estándar probatorio más adecuado en relación con las reglas antiabuso en los CDI. Como se mencionó anteriormente, recae sobre el contribuyente la carga de probar que ha satisfecho los requisitos (literales) para la concesión del beneficio (residencia en uno de los Estados contratantes, satisfacción de las reglas objetivas de limitación de beneficios —es decir, encuadramiento como persona cualificada—, cualificación de su renta en el ámbito objetivo de la regla distributiva); sobre las autoridades tributarias, por su parte, recae la carga de la prueba de la existencia de los elementos que corroboran la existencia de abuso, particular-

mente en el sentido de la satisfacción de los requisitos del antecedente de la regla general antiabuso. Esta asignación de la carga de la prueba es esencial para la distribución de los riesgos de error en lo tocante a la aplicación de la regla general antiabuso.

De hecho, la regla general antiabuso implica una consideración teleológica de las disposiciones relevantes, teniendo como punto de partida la propia literalidad del dispositivo, buscando asegurar que los requisitos allí previstos sean sustancial y genuinamente atendidos. O sea: (i) si el contribuyente probó el cumplimiento de los requisitos generales y específicos para la obtención del beneficio; y (ii) el elemento objetivo —aspecto central del antecedente de la regla general antiabuso a ser demostrado por la autoridad fiscal— se orienta precisamente a garantizar el cumplimiento sustancial y genuino de dichos requisitos, y no su mera satisfacción formal; entonces (iii) la combinación de las premisas (i) y (ii) demuestra la existencia de un menor riesgo de falsas absoluciones. Porque de todas las situaciones en que el CDI sea aplicado, las situaciones abusivas representarán necesariamente un menor índice de incidencia. Tales consideraciones, por lo tanto, justifican la elevación del estándar probatorio a un umbral intermedio precisamente para distribuir el riesgo de error de modo a reducir la estimación de su incidencia.

De hecho, como la norma antiabuso se basa en la oposición entre el mero cumplimiento formal de los requisitos establecidos por el CDI y la contradicción con el objeto y la finalidad de sus disposiciones pertinentes, es razonable suponer que, en la mayoría de los casos concretos, no se configurará un abuso. Ello se debe a que los requisitos del CDI habrán sido satisfechos, al menos en términos formales. Entre los casos en que dichos requisitos se cumplan formalmente, cabe suponer que solo una minoría dará lugar a situaciones en las que el objeto y la finalidad de las disposiciones relevantes se vean efectivamente frustrados.

Además, las consecuencias derivadas de la aplicación de la norma antiabuso pueden resultar particularmente gravosas para el contribuyente, ya sea porque lo expongan a una posible doble imposición, ya sea porque se vea defraudada su legítima expectativa de que las disposiciones del CDI le serían aplicables, expectativa sobre la cual pudo haber estructurado sus decisiones y actividades empresariales.

Así es que, valiéndose de la categorización propuesta por Ferrer Beltrán, el estándar probatorio lo cual se exige para que la satisfacción de los elementos subjetivo y objetivo del PPT se consideren comprobado puede enunciarse como sigue (Ferrer Beltrán, 2021, p. 210):

Una hipótesis sobre los hechos se considerará probada cuando se den, conjuntamente, las siguientes dos condiciones:

- a) Que sea la hipótesis más probablemente verdadera, a la luz de los elementos de juicio existentes en el expediente judicial.
- b) Que el peso probatorio del conjunto de elementos de juicio relevantes incorporados al proceso sea completo (excluidas las pruebas redundantes).

El umbral es intermedio, pues no hay la exigencia de que las hipótesis alternativas hayan sido refutadas, pero solamente que la hipótesis propuesta sea la más probable-

mente verdadera. Hay aun, sin embargo, la exigencia de que el peso probatorio sea completo, eso es, que haya una completitud de los elementos probatorios, los cuales no podrán ser simplemente accidentales (Ferrer Beltrán, 2021, pp. 225, 236).

CONCLUSIÓN

En cuanto a la carga probatoria para la comprobación de la satisfacción de los elementos subjetivo y objetivo del antecedente de la regla general antiabuso, se ha demostrado que recae íntegramente sobre las autoridades tributarias, sin que haya inversión de la carga de la prueba ni presunciones. Especialmente en lo que respecta al elemento objetivo, desde el punto de vista terminológico, el empleo de la expresión «a menos que» no lleva a la posibilidad de aplicar la regla general antiabuso exclusivamente a partir de la constatación de que «uno de los propósitos principales del instrumento u operación era la obtención de los beneficios del convenio». En primer lugar, a pesar de que el término «a menos que» connota algún sentido de excepción, la regla general antiabuso como un todo es una excepción a las reglas convencionales que otorgan beneficios que, de otra forma, serían aplicables. En segundo lugar, la aplicación de las reglas generales antiabuso de los CDI depende de la divergencia entre, por un lado, el cumplimiento literal de los requisitos textuales de una disposición y, por otro, la frustración de su objeto y propósito. En otras palabras, si tal divergencia no se establece, simplemente no hay espacio para la aplicación de una regla como la cláusula del PPT. En tercer lugar, la posición aparente de la OCDE en el tema vulnera el debido proceso legal, pues liberaría la autoridad tributaria del deber de fundamentar de forma completa sus actos; y perjudica el derecho a la amplia defensa al colocar al contribuyente en la posición de tener que defenderse de una acusación ni siquiera formalizada por la autoridad tributaria (es decir, la no conformidad de la concesión del beneficio con el objeto y propósito de las disposiciones pertinentes).

Ya con respecto al estándar probatorio exigido para que se consideren las hipótesis suficientemente corroboradas, la expresión «razonable concluir» presente en la cláusula recomendada por la OCDE no conduce a la conclusión de que el estándar probatorio exigido de las autoridades tributarias sería bajo y poco riguroso. De hecho, a partir de las funciones desempeñadas por los estándares probatorios, se ha demostrado la relevancia de otras reglas que distribuyen el riesgo del error (falsa absolución o falsa condena). Así, en la medida en que recae sobre el contribuyente la carga de probar que ha satisfecho los requisitos (literales) para la concesión del beneficio, mientras que recae sobre las autoridades tributarias, a su vez, la carga de la prueba de la existencia de los elementos que corroboran la existencia de abuso, el riesgo de falsas absoluciones es mucho menor. Esto es porque de todas las situaciones en que el CDI sea aplicado, las situaciones abusivas representarán necesariamente un menor índice de incidencia. De ahí la razón para la atribución de un estándar probatorio de umbral intermedio, en lo cual no hay la exigencia de que las hipótesis alternativas hayan sido refutadas, sino solamente que la hipótesis propuesta sea la más probablemente

verdadera —pero siempre que haya una completitud de los elementos probatorios, los cuales no podrán ser simplemente accidentales—.

BIBLIOGRAFÍA

- Andrade, L. A. de. (2017) A impossibilidade de a Receita Federal aplicar a multa qualificada federal de 150 por 100. *Revista Direito Tributário Atual*, 37, p. 288-312.
- Ávila, H. (2018). Teoria das provas: *standards* de prova e os critérios de solidez de inferência probatória. *Revista de Processo*, 282, p. 113-139.
- Ávila, H. (2021). *Teoria da igualdade tributária* (4ª ed.). Malheiros/Juspodivm,
- Badaró, G. H. R. I. (2003). *Ônus da prova no processo penal*. Editora Revista dos Tribunais.
- Badaró, G. H. R. I. (2019). *Epistemologia judiciária e prova penal*. Editora Revista dos Tribunais.
- Barreto, P. A. & Takano, C. A. (2015). The prevention of tax treaty abuse in the BEPS Action 6: a Brazilian perspective. *Intertax*, 43(12), p. 825-838.
- Castro, L. F. de M. e (2023). *Compatibilidade da Cláusula «Principal Purpose Test» no Direito Tributário brasileiro* [Tesis doctoral, Universidade de São Paulo]. Repositório da Produção da Universidade de São Paulo. <https://repositorio.usp.br/item/003159011>
- Chand, V. (2018). The Principal Purpose Test in the Multilateral Convention: an in-depth analysis. *Intertax*, 46(1), p. 18-44.
- Danon, R. J. (2018). Treaty Abuse in the Post-BEPS World: Analysis of the Policy Shift and Impact of the Principal Purpose Test for MNE Groups. *Bulletin for International Taxation*, 72(1), p. 31-55.
- Duff, D. G. (2018). Tax Treaty Abuse and The Principal Purpose Test – Part 2. *Canadian Tax Journal*, 66(4), p. 947-1011.
- Ferrer Beltrán, J. (2021). *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*. Marcial Pons.
- García Novoa, C. (2004). *La cláusula antielusiva en la nueva Ley General Tributaria*. Marcial Pons.
- Gascón Abellán, M. (2010). *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba* (3ª ed.). Marcial Pons.
- Gomes, M. L. (2019). The DNA of the principal purpose test in the multilateral instrument. *Intertax*, 47(1), p. 66-90.
- Gomes, M. L. (2021). *The principal purpose test in the Multilateral Instrument*. Lumen Juris.
- Halperin, E. K. (2021). *Multa qualificada no Direito Tributário*. IBDT.
- Hosseinejad, K. (2018). Interpretation in light of which «object and purpose»? *German Yearbook of International Law*, 61(1), p. 377-401.
- Kokott, J. (1993). *Beweislastverteilung und Prognoseentscheidung bei der Inanspruchnahme von Grund- und Menschenrechten*. Springer-Verlag.
- Kuźniak, B. (2018). The Principal Purpose Test (PPT) in BEPS Action 6 and the MLI: Exploring challenges arising from its legal implementation and practical application. *World Tax Journal*, 10(2), p. 233-294.
- Landsiedel, S. (2021). The Principal Purpose Test's burden of proof: Should the OECD Commentary on Article 29(9) specify which party bears the onus? *World Tax Journal*, 13(1), p. 83-115.
- Lang, M. (2014). BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties. *Tax Notes International*, 74(7), p. 655-664.
- Matida, J. & Viera, A. (2019). Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do *standard* de prova “para além de toda a dúvida razoável no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 156, p. 221-248.
- Moscatelli, L. (2022). *La importancia de la abducción en la etapa de investigación criminal del delito* [Trabajo de Fin de Máster, Universidad de Girona]. Repositori Digital de la UdG, DUGiDocs. <http://hdl.handle.net/10256/21624>
- Navarro, G. N. de P. (2020). A critical analysis of the Principal Purpose Test rule's core features and its practical applicability. *Revista Direito Tributário Internacional Atual*, 7, p. 161-181.

- Pegoraro, A. (2021). *A cláusula de principal propósito (PPT) nos acordos para evitar a dupla tributação da renda*. IBDT.
- Queiroz e Silva, J. M. P. (2022). *Standards de prova no Direito Tributário*. IBDT.
- Ramos, V. de P. (2013). Direito fundamental à prova. *Revista de Processo*, 224, p. 41-61.
- Ramos, V. de P. (2022). *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. Editora Juspodivm.
- Rosenblatt, P. & Santos, P. H. R. C. dos. (2018) O alcance da Ação 6 do BEPS nos tratados para evitar a bitributação no Brasil: um cenário incerto. *Revista Direito Tributário Internacional Atual*, 4, p. 244-261.
- Rothmann, G. W. (2019). O Principal Purpose Test previsto na Ação 6 do BEPS. En 7º Congresso Brasileiro de Direito Tributário Internacional (p. 47-54). São Paulo: IBDT.
- Schön, W. (2022). The role of «commercial reasons» and «economic reality» in the «Principal Purpose Test» under Art. 29(9) OECD Model Tax Convention 2017. *Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance*. Working Paper 2022-03, p. 1-20.
- Schoueri, L. E. & Moreira, C. G. (2019). Abuso dos acordos de bitributação e Teste do Objetivo Principal: repensando o Teste do Objetivo Principal à luz da segurança jurídica. En C. A. de A. Campos et al. (org.), *Direitos Fundamentais e Estado Fiscal: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres* (p. 763-783). JusPodivm.
- Ullmann, A. (2020). The procedural aspects of the Principal Purpose Test (Article 29(9) of the OECD Model Tax Convention). En M. Lang et al. (ed.), *Tax treaty entitlement* (p. 261-283). IBFD.
- Vázquez, C. (2015). *De la prueba científica a la prueba pericial*. Marcial Pons.
- Weber, D. (2017). The reasonableness test of the Principal Purpose Test rule in OECD BEPS Action 6 (tax treaty abuse) versus the EU principle of legal certainty and the EU abuse of law case law. *Erasmus Law Review*, 1, p. 48-59.
- Weber-Grelle, H. (1979). *Beweis- und Argumentationslast im Verfassungsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*. Nomos Verlagsgesellschaft.
- Weeghel, S. van. (2019). A Deconstruction of the Principal Purposes Test. *World Tax Journal*, 11(1), p. 3-45.
- Lista de referencias bibliográficas de reportes y jurisprudencia
- Burlington Loan Management DAC vs. HMRC*, 2022 United Kingdom First-tier Tribunal 290 (TC) (22 August 2022). <https://www.bailii.org/uk/cases/UKFTT/TC/2022/TC08572.html>
- Canada vs. Alta Energy Luxembourg S.A.R.L.*, 2021 Supreme Court of Canada 49. <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/19089/index.do>
- Canada Trustco Mortgage Co. vs. Canada*, 2005 Supreme Court of Canada 54. <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/2288/index.do>
- OCDE. (2017). Commentary on Article 29. In: OCDE. *Model Tax Convention on Income and on Capital*. Condensed version, 2017. Paris: OECD Publishing.
- Skatteministeriet contra T Danmark e Y Denmark Aps, asuntos C-116/16 y C-117/16, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 26 de febrero de 2019 [EU:C:2019:135]. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:62016CJ0116>

SHOULD WE BE CONVICTING PEOPLE WE DON'T BELIEVE TO BE GUILTY?

Ho Hock Lai*

National University of Singapore
lawhohl@nus.edu.sg

ABSTRACT: It is doubtful that knowledge of guilt is a necessary condition for a criminal conviction. More plausibly, justified belief is required. But a criminal conviction is not grounded in belief as straightforwardly as is sometimes assumed. While epistemology sheds light on legal proof, a full understanding would require also taking on board considerations of practical reasoning and political morality. What is necessary for a criminal conviction is not first-personal belief in the accused's guilt. Instead, the judge is required to make a third-personal judgment of whether one would be justified in believing—on the evidence adduced before the court and within legal constraints—that the accused is guilty as charged. If the judge concludes that one would not be justified in believing in any of the facts which must exist to constitute the offence, the judge cannot claim as his or her reason for convicting the accused that the accused has committed the offence. The law should not allow the judge to convict the accused in these circumstances as his or her motivating reason would fall short of the normative reason needed for the conviction. Exceptionally, though, the law permits a lack of congruence between the motivating reason and the normative reason. This is unsettling because it undermines an important aspect of the rule of law.

* This article is based on a paper presented at the workshop on 'Knowledge and Legal Standards of Proof' held in November 2024 at the Faculty of Law, University of Girona and co-hosted by the Barcelona Institute of Analytical Philosophy. I am grateful to the organisers, Professors Jordi Ferrer Beltrán and José Juan Moreso, and Dr Diego Dei Vecchi, for their invitation, and to the workshop participants for their valuable feedback and discussion. Professor Vincent Chiao offered helpful comments on an earlier and shorter draft of this paper that forced me to clarify my thoughts. I also thank the anonymous reviewers for their queries and suggestions.

KEYWORDS: evidence, legal proof, criminal conviction, epistemology, practical reasoning, presumption, burden of proof, rule of law, normative reason, motivating reason.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION.— 2. TWO KINDS OF LEGAL RULES: 2.1. Stephen and Dan-Cohen; 2.2. Offence rules and decision rules.— 3. OFFENCE RULES: 3.1. An example: the rule against drug trafficking; 3.2. Offence rules and normative reasons.— 4. DECISION RULES: 4.1. Disposition rules; 4.2. Simplistic epistemic account of legal proof; 4.3. Objections; 4.4. Responses to the objections; 4.5. Legal constraints of other decision rules.— 5. THE THIRD DISPOSITION RULE: 5.1. Presumption of innocence, 5.2. Presumption against offence elements, 5.3. Conflicting decision rule: conditional presumption of an offence element; 5.4. Conviction without proof of guilt.— 6. OBJECTIONS TO REVERSING THE LEGAL BURDEN OF PROOF: 6.1. Objection based on presumption of innocence; 6.2. Objection based on the rule of law.— 7. CONCLUSION.— BIBLIOGRAPHY.

1. INTRODUCTION

Whether legal proof should be understood in epistemic terms has been heavily debated by epistemologists and legal scholars. Much of the debate has revolved around the sufficiency of naked statistics to support an affirmative verdict and concentrated on some epistemic property that the necessary evidence must supposedly have¹. One can insist on an epistemic property being necessary for legal proof without insisting that there must be knowledge of or justified belief in the target proposition. Here are just two examples. Gardiner borrows from the relevant alternatives theory of knowledge in developing the theory that legal proof requires evidence that eliminates relevant error possibilities (Gardiner, 2019). But she does not think that legal proof requires knowledge (Gardiner, 2024). Applying his normic theory of epistemic justification to law, Smith (2018) claims that a proposition is legally proved «only if the evidence makes the falsity of that proposition less normal, in the sense of calling for more explanation, than its truth» (pp. 1209-1210). However, he leaves it open whether it is «acceptable to base a verdict of guilt or liability on evidence that would be insufficient to ground justified belief in guilt or liability» (p. 1212, note 170).

Whatever the crucial epistemic property might be, is knowledge or justified belief necessary for legal proof? This question arises generally and not only in relation to statistical evidence. My discussion will, however, be confined to criminal cases. Specifically, is knowledge of or justified belief in the accused's guilt required for a criminal conviction? The conclusion that I shall reach is that there is no convincing reason

¹ Among the contenders for the necessary epistemic property are 'safety' (eg, Pritchard, 2015 and 2018 and 2022; Pardo, 2018), 'sensitivity' (*cf.*: Enoch, Spectre and Fisher, 2012—claiming that sensitivity is of epistemological importance but denying that it should matter to the law), and 'causal connection' (eg, Thomson, 1986). This is just a very small sampling of a vast and still growing body of literature.

why we should go so far as to insist on knowledge. What about justified belief? Test it this way: should we be convicting people we don't believe to be guilty? While the devil is in the details, a widely shared intuition, I surmise, is that we shouldn't². I have previously offered a belief-centred account of legal proof (Ho, 2008, pp. 89-99). This paper develops it further. To be sure, others have also interpreted proof in terms of justified or rational belief. Nelkin (2021) claims that «legal verdicts..., to be justified, depend on the rational belief that the agent in question is culpable» (p. 25). Günther (2024) proposes that «[a] defendant should be found guilty just in case a fact-finder is justified in believing that the defendant is guilty» (p. 129). For Ross (2022), «guilty verdicts are appropriate only if a full belief in guilt would be rational, given the admissible evidence» (p. 1601)³. Buchak is more circumspect. She is sympathetic to the idea that rational belief in guilt is necessary for a criminal conviction. However, she holds back from claiming as much because she sensed that the «relationship between it being licensed for a court to conclude that p on the basis of some evidence and it being rational for an epistemic agent to believe that p on the basis of that evidence» is «vexed» (Buchak, 2014, p. 291).

Buchak is right. The relationship is indeed vexed. One of the aims of this paper is to demonstrate that a criminal conviction is not grounded in belief as straightforwardly as is sometimes assumed. The judge or jury is expected to make an epistemic judgment from a third-personal rather than first-personal point of view, a judgment on what one would be justified in believing. Verdicts—including guilty verdicts—are not governed by an identical set of norms as beliefs. Apart from rules that exclude inadmissible evidence, there are rules that regulate reasoning on evidence that has been properly admitted. These rules impose constraints on evidentiary reasoning that do not necessarily apply to epistemic agents outside of the legal context. The law requires guilty verdicts to be reached by engaging in epistemic reasoning from a third-personal perspective and within those legal constraints. Indeed, occasionally, the law may displace epistemic reasoning altogether with practical reasoning.

This paper aims to make a further, and more novel, contribution. While epistemology sheds light on the legal proof of guilt, I will attempt to show that understanding it fully requires taking on board considerations of practical reasoning and political morality. The following line of thought will be pursued. If a court convicts the accused person while finding that one would not be justified in believing that he or she is guilty as charged, the court's motivating reason for the conviction is inadequate. It is objectionable to convict people for inadequate reasons. I will buttress this claim by examining an exception that proves the rule so to speak. The law exceptionally compels courts under certain circumstances to return a guilty verdict and to convict an accused person even when they find that one would not be justified

² It is less clear to me what the usual reaction would be if the question is whether we should convict people we don't *know* to be guilty.

³ See also Ross (2024, pp. 13-16, 41-44).

in believing him or her to be guilty. This is widely seen as legally problematic, and hence in need of special justification—and rightly so because, as I will argue, the rule of law is compromised.

My argument will proceed as follows. Part 2 sets the stage by noting the general distinction and relationship between two kinds of legal rules. I call them offence rules and decision rules. Part 3 takes a closer look at the nature and function of offence rules. The rule against drug trafficking will serve as an example. Offence rules do not merely create normative reasons to guide the conduct of citizens; they also provide normative reasons for the court to convict citizens for the relevant offences. Parts 4 and 5 turn to decision rules. They focus specifically on rules of evidence law that guide the court in fact-finding, in deciding what verdict to return and in choosing between a conviction and an acquittal. The effect of those rules is that, in general, the court may return a guilty verdict and convict a person of an offence only if the court concludes (on the evidence before it and within legal constraints) that one would be justified in believing that the facts are such that they constitute criminal guilt; however, exceptionally, a decision rule may require a conviction even where the court concludes otherwise. The exception will be illustrated by analyzing the presumption of trafficking. Part 6 explains why the exception is unsettling and the price it exacts on our commitment to the rule of law.

2. TWO KINDS OF LEGAL RULES

2.1. Stephen and Dan-Cohen

My argument rests on a distinction between two kinds of legal rules. In making the distinction, I draw on, but will not adhere strictly to, the works of Stephen (1872) and Dan-Cohen (1984).

Stephen (1872) situates the law of evidence within the larger system of legal rules. He distinguishes and notes the relationship between rules of substantive law and rules of procedural law. His account may be said to represent the conventional thinking among lawyers. According to him, «[e]very judicial proceeding ... has for its purpose the ascertaining of some (legal) right or liability», and such «rights and liabilities are dependent upon and arise out of facts» (p. 7). Two things are required of the law under this scheme.

The first is to provide for the «legal effect of particular classes of facts in establishing rights and liabilities» (Stephen, 1872, p. 8). This is the province of substantive law. The second is to set out «a course of procedure...by which persons interested may apply the substantive law to particular cases» (p. 8). This is the job of procedural law. A subset of procedural law is the law of evidence. The law of evidence «determines how the parties are to convince the court of the existence of that state of facts

which, according to the provisions of substantive law, would establish the existence of the right or liability which they allege to exist» (p. 8).

Inspired by Bentham, Dan-Cohen (1984) distinguishes between conduct rules and decision rules. These two types of rules differ in that they serve different purposes and the norms they create are directed at different actors and acts. Conduct rules are addressed to 'the general public' and this is for the purpose of guiding the behaviour of its members. Rules against theft, robbery and drug trafficking are examples. Decision rules are addressed to 'officials', telling them how they are to make decisions in the exercise of powers over the general public. They include rules of evidence law. The judge or jury must reach a decision on the verdict in accordance with the legal rules of evidence.

For Dan-Cohen (1984), a rule can be a conduct rule, a decision rule, or both; on the last possibility, he considers 'statutes defining offences' to be 'decision rules as well as conduct rules' because they do not just guide the behaviour of the general public, they also «specify for the courts some of the preconditions to the imposition of punishment» (p. 649).

2.2. Offence rules and decision rules

Dan-Cohen's distinction between conduct rules and decision rules does not map exactly onto Stephen's distinction between substantive rules and procedural rules. Some rules that Stephen (1872) would view as rules of substantive criminal law, such as rules providing for the defences of duress and necessity, are treated as decision rules by Dan-Cohen. For Dan-Cohen (1984), defences such as duress and necessity are not meant to guide the behaviour of members of the general public (in the sense of guiding their decision whether to commit crimes); they are instead rules (based on some consideration of fairness or compassion) that apply after the event to guide officials in deciding on conviction. For Stephen, on the other hand, these defences are part of substantive law in that they set out the legal effect of duress or necessity on criminal liability. The broad insight I want to draw from their separate works is the distinction and relationship between legal rules that are norms of criminal liability and legal rules that are norms of decision-making.

By norms of criminal liability, I mean roughly what Dan-Cohen calls conduct rules. However, he gives the impression that a difference between conduct rules and decision rules is that the former are addressed to members of the general public whereas the latter are addressed to officials. But, as Dan-Cohen is undoubtedly aware, conduct rules may also apply, and apply only, to officials; an example is the rule of criminal law that forbids public servants from accepting gratifications in respect of an official act⁴.

⁴ See s.16 of the Singapore Penal Code 1871.

Norms of criminal liability may be found in rules defining offences as well as rules defining defences. To avoid unnecessary complications, this paper will ignore criminal defences. The focus will be on rules that define offences. I will call them ‘offence rules’ and refer to their norm-subjects as ‘citizens’.

By norms of decision-making, I mean specifically the norms that guide the appropriate officials in applying norms of criminal liability to citizens, and even more specifically, in the subset of such norms that consists of rules that guide judges and juries on fact-finding, verdict deliberation and the choice between conviction and acquittal. Henceforth, I will refer to them as ‘decision rules’.

While it is true that we expect judges and juries to apply the relevant offence rule to the accused person in the case before them, for my purposes and unlike Dan-Cohen, I do not treat the offence rule as itself a decision rule. Judges and juries are the norm-subjects of decision rules whereas the accused person is the norm-subject of the offence rule in question. While the judge and jury must follow decision rules in discharging their responsibilities, the offence rule is something that they apply to the accused person in determining his or her guilt. For ease of exposition, I will henceforth use ‘judge’ as a generic term to refer to the relevant official tasked with the relevant decision-making.

3. OFFENCE RULES

3.1. An example: the rule against drug trafficking

For a closer look at offence rules and their functions, and to remove the abstraction of the preceding discussion, let us consider the offence of drug trafficking. One can find in the substantive criminal law of most, if not all, legal systems today a rule against drug trafficking: the rule defines drug trafficking, makes it a crime, and forbids citizens from engaging in it. (This offence rule is invariably accompanied by a punishment rule that spells out the punishment for drug trafficking. Punishment rules are conceptually separate from offence rules.) The offence rule against drug trafficking is addressed to citizens and provides them with an authoritative normative reason not to do the act which the law has defined as drug trafficking.

While most, if not all, legal systems have a rule against drug trafficking, the formulation of that offence rule is jurisdiction-specific. Assume that under the relevant offence rule of a particular jurisdiction, a person commits the offence of drug trafficking if and only if (a) the person possesses a controlled drug, (b) while having knowledge of its nature, and (c) his or her possession of it was for the purpose of trafficking.⁵

⁵ This is, in broad outline, the analysis of the elements of the offence of drug trafficking adopted in Singapore. See, eg, Mohamed Shalleh bin Abdul Latiff v PP [2022] SGCA 23 at [21] citing Masoud

Given that all three elements are necessary to constitute the offence of drug trafficking, the accused person has not committed the offence of drug trafficking if (a) he or she was not in possession of the substance in question, or (b) was in possession of the substance but did not know what it was, or (c) was in possession of the substance and knew that it was a controlled drug but had no intention of trafficking in it.

The three elements (which constitute the *actus reus* and *mens rea*) of the offence definition are types of facts—or, as Stephen (1872) puts it, ‘classes’ of facts—that constitute the offence of drug trafficking. These fact-types are open to different factual instantiations. The instantiations of the types of facts that constitute a crime on a particular occasion—as we might say, tokens of the fact-types—have been given different legal names, including ‘material facts’, ‘ultimate facts’, ‘dispositive facts’ and ‘facts in issue’. I will stick to the term ‘material facts’. The criminal charge must cite the alleged offence and must be drafted with sufficient particularity to give the accused person fair notice of the material facts⁶. It must indicate the time of the offence, the location where it was committed, the kind of controlled drug that the accused person is alleged to have been trafficking in and so forth.

What the judge must determine at the trial is not whether the accused person is guilty of drug trafficking but whether the person is guilty of the instance of the offence as particularized in the charge and as alleged in the narrative advanced by the prosecution at the trial (henceforth, the ‘charged offence’). While the discussion that follows will, for ease of exposition, refer to fact-types described in the offence definition, to be precise, the dispute at a trial is over at least one of the material facts.

3.2. Offence rules and normative reasons

As already noted, offence rules provide authoritative normative reasons to guide the conduct of citizens. The rule against drug trafficking gives citizens an authoritative normative reason to refrain from drug trafficking. Offence rules have another function: they authoritatively set out the normative reasons only for which judges may convict citizens of the relevant offences.

Rahimi bin Mehrzad v PP [2017] 1 SLR 257. See also Muhammad Ridzuan bin Md Ali v PP [2014] 3 SLR 721 at [59]; Ramesh a/l Perumal v PP [2019] 1 SLR 1003 at [63].

⁶ Section 124(1) of the Singapore Criminal Procedure Code 2010 (2020 rev. ed.) states: «The charge must contain details of the time and place of the alleged offence and the person (if any) against whom or the thing (if any) in respect of which it was committed, as are reasonably sufficient to give the accused notice of what the accused is charged with». See also PP v Wee Teong Boo [2020] 2 SLR 533; [2020] SGCA 56 at [101], citing R v Mohamed Humayoon Shah [1874] 21 WR Cr 72 at 82: «The charge [is] first, a notice to the prisoner of the matter whereof he is accused, and it must convey to him with sufficient clearness and certainty that which the prosecution intends to prove against him and of which he will have to clear himself; second, it is an information to the Court which is to try the accused, of the matters to which evidence is to be directed».

I shall sidestep the objectivism versus perspectivism debate by adopting the widely held objectivist view. On the objectivist view, normative reasons are facts; they are independent of the agent's belief. In our example, the normative reason provided in the offence rule for the judge to convict a person of drug trafficking is the following set of necessary facts: (a) the person was in possession of a controlled drug, (b) while knowing what it was, and (c) his or her possession was for the purpose of trafficking. So long as one element—(a), (b) or (c)—does not obtain in the case at hand, there would be insufficient normative reason for the judge to convict the accused person for drug trafficking; this is because the person would then not have committed the offence and not deserve to be found guilty. As I have argued elsewhere, his or her conviction would be incorrect even if the judge believes, and is justified in believing, (wrongly) on the evidence that he or she is guilty as charged (Ho, 2021)⁷. This is not to say that the judge deserves blame for the error for that is a separate matter.

4. DECISION RULES

Let me turn now to decision rules. Decision rules guide the judge in deciding, among other things, on (i) the disposition of the case (by either convicting or acquitting the accused person); (ii) the type of verdict to return (guilty or not-guilty); and, (iii) issues of proof (by making findings on disputes of fact).

Where a person is put on trial for violating an offence rule, there are typically only two possible outcomes by which I mean two possible ways in which the judge may dispose of the case⁸: either convict or acquit. The accused is convicted following a guilty verdict⁹. In general (though, as we shall see, not always), the judge must return a guilty verdict only if the judge finds that his or her guilt has been proved. An acquittal follows a verdict of 'not guilty'. The judge may return a not-guilty verdict only in one of two situations: the first is when the judge finds that the evidence supports the finding that guilt has been disproved and the second is when the judge finds that the evidence support neither the finding that guilt has been proved nor the finding that guilt has been disproved. In the second situation, the accused is declared 'not guilty' on the presumption that he or she is innocent and not because his or her guilt has been disproved.

Scotland is unusual in allowing a third type of verdict. This is the verdict of 'not proven'. It is controversial what a 'not proven' verdict signify and when it is called

⁷ It is from this point of view that we can make best sense of Williams's remark that '[t]here is a miscarriage or failure of justice whenever an innocent man is convicted;... to acknowledge this is not necessarily to imply a criticism of the law or of the trial' (Williams, 1980, p. 104).

⁸ Other options, such as a stay of criminal proceedings and a discharge not amounting to an acquittal (*nolle prosequi*), are atypical.

⁹ But a guilty verdict is not necessary for a conviction; for instance, the accused may be convicted following a guilty plea.

for¹⁰. What is uncontroversial in any legal system is the logical possibility of a fact not being proven. It is entirely possible, even outside of Scotland, for guilt to be not proven. Indeed, legislation in the Commonwealth that is based on the Indian Evidence Act of 1872 explicitly provides for the possibilities of a fact being 'proved', 'disproved' and 'not proved'; the last is defined as the situation where the fact is neither proved nor disproved¹¹. The distinctions that I have drawn may be tabulated as follows (leaving out the Scottish aberration):

<i>Disposition of the case</i>	<i>Verdict</i>	<i>Finding on proof</i>
Convict	Guilty	Guilt is proved
Acquit	Not-Guilty	Either: (i) Guilt is disproved, or (ii) Guilt is neither proved nor disproved = innocence is presumed

4.1. Disposition rules

The applicable decision rules include a set of three disposition rules. Disposition rules pertain to the outcome of the trial and instruct the judge on how he or she is to dispose of the case. There are only two possible outcomes: either a conviction or an acquittal. Two of the disposition rules may be stated as follows (I will come to the third in Part 5):

(DR1) The judge must return a guilty verdict and convict the accused person of the charged offence if the guilt of that person for that offence is *proved*, and

(DR2) The judge must return a not-guilty verdict and acquit the accused person of the charged offence if the guilt of that person for that offence is *disproved*.

Four clarifications are in order. First, it might be said that criminal guilt is a legal construct. No one is guilty unless declared by the court to be guilty. While this may be correct in one sense, as I use the term in this paper, 'guilt' is factual and independent of proof in court; I will treat it as possible for a person to be (in fact) guilty and for the prosecution to be unable to prove that he or she is (in fact) guilty.

Secondly, to avoid misunderstanding, I should make it clear that DR2 does not imply that the accused person carries a general burden of proving his or her innocence. What it does is to instruct the judge that *if* the evidence brought before the judge is such that guilt is disproved, the judge must return a not-guilty verdict and acquit the accused person. This, of course, is not the only situation in which the accused must be acquitted.

¹⁰ See Whiteley (2024).

¹¹ See, eg, s.3 of the Indian Evidence Act 1872 and s.3 of the Singapore Evidence Act 1893, discussed in *Loo Chay Sit v Estate of Loo Chay Loo* [2009] SGCA 47; [2010] 1 SLR 286 and *Center for Competency-Based Learning and Development Pte Ltd v SkillsFuture Singapore Agency* [2024] SGHC 121; [2024] 5 SLR 481.

Thirdly, a person is guilty of an offence if and only if he or she has committed the offence and does not have any defence. A person who has committed the offence of drug trafficking must nevertheless be acquitted if he or she did it, say, under duress¹². As previously mentioned, criminal defences will set aside to avoid unnecessary distraction; I will assume that the dispute is entirely on the commission of the offence and that the case for the accused rests solely on challenging the presence of one or more elements of the offence.

Fourthly, my discussion is in the context of the adversarial trial system. In such a system, the parties are in the driving seat; they have control over the scope of the dispute and the production of evidence, and either one or the other of the parties is assigned the burden of proving or disproving the disputed facts¹³. The disposition rules presuppose that there is a dispute between the parties as to whether the accused person is guilty as charged and a dispute on at least one material fact. There may be no dispute as to whether the accused person is guilty as charged. In an adversarial system, if the accused pleads guilty, proof of guilt is dispensed with. The person is convicted without any guilty verdict. Where the accused person pleads not guilty, the dispute may be limited to only some of the material facts. In a charge of drug trafficking, the accused person may admit formally to having possession of a substance (element (a)) but deny knowledge that the substance was a controlled drug (element (b)); in that event, the prosecution carries the burden of proving the latter but does not need to prove the former¹⁴.

The disposition rules are addressed to the judge. They guide the judge in deciding whether to convict or acquit the accused person by providing the judge with authoritative reasons for convicting or acquitting the accused person. The motivating reasons in applying DR1 and DR2 may be stated as follows:

Where a judge follows DR1 in convicting an accused person of drug trafficking, his or her motivating reason for convicting the accused person is the fact that the person's guilt for the offence has been proved.

Where a judge follows DR2 in acquitting an accused person of drug trafficking, his or her motivating reason for acquitting the accused person is the fact that the person's guilt for the offence has been disproved.

Here, 'motivating reason' carries the usual meaning. It is the reason for which or in the light of which the agent (in the present context, the judge) acts.

¹² Cf. *Lim Wei Fong Nicman v PP* [2024] 1 SLR 1041; [2024] SGCA 33.

¹³ See Damaška (1997, pp.74-75).

¹⁴ Under s.267(1) of the Singapore Criminal Procedure Code 2010, an admission of a fact under that provision is treated as 'conclusive evidence' of the fact admitted. Under s.4(3) of the Singapore Evidence Act 1893, «[w]hen one fact is declared by this Act to be conclusive proof of another, the court is, on proof of the one fact, to regard the other as proved, and is not to allow evidence to be given for the purpose of disproving it.»

4.2. Simplistic epistemic account of legal proof

To apply the disposition rules, the judge must come to a conclusion on whether guilt is proved. Some legal scholars and philosophers contend that legal proof turns on knowledge. Duff *et al.* (2007, p. 89) are of the view that a criminal «conviction is appropriate only if the fact-finder knows that the defendant is guilty». For Pardo (2010, p. 38), «the goal or aim of legal proof is knowledge (or something approximating knowledge)». Other knowledge-based accounts of legal proof are more technical and have been offered by philosophers such as Moss,¹⁵ Blome-Tillmann¹⁶ and Littlejohn¹⁷.

If the concept of legal proof is to be construed in terms of knowledge, and if verdict deliberation requires a search by the judge for epistemic justification in the resources to which he or she has access, it seems the natural account of knowledge for present purposes would have to be an internalist one. As Smith has remarked (Smith, 2018, pp. 1205-6):

If two courts were presented with equivalent bodies of evidence against two individuals charged with equivalent crimes, could it really be acceptable for them to reach *different* verdicts—for one individual to be found guilty and the other innocent—even if there was some variation in external circumstances? No doubt we can persuade ourselves to say all manner of things about epistemological thought experiments, but there seems to be something almost *viscerally* bad about such a turn of events.

On the traditional internalist account of knowledge, one knows *p* only if one believes that *p*, one is justified in believing that *p*, and *p* is true. There is consensus that these three conditions are insufficient but no consensus on what else needs to be satisfied. On the traditional analysis, knowledge is non-primitive and requires justified belief. There is general agreement that belief (that is, outright or full belief), as opposed to partial belief or credence, is needed for knowledge.

So, on both the justified belief account and knowledge account of legal proof, proof of *p* requires justified belief in *p*. Since proof is factive, *p* is proved only if *p* is true. Shouldn't justified belief in guilt and the truth of that belief suffice for the legal

¹⁵ Moss claims that «[c]onviction requires proving beyond a reasonable doubt that the defendant is guilty, and this conclusion is proved if and only if the judge or jury knows it» (Moss, 2023, p. 177). For her, probabilistic beliefs can constitute knowledge. For the knowledge that is required by standard of proof beyond a reasonable doubt, «[a] compelling conjecture is that the standard requires knowledge of the thoroughly probabilistic content of the full belief that the defendant is guilty» (Moss, 2018, p. 213).

¹⁶ Blome-Tillmann (2017) takes the position that knowledge is «the normatively ideal state, but epistemic success in courts of law can be measured and understood in terms of something less than knowledge—namely, the evidential probability that knowledge has been achieved» (p. 284).

¹⁷ According to Littlejohn: «[w]hether the jury objectively ought to convict depends upon what they can know. In another sense, the evidence suffices for convicting in ways we prospectively ought to when it is sufficiently probable that we know the defendant to be guilty» (Littlejohn, 2021, pp. 118-119).

proof of guilt? Why should we insist, more strongly, on knowledge?¹⁸ Suppose the judge, having considered the evidence, comes justifiably to the true belief that the accused is guilty as charged. Should it matter in law that the belief was true by luck and therefore, according to the received view in epistemology, doesn't amount to knowledge? I cannot see why it should. Examples given to illustrate the importance of knowledge fail to do so.

Here is an example by Pardo (2010, p. 50):

Framed Defendant: The police arrest a motorist and plant drugs in his car. He is convicted at trial of illegal possession based solely on testimony from the arresting officers and the planted drugs. As it turns out, the defendant did have illegal drugs in his car at the time that never were discovered. The verdict that the defendant possessed drugs is therefore both true and justified (that is, the evidence at the time of the trial is sufficient to establish a conviction beyond a reasonable doubt), but the truth and the justifying evidence are disconnected. The truth of the verdict is purely coincidental or accidental.

As noted in Part 3.1, the issue before the judge is not whether the accused has committed the type of offence with which the person has been charged; what the judge must decide is whether the accused is guilty of the charged offence, or more elaborately, guilty of the particularized instance of the type of the offence cited in the charge and as alleged by the prosecution. *Pace* Pardo, the verdict is false in *Framed Defendant*. The defendant was not in illegal possession of the drugs that were allegedly found in his car. He was unaware of their existence until they were revealed by the police officers. In law, one cannot be in possession of something the existence of which one is (non-culpably) ignorant. So, the defendant was never in possession of the alleged drugs that formed the subject matter of the charge. Take an even more far-fetched scenario: I am charged with the murder of A. I didn't do it. The police set me up. If I am convicted, the verdict is false. We do not consider the verdict true because, 'by luck' and unbeknownst to the judge, I happened to have murdered B. My conviction is for the murder of A and not B. Similarly, in *Framed Defendant*, the defendant was falsely convicted for possessing the drugs (A) that were found in his car. He was neither charged with nor convicted for possession of the drugs (B) that were never discovered by the police.

Consider yet another example by Pardo (2010, p. 52):

Fake Cabs: The plaintiff files a lawsuit against the defendant, who owns and drives the only taxicab in town, claiming she was hit by the defendant's cab while crossing the street. She saw the cab drive away but did not see the driver. A video camera at the intersection filmed the accident, and it shows what appears to be a cab (but not the driver) hitting the plaintiff, exactly as she claimed. Now, suppose the car in the video really is the defendant's, but also that—unknown to the jury—along with his real cab there are hundreds of other cars in the town that look identical to his cab. The jury finds for the plaintiff based on the video.

¹⁸ Scepticisms on the relevance of knowledge to legal proof have been expressed on different grounds by some philosophers, including Enoch, Spectre and Fisher, (2012), Gardiner (2024) and Papineau (2021).

Ex hypothesi, the jury was justified in believing that the defendant is liable, the belief is true, and the verdict is correct. It is doubtful that we should ask for more. Epistemologists committed to externalism might claim that the belief was unsafe due to the number of fake cabs in town and hence cannot amount to knowledge¹⁹. But, so far as the law is concerned, so what? Rather than bemoan the lack of knowledge, it seems to me that the natural reaction is, as Nance suggested, to breathe a sigh of relief (Nance, 2021, p. 105). Luckily, all turned out well. What if, contrary to the example above, the belief and verdict were false? Well, *that* (the falsity) should be our objection. It seems unnecessarily distracting to frame our criticism in terms of the lack of knowledge.

Suppose we are faced with a different situation where evidence of the existence of fake cabs emerges after the verdict against the defendant was delivered, and it is not a given that the verdict is true, or for that matter false. Arguably, with the introduction of the fresh evidence, belief in the defendant's liability is no longer justified and, in the light of the new evidence, we think that the verdict may well be false. This may supply sufficient grounds for granting the defendant some legal recourse such as allowing the introduction of fresh evidence in an appeal or perhaps even a retrial. The concepts of belief, justification and truth seem sufficient for analytical purposes. Again, it is unclear what good there is in bringing knowledge into the analysis.

Since knowledge appears to be an unnecessary distraction, an epistemic interpretation of the rules guiding the decision on proof could be based more simply on justified belief. On a simplistic formulation of the rules (and I will clarify later why the formulation is simplistic):

(P^{simplistic}) The judge must find that guilt for the charged offence is proved if and only if the judge believes justifiably that the accused person is guilty of that offence, and,

(D^{simplistic}) The judge must find that guilt for the charged offence is disproved if and only if the judge believes justifiably that the accused person is not guilty of that offence.

These rules guide findings on the issue of proof (henceforth, 'proof findings'). Let us return to our drug trafficking example. A person is guilty of the offence of drug trafficking only if all of the elements necessary to constitute that offence are factually instantiated in the case. Consequently, according to the decision rules above:

(P^{simplistic-DT}) The judge must find that guilt for the offence of drug trafficking is proved if and only if the judge believes justifiably that (a) the accused was in possession of a controlled drug, (b) while knowing what it was, and (c) his or her possession was for the purpose of trafficking, and,

(D^{simplistic-DT}) The judge must find that guilt for the offence of drug trafficking is disproved if and only if the judge believes justifiably that at least one of the above—(a), (b) or (c)—is not the case.

¹⁹ On potential difficulties with an account of legal proof that incorporates safety as a necessary condition of knowledge, see McBride (2011).

4.3. Objections

Critics have voiced objections to the simplistic epistemic construction of the rules guiding proof findings²⁰. Let me highlight three objections.

First, if proof of guilt supervenes on the judge's belief, and if doxastic involuntarism is true, as many think it is, the judge cannot be responsible for making the finding which he or she did since the judge has no control over his or her belief. But we do hold the judge responsible for his or her proof findings. So, proof findings cannot simply reflect the judge's beliefs²¹.

The second objection rests on the view that belief is non-contextual²². At common law, there are usually only two standards of proof²³. Where a legal burden of proof is carried by a party in a civil case or by an accused person in criminal case, the standard of proof that must be satisfied in order to discharge the burden is the balance of probabilities, also called preponderance of evidence or preponderance of probabilities. The standard of proof applicable to the prosecution in criminal cases is the higher one of beyond reasonable doubt. It is possible for the same set of evidence to be sufficient to prove a fact on the lower standard (of balance of probabilities) but not on the higher standard (of beyond reasonable doubt). But we cannot say the same of belief—either the evidence justifies the belief that p or it does not; it matters not whether the question 'whether p?' arises in the context of a civil case or in the context of a criminal case, or whether it is the prosecution or the accused person who is alleging that p. Hence, legal proof cannot be based on belief.

The third objection is related to the earlier ones. A person cannot rationally believe at the same time and on the same set of evidence both p and not p. The judge, unless irrational, cannot at the same time and on the same set of evidence believe (in his or her official role) that the accused is guilty and believe (in some other capacity or for some other purpose) that the accused is not guilty. The judge either believes in one or the other or neither. But, so the argument goes, it is possible for a person to believe involuntarily that p while his or her better judgment tells the person that not-p. With this in mind, we can see how the judge might be expected to decide and act in accordance with his or her better judgment and contrary to the judge's belief regarding the accused's guilt. Lackey (2021, p. 192) offers this hypothetical:

Racist Raymond: Raymond was raised by racist parents in a very small-minded community and, for most of his life, he shared the majority of beliefs held by his friends and family members. After graduating from high school, he started taking classes at a local community college and soon began recognizing some of the causes, and consequences, of racism. During this time, Raymond

²⁰ See eg, Cohen (1991), Ferrer Beltrán (2004), (2006) and (2021), and Lackey (2021).

²¹ See eg, Cohen (1991), Ferrer Beltrán (2004, 2006 and 2021).

²² See eg, Ferrer Beltrán (2004, 2006 and 2021).

²³ These are only these two standards in most common law jurisdictions. In the United States, there is a third standard of 'clear and convincing evidence'.

was called to serve on the jury of a case involving a young, affluent white man on trial for raping a Black woman. After hearing all of the evidence presented by both the prosecution and the defense, Raymond is able to recognize that the evidence clearly supports the conclusion that the defendant committed the crime of which he is accused. In spite of this, however, he can't shake the feeling in his gut that the man on trial is innocent of raping the woman in question, repeatedly calling to mind how the defendant just doesn't look like a rapist. Upon further reflection, Raymond begins to suspect that such a feeling is grounded in the racism that he still harbors, and so he concludes that even if he can't quite come to outright believe that the defendant is guilty himself, he nonetheless has an obligation to follow the evidence, not his gut. Despite the fact that he does not believe, and hence does not know, that the defendant in question is guilty, Raymond votes to convict, a verdict that is unanimously shared by the other jurors.

Unless he is irrational, and we are assuming that he is not, Raymond cannot at the same time and on the same evidence believe (for the official purpose of determining the verdict) that the accused person is guilty and believe (privately, 'in his gut') that the accused is not guilty. It must be, so the reasoning goes, that what is happening here is that Raymond believes that the accused is not guilty, and he is voting for a guilty verdict against his belief—as he rightly should.

4.4. Responses to the objections

The three objections are either unpersuasive or surmountable. The first objection—that we have no direct control over what we believe—is largely beside the point. Judging whether something is true is a phenomenon that surely all of us are familiar with. By judging that *p*, I mean roughly making up one's mind that *p* is true for the reason that one finds sufficient evidence to support the truth of *p*. Admittedly, the mental state that *p* (whether it be the belief that *p* or the doxastic acceptance of *p*) arises involuntarily from judging that *p*²⁴. Even so, there is agency in the judgment that brought forth the mental state and the judge is responsible and open to rational criticisms for the judgment. It does not follow from the involuntariness of the mental state that we cannot hold the judge epistemically responsible for his or her judgment. In *Racist Raymond*, Raymond is open to criticisms if he had judged the defendant innocent and come to believe in his innocence out of racism.

The second objection is not easy to overcome. One convenient response, which this paper will adopt, is to confine an epistemic account of proof findings to 'proof of guilt' or 'proof beyond reasonable doubt' while remaining agnostic on 'proof on the balance of probabilities'. A second response is to insist that proof on both standards requires belief and to locate the difference in the content of the belief: the higher standard requires belief in the existence of the material facts to a higher degree of probabilities than the lower standard. As I have argued elsewhere in relation to the criminal standard, there are problems with this probabilistic approach (Ho, 2021). A

²⁴ To borrow an example by McHugh (2011), I cannot judge that *p*—in the doxastic or epistemic sense of judgment—just for the reason that I want to get the million-dollar reward for doing so.

third response is to confront the second objection, deny that belief is non-contextual, and take the position that epistemic standard is relative to the interest at stake. This thesis is attractive but its defence falls outside the ambit of this paper²⁵.

The third objection loses much of its force if we follow Lehrer in distinguishing between belief as a ‘first-order doxastic state’ and acceptance as «a metamental state ordinarily based on positive evaluation of belief» (Lehrer, 2000a, p. 209). For Lehrer, knowledge requires epistemic acceptance and not mere belief.

While ‘acceptance’ has often been offered as an alternative to ‘belief’ in literature on legal fact-finding, it is taken to mean or encompass pragmatic or practical acceptance (Cohen, 1991; Ferrer Beltrán, 2004 and 2006). Cohen offers this definition which he thinks is an apt description of what goes on in the judge’s mind during verdict deliberation (see also Cohen, 1992, p. 4):

... to “accept that p” ... is to treat it as given that p. It is to have or adopt a policy of deeming, positing, or postulating that p—that is, of going along with that proposition in one’s mind as a premise or license for inference.... (1991, p. 466).

We can deem, posit or postulate that p for all sorts of purposes without believing that p. If deeming, positing or postulating that p is to accept that p, the acceptance is not necessarily epistemic, and clearly not acceptance in Lehrer’s sense. Lehrer acknowledges that acceptance is an attitude defined in terms of some purpose and the purpose can be of the practical sort. But, according to him, the acceptance that is required for knowledge is acceptance «for the *epistemic* purpose of attaining truth and avoiding error with respect to the very thing that one accepts»: it is to accept that p if and only if p (Lehrer, 2000b, p. 13). Not everyone agrees with Lehrer’s theory of knowledge; this is hardly surprising since nearly everything in philosophy is controversial. It is a puzzle to me what sort of mental state epistemic acceptance is, and how it is, if it is at all, different from (reflective) belief. Indeed, acceptance aimed at truth is so close to belief that Lehrer uses the terms interchangeably in his book *Theory of Knowledge* where he thinks precision is not needed²⁶.

We may agree with the premise of the second objection to this extent: one cannot at the same time rationally believe both p and not-p. In Lackey’s hypothetical, we are told that ‘Raymond is able to recognize that the evidence clearly supports the conclusion that the defendant committed the crime of which he is accused’. Given this and Raymond’s rationality, Lackey’s assumption that he does not believe that the defendant is guilty seems questionable. But even if we concede this point to Lackey, the hypothetical is not fatal to an epistemic account of proof findings. As Lehrer would see it, Raymond *accepts* (in the sense necessary for knowledge) that the defendant is guilty even though he cannot help *believing* that the defendant is not guilty. So, even if we concede that proof findings do not rest on belief, it is still possible to maintain an epistemic account of proof findings by basing them on epistemic acceptance.

²⁵ For my earlier attempt at supporting the thesis, see Ho (2008, pp. 205-207).

²⁶ See Lehrer (2000b, p. 14).

4.5. Legal constraints of other decision rules

While the three objections canvassed above are not fatal, the simplistic epistemic formulations of the rules on proof findings are indeed simplistic. The third objection does raise a genuine difficulty. As I shall now proceed to explain, proof findings do not rest on first-personal belief or first-personal epistemic acceptance. Cohen (1991) and Ferrer Beltrán (2004, 2006 and 2021) have separately and rightly emphasized that there are other legal rules that any account of legal proof must contend with. Although they do not put it this way, the effect of those other rules is to require proof findings to be made from a third-personal instead of a first-personal point of view.

First, there are rules on what the judge must not treat as evidence in determining whether guilt has been proved. For various policy reasons, the judge may only take into account admissible evidence that has been properly adduced at the trial²⁷. This has several implications. One is that the judge may not rely on his or her private knowledge of facts of which no evidence has been presented in court²⁸. Indeed, if the judge has any personal knowledge about the case, that will likely disqualify him or her from acting as a judge. Another implication is that if the judge has somehow been wrongly exposed to inadmissible evidence in the course of the trial, the judge must ignore those evidence during verdict deliberation.

Secondly, there are rules on corroboration or the sufficiency of evidence. Such rules are nowadays relatively rare since modern systems of legal adjudication pride themselves on free evaluation of evidential weight²⁹. One instance of such a rule is section 6 of the Sedition Act of Singapore³⁰. It provides that no person shall be convicted of the offence of sedition on the uncorroborated testimony of one witness. So, in a sedition case, however reliable the testimony of a witness against the accused may be, and even if the judge is justified in believing the witness, the judge is not permitted to return a guilty verdict on the testimony alone. But notice that, so far as a guilty verdict is concerned, section 6 works as a negative constraint rather than a positive compulsion. While section 6 requires that there must be more than the

²⁷ The concept of evidence has received philosophical treatment that gives it a meaning unfamiliar to lawyers: see eg, Schauer (2022, pp 26-27), citing Achinstein (1978), and criticizing the idea that evidence is only potential evidence unless the conclusion it supports is true. 'Evidence' in the sense familiar to lawyers and as used in this paper refer simply to that which is adduced by a party in legal proceedings as a means of proving factual claims and it may take the form of oral testimony, documents and other objects ('real evidence'). Evidence is 'admissible' if the law allows it to be received in legal proceedings. See generally, Ho (2015).

²⁸ Unless it is a commonly known fact of which 'judicial notice' may be taken.

²⁹ This was not always the case. The romano-canonical system of proof was, on a popular account, artificially regulated by the law, with rules stipulating the number of witnesses needed for proof and assigning specified weights to different types of evidence. See references in Ho (2008, pp. 39-40).

³⁰ Cap. 290, 1985 Rev. Ed. Sing. For other examples in the United Kingdom, see s. 13 Perjury Act 1911 and s. 89(2), Road Traffic Regulation Act 1984, and in the US, see the discussion of corroboration sufficiency rules in Witlin (2023, pp. 976-979).

testimony of one witness, it does not compel the court to convict the accused so long as there is some corroborating evidence.

Thirdly, in relation to the evidence that has been properly admitted at the trial and which the judge must consider in determining whether guilt has been proved, there are rules that constrain reasoning on the evidence or the uses to which the evidence may be put³¹. These constraints are imposed by law. Two examples will suffice.

Under the common law rule against hearsay, evidence of an out-of-court statement may not be used as a basis for inferring the truth of the fact asserted in the statement. An out-of-court statement by X that the accused person stabbed Y cannot be used as evidence of the fact that the accused person stabbed Y. But evidence of an out-of-court statement may be used as a basis for drawing such other logically relevant inferences as may be justified in the circumstances of the case. Thus, where the accused person is relying on the defence of duress, evidence of the fact that someone had made an out-of-court statement threatening harm to him or her may be used as a basis for inferring that he or she was in fear³².

The second example is the rule that is represented in Rule 404(b)(1) of the Federal Rules of Evidence in the United States. It states that «[e]vidence of any other crime, wrong, or act is not admissible to prove a person's character in order to show that on a particular occasion the person acted in accordance with the character». There is an equivalent rule at common law which forbids a similar line of reasoning³³. But evidence showing a past misdeed may, in some circumstances, support a factual inference in a manner that avoids the forbidden line of reasoning, and if so, the evidence is admissible for that purpose³⁴. Thus, where the accused is charged with the offence of possessing insignia relating to a triad society and claims lack of knowledge that the items found in his possession were related to the particular triad society, the prosecution may adduce evidence of his previous conviction of membership of the same triad society to prove that he had such knowledge³⁵. The inference

³¹ Arguably, rules of admissibility are better conceived not as rules that exclude evidence but as rules of evidential reasoning.

³² *Subramaniam v PP* [1956] 1 WLR 965.

³³ See *Makin v Attorney-General for New South Wales* [1894] AC 57, 65, per Lord Herschell:

It is undoubtedly not competent for the prosecution to adduce evidence tending to shew that the accused has been guilty of criminal acts other than those covered by the indictment, for the purpose of leading to the conclusion that the accused is a person likely from his criminal conduct or character to have committed the offence for which he is being tried. On the other hand, the mere fact that the evidence adduced tends to shew the commission of other crimes does not render it inadmissible if it be relevant to an issue before the jury, and it may be so relevant if it bears upon the question whether the acts alleged to constitute the crime charged in the indictment were designed or accidental, or to rebut a defence which would otherwise be open to the accused.

³⁴ See Rule 404(b)(2) of the Federal Rules of Evidence in the United States: «This evidence may be admissible for another purpose, such as proving motive, opportunity, intent, preparation, plan, knowledge, identity, absence of mistake, or lack of accident».

³⁵ *A-G of Hong Kong v Siu Yuk-shing* [1989] 1 WLR 236.

of knowledge is not legally forbidden as it is not drawn from the evidence via any assumption about the person's character or propensity ('once a thief, always a thief').

In both examples, some form epistemic paternalism is arguably at work³⁶. The hearsay inference is unreliable because it rests on the credibility of the maker of the out-of-statement who cannot be tested in cross-examination. Reasoning from past misdeeds is unsound where it involves jumping to the conclusion of guilt from one's perception of the kind of person the accused is.

Notice, further, that the legal regulation of evidential reasoning is only by way of negative and narrowly defined constraints. Save for specifying some limited uses to which the evidence may *not* be put, the law in general does not compel the judge to draw any particular inference of fact from the evidence. As Thayer (1898) famously put it, «The law has no mandamus to the logical faculty; it orders nobody to draw inferences» (p. 314, note 1).

If an epistemic construction of the rules guiding proof findings is not to be simplistic, it must acknowledge the legal constraints of decision rules of the sorts that we have just seen. Proof findings must be made within those constraints and from a detached perspective. It is not the first-personal belief of the judge that matters; what the judge must ask himself or herself is essentially, 'would one be justified in believing that the accused is guilty based on the evidence before the court and within the constraints of the applicable decision rules?' I will leave it as an open question whether belief for present purposes should include or be replaced by epistemic acceptance of the kind, or similar to the kind, proposed by Lehrer (2000a and 2000b).

The following is a summary of the preceding discussion:

(P) The judge must find that guilt for the charged offence is proved if and only if, based on the evidence before the court and within legal constraints, one would be justified in believing that the accused person is guilty of that offence, and

(D) The judge must find that guilt for the charged offence is disproved if and only if, based on the evidence before the court and within legal constraints, one would be justified in believing that the accused person is not guilty of that offence.

In what follows, I will speak simply of whether one would be justified in believing the accused to be guilty or not guilty; the qualifications to which I have alluded should be taken as tacit.

(P) and (D) are rules guiding proof findings and not definitions of proof and disproof respectively³⁷. While proof is factive, and a falsehood cannot be proved,³⁸ it is possible for the judge to follow (P) and find as proven the guilt of an accused

³⁶ On epistemic paternalism and the law of evidence, see Leiter (1997).

³⁷ They were originally formulated as definitions of proof and disproof respectively. I am grateful to Professor Timothy Williamson for pointing out my error at the workshop mentioned in the acknowledgments.

³⁸ It is of course possible to *claim* that p is proved when p is false. When the claim is wrongly made, p is not proved even though the claimant may think that it is.

person who (unbeknownst to the judge) is in fact innocent, and for the judge to follow (D) and find as disproven the guilt of an accused person who (unbeknownst to the judge) is in fact guilty; in both situations, and as explained in Part 3.2, the judge's finding is objectively incorrect. Although the judge was objectively wrong in making the finding which he or she did, the judge is excused from blame as he or she reasonably believed that the relevant finding on proof was justified. Or so I have argued elsewhere (Ho, 2021)³⁹.

5. THE THIRD DISPOSITION RULE

5.1. Presumption of innocence

It is not enough to have the two disposition rules, DR1 and DR2. Suppose the evidence is such that one would neither be justified in believing that the accused is guilty nor be justified in believing that the accused is not guilty. Proof finding under these circumstances is guided by the following rule:

($\neg P \& \neg D$) The judge must find that guilt for the charged offence is neither proved nor disproved if and only if, based on the evidence before the court and within legal constraints, one would neither be justified in believing that the accused person is guilty of that offence nor be justified in believing that the accused person is not guilty of that offence

Where the judge finds that guilt is neither proved nor disproved, how is the judge to dispose of the case? As I have said, there are only two options: either convict or acquit. In the present case, DR1 does not permit conviction (since guilt has not been proved), and DR2 does not permit acquittal (since guilt has not been disproved). The following third disposition rule breaks the impasse:

(DR3) The judge must return a not-guilty verdict and acquit the accused person of the charged offence if the guilt of that person for that offence is *neither proved nor disproved*.

The reason why the accused person is acquitted under DR(3) is because, where guilt is neither proved nor disproved, the accused's person is presumed to be innocent. Hence, DR(3) is more fully stated as follows:

(DR3^{poi}) The judge must presume that the accused person is not guilty of the charged offence and, on that basis, acquit that person of that offence if and only if the guilt of that person for that offence is *neither proved nor disproved*.

DR3^{poi} is commonly known as the presumption of innocence. It is a rule of practical reasoning that serves as a means of extrication; as suggested by Ullmann-Margalit (1983), it offers the judge a way out when the judge is called upon to act in a state of ignorance or doubt. It entitles the judge to make an assumption that the judge is otherwise not justified in making, and to ground the subsequent course of action on that assumption.

³⁹ For a similar suggestion, see Moss (2023, pp. 204-206).

5.2. Presumption against offence elements

The presumption of innocence is against each element of the offence. To elaborate: guilt for an offence is proved only if all elements of the offence are proved. So long as one of the elements is disproved, guilt is disproved. So long as one of the elements is neither proved nor disproved, guilt is neither proved nor disproved; more fully (with the refinements in italics),

($\neg P \& \neg D$:*element*) The judge must find that guilt for the charged offence is neither proved nor disproved where, based on the evidence before the court and within legal constraints, *and in relation to any element of the offence*, one would neither be justified in believing that *the element obtains* nor be justified in believing *that the element does not obtain*.

In the above situation ($\neg P \& \neg D$:*element*), DR3^{poi} instructs the judge to deliver an acquittal. A more specific articulation of the presumption of innocence (DR3^{poi}) that descends to the level of offence elements is as follows (again, with the refinement underlined):

(DR3^{poi}:*element*) The judge must presume that the accused person is not guilty of the charged offence and, on that basis, acquit that person of that offence if any element of the offence is neither proved nor disproved.

Let us return to the example of drug trafficking. Recall that under the offence rule against drug trafficking, a person commits that offence if and only if (a) the person was in possession of a controlled drug, (b) while having knowledge of its nature, and (c) his or her possession was for the purposes of trafficking. Imagine that only the third element is disputed. The judge must, without the accused person having to do anything, presume that his or her possession was *not* for the purposes of trafficking, and acquit the person accordingly unless the prosecution proves the possession *was* for the purpose of trafficking.

5.3. Conflicting decision rule: conditional presumption of an offence element

But the presumption *against* offence elements may be overturned with respect to an offence element by a conflicting decision rule that provides conditionally for a presumption *of* that offence element. In other words, the burden of proof in relation to an offence element may be reversed by a conflicting rule of presumption. There are many variants of presumption rules—or various ways of interpreting how they work. On one variant, once the conflicting rule of presumption is invoked, the prosecution is released from the burden of having to prove the instantiation of the presumed element and it is the accused who now carries the burden of disproving it.

One example of such a rule—a rule that provides for a rebuttable presumption of law that shifts the legal burden of proof—is section 17 of the Singapore Misuse of Drugs Act 1973 (hereinafter, ‘section 17’). Many other jurisdictions have a similar

provision. Section 17 states that where «[a]ny person is proved to have had in his possession» more than a specified quantity of a controlled drug (for example, more than two grammes of diamorphine), the person is «presumed to have had that drug in possession for the purpose of trafficking unless it is proved that his or her possession of that drug was not for that purpose».

The logical structure of this variant of a conditional rule of presumption may be represented as follows:

(RP) (i) Upon proof of A and (ii) unless B is disproved, the judge must find that B

On the standard terminology, A is the ‘basic fact’ and B is the ‘presumptive fact’. Under section 17, A is the fact of possessing more than two grammes of diamorphine and B is the fact that trafficking was the purpose of the possession. The party seeking to invoke the rule of presumption is the prosecution and the party seeking to resist the application of the rule is the defence.

To trigger the rule of presumption (RP), the prosecution must prove A. Once the rule is triggered by the prosecution, the judge must make a finding of B unless the defence disproves B. If the rule is triggered by the prosecution and the defence fails to disprove B, the judge must find that B in the sense of accepting that B for the practical purposes of determining the verdict. The judge is required to act as if B were true. In drawing the presumption, the propositional attitude is not belief but, as Ullmann-Margalit and Margalit (1992, p. 171) have proposed, ‘holding as true’⁴⁰. It is irrelevant whether the judge believes that B. Indeed, the rule of presumption (RP) is needed precisely because A on its own does not justify the belief that B.

5.4. Conviction without proof of guilt

Having outlined the logic of this type of rule, let us see how section 17 works. To recap: our scenario is one in which an accused person is on trial for the offence of trafficking in diamorphine. There is no dispute that (a) the person was in possession of diamorphine and (b) the person knew what it was; the only point of contention at the trial is (c) whether his or her possession of the diamorphine was for the purpose of trafficking. Suppose the prosecution fails to adduce sufficient evidence to prove the third element; the evidence is not strong enough such that one would be justified in believing that the possession of the drug was for the purpose of trafficking.

However, the prosecution manages to prove the basic fact of possessing diamorphine exceeding two grammes. Under section 17, the accused now has the burden of rebutting the presumption by disproving the presumptive fact that his or her possession was for the purpose of trafficking. If the accused succeeds in doing so, he

⁴⁰ According to Ullmann-Margalit and Margalit (1992, p. 171), where «a person is instructed to hold something as true, ie, to act as if that something were true», the «question of whether the person actually believes that it is true does not arise».

or she would have disproved a necessary element of the offence and thus disproved his or her guilt: in that event the accused must be acquitted under DR2. As we may recall, according to DR2, 'the judge must acquit the accused person of an offence if the guilt of that person for that offence is disproved.'

Suppose the accused person attempts to rebut the presumption by claiming in his or her defence that the drug was meant entirely for personal consumption. If it is true that the drug in the accused person's possession was wholly for his or her own consumption, it is false that he or she possessed it for the purpose of trafficking. So, if the accused person succeeds in proving that the drug was meant entirely for personal use, he or she would have succeeded in disproving that he or she had it for the purpose of trafficking.

Assume that the evidence adduced by the defence, while not fanciful, is more likely false than true. We might even suppose that the evidence is only marginally more likely false than true. On the evidence, one would not be justified in believing that the drug was for the accused person's own consumption. Consequently, the presumption that he or she possessed the drug for the purpose of trafficking stands unrebutted. At the same time, as postulated at the beginning, it is not proved that the accused person had the drug for the purpose of trafficking; on the available evidence, one would not be justified in believing that that was true.

So, the situation at hand is one where a necessary element of the crime is neither proved nor disproved, and as such, one where it is neither proved nor disproved that the accused is guilty of the offence of drug trafficking. Whereas the presumption of innocence (DR3^{poi}:*element*) would require the accused to be acquitted, the effect of applying section 17 is that the accused must be convicted. The accused must be declared guilty of an offence in circumstances where one is neither justified in believing that his or her possession of the drug was for the purpose of trafficking nor justified in believing that it was not, and hence where it is neither proved nor disproved that the accused has committed the offence. Section 17 permits—and, indeed, may require—the judge to convict the accused person despite being of the view that one would not be justified in believing that he or she is guilty as charged.

6. OBJECTIONS TO REVERSING THE LEGAL BURDEN OF PROOF

6.1. Objection based on presumption of innocence

A decision rule like the rule of presumption in section 17 reverses the burden of proof. Rules that have this effect, sometimes called 'reverse onus' provisions, are controversial. Courts have struck down such provisions on the ground that they violate the constitutional or fundamental right to be presumed innocent. At other times, they have chosen instead to 'read down' these provisions, limiting their effect, when triggered, to placing only an evidential burden on the accused person. «An

evidential burden is not a burden of proof. It is a burden of raising, on the evidence in the case, an issue as to the matter in question fit for consideration by the tribunal of fact» *Sheldrake v DPP* [2005] 1 AC at 289⁴¹. But courts have also upheld reverse onus provisions, typically only when there is special justification for their existence. A rule of presumption similar to section 17 would be upheld in Canada only if it is within «reasonable limits prescribed by the law as can be demonstrably justified in a free and democratic society» (*R v Oakes* (1986) 26 DLR (4th) 200 at 224; Canadian Charter of Rights and Freedoms, section 1). In Hong Kong, the test is whether the presumption has (a) a rational connection with a legitimate societal aim (the rationality test); and (b) it is no more than necessary to achieve that legitimate aim (the proportionality test) (*HKSAR v Lam Kwong Wai & Anor* (2006) 9 HKCFAR 574; *HKSAR v Hung Chan Wa* (2006) 9 HKCFAR 614 at [39]). In England (*Sheldrake v DPP* [2005] 1 AC 264, 297) and Malaysia (*Alma Nudo Atenza v PP* [2019] 4 MLJ 1), some sort of proportionality approach is also taken. I do not intend to engage in doctrinal analysis here. My interest is in identifying why reversal of the burden of proof is widely seen as legally problematic and calls for special justification. What is the objection that needs to be overcome with weightier countervailing interests or considerations?

As noted, decision rules that reverse the legal burden of proof in relation to an offence element can be seen as exceptions to, or qualifications of, the presumption of innocence. Courts and lawyers have often expressed objections to such decision rules on the ground that they violate the presumption of innocence. This is circular. It merely describes the state of affairs; it does not explain why the state of affairs is objectionable. There is nothing intrinsically objectionable, and it is a commonplace, for one rule to qualify another and for rules to have exceptions. After all, some interests may be outweighed by other interests and a pro tanto wrong may be justifiable all things considered. As I will now argue, such decision rules are indeed objectionable. This is because they derogate from the rule of law.

6.2. Objection based on the rule of law

In our example, given the judge's finding that elements (a) and (b) are proved, the judge may claim as his or her reason for convicting the accused person the fact that the person (a) was in possession of a controlled drug (b) while having knowledge of its nature. But (a) and (b) are not sufficient to constitute the offence of drug trafficking. The offence is created and defined by the offence rule against drug trafficking and under the offence rule, there is a third condition that must obtain: the possession of the drug must be for the purpose of trafficking.

⁴¹ Similarly, see *Jayasena v R* [1970] 2 WLR 448 at 452: an evidential burden 'can be discharged by the production of evidence that falls short of proof.'

But the motivating reason for convicting the accused person for drug trafficking in the present case cannot include the fact that his or her possession was for the purpose of trafficking. As Alvarez (2016) has noted, «it seems undeniable that a person cannot act for the reason that *p*, or on the grounds that *p*, unless she stands in some epistemic relation to *p*: she needs to believe, know, accept etc that *p*» (section 3.2). The relevant offence rule sets out authoritatively the facts that must obtain for the commission of the offence. Guilt is not *constituted* merely by the probability of those facts obtaining. To convict a person for the reason that the person has committed the charged offence is to convict the person in the belief that the person is guilty as charged. We could also rest this view on the ground that conviction conveys blame, and blame implies belief⁴². The necessary epistemic relation is lacking in our case. This is because the judge has concluded that one would not be justified in believing that the person's possession was for the purpose of trafficking. As such, the judge cannot claim as part of his or her reason for convicting the accused that the accused's possession of the drugs was for the purpose of trafficking⁴³. The reversal of the burden of proof for the third element is objectionable because it, in effect, allows—indeed, it may require—a criminal conviction to be motivated by a reason that falls short of the normative reason announced in the offence rule under which the person is convicted.

One might see the present situation as derogating from one of the formal conditions of legality articulated by Lon Fuller (1969)⁴⁴. This formal condition is consistency of laws, or the lack of contradictions in the laws. Under the offence rule, a person is guilty of drug trafficking only if the person's possession of controlled drug was for the purpose of trafficking. However, because of the decision rule in section 17, the judge may find a person guilty of drug trafficking even if it is not proved that he or she had the drug for the purpose of trafficking. There appears to be an inconsistency in the laws.

Another of Fuller's conditions, one which he considers «the most complex» (p. 81), with some tweaking, helps us to be more precise in identifying the inconsistency. It might be said of our situation that there is, to borrow some phrases from Fuller, a lack of «congruence between official action and declared rule» (p. 81) or «a failure of congruence between the rules as announced and their actual administration» (p. 39). But those phrases were applied by Fuller to situations in which the congruence is destroyed or impaired by mistaken interpretation of the law, corruption and so forth. Our situation is different; the judge is convicting the accused person in accordance with decision rules, and the decision rules (including the rule that

⁴² See Adler (2002, pp. 216-217), Buchak (2014), Littlejohn (2020, pp. 5268-5269), Nelkin (2021, p. 24-26).

⁴³ In a similar vein, see the account given by Littlejohn (2020, pp. 5275-5276).

⁴⁴ Fuller describes these formal conditions (for some, inaptly) as desiderata of the internal morality of law.

provides for the presumption of purpose of trafficking) are also part of the law and as much 'declared' or 'announced' as the offence rules.

As we are supposing in our example, it is true that officials are following the rules that are addressed to them, rules that guide them in determining the verdict. The problem, however, lies in the fact that the state has laid down a decision rule that permits, indeed sometimes requires, officials to administer the offence rule—find the accused person guilty—for reasons that are insufficient under the offence rule. In short, the lack of congruence is between two sets of rules: the offence rule that defines the offence and a decision rule that guides officials in determining whether that offence has been committed. Fuller was not contemplating the kind of situation that I am talking about. But I think the objection that he has identified would extend to the situation that I have just described.

The decision rules are addressed to officials and not citizens. They are not aimed at guiding the behaviour of citizens. It is true that a decision rule like section 17 might influence the behaviour of citizens; it might prompt the Holmesian 'bad man' (Holmes, 1897) to reduce the quantity of diamorphine in his possession below 2 grammes in the hope of avoiding the presumption of trafficking should he be caught. But that is merely a possible incidental effect of section 17. The rule that guides the behaviour of citizens is the offence rule against drug trafficking, and its message is not to traffick in drug, period, in whatever quantity.

One may think of offence rules as authoritative definitions by the state of acts for which citizens may be convicted and punished. These offence rules are legal norms of which citizens have been given notice. They may be seen as laying down the terms of engagement between the state and citizens. Just as citizens are expected to obey the offence rules, the state is also expected to abide by them. The rule of law disciplines power by binding the state to its declared definitions of offences and by insisting that the law be such that judges may convict and punish citizens for an offence only for reasons that are sufficient under the rule addressed to citizens that authoritatively defines the offence⁴⁵.

For Raz (1979), a necessary feature of all legal systems is the existence of primary organs such as courts, tribunals and other judicial bodies. Primary organs are «concerned with the authoritative determination of normative situations in accordance with pre-existing norms» (p. 108). «[T]he norms by which the courts are bound to evaluate behaviour ... are the very same norms which are legally binding on the individual whose behaviour is evaluated» (p. 112).

The legal system is not operating fully as Raz thinks it should when the legal burden of proof for an offence element is reversed⁴⁶. Rules that reverse the burden have the effect of requiring courts to determine the criminal liability of citizens in

⁴⁵ For a persuasive discussion in this connection, see Murphy (2005).

⁴⁶ Raz's remarks were not made in relation to the reversal of the burden of proof.

accordance with norms that are more prejudicial to citizens than the offence rules which the courts purport to be applying to citizens. Citizens may be convicted for reasons that are inadequate under the offence rules. To allow or require judges to convict and punish citizens for an offence for reasons that are inadequate according to the authoritative definition of that offence is to undermine the rule of law in this important respect: there is incongruence between the offence rules as announced to citizens and the decision rules that guide judges in administering the offence rules.

7. CONCLUSION

To conclude, let me return to the intuition-testing question that I pose in the introduction: should we be convicting people we don't believe to be guilty? The answer, it turns out, is complicated. At least in common law systems, judges do not dispose of a criminal trial by simply answering the first-personal question: do I believe that the accused is guilty as charged?⁴⁷ They are instead required to make a third-personal judgment of whether one would be justified in believing—on the evidence adduced before the court and within legal constraints—that the accused is guilty as charged. If the judge concludes that one would not be justified in believing any fact which is necessary to constitute the accused's guilt for the charged offence, the judge cannot claim as his or her reason for convicting the accused that he or she has committed the charged offence. The law should not allow the judge to convict the accused in these circumstances as his or her motivating reason would fall short of the normative reason needed for the conviction. Exceptionally, though, the law permits a lack of congruence between the motivating reason and the normative reason. This is unsettling because it undermines the rule of law. And that is why special justification is needed.

BIBLIOGRAPHY

- Achinstein, P. (1978). Concepts of Evidence. *Mind*, 87, 22-45.
- Adler, J. E. (2002). *Belief's Own Ethics*. MIT Press.
- Alvarez, M. (2016). Reasons for Action: Justification, Motivation, Explanation. In E. N. Zalta (Ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, (Winter 2017 Edition). <https://plato.stanford.edu/archives/win2017/entries/reasons-just-vs-expl/>
- Blome-Tillmann, M. (2017). 'More Likely Than Not' Knowledge First and the Role of Bare Statistical Evidence in Courts of Law. In J.A. Carter, E.C. Gordon, and B. Jarvis (Eds.), *Knowledge First: Approaches in Epistemology and Mind*. Oxford University Press.
- Buchak, L. (2014). Belief, Credence, and Norms. *Philosophical Studies*, 169, 285-311.
- Cohen, L.J. (1991). Should a Jury Say What It Believes or What It Accepts? *Cardozo Law Review*, 13, 465-483.
- Cohen, L.J. (1992). *An Essay on Belief and Acceptance*. Oxford University Press.

⁴⁷ On the debate on whether, and the extent to which, this is also true in continental law, see Gama (2021).

- Damaška, M.R. (1997). *Evidence Law Adrift*. Yale University Press.
- Dan-Cohen, M. (1984). Decision rules and conduct rules: on acoustic separation in criminal law. *Harvard Law Review*, 97, 625-677.
- Duff, A., Lindsay F., Marshall S. and Tadros V. (2007). *The Trial on Trial (Volume 3 – Towards a Normative Theory of the Criminal Trial)*. Hart Publishing.
- Enoch, D., Spectre L. and Fisher, T. (2012). Statistical Evidence, Sensitivity, and the Legal Value of Knowledge. *Philosophy and Public Affairs*, 40, 197-224.
- Ferrer Beltrán, J. (2004). 'It is Proven that *p*': The Notion of Proven Fact in the Law. *Associations*, 8, 29-54.
- Ferrer Beltrán, J. (2006). Legal Proof and Fact Finders' Beliefs. *Legal Theory*, 12, 293-314.
- Ferrer Beltrán, J. (2021). Proven Facts, Beliefs, and Reasoned Verdicts. In C. Dahlman, A. Stein and G. Tuzet (Eds.), *The Philosophical Foundations of Evidence Law*. Oxford University Press.
- Fuller, L. (1969). *The Morality of Law* (rev ed). Yale University Press.
- Gama, R. (2021). The Search for El Dorado – The Rationalist Conception of Evidence and the Formulation of Precise and Objective Standards of Proof. *Revus – Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 43. <https://doi.org/10.4000/revus.7353>
- Gardiner, G. (2019). The reasonable and the relevant: legal standards of proof. *Philosophy and Public Affairs*, 47, 288-318.
- Gardiner, G. (2024). Legal Evidence and Knowledge. In C. Littlejohn and M. Lasonen-Aarnio (Eds.), *The Routledge Handbook of the Philosophy of Evidence*. Routledge.
- Günther, M. (2024). Legal Proof Should be Justified Belief of Guilt. *Legal Theory*, 30, 129-141.
- Ho, H. L. (2008). *A Philosophy of Evidence Law*. Oxford University Press.
- Ho, H. L. (2015). The Legal Concept of Evidence. In E. N. Zalta (Ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, (Winter 2021 Edition). <https://plato.stanford.edu/archives/win2021/entries/evidence-legal/>
- Ho, H. L. (2021). Justification, Excuse, and Proof beyond Reasonable Doubt. *Philosophical Issues*, 31, 146-166.
- Holmes, O.W. (1897). The Path of the Law. *Harvard Law Review*, 10, 457-478.
- Lackey, J. (2021). Norms of Criminal Conviction. *Philosophical Issues*, 31, 188-209.
- Lehrer, K. (2000a). Acceptance and Belief Revisited. In P. Engel (Ed.), *Believing and Accepting*. Kluwer.
- Lehrer, K. (2000b). *Theory of knowledge* (2nd ed). Westview Press.
- Leiter, B. (1997). The Epistemology of Admissibility: Why Even Good Philosophy of Science Would Not Make for Good Philosophy of Evidence. *Brigham Young University Law Review*, 803-819.
- Littlejohn, C. (2020). Truth, Knowledge, and the Standard of Proof in Criminal Law. *Synthese*, 197, 5253-5286.
- Littlejohn, C. (2021). Justified Belief and Just Conviction. In Z. Hoskins and J. Robson (Eds.), *The Social Epistemology of Legal Trial*. Routledge.
- McBride, M. (2011). Reply to Pardo: Unsafe Legal Knowledge. *Legal Theory*, 17, 67-73.
- McHugh, C. (2011). Judging as a Non-voluntary Action. *Philosophical Studies*, 152, 245-269.
- Moss, S. (2018). *Probabilistic Knowledge*. Oxford University Press.
- Moss, S. (2023). Knowledge and Legal Proof. In T.S. Gendler, J. Hawthorne and J. Chung (Eds.), *Oxford Studies in Epistemology*. Oxford University Press.
- Murphy, C. (2005). Lon Fuller and the Moral Value of the Rule of Law. *Law and Philosophy*, 24, 239-262.
- Nance, D. (2021). Truth, Justification, and Knowledge in the Epistemology of Adjudication. In B. Zhang, S. Tong, J. Cao and C. Fan (Eds.), *Facts and Evidence – A Dialogue Between Philosophy and Law*. Springer.
- Nelkin, D. (2021). Rational Belief and Statistical Evidence – Blame, Bias, and the Law. In I. Douven (Ed.), *Lotteries, Knowledge, and Rational Belief*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Papineau, D. (2021). The Disvalue of Knowledge. *Synthese*, 198, 5311-5332.
- Pardo, M.S. (2010). The Gettier Problem and Legal Proof. *Legal Theory*, 16, 37-57.
- Pardo, M.S. (2018). Safety vs. Sensitivity: Possible Worlds and the Law of Evidence. *Legal Theory*, 24, 50-75.

- Pritchard, D. (2015). Risk. *Metaphilosophy*, 46, 436-461.
- Pritchard, D. (2018). Legal Risk, Legal Evidence and the Arithmetic of Criminal Justice. *Jurisprudence*, 9, 108-119.
- Pritchard, D. (2022). In Defence of the Modal Account of Legal Risk. *Synthese*, 200, 290.
- Raz, J. (1979). *The Authority of Law*. Oxford University Press.
- Ross, L. (2022). The Foundations of Criminal Law Epistemology. *Ergo*, 9, 1581-1603.
- Ross, L. (2024). *The Philosophy of Legal Proof*. Cambridge University Press.
- Schauer, F. (2022). *The Proof – Uses of Evidence in Law, Politics, and Everything Else*. Harvard University Press.
- Smith, M. (2018). When Does Evidence Suffice for Conviction? *Mind*, 127, 1193-1218.
- Stephen, J.F. (1872). *The Indian Evidence Act (I. of 1872): with an Introduction on the Principles of Judicial Evidence*. Thacker, Spink & Co.
- Thayer, J.B. (1898). *A Preliminary Treatise on Evidence at The Common Law*. Little, Brown & Co.
- Thomson, J.J. (1986). Liability and Individualized Evidence. *Law and Contemporary Problems*, 49, 199-219.
- Ullmann-Margalit, E. (1983). On Presumption. *The Journal of Philosophy*, 80, 143-163.
- Ullmann-Margalit, E. and Margalit, A. (1992). Holding True and Holding as True. *Synthese*, 92, 167-187.
- Whiteley, J.H.L. (2024). The Three-Verdict Problem. *Legal Theory*, 30, 105-127.
- Williams, G. (1980). A Short Rejoinder. *Criminal Law Review*, 103-107.
- Witlin, M. (2023). Theorizing Corroboration. *Cornell Law Review*, 108, 911-992.

Law and jurisprudence

- Alma Nudo Atenza v Public Prosecutor [2019] 4 MLJ 1.
- Attorney General of Hong Kong v Siu Yuk-shing [1989] 1 WLR 236.
- Canadian Charter of Rights and Freedoms (1982). <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/const/page-12.html>
- Center for Competency-Based Learning and Development Pte Ltdv SkillsFuture Singapore Agency [2024] SGHC 121. https://www.elitigation.sg/gd/s/2024_SGHC_121
- Center for Competency-Based Learning and Development Pte Ltdv SkillsFuture Singapore Agency [2024] 5 SLR 481.
- Federal Rules of Evidence (United States). https://www.uscourts.gov/sites/default/files/federal_rules_of_evidence_-_dec_1_2019_0.pdf
- Indian Evidence Act 1872. https://www.indiacode.nic.in/bitstream/123456789/15351/1/iea_1872.pdf
- Jayasena v R [1970] 2 WLR 448.
- HKSAR v Lam Kwong Wai & Anor (2006) 9 HKCFAR 574.
- HKSAR v Hung Chan Wa (2006) 9 HKCFAR 614.
- Lim Wei Fong Nicman v PP [2024] 1 SLR 1041.
- Lim Wei Fong Nicman v PP [2024] SGCA 33. https://www.elitigation.sg/gd/s/2024_SGCA_33
- Loo Chay Sit v Estate of Loo Chay Loo [2009] SGCA 47. https://www.elitigation.sg/gd/s/2009_SGCA_47
- Loo Chay Sit v Estate of Loo Chay Loo [2010] 1 SLR 286.
- Makin v Attorney-General for New South Wales [1894] AC 57. <https://vlex.co.uk/vid/makin-v-attorney-general-803355473>
- Masoud Rahimi bin Mehrzad v PP [2017] 1 SLR 257.
- Mohamed Shalleh bin Abdul Latiff v PP [2022] SGCA 23. https://www.elitigation.sg/gd/s/2022_SGCA_23
- Muhammad Ridzuan bin Md Ali v PP [2014] 3 SLR 721.
- Perjury Act 1911. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo5/1-2/6/contents>
- PP v Wee Teong Boo [2020] SGCA 56. https://www.elitigation.sg/gd/s/2020_SGCA_56
- PP v Wee Teong Boo [2020] 2 SLR 533.
- R v Mohamed Humayoon Shah [1874] 21 WR Cr 72.

R v Oakes (1986) 26 DLR (4th) 200.
Ramesh a/l Perumal v Public Prosecutor [2019] 1 SLR 1003.
Road Traffic Regulation Act 1984. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/27/contents>
Singapore Criminal Procedure Code 2010 (2020 rev. ed.). <https://sso.agc.gov.sg/Act/CPC2010>
Singapore Evidence Act 1893. <https://sso.agc.gov.sg/Act/EA1893>
Singapore Misuse of Drugs Act 1973. <https://sso.agc.gov.sg/Act/MDA1973>
Singapore Penal Code 1871. <https://sso.agc.gov.sg/act/pc1871>
Singapore Sedition Act.
<https://sso.agc.gov.sg/Act-Rev/SA1948/Published/20130831?DocDate=19870330>
Sheldrake v Director of Public Prosecutions [2005] 1 AC 264.
Subramaniam v Public Prosecutor [1956] 1 WLR 965.

LOS HECHOS NOTORIOS EN EL RAZONAMIENTO PROBATORIO*

Camila Umpiérrez Blengio**

RESUMEN: El trabajo pretende esclarecer el concepto de hechos notorios y explorar el rol que cumplen en el razonamiento probatorio. Si bien es frecuente la utilización de la categoría de hechos notorios en el ámbito probatorio, la doctrina en general poco se ha ocupado por estudiar la noción que subyace al término. Al día de hoy, se trata de una categoría que debe problematizarse.

PALABRAS CLAVE: hechos; notoriedad; conocimiento; verdad; razonamiento probatorio.

NOTOURIOUS FACTS AND EVIDENTIAL LEGAL REASONING

ABSTRACT: The purpose of this paper is to clarify the concept of notorious facts and explore their role in evidential legal reasoning. Even if the notorious facts category is frequently used in the evidence sphere, in general scholarly legal opinion has scarcely studied the notion underlying this term. Currently, this category should be problematized.

* Este trabajo constituye una versión ajustada del Trabajo Final de Máster presentado y aprobado para la obtención del título de Magíster en Razonamiento Probatorio por las Universidades de Girona (España) y Génova (Italia). Agradezco a la Dra. Carmen Vázquez Rojas, quien fuera mi tutora. Asimismo, agradezco las sugerencias del Dr. Jordi Ferrer Beltrán y del Dr. Vitor de Paula Ramos, quienes integraron el tribunal evaluador de la defensa de este trabajo.

** Profesora Adscripta de Derecho Procesal y Especialista en Derecho Procesal por la Facultad de Derecho, Universidad de la República Oriental del Uruguay. Magíster en Razonamiento Probatorio por la Universidad de Girona (España) y la Universidad de Génova (Italia). Correo electrónico: *camila@umpierrezblengio.com* ORCID iD: 0000-0002-8873-6287

KEYWORDS: Facts; notoriousness; knowledge; truth; evidential legal reasoning.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN: LOS HECHOS NOTORIOS EN LA DOCTRINA EUROPEO-CONTINENTAL.— 3. HACIA UNA CLARIFICACIÓN CONCEPTUAL DE LOS HECHOS NOTORIOS: 3.1. Una propuesta de definición de los hechos notorios: 3.1.1. *El hecho notorio* conocido; 3.1.2. *El hecho notorio fácilmente* cognoscible; 3.2. La relevancia de la delimitación adecuada de las afirmaciones sobre hechos notorios: 4. LOS HECHOS NOTORIOS EN EL RAZONAMIENTO PROBATORIO: 4.1. Del enunciado fáctico al enunciado corroborado, sin necesidad de prueba; 4.2. Interrelaciones entre hechos notorios y máximas de la experiencia.— 5. CONCLUSIONES FINALES.— BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo aborda la temática de los hechos notorios con el fin de comenzar a trazar algunas líneas de investigación que permitan esclarecer su concepto y explorar el rol que cumplen en el razonamiento probatorio. Se trata de una categoría que se mantiene vigente en la cultura jurídica desde el derecho romano hasta la actualidad¹ y en muchas legislaciones procesales aparece consagrada expresamente, así como reconocida por la dogmática procesal y la jurisprudencia. No obstante, sin una gran preocupación por la noción que subyace al término y paradójicamente tratando como si fuese notoria la categoría misma de hecho notorio.

Si bien es frecuente la utilización de la categoría de hechos notorios en el razonamiento probatorio, considero que no hay un concepto claro ni preciso. Podría decirse que integra ese conjunto de nociones sospechosas donde no se repara estrictamente en sus caracteres y, en definitiva, no se sabe con exactitud a qué se hace referencia cuando se utiliza el término.

Por las razones antes expuestas, el trabajo pretende acercarse a una delimitación más precisa de la noción de hechos notorios y, asimismo, posibilitar un uso más fructífero en el ámbito del razonamiento probatorio.

2. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN: LOS HECHOS NOTORIOS EN LA DOCTRINA EUROPEO-CONTINENTAL

Los hechos notorios suelen ser objeto de estudio —de manera escueta o imprecisa— dentro del elenco de hechos que no es necesario probar y que, por ende, quedan excluidos del objeto de la prueba o del *thema probandum*² (Calamandrei, 1933; Carnelli, 1958; Couture, 1990; Devis Echandía, 2006; Alvarado Velloso, 2009).

¹ Devis Echandía (2006, pp. 203-204) presenta un análisis histórico al respecto.

² Bravo Ibarra (2022, p. 3) advierte que «La única problemática relevante (a nivel conceptual) que se ha planteado por la doctrina procesal es si el *thema probandum* es o no lo mismo que el objeto de

A nivel legislativo pueden apreciarse diversos textos positivos en Iberoamérica que recogen la categoría de hechos notorios, precisamente para dispensarlos de prueba. A modo de ejemplo, el art. 138 del Código General del Proceso Uruguayo establece que no requieren ser probados «1) Los hechos notorios, salvo si constituyen el fundamento de la pretensión y no son admitidos por las partes»; en el mismo sentido, el art. 167 inciso final del Código General del Proceso Colombiano expresa que: «Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba». Y ese mismo texto positivo establece en el art. 180 que: «Todos los indicadores económicos nacionales se consideran hechos notorios». En Brasil, el Código Procesal Civil establece en el art. 374 que: «não dependem de prova os fatos: I – notórios»³. En Chile⁴, el art. 89 del Código de Procedimiento Civil estipula que: «No obstante, el tribunal podrá resolver de plano aquellas peticiones cuyo fallo se pueda fundar en hechos que consten del proceso, o sean de pública notoriedad, lo que el tribunal consignará en su resolución». En México, el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares establece en su art. 269: «Los hechos notorios no necesitan ser probados, y la autoridad jurisdiccional puede invocarlos, aunque no hayan sido alegados por las partes». En España, el art. 281.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil estipula que: «No será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general».

prueba. En este sentido, algunos han sostenido que el objeto de prueba es todo aquello susceptible de demostración histórica, vale decir, los hechos materiales o psíquicos, mientras que el *thema probandum* coincide con todos aquellos hechos sobre los cuales versa el debate o la cuestión voluntaria planteada, necesarios para la dictación de una sentencia (Devis Echandía, 1988, p. 186). En cambio, otros autores, sin mediar distinción, engloban todo bajo la expresión «objeto de prueba» (Chioyenda, 1922, p. 1; Lessona, 1906, p. 273). Por nuestra parte, los consideraremos como equivalentes, no solo porque el uso de los términos ha terminado siendo indistinto, sino porque gran parte de las tipologías que buscan distinguir entre lo extraprocesal y lo endoprocesal han fracasado».

³ «No requieren de prueba los hechos: I - notorios» (traducción de la autora).

⁴ En Chile podemos identificar otras disposiciones normativas donde se reconocen los hechos notorios en procesos civiles, penales, laborales y de familia. A modo de ejemplo: «El juez no decretará ni renovará aquellas diligencias que en su oportunidad se hubieren ordenado a petición de los intervinientes y no se hubieren cumplido por negligencia o hecho imputable a los mismos, ni tampoco las que fueren manifiestamente impertinentes, las que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios ni, en general, todas aquellas que hubieren sido solicitadas con fines puramente dilatorios» (art. 257 del Código Procesal Penal). «El juez de garantía, luego de examinar las pruebas ofrecidas y escuchar a los intervinientes que hubieren comparecido a la audiencia, ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio oral aquellas que fueren manifiestamente impertinentes y las que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios» (art. 276 del Código Procesal Penal). «Una vez evacuado el traslado por la parte demandante, el tribunal deberá pronunciarse de inmediato respecto de las excepciones de incompetencia, de falta de capacidad o de personería del demandante, de ineptitud del libelo, de caducidad, de prescripción o aquella en que se reclame del procedimiento, siempre que su fallo pueda fundarse en antecedentes que consten en el proceso o que sean de pública notoriedad» (art. 453 del Código del Trabajo). «El juez de familia, luego de estudiar la admisibilidad de las pruebas ofrecidas, de resolver las convenciones probatorias y de escuchar a las partes que hubieren comparecido a la audiencia preparatoria, ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio aquellas que fueren manifiestamente impertinentes, tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios, resulten sobreabundantes o hayan sido obtenidas con infracción de garantías fundamentales. Las demás serán admitidas y se ordenará su rendición en la audiencia de juicio respectiva» (art. 31 de la Ley N°19.968).

Como vemos, si bien algunos ordenamientos procesales refieren a la *pública notoriedad*, a la *notoriedad absoluta y general* o directamente identifican ciertos hechos como notorios (en el caso colombiano, los *indicadores económicos nacionales*), en ninguna de las disposiciones normativas señaladas se define la categoría de hechos notorios ni tampoco se desprenden los elementos para desentrañar su significado.

Por su parte, en la dogmática procesal podemos identificar diversas definiciones del término *hechos notorios*. A continuación, se señalan algunos conceptos doctrinarios que, si bien presentan cierta convergencia, evidencian la imprecisión conceptual que al día de hoy afecta a la noción.

Desde el continente europeo, ya desde el año 1893, el alemán Stein en su conocida obra «El conocimiento privado del juez» (basado en una concepción silogística-deductiva del razonamiento judicial) al analizar los hechos notorios expresa que:

En mi opinión, el problema solo puede resolverse si antes aclaramos cómo se convierte un hecho en notorio. Para ello solo hay, en lo que a mí se me alcanza, dos posibilidades: o la manera en que el hecho ha sucedido o el modo en que el hecho acaecido se ha divulgado. En primer lugar, es completamente posible que un hecho sea percibido por muchos hombres mientras acontece [...] Pero con ello solo se ha agotado la parte más pequeña de los hechos notorios. La gran mayoría de ellos está configurada de tal forma que primero son percibidos por muy pocos y luego se convierten en notorios por su divulgación (1999, pp. 173-174).

Y más adelante Stein aclara que:

[...] si es necesaria una fórmula, aceptar que existe la notoriedad fuera del proceso cuando los hechos son tan generalizadamente percibidos o divulgados sin refutación con una generalidad tal, que un hombre razonable y con experiencia de la vida puede declararse convencido de ellos como el juez en el proceso con base en la práctica de la prueba. Este conocimiento generalizado (Allgemeinberkannntschaft) como propiedad de un hecho es lo único que lingüísticamente manifiesta la expresión notorio (Offenkundig) [...] es patrimonio común de amplios círculos o por lo menos de uno tal que abarca «a un quién indeterminado y un cuántos indeterminado» (1999, pp. 177-178).

Unos años después, el procesalista italiano Calamandrei (1933, p. 585) en un amplio estudio titulado «Per la definizione del fatto notorio» concluye que: «Se reputan notorios los hechos cuyo conocimiento forma parte de la cultura normal de un determinado sector social al tiempo de pronunciarse la resolución».

También desde el ámbito europeo, Taruffo (2008, p. 144) describe a los hechos notorios como aquellos que: «... pertenecen a la cultura media común existente en el momento y el lugar del juicio, o que pueden ser descubiertos por cualquiera a través de las vías ordinarias de conocimiento».

Por otro lado, desde latitudes latinoamericanas, Couture señala:

pueden considerarse hechos notorios aquellos que entran naturalmente en el conocimiento, en la cultura o en la información normal de los individuos, con relación a un lugar o a un círculo social y a un momento determinado, en el momento en que ocurre la decisión (1990, p. 235).

En Argentina, Alvarado Velloso (2009, p. 27)⁵ define a los hechos notorios como: «los conocidos y aceptados pacíficamente por muchas personas (no por todas, como el hecho evidente) en una cultura, sociedad o medio determinado».

Desde Brasil, Cruz Arenhart y Marinoni expresan que:

[...] el hecho, cuando es notorio, dispensa de prueba para ser aceptado como verdadero. Como se ve, la notoriedad es una cualidad del hecho, o mejor, es una cualidad del hecho que es conocido en el momento y en el lugar en que la decisión es proferida. Con respecto al lugar, es simple entender que un hecho puede ser notoriamente conocido en un lugar y no en otro. En cuanto al momento, cabe esclarecer que un hecho se puede convertir, o incluso haber sido, notorio. Por eso, la notoriedad debe estar relacionada con el momento de la decisión. [...] Un hecho puede ser considerado notorio (en términos generales) cuando forma parte de la cultura del «hombre medio» situado en el lugar y en el momento en que la decisión es proferida (2015, pp. 111-112).

Y en un reciente estudio en doctrina brasilera, Bastos Pereira señala:

O conceito de fato notório adotado pela doutrina majoritária no Brasil tem basicamente seguido as ideias disseminadas por PIERO CALAMANDREI em seu clássico ensaio de 1925 [...] São dois os pilares fundamentais do conceito de fato notório desenvolvido por CALAMANDREI e incorporado pela doutrina brasileira: (i) em primeiro lugar, a relatividade do fato notório no tempo e no espaço, entendida como a possibilidade de variação da notoriedade de acordo com o círculo social em que o fato é conhecido e o tempo em que a decisão é proferida; (ii) em segundo lugar, a ideia de que o fato notório pertence a uma cultura média, por ele compreendida como o complexo de conhecimento empíricos que são extraídos da experiência e da tradição⁶ (2023, p. 82).

En doctrina colombiana, Devis Echandía sostiene:

En resumen, creemos que existe notoriedad suficiente para eximir de prueba a un hecho, sea permanente o transitorio, cuando en el medio social donde existe o tuvo ocurrencia, y en el momento de su apreciación por el juez, sea conocido generalmente por las personas de cultura media en la rama del saber humano a que corresponda, siempre que el juez pueda conocer esa general o especial divulgación de la certeza sobre tal hecho, en forma que no le deje dudas sobre su existencia presente o pasada, mediante sus conocimientos previos o la investigación privada que haga o por las pruebas aducidas con ese propósito (2006, p. 219).

⁵ Cabe advertir que resulta inconsistente que Alvarado Velloso refiera a la categoría de «hechos notorios» cuando rechaza el objetivo de la averiguación de la verdad y postula que la finalidad del proceso es la resolución de conflictos. Si lo único a tomar en consideración es aquello que las partes han delimitado como objeto de su conflicto y no se pueden añadir otros hechos que sean verdaderos, simplemente porque las partes no lo han indicado, la referencia a los «hechos notorios» deviene incompatible con su concepción sobre el objetivo del proceso y la verdad.

⁶ «El concepto de hecho notorio adoptado por la doctrina mayoritaria en Brasil ha seguido básicamente las ideas difundidas por Piero Calamandrei en su clásico ensayo de 1925. [...] Son dos los pilares fundamentales del concepto de hecho notorio desarrollado por Calamandrei e incorporado por la doctrina brasileña: (i) en primer lugar, la relatividad del hecho notorio en el tiempo y en el espacio, entendida como la posibilidad de variación de la notoriedad según el círculo social en el que el hecho es conocido y el tiempo en que se emite la decisión; (ii) en segundo lugar, la idea de que el hecho notorio pertenece a una cultura media, entendida como el conjunto de conocimientos empíricos extraídos de la experiencia y la tradición» (traducción de la autora).

Por su parte, Parra Quijano (2006, p. 144) define al hecho notorio como: «aquel conocido por personas de mediana cultura, dentro de un determinado conglomerado social, en el tiempo que se produce la decisión y que es conocido por el juez».

Si bien se podría continuar identificando definiciones doctrinarias sobre los hechos notorios, considero que lo analizado hasta aquí dibuja un panorama adecuado sobre el estado de la cuestión a nivel de la doctrina en general⁷. Así, es posible afirmar que el escenario es confuso o si quiere desalentador para tratar de comprender los elementos que subyacen a la noción de hecho notorio. Algunos doctrinarios se inclinan por definir la notoriedad como aquello *indiscutido* (Calamandrei, 1933), *incontrovertible* o *sin refutación* (Stein, 1999), *pacíficamente aceptado* (Couture, 1990; Alvarado Velloso, 2009). Otros autores ponen el foco en que la notoriedad no es sinónimo del concepto de generalidad (Couture, 1990) y tampoco equivale a conocimiento absoluto, sino a conocimiento de carácter relativo (Couture, 1990). En este sentido, la mayoría de los autores sostienen que la notoriedad del hecho varía según lugar y tiempo. También se refieren al conocimiento del hecho en un *círculo*, *sociedad* o *conglomerado* (Parra Quijano, 2006; Alvarado Velloso, 2009), al conocimiento del hecho en la *cultura media* (Parra Quijano, 2006; Taruffo, 2008; Devis Echandía, 2006), en la *cultura normal* (Calamandrei, 1933), en el *hombre medio* (Cruz Arenhart y Marinoni, 2015) o en el *hombre razonable* (Couture, 1990; y Stein, 1999). Algunos requieren del conocimiento del hecho en el momento y lugar del juicio (Couture, 1990; Taruffo, 2008; Cruz Arenhart y Marinoni, 2015) así como el conocimiento por parte del juez (Parra Quijano, 2006; Devis Echandía, 2006).

Otro problema adicional a este complejo panorama es que se identifican legislaciones y doctrinarios que distinguen entre los hechos *notorios* y los hechos *evidentes* como si fuesen categorías distintas. Por ejemplo, en Uruguay el ya citado art. 138 del Código General del Proceso establece que: «No requieren ser probados: 1) Los hechos notorios, salvo si constituyen el fundamento de la pretensión y no son admitidos por las partes; 2) Los hechos evidentes; ...». Por su parte, en doctrina se ha definido a los hechos evidentes como aquellos universalmente conocidos. En este sentido, Alvarado Velloso (2009, pp. 26-27)⁸ sostiene que mientras que los hechos

⁷ Si bien en el presente trabajo se hace referencia a ciertos casos judiciales, y, de hecho, podría resultar un ejercicio interesante investigar alguna jurisdicción en particular, se opta por no ingresar en el relevamiento de jurisprudencia puesto que difícilmente se podrá alcanzar una reseña general de todas las posibles interpretaciones sobre la noción de hecho notorio. Igualmente cabe destacar que el punto que pretendo poner en discusión en este trabajo puede analizarse adecuadamente a partir del estado de la cuestión en la doctrina.

⁸ Bravo Ibarra (2022, p. 230) plantea una crítica a este abordaje identificando las contradicciones en las que ingresa el autor. Señala que: «En la propia concepción de Alvarado Velloso se evidencian contradicciones sistémicas, por cuanto la base de su teoría es una concepción escéptica sobre la verdad, pero luego, cuando aterriza al derecho procesal duro, retoma las categorías doctrinarias sobre qué hechos deben o no ser probados, e incomprensiblemente alude a los hechos «evidentes», como aquellos «conocidos por todos los integrantes de una sociedad dada y que, por ende, integran el conocimiento propio del juez producido por el diario vivir como integrante de aquella (Alvarado Velloso, 2006, p. 33). Y el

notorios son los conocidos y aceptados pacíficamente por muchas personas, los hechos evidentes: «son los conocidos por *todos* los integrantes de una sociedad dada, y que, por ende, integran el conocimiento propio del juez producido por el diario vivir como integrante de aquella».

En similar sentido, Couture (1990, p. 228) advierte que en los hechos evidentes: «la mentalidad del juez suplente la actividad probatoria de las partes y puede considerarse innecesaria toda tentativa de prueba que tienda a demostrar un hecho que surge de la experiencia misma del magistrado».

Ambos autores citados utilizan el mismo ejemplo de hecho evidente, a saber: que durante el día se tiene mejor visión que en la noche (Couture, 1990, p. 228; Alvarado Velloso, 2009, pp. 26-27). El ejemplo aportado plantea importantes inconsistencias en tanto perfectamente podría verse mejor en la noche con una adecuada iluminación artificial que en un día nublado y/o lluvioso. Además, considero que esta distinción entre hechos *notorios* y hechos *evidentes* no aporta utilidad para el razonamiento probatorio, teniendo en definitiva el mismo tratamiento procesal (afirmación sobre hechos que no requieren prueba), debiendo en todo caso considerarse ambas expresiones como equivalentes.

A continuación, para el análisis de este trabajo tomaré como base las tesis centrales de la concepción racionalista de la prueba⁹, entre ellas, la tesis correspondentista de la verdad en el contexto procesal y que el objetivo institucional de la prueba en el proceso judicial es la averiguación de la verdad sobre los hechos (Ferrer Beltrán, 2022, p. 49).

3. HACIA UNA CLARIFICACIÓN CONCEPTUAL DE LOS HECHOS NOTORIOS

Si bien no puedo dejar de desconocer lo ambiciosa que es esta tarea, comparto los pensamientos de quienes advierten que «la dificultad para precisar una noción [en referencia al hecho notorio] no puede constituir una razón para rechazarla» (Devis Echandía, 2006, p. 211) ya que no es lo suficientemente complejo como para «dinamitar la figura» (Vázquez, 2022, p. 146) de los hechos notorios.

Como primer apunte, la categoría de hechos notorios es contingente en el proceso judicial. Puede suceder que ningún sujeto del proceso alegue hechos notorios o incluso que la categoría no esté prevista normativamente, es decir, que los textos positivos no establezcan excepciones de hechos (jurídicamente relevantes) que no es necesario probar. El objetivo práctico de reconocer esta categoría parece ser la simpli-

ejemplo de hecho evidente que aporta el autor, sería que en el día se ve mejor que en la noche. No se entiende entonces cómo ahora sí existen verdades conocidas por todos, al punto que no requerirían ser probadas».

⁹ Un claro resumen sobre la concepción racionalista de la prueba es abordado por Accatino (2019).

ficación de la actividad probatoria para las partes y el juez, puesto que aquellas afirmaciones fácticas que se asumen como notorias, no requieren de prueba y, por ende, quedan excluidas del *thema probandum*. Cabe advertir que hay situaciones en las que el hecho notorio constituye el elemento fundante de la pretensión (hecho principal) por lo que igualmente debe ser acreditado en el marco del proceso¹⁰. Por otro lado, vale aclarar que la dispensa de prueba para los hechos notorios no significa que estos no ingresen al razonamiento probatorio, sino todo lo contrario, si bien no son hechos susceptibles de prueba, tienen que ser valorados en conjunto con los otros elementos de juicio y también debe analizarse el cumplimiento del estándar de prueba, esto es, si se alcanza un nivel de suficiencia probatoria con el conjunto de los elementos de juicio correspondientes¹¹.

En segundo lugar, podemos afirmar que la noción de *hecho* no brinda mayores dificultades conceptuales ni lingüísticas. En efecto, existe consenso entre juristas y filósofos en cuanto a que un hecho es un evento o un acontecimiento que sucede en el mundo real (Couture, 1990, González Lagier, 2000, Taruffo, 2011). También damos por sentado que lo que se prueba en el proceso judicial no son los *hechos*, sino las *afirmaciones* que se hacen sobre ellos (Carnelutti, 1982) o los enunciados, las proposiciones fácticas (Gascón Abellán, 2010¹²; Taruffo, 2011; 2012¹³).

Delimitado este marco general, y a efectos de seguir avanzando hacia la clarificación de los hechos notorios, propondré a continuación una metodología para abordar este objetivo.

3.1. Una propuesta de definición de los hechos notorios

Un buen primer paso en la clarificación de la noción es la siguiente: los hechos notorios son enunciados sobre hechos donde lo que es notorio es la *verdad*. Esto es, el valor de verdad en el enunciado fáctico. Por lo tanto, los hechos notorios no son

¹⁰ En Uruguay, el art. 138.1 del Código General del Proceso Uruguayo establece que requiere de prueba el hecho notorio cuando constituye «el fundamento de la pretensión». Por lo tanto, a modo de ejemplo, si falleciera el Presidente de Uruguay, para tramitar el proceso sucesorio su fallecimiento debería igualmente ser acreditado, aun cuando se tratara de un hecho notorio.

¹¹ Ferrer Beltrán (2022, p. 51) apunta con claridad las fases de la actividad probatoria «se trata de tres momentos lógicamente distintos y sucesivos, aunque en los procesos de toma de decisiones reales pueden presentarse entrelazados. Se trata de a) la conformación del conjunto de elementos de juicio sobre cuya base se adoptará la decisión, b) la valoración de esos elementos y c) propiamente, la adopción de la decisión».

¹² Gascón Abellán (2010, p. 83) «el objeto de la prueba no son hechos, sino enunciados sobre hechos».

¹³ Taruffo (2012, pp. 155-156) «...en el proceso no entran los hechos. Nosotros decimos “este hecho, el otro hecho”, pero hablar de “hecho” en el proceso es una manera resumida de hablar [...] Entonces, ¿qué es lo que entra en el proceso? Pues entran los enunciados lingüísticos, las frases, las propuestas, los enunciados que describen a los hechos».

susceptibles de prueba porque se conoce la verdad del enunciado fáctico. En efecto, ello trae aparejado como consecuencia que no se requiere de un debate probatorio porque se conoce la verdad de la proposición fáctica, ya sea mediante el *conocimiento social* o mediante el *conocimiento de una fuente fiable*.

Esto nos lleva a distinguir entre hechos notorios *conocidos* y hechos notorios fácilmente *cognoscibles*. En este sentido, comparto los estudios de Vázquez (2022, pp. 144-145) al señalar que «se podría decir que hay dos tipos de notoriedad en la categoría de “hechos notorios”: la conocida y la cognoscible de forma fácil y fiable». Esta clasificación la podemos ver reflejada en la regla 201(b) de la Federal Rules of Evidence de Estados Unidos al regular la *judicial notice of adjudicative facts*, que establece lo siguiente: «(b) Kinds of facts that may be judicially noticed. The court may judicially notice a fact that is not subject to reasonable dispute because it: (1) is generally known within the trial court’s territorial jurisdiction; or (2) can be accurately and readily determined from sources whose accuracy cannot reasonably be questioned»¹⁴. En consecuencia, podrán plantearse afirmaciones sobre hechos notorios que quizás no sean *conocidos* dentro de un conjunto de personas, pero que puedan ser *cognoscibles* de forma fácil y fiable.

Como argumentaré a lo largo de este trabajo, la noción de hecho notorio como afirmaciones sobre hechos *conocidos* o fácilmente *cognoscibles*, donde lo notorio es precisamente la verdad del enunciado, conecta con numerosas cuestiones de gran relevancia. La primera y fundamental es la propia noción de *verdad* que, precisamente, es el hilo conductor de ambas subcategorías. Tal como desarrollaré en los próximos apartados, el hecho es notorio porque se asume como verdadera una proposición fáctica¹⁵, ya sea por determinado contexto social o por las fuentes fiables que se pueden consultar. En otras palabras, el conocimiento social de un conjunto de personas se asume como un criterio de lo que es verdadero (hecho notorio *conocido*) o la fiabilidad juega como una suerte de garantía de que es verdadero lo que surge de la fuente consultada (hecho notorio fácilmente *cognoscible*), pero siempre me refiero a enunciados sobre hechos notoriamente verdaderos. Nuevamente aclaro que este trabajo asume la tesis de la verdad por correspondencia en el contexto procesal, la que no es compatible con la verdad consensuada donde para quienes la verdad es tan solo aquello en lo que estamos de acuerdo (Rorty, 1979) y, por ende, bajo esa concepción los hechos notorios serían verdaderos si todos estamos de acuerdo que lo son. Esta

¹⁴ «(b) Tipos de hechos que pueden ser declarados notorios judicialmente. El tribunal puede declarar un hecho como notorio si ese hecho no es susceptible de una disputa razonable debido a que: (1) es ampliamente conocido dentro del ámbito territorial del tribunal del juicio o (2) puede ser determinado de forma acertada y fácilmente de fuentes cuya fiabilidad no puede ser razonablemente cuestionada» (traducción de la autora).

¹⁵ Decir que una proposición o una afirmación fáctica es verdadera significa que aquello que tal afirmación describe ha ocurrido en la realidad. Siguiendo a González Lagier (2022) la verdad es una relación de correspondencia o conformidad entre el lenguaje (entre un enunciado o proposición acerca de un hecho) y el mundo (la realidad o el hecho en sí).

tesis no es la asumida en el trabajo y para ello vale la pena profundizar en la clasificación antedicha para analizar cada subcategoría de forma independiente puesto que presentan cuestiones diversas.

3.1.1. *El hecho notorio conocido*

Dentro de la subcategoría de notoriedad *conocida*, se incorporan los hechos notorios *conocidos* por un conjunto de personas (comunidad, sociedad, colectivo y/o círculo social¹⁶) y, por ende, la proposición fáctica que se va a declarar como notoria se asume como verdadera por el conocimiento social. Esto no quiere decir que se asuma un criterio subjetivo de convicción de grupo. El punto está en qué proposición fáctica notoria se asuma como verdadera por el conocimiento social de un conjunto de personas. Puede resultar de utilidad la distinción que se suele utilizar en estadística, entre la media y la mediana, lo cual enfocado al conocimiento permite distinguir entre el conocimiento medio (entiéndase como el punto medio) y el conocimiento estadísticamente mediano que tiene una determinada sociedad (por ejemplo, si se trata de una sociedad con una gran mayoría de sujetos con conocimientos muy básicos, por más que haya un sujeto que tenga un conocimiento muy alto, el conocimiento mediano será inferior a la media). Referir al conocimiento medio o al mediano tiene efectos distintos, y eso se debe tener en consideración a la hora de analizar este punto, donde exigir el conocimiento medio puede ser un problema en base a estos términos.

Para ello, resultará necesario delimitar adecuadamente la población que se tomará como referencia para el conocimiento del hecho¹⁷. Cuanto mejor delimitadas estén las proposiciones o afirmaciones sobre hechos que se pretenden declarar como notorias, será más preciso y permitirá un mejor análisis y, en su caso, un mejor cuestionamiento por la contraparte. Siguiendo el ejemplo empleado por Vázquez (2022, p. 145) «deberíamos preguntarnos cuál sería el círculo social a considerar si se quisiera establecer como hecho notorio que las mujeres asumen el rol de cuidadoras».

Pero por otra parte, tampoco debemos desatender a la cuestión social del conocimiento que suele ser altamente problemática, puesto que presenta un gran obstáculo: la dificultad para alcanzar el consenso cognitivo en una población determinada. Así lo advierten Anderson, Schum y Twining al señalar que:

en una sociedad dinámica, multicultural y con múltiples clases, no es posible suponer un consenso cognitivo extensivo a través de las clases o culturas, o incluso dentro de las culturas. La idea de un consenso cognitivo que comprende un acervo común de conocimientos o creencias es altamente problemática (2015, p. 335).

¹⁶ Utilizo indistintamente estas expresiones a los efectos aquí planteados.

¹⁷ Cabe aclarar que la relevancia de delimitar adecuadamente las afirmaciones sobre hechos notorios es analizada en detalle en el apartado 3.2 de este trabajo.

Y los referidos autores utilizan como ejemplo la violencia de género o la igualdad de salarios, donde la existencia de un consenso cognitivo transversal de género no puede siempre asumirse dentro de una cultura o clase determinada.

En la misma línea, Taruffo nos recuerda que:

un dato que ya caracteriza de manera más clara muchas de las sociedades modernas es el que se suele denominar multiculturalismo, y es la consecuencia cultural de muchos factores que se entrelazan, como la presencia de numerosas etnias distintas en el mismo ambiente social y político, la estratificación económica (que se va acentuando cada vez más en lugar de reducirse), y la fragmentación social que a su vez va aumentando. En esencia, vivimos en sociedades cada vez más desarticuladas y heterogéneas, a pesar de las grandes tendencias de homogeneización económica y cultural que sin embargo existen en el plano mundial (2006, pp. 120-121).

Por esta razón, como punto de partida resulta necesario reconocer que la idea de un consenso cognitivo que comprenda un acervo de conocimientos comunes es altamente dificultosa. La exigencia de un conocimiento por *todos*¹⁸ los miembros de una población determinada, estructuralmente multicultural, corre el riesgo de quedar completamente vacía (Taruffo, 2006, p. 122). Por otra parte, resulta necesario considerar el fenómeno de la globalización, la migración y la era de internet. Las fronteras entre países o incluso, entre culturas o comunidades diversas (piénsese la occidental versus la oriental) se tornan borrosas y dejan de existir límites claros y estables. Por ello es que la clasificación que la doctrina ha empleado¹⁹ en cuanto a la ubicación geográfica donde acontece el hecho notorio, universal, regional, nacional o local, pierde cierta utilidad o vigencia en la actualidad²⁰.

Lo antedicho me lleva a concluir que tampoco es necesario exigir que el hecho notorio sea conocido socialmente en el momento y lugar donde tramita el proceso judicial. En este sentido, me aparto de las consideraciones planteadas por algunos doctrinos antes citados²¹, puesto que entiendo que puede tratarse de afirmaciones sobre hechos que —pese a no haber ocurrido en la misma época y/o lugar donde tramita un proceso judicial—, son asumidas como verdaderas por una población determinada (a modo de ejemplo, piénsese en el caso del Covid-19 que se podría alegar como hecho notorio en procesos judiciales tramitados con posterioridad a la pandemia).

¹⁸ Recordemos que la Ley de Enjuiciamiento Civil Española exige la «notoriedad absoluta y general» (art. 281.4).

¹⁹ Por ejemplo, Pérez Daudí (2011) quien también cita a Garcimartin Montero (1997) y Montero Aroca (2005).

²⁰ Podrán resultar útiles para delimitar ciertos hechos notorios cuando lo que interesa es que la proposición fáctica se asuma como verdadera por parte de una población determinada.

²¹ Couture (1990), Taruffo (2008), Cruz Arenhart y Marinoni (2015) requieren que el hecho sea notorio en el lugar y en el momento en que se dicta la decisión judicial.

3.1.2. *El hecho notorio fácilmente cognoscible*

A diferencia de la notoriedad *conocida*, donde se asume como verdadera una proposición fáctica por el contexto social, en la notoriedad fácilmente *cognoscible* se asume como verdadera una afirmación sobre hechos por la fiabilidad de las fuentes consultadas. Precisamente, la cognoscibilidad es «la posibilidad de ser conocido»²². Es decir, en esa cognoscibilidad potencial se pone atención en las fuentes fiables a consultar que juegan como una suerte de garantía de lo que es verdadero. En este sentido, podríamos decir que el art. 180 del Código General del Proceso Colombiano que considera hecho notorio a los «indicadores económicos nacionales» es de notoriedad fácilmente *cognoscible*. Evidentemente un sujeto no tiene por qué conocer cuál es el indicador económico de un determinado período, pero puede asumirse como un hecho de notoriedad *cognoscible*, siempre y cuando (a) sea fácilmente accesible dicha información sobre los indicadores económicos (suponemos que debería encontrarse publicada en la página web del gobierno colombiano) y (b) surja de una fuente de información *fiable*. Como vemos, la problemática que enfrenta esta categoría es muy distinta a la del hecho notorio *conocido* que abordé en el apartado anterior y básicamente se puede resumir en dos aspectos que refieren al límite de la cognoscibilidad: la facilidad de acceso y la fiabilidad de la fuente de información, los que a continuación serán analizados.

Por un lado, considero que para que un hecho ingrese en la categoría de notoriedad *cognoscible*, debe ser fácilmente accesible para todo interesado o, al menos, para las partes litigantes en el proceso judicial²³. A nivel de la jurisprudencia se han considerado hechos notorios (por su carácter fácilmente *cognoscible*) el salario mínimo nacional²⁴ y las resoluciones judiciales almacenadas en los sistemas informáticos del Poder Judicial²⁵. Advierto que, si únicamente pudiera acceder a determinada

²² Según la definición del Diccionario de la Real Academia Española. Si bien considero que los diccionarios de lengua no tienen autoridad normativa, no se puede desconocer su valioso aporte en la actividad interpretativa.

²³ A modo de ejercicio a partir de casos hipotéticos, podría suceder que la afirmación sobre hechos que se pretende declarar como notoria se encuentre en una plataforma digital de acceso limitado a socios de una determinada organización y que, precisamente, ambos litigantes (el que alega el hecho notorio y su contrario) sean socios de dicha organización, por lo cual —si bien la información no sería accesible para todo interesado— sí lo sería para ambos litigantes.

²⁴ La Suprema Corte de Justicia de Uruguay en Sentencia 73/2006 de 05 de junio de 2006 señala que «en la actualidad, es un hecho notorio el incremento del valor del salario mínimo nacional». Disponible en la Base de Jurisprudencia Nacional Pública: <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/>. Asimismo, la Tesis: III.4o.T.60 L (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, Registro Digital: 2022523, México, citada por Vázquez (2022).

²⁵ En México ciertos órganos del Poder Judicial Federal siguen el criterio jurisprudencial de que las versiones electrónicas de las resoluciones emitidas por los juzgados de distrito y por los tribunales de circuito que están almacenadas en el Sistema Integral de Seguimiento de Expedientes —SISE— constituyen un hecho notorio para el órgano jurisdiccional resolutor y, por tanto, pueden invocarse como tales, sin necesidad de glosar al expediente correspondiente la copia certificada de la resolución.

información una parte de la población —en la que no estuvieran comprendidas las partes— (por ejemplo, que solamente los funcionarios judiciales tuvieran acceso a las resoluciones judiciales y no todos los usuarios del Poder Judicial) debería quedar excluida la notoriedad del hecho fácilmente *cognoscible*.

Ahora bien, de acuerdo con la postura que sostengo en este trabajo, no solamente se requiere que la notoriedad sea *fácilmente* cognoscible, sino también que las fuentes consultadas sean *fiabiles*²⁶. Y esto no es un asunto menor puesto que la fiabilidad es precisamente lo que opera como una suerte de garantía de que la proposición fáctica es verdadera. El uso del término *fiabilidad* es vago y se le suelen atribuir sentidos muy diversos en función del contexto en que es empleado (Vázquez, 2015, p. 198). Por esta razón conviene analizar con detalle el concepto de fiabilidad. En la actualidad, el acceso a la información se ha globalizado y ya no es necesario recurrir a los soportes tradicionales (libros, documentos o enciclopedias en formato papel) sino que cualquier sujeto con un dispositivo electrónico y conexión a internet puede acceder desde cualquier parte del mundo a plataformas digitales, navegadores web, buscadores online, redes sociales, etc. No obstante, pueden existir problemas con la calidad o genuinidad de la información a la que el sujeto interesado accede tanto en formato papel como a través de esas plataformas digitales, puesto que los datos incorporados pueden ser falsos, imprecisos o la fuente puede haber sido modificada.

Hoy en día la sociedad es víctima de la desinformación a través de las noticias falsas (*fake news*). Por dicho término se engloban numerosas formas en que la información puede ser manipulada según señala Wardle (2017): «*false connection; false context; manipulated content; satire or parody; misleading content; imposter content and fabricated content*²⁷». Y estas circunstancias deben tenerse presentes a la hora de examinar la fiabilidad de la fuente, por lo que es imprescindible contar con criterios claros de evaluación de las diferentes fuentes de información.

Adviértase que, aun cuando el hecho se encuentre publicado en una plataforma online (página web, red social, etc.) de un gobierno —la llamada *información oficial*— pueden existir buenas razones para argumentar que la plataforma digital del gobierno no es fiable, no es genuina o ha sido adulterada. Así lo ha advertido Vázquez (2022, p. 148) al señalar que es un «error inferir la “fiabilidad” del “carácter

²⁶ Según el Diccionario de la Real Academia Española por *fiable* debe entenderse «Que ofrece seguridad o buenos resultados. Mecanismo, método fiable. Creíble, fidedigno, sin error. Datos fiables».

²⁷ «Conexión falsa, contexto falso, contenido manipulado, sátira o parodia, contenido engañoso, contenido impostor, contenido inventado» (traducción de la autora). Según Wardle (2017) la *conexión falsa* se verifica cuando los titulares, las imágenes o los subtítulos no son compatibles con el contenido; el *contexto falso* cuando se comparte contenido genuino con información contextual falsa; el *contenido manipulado* se visualiza cuando se manipula información o imágenes genuinas para engañar; la *sátira o parodia* se presenta cuando sin intención de causar daño, el contenido tiene potencial para engañar; el *contenido engañoso* se verifica mediante el uso engañoso de información para enmarcar un problema o individuo; el *contenido impostor* cuando se suplantán fuentes genuinas y, por último, el *contenido inventado* es un contenido 100 por 100 falso, diseñado para engañar.

regulado”» de la fuente consultada. Ni que hablar de la información que se encuentra publicada en la enciclopedia colaborativa digital Wikipedia, basada en un modelo de edición abierta donde cualquier sujeto puede incorporar información (registrándose bajo pseudónimo o incluso sin registrarse). Nótese que la propia Wikipedia en la sección general titulada «limitación general de responsabilidad» alerta a los usuarios que «la información que encuentre en esta enciclopedia no necesariamente ha sido revisada por expertos profesionales que conozcan los temas de las diferentes materias que abarca, de la forma necesaria para proporcionar una información completa, precisa y fiable». Al respecto, Claes y Tramullas (2021) explican que Wikipedia:

Al igual que otros recursos de información digital, presenta problemas de credibilidad, relacionados con el origen y la creación del contenido, que depende de una comunidad de editores, cuando tradicionalmente el contenido era creado por un experto; ahora esa identidad queda enmascarada, oculta; a esto hay que unir el problema del contexto, ya que los usuarios realizan valoraciones y juicios de credibilidad influenciados por su entorno, en el cual intervienen otros usuarios, opiniones externas y comportamientos adquiridos o aprendidos.

Y en cuanto a la información digital, también cabe recordar el carácter transitorio de la información disponible *online*: sitios cuyo contenido evolucionó a algo diferente a lo que había sido citado, sitios cuyo contenido migró a un nuevo lugar *online*, sitios cuyo contenido desapareció, sitios que exigen control de acceso, usuario/contraseña, sitios de entidades desconocidas o autores anónimos.

Por otro lado, podemos encontrar legislaciones procesales que optan por establecer un listado de fuentes fiables, como puede ser el caso de la India que en la Section 57 de la *Indian Evidence Act* establece: «The Court shall take judicial notice of the following facts: [...] In all these cases, and also on all matters of public history, literature, science or art, the Court may resort for its aid to appropriate books or documents of reference. If the Court is called upon by any person to take judicial notice of any fact, it may refuse to do so unless and until such person produces any such book or document as it may consider necessary to enable it to do so²⁸». Si bien comparto con Soba Bracesco (2022, p. 163) que congelar las fuentes de donde se obtiene conocimiento acerca de lo notorio no se ajusta a los avances que se reconocen en la producción y difusión del conocimiento, lo cierto es que la categoría de *libros o documentos de referencia* es sumamente amplia, por lo que es importante corroborar la fiabilidad de la fuente.

En consecuencia, en tiempos de información digital y noticias falsas los criterios de evaluación de las fuentes de información deben ser aún más rigurosos. Desde la bibliotecología y las ciencias de la información se han elaborado diversas pautas de evaluación de la información (tanto en su forma como en su contenido), que permi-

²⁸ «La Corte podrá declarar notorios los siguientes hechos: [...] En todos estos casos, y también en todos los asuntos de historia pública, literatura, ciencia o arte, la corte podrá recurrir para su ayuda a libros o documentos de referencia apropiados. Si cualquier persona solicita al tribunal que tome nota judicial de algún hecho, puede negarse a hacerlo, a menos que y hasta que dicha persona presente cualquier libro o documento que considere necesario para permitir hacerlo» (traducción de la autora).

ten establecer la calidad y fiabilidad de las fuentes consultadas (Merlo Vega, 2003; Ferran Ferrer y Pérez Montoro, 2009; Pinto, 2015). Estos indicadores se suelen agrupar en una serie de criterios que podríamos resumir en el siguiente cuadro —adaptado del trabajo de Pinto (2015)—:

CRITERIOS	INDICADORES
Autoría	Información sobre el autor/a (identificación, afiliación, experiencia, etc.) Medio de contacto del autor/a
Propósito	Objetivo de la información que se publica En caso de páginas web, verificar el dominio: .com (comercial); .edu (educacional); .org (organización); .gov (gobierno); .es (país: España)
Actualidad y mantenimiento	Fecha de creación Fecha de actualización Información actual y actualizada Existencia de enlaces obsoletos y/o incorrectos
Contenido	Exactitud, alcance, precisión y rigor Indicación de fuentes de información que se han utilizado Posibilidad de contrastar o verificar la información presentada Revisión del contenido publicado por un comité editorial, por pares, etc. Errores gramaticales o de ortografía
Accesibilidad, estructura y diseño	Contenidos bien estructurados Facilidad de navegación y acceso a los contenidos Diseño funcional y atractivo
Ausencia de sesgos en la producción y divulgación de la información	Detectar posibles conflictos de intereses entre quienes produjeron la información y el contenido del asunto. Por ejemplo: una empresa farmacéutica puede publicar estudios científicos sobre la eficacia de un determinado medicamento en su sitio web, pero a su vez, puede ser propietaria de la patente y beneficiarse de sus ventas. Un organismo gubernamental puede revelar información sesgada y distorsionada por razones políticas ocultas.

Las fuentes de información consultadas deben ser fácilmente disponibles, accesibles y fiables. Por esta razón, es sumamente peligrosa y, a su vez, extremadamente débil la tesis que sostiene que los datos publicados en plataformas digitales constituyen un hecho notorio por formar parte del conocimiento público o por la accesibilidad de ese conocimiento²⁹. Es un grave error considerar que todo lo que se visualiza en internet es un hecho notorio, no se puede confundir la facilidad del acceso a la in-

²⁹ Es una tesis sostenida por el Tercer Tribunal Colegiado En Materia Civil Del Primer Circuito. Amparo en revisión 365/2012. Mardygras, S.A. de C.V. 7 de diciembre de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretaria: Ana Lilia Osorno Arroyo. 2004949. I.3o.C.35 K (10a.). Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XXVI, noviembre de 2013. Disponible en: <https://odim.juridicas.unam.mx/sites/default/files/Tesis%202004949%20-%20Civil.pdf>

formación con su fiabilidad. Son dos aspectos totalmente distintos e independientes, puesto que la fiabilidad apunta a la credibilidad, a lo fidedigno. Y si bien es habitual el uso de internet para buscar información sobre sujetos, empresas, lugares, acontecimientos históricos, económicos, políticos, sociales, geográficos, etc., esto no trae aparejado la fiabilidad de ese conocimiento. Incluso uno podría pensar que esas fuentes de información inicialmente confiables pudieron ser hackeadas momentáneamente.

En definitiva, debemos reconocer que existen problemas con la fiabilidad de las fuentes de información. La sola circunstancia de estar publicado en una plataforma digital o en un documento en formato papel no determina el carácter notorio del hecho. Por ello, en la definición que se postula en este trabajo la notoriedad debe ser *cognoscible* de forma *fácil y fiable*. Nótese que se trata de una conjunción copulativa y la justificación de que es fácilmente cognoscible y de que la fuente es fiable debe incorporarse al proceso para permitir un mejor análisis y, en su caso, un mejor cuestionamiento. Se debe adoptar una posición crítica frente a la fuente de información consultada puesto que, de lo contrario, todo hecho *cognoscible* sería pasible de constituir un hecho notorio. Por ello corresponde permitir el control de la calidad de la información a través de la dialéctica procesal y una metodología de decisión adecuada.

3.2. La relevancia de la delimitación adecuada de las afirmaciones sobre hechos notorios

Un último aspecto importante a la hora de clarificar el concepto de hechos notorios es la necesidad de establecer con la mayor precisión posible las proposiciones o afirmaciones sobre hechos que se pretenden declarar como notorios, a efectos de un conocimiento más preciso, de un mejor análisis y, en su caso, de un mejor cuestionamiento³⁰.

En principio ello no solamente comprende la alegación del hecho en sí mismo, sino también la justificación de su notoriedad (tanto la *conocida* como la fácilmente *cognoscible*). Y si bien es posible que una de las objeciones que se formule a esta propuesta de definición de hechos notorios, es precisamente que justificar la notoriedad del hecho implicaría que el mismo deja de ser notorio, en ciertos casos dicha justificación resulta necesaria para una mejor delimitación del enunciado sobre hechos notoriamente verdaderos y eventualmente, un mejor cuestionamiento o contradicción. Evidentemente, si se alega como hecho notorio que «*Madrid es la capital de España*», esta proposición fáctica es lo suficientemente específica. Pero existe otro tipo de hechos notorios que requieren de cierta precisión al ser formuladas las proposiciones e individualizado el hecho que se pretende asumir como notorio. Al respecto, Vázquez (2022, p. 145) señala con un claro ejemplo:

³⁰ Si bien no podemos dejar de reconocer que el lenguaje de por sí adolece de vaguedad y ambigüedad (Guastini, 2014), esto no es incompatible a priori con la precisión, por lo que las proposiciones fácticas deberían ser lo más claras y precisas posibles.

imaginemos que se quiere asumir como hecho notorio que «son las mujeres quienes realizan las tareas de cuidado de otras personas» es una proposición algo imprecisa, dado que no se especifica a qué tareas de cuidados se refiere y, precisamente por ello, puede ser susceptible de mayor cuestionamiento razonable. En cambio, sostener que «son las mujeres quienes realizan las labores de cuidado de enfermos en la familia», menos cuestionable será

Una cuestión vinculada a esto refiere a proposiciones tales como las *desigualdades estructurales*, la *violencia de género*, la *discriminación*, la *contaminación ambiental*. Cierta parte de la doctrina³¹ y jurisprudencia³² ha sostenido que se trata de hechos notorios de tipo *estructural* o *genéricos*, para dispensarlos de prueba. Si bien en dogmática y filosofía se ha planteado la clasificación teórica de los hechos entre *simples* o *complejos* (Taruffo, 2011), *individuales* o *genéricos* (González Lagier, 2000), desde el plano ontológico no existen realmente en el mundo hechos genéricos o individuales; todos son hechos, solo que más o menos circunstanciados en tiempo y lugar; duran más o duran menos, se dan en un solo lugar o se dan en varios. Asimismo, desde el plano lógico-lingüístico, lo que suele diferenciar a los hechos genéricos de los individuales es la forma en que se identifica el sujeto de la oración y la mayor o menor especificación de los complementos circunstanciales. Tal como explica Bravo Ibarra (2023, p. 78) se trata de elementos adicionales que permiten circunscribir al enunciado espaciotemporalmente, en tanto «el complemento circunstancial concurre como un modificador del verbo y toma este nombre porque especifica las circunstancias que acompañan las acciones o los procesos (Real Academia Española y Asociación de Academias de la Lengua Española, (2010 p. 16)». A partir de este marco general considero que proposiciones como las antes señaladas pueden ser categorías en la que se insertan ciertos enunciados individuales o afirmaciones sobre hechos que en cierta medida son imprecisas o generales y, por lo tanto, este tipo de enunciados no es el que suele interesar en el ámbito del razonamiento probatorio de un proceso judicial en concreto, sin perjuicio de lo cual puede ser importante y/o útil para situar el contexto histórico,

³¹ Por ejemplo, en Uruguay, Fernández Ramírez (2022) sostiene: «Creo que las desigualdades dentro del proceso no son extremos que admitan prueba, en ese sentido encajan dentro de la categoría de hecho notorio. Ello no implica que no haya que explicarlos en la plataforma argumentativa, a efectos de incluirlos en el razonamiento probatorio como un elemento conectado y que transversaliza específicamente con los hechos concretos que se denuncien —o reclamen— y a efectos de respetar las garantías procesales y su debido contralor». Soba Bracesco (2022, pp. 158-159) señala que: «Dejando atrás la aproximación clásica a lo notorio, quisiera realizar un planteo que puede ser opinable, polémico, pero que es necesario conocer y problematizar. Me refiero a lo siguiente: en ocasiones, lo notorio ya no es un hecho individual, aislado, puntual, sino que nos enfrentamos a fenómenos complejos, entrelazados, estructurales o sistémicos. Aquí algunos ejemplos algo diversos de lo que quiero dejar planteado: la discriminación histórica a poblaciones indígenas o nativas, la historia del colonialismo, la discriminación o segregación racial, terrorismo de estado, genocidios, la amplia gama de fenómenos de violencia de género hacia las mujeres, el cambio climático, la contaminación ambiental. En esos casos, ¿cómo lidiamos con la notoriedad (respaldada en evidencia)?».

³² A modo de ejemplo, en México el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación para acreditar «las razones de género» ha hecho alusión a la «notaria desigualdad» entre hombres y mujeres en el país y el «ambiente notorio» de violencia de género (Sentencia SRE-PSC-17/2022 de la Sala Regional Especializada del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, de fecha 7 de marzo de 2022).

económico, social y/o cultural en el que se inserta el caso. Lo explico con el siguiente ejemplo que aporta claridad al punto: si en un proceso judicial se denuncia un determinado daño ambiental (que además constituye el fundamento de la pretensión), el fenómeno estructural de la contaminación ambiental como tal (o *estructural*), no sería probatoriamente relevante para el caso concreto, sino que debería verificarse el enunciado sobre hechos en relación a sujetos y espacio temporalmente definido donde se manifieste una afectación concreta al daño por la contaminación ambiental³³. No obstante estas consideraciones, cabe señalar precisamente que, en materia ambiental, desde el derecho internacional de los derechos humanos se han consagrado ciertos principios orientadores para la toma de decisiones sobre asuntos ambientales bajo la perspectiva de derechos humanos. Entre ellos, el principio de precaución en virtud del cual «cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente» (Naciones Unidas. Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, 1972, Principio 15).

En definitiva, considero que en un proceso judicial la alegación de ciertos hechos de tipo *estructural*, podrá ser de utilidad para situar el contexto en el que se inserta el

³³ En Uruguay, en materia ambiental se releva la Sentencia 441/2017 de 8 de mayo de 2017, dictada por la Suprema Corte de Justicia que sostuvo: «1) En cuanto a que los hechos constitutivos de la pretensión son notorios y evidentes. No es de recibo el agravio. La contaminación ambiental y los daños que pueda provocar no pueden considerarse hechos notorios. La circunstancia de que obren agregados en autos artículos de prensa local que refieran a los hechos invocados en la demanda, no implica que dichos hechos sean notorios o evidentes en los términos del art. 138 del C.G.P. (...) 2) En cuanto a la prueba de la contaminación y de los daños invocados. No es de recibo el agravio. No debe soslayarse el hecho de que estamos ante un proceso en el que se reclaman daños y perjuicios derivados de contaminación ambiental [...] se coincide con la Sala en que no se incorporó a la causa ningún dictamen pericial que relacione la existencia de contaminación grave y que «ni siquiera surgen en forma clara y precisa cuáles son o fueron, en las distintas épocas, los estándares reglamentarios o técnicos a adoptarse y si el grado de contaminación que existe supera los mínimos tolerables establecidos. No se ha probado en forma acabada quién o quiénes son o fueron los responsables. Existen, incluso, referencias a que los habitantes del asentamiento o barrio circundante pueden ser causantes del daño ambiental, por la clasificación “in situ” de residuos. No se ha probado cuál es la incidencia de las inundaciones periódicas que la zona padece». El texto completo de la sentencia está disponible online en la Base de Jurisprudencia Nacional Uruguay: <https://bjn.poderjudicial.gub.uy/>. Por otra parte, en Argentina es conocida la Sentencia 468/2020, de 11 de agosto de 2020, dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), donde una Asociación Civil promovió una acción de amparo colectivo ambiental, contra dos Municipalidades, dos Provincias y contra el Estado Nacional, por quemas indiscriminadas que afectaban la salud, invocando «diversas fuentes para señalar que es un hecho notorio, de público conocimiento, que provoca alarma en la población y daños al ambiente», solicitando la adopción de medidas cautelares. Señala la CSJN: «3°) Que existen suficientes elementos para tener por acreditado que los referidos incendios, si bien constituyen una práctica antigua, han adquirido una dimensión que afecta a todo el ecosistema y la salud de la población [...] 5°) Que de lo expuesto surge que existe prueba suficiente, y de carácter público y notorio, que los incendios irregulares en los términos de la ley 26.562, masivos y reiterados en el Delta del Paraná han adquirido una dimensión que causa alarma en la población y una grave amenaza al ambiente». El texto completo de la Sentencia está disponible online <https://repositorio.mpd.gov.ar/> Asimismo, ambas sentencias son citadas en Soba Braccesco (2022).

caso concreto, por lo que no requerirán necesariamente de la producción de prueba. Pero lo estructural no dispensa de todas las pruebas, por lo que siempre será importante la formulación y delimitación concreta y específica de los enunciados fácticos que requieren ser probados. Y en el caso de tratarse de hechos que se pretenden declarar como notorios, su correcta delimitación será fundamental a efectos de un conocimiento más preciso, de un mejor análisis y, en su caso, de un mejor cuestionamiento.

4. LOS HECHOS NOTORIOS EN EL RAZONAMIENTO PROBATORIO

4.1. Del enunciado fáctico al enunciado corroborado, sin necesidad de prueba

Una vez clarificada la noción de hechos notorios corresponde indagar el rol que éstos cumplen en el razonamiento probatorio.

Si bien de lo analizado hasta aquí ya es posible evidenciar el impacto que tiene esta categoría, no resulta en demasía dejar en claro que los hechos notorios cumplen una función específica en el campo del razonamiento probatorio, a saber: tener por corroboradas ciertas premisas fácticas (enunciados o proposiciones) que se asumen como notorias en un proceso judicial. En este sentido, cabe recordar que lo que se incorpora al proceso son enunciados o proposiciones fácticas que presentan ciertas características: son hipotéticos, inciertos e incompletos y están sujetos a control y verificación probatoria (Taruffo, 2006). Son conjeturas, puesto que han sido alegados, pero todavía no han sido determinados como verdaderos y, luego de efectuada la verificación probatoria los enunciados dejan de ser hipótesis inciertas y adquieren un estatus cognitivo, que, en el contexto procesal, puede ser de tipo verdadero o falso (Taruffo, 2006). Pero en el caso de los hechos notorios, las afirmaciones sobre los hechos que se declaran notorias se asumen como verdaderas, sin que se ofrezca prueba al respecto.

Un apunte no menor en lo que al razonamiento probatorio y los hechos *notorios* respecta, es la distinción entre éstos y los hechos *no controvertidos*. Corresponde aclarar que, si la parte contraria en un proceso judicial no formula oposición a que una afirmación sobre hechos sea declarada como notoria, esta falta de oposición no la convierte en un hecho no controvertido. La categoría de hecho *notorio* mantiene su utilidad y la distinción con el hecho *no controvertido* no es meramente formal. Como ya analicé en los primeros apartados, al poner la atención en la noción de verdad, mientras que en la categoría de hechos notorios se asume como verdadera la proposición fáctica que se pretende declarar como notoria (ya sea por el contexto social o por las fuentes fiables que se pueden consultar), en los hechos no controvertidos no se asume ni la verdad ni la falsedad del enunciado³⁴.

³⁴ Cabe mencionar la teoría del *hecho pacífico* que según Taruffo (2010, p. 149) «se funda en una especie de *als ob* que recuerda al pensamiento de Vaihnger: no se sabe, en efecto, si el enunciado sobre el

4.2. Interrelaciones entre hechos notorios y máximas de la experiencia

Finalmente, y partiendo de lo analizado hasta el momento, es posible explorar las vinculaciones existentes entre los hechos notorios y las máximas de experiencia. A modo de puntapié inicial, utilizaré el siguiente cuestionamiento: la proposición fáctica «los metales se dilatan al calor», ¿es un hecho de notoriedad *conocida/cognoscible* o es una máxima de la experiencia?

Conforme desarrollaré en este apartado, cierto tipo de hechos notorios y las máximas de la experiencia se parecen mucho en su estructura, puesto que al final de cuentas ambas son *generalizaciones*, pero probatoriamente pueden jugar un rol distinto dependiendo de cómo se argumente en el caso concreto o en qué momento se incorporen al razonamiento probatorio. Previo a desarrollar este argumento me permito ir un paso atrás, comenzando por la propia noción de máximas de la experiencia y señalando las interrelaciones que ha identificado la doctrina entre éstas y los hechos notorios.

Las máximas de la experiencia, al igual que los hechos notorios, presentan imprecisiones conceptuales, lo cual es ampliamente analizado por Limardo (2022), quien releva el modo en que la doctrina europeo-continental ha entendido a las máximas de experiencia. Tal como apunta el autor:

Algunas personas autoras han considerado que las máximas de experiencia son «conocimientos pacíficamente incorporados al patrimonio cultural de un círculo social determinado, y se hallan por ello al margen del objeto probatorio» —en otras palabras, no deberían ser probadas en el marco del proceso — [...] Otros han destacado que la valoración de las pruebas debe realizarse de acuerdo a las reglas de la sana crítica, que estarían integradas por la lógica, la psicología y la experiencia común (Velez Mariconde, 1982: 363) [...] Por otra parte, también se ha considerado que las máximas de experiencia son: «normas de valor general, independientes del caso específico, pero que, extraídas de cuanto ocurre generalmente en múltiples casos, pueden aplicarse en todos los otros casos de la misma especie» (Couture, 1958: 229-230) (2022, p. 122).

Nótese también lo que destaca Taruffo (2011, p. 219) al definir a las máximas de la experiencia como «nociones derivadas de la experiencia común» que «representan, pues, la base de conocimientos «generales» que sirven para la valoración de las pruebas». Y Taruffo las ejemplifica de la siguiente manera:

unas veces, en efecto, son vulgarizaciones de leyes lógicas o naturales, de modo que existe —al menos en teoría— la posibilidad de fundar la valoración de las pruebas sobre esas leyes. Más a menudo, en cambio, estas bases no existen y las máximas de experiencia expresan únicamente

hecho “pacífico” alegado y no negado, es verdadero o falso. Con todo, se admite —o se pretende— que el juez actúe como si ese enunciado fuera verdadero, es decir, como si el hecho supuesto y afirmado en la alegación hubiera ocurrido verdaderamente en el mundo de los acontecimientos reales. Como ya se ha dicho, la falta de oposición no determina la verdad del enunciado alegado: el estatus de este enunciado se mantiene epistémicamente incierto, pues la falta de oposición no agrega ninguna información que permita considerar justificada la afirmación de su verdad».

toscas generalizaciones, tendencias genéricas, opiniones o prejuicios difundidos, en cuya base está la cultura del sentido común sin convalidación o confirmación alguna de tipo científico (2011, p. 219).

En lo que respecta a las similitudes y diferencias entre los hechos notorios y las máximas de la experiencia hemos identificado algunos doctrinarios que se pronuncian específicamente sobre esto punto. Para Stein (1999, p. 167) —quien recordemos que adopta una perspectiva clásica-deductivista— los hechos notorios se diferencian de las máximas de la experiencia puesto que los primeros ocupan el rol de premisa menor en un razonamiento silogístico-deductivo, mientras que las máximas de la experiencia ocuparían la premisa mayor. Por su parte, Anderson, Schum y Twining sostienen que se puede aplicar la doctrina de los hechos públicos y notorios a lo que denominan las «generalizaciones de conocimiento general», entendidas como aquellas que son:

habitualmente aceptadas como bien establecidas en una determinada comunidad, palmeras, lluvia y alta humedad son comunes en Miami, Florida, las transacciones accionarias realizadas en la Bolsa de Nueva York son resumidas con precisión en el Wall Street Journal, la mayoría de los pubs en Inglaterra están asociados, de alguna manera, a una cervecería, y así, sucesivamente (2015, pp. 330-331).

Pero más adelante aclaran estos autores (2015, pp. 333-334) que «la idea de hechos públicos y notorios no debiera confundirse» con lo que denominan «conocimiento de contexto o generalizaciones de sentido común». En efecto, consideran que el hecho notorio es una noción más amplia que la generalización de sentido común puesto que «incluye el conocimiento de hechos específicos (que Lima es la capital de Perú)» y a su vez, «es más estrecha, porque buena parte de lo que pertenece al «sentido común» o al «acervo de conocimientos de la sociedad» no está bien fundado y su exactitud puede ser razonablemente cuestionada». Por último, según el análisis propuesto por Cruz Arenhart y Marinoni:

... los hechos notorios y las reglas de la experiencia no sólo tienen naturalezas diferentes, sino que también tienen funciones completamente diferentes en el proceso ... El hecho notorio, como todo hecho necesario para que el demandante demuestre su derecho, debe ser afirmado en la demanda, al contrario de las reglas de experiencia, que constituyen reglas de juicio, por lo que, obviamente, no precisan ser alegadas por las partes. Es fácil concluir que la diferencia de naturaleza y función entre los hechos notorios y las reglas de la experiencia provocan efectos, como que el hecho notorio debe ser alegado, y no la regla de la experiencia (2015, pp. 113-114).

Sin desconocer estos interesantes estudios, el objetivo de mi trabajo es evidenciar que existen ciertas proposiciones fácticas que pueden ser consideradas ya sea como hechos notorios o como máximas de la experiencia según el uso que se les confiera en el razonamiento probatorio. Hago referencia a ciertas proposiciones fácticas por cuanto algunas afirmaciones sobre hechos que se asumen como notorias no tienen vinculación alguna con las máximas de la experiencia. Por ejemplo, si la afirmación sobre hechos refiere a que «Joe Biden era el presidente de los Estados Unidos en enero del año 2023». En cambio, si nos enfocamos en otro tipo de afirmaciones sobre hechos referidas a *generalizaciones* (por ejemplo, las mujeres suelen encargarse de las

tareas domésticas en su hogar, hay menor cantidad de luz solar durante el invierno respecto del verano, un niño o niña no puede caminar solo con tres meses), dichas proposiciones fácticas podrán ser consideradas tanto como hechos notorios o como máximas de la experiencia. ¿Por qué? Si las analizamos nos damos cuenta que son enunciados que no tienen una naturaleza jurídica o estructura diferente —aquí me aparto de lo que plantean Cruz Arenhart y Marinoni (2015)—, sino que describen lo que habitualmente ocurre en el mundo como generalizaciones empíricas. Pero el punto interesante es que pueden jugar un rol distinto en el ámbito probatorio dependiendo de cómo se argumente en el caso o en qué momento ingresan al razonamiento probatorio. Las máximas de la experiencia sirven para conectar enunciados probatorios; mientras que los hechos notorios sirven para descartar del ámbito probatorio ciertos enunciados sobre hechos. Si es el tribunal el que, en la etapa de valoración de los hechos, incorpora en el proceso judicial estas proposiciones fácticas (generalizaciones) hablamos de máximas de la experiencia.

En resumen, considero que podemos entender mejor las interrelaciones entre los hechos notorios y las máximas de la experiencia si nos ponemos de acuerdo en que algunas proposiciones fácticas (generalizaciones) pueden operar en el campo del razonamiento probatorio como hechos notorios o como máximas de la experiencia, en función de cómo se argumente en el caso concreto y en qué momento procesal cobren relevancia. No tenemos que poner el foco en que una generalización sea en sí misma un hecho notorio o una máxima de experiencia, sino qué uso le damos en el razonamiento probatorio. De esta manera, ciertas proposiciones fácticas podrán jugar el rol de hechos notorios o máximas de la experiencia, según uno u otro caso.

5. CONCLUSIONES FINALES

El objetivo de este trabajo ha sido esclarecer el concepto de hechos notorios y explorar el rol que cumplen en el razonamiento probatorio. En este sentido, podemos dejar planteadas las siguientes conclusiones:

(i) Si bien es frecuente la utilización de la categoría de hechos notorios en el ámbito probatorio, la doctrina en general se ha ocupado poco de estudiar la noción que subyace al término.

(ii) La propuesta de este trabajo consiste en definir a los hechos notorios como enunciados sobre hechos donde lo que es notorio es la *verdad*.

(iii) Ello dispensa de un debate probatorio porque se conoce la verdad de la proposición fáctica, ya sea mediante el *conocimiento social* o mediante el *conocimiento de una fuente fiable*.

(iv) En este sentido, propongo distinguir dos tipos de notoriedad: la *conocida* y la fácilmente *cognoscible*.

(v) Para ello resulta necesario reconocer, por un lado, la problemática de la cuestión social y la dificultad para lograr el consenso cognitivo (en el hecho *conocido*) y, por otro lado, la problemática relativa a los límites de la cognoscibilidad y, sobre todo, la importancia de la fiabilidad de la fuente (en el hecho fácilmente *cognoscible*).

(vi) Cobra suma relevancia para el ámbito del razonamiento probatorio la formulación adecuada de las afirmaciones sobre hechos que se pretenden declarar como notorias, ya que cuanto más delimitadas sean dichas proposiciones, más preciso será su conocimiento y mejor analizadas y, en su caso, mejor cuestionadas podrán ser.

(vii) La función de los hechos notorios en el razonamiento probatorio consiste en dar por verdaderas o corroboradas ciertas premisas fácticas (enunciados o proposiciones) que se asumen como notorias en un proceso judicial en concreto.

(viii) Existen ciertas proposiciones fácticas que probatoriamente pueden jugar el rol de hechos notorios o de máximas de la experiencia en función de cómo se argumenten en el caso concreto o del momento procesal en el cual cobran relevancia.

BIBLIOGRAFÍA

- Accatino, D. (2019). Teoría de la prueba: ¿somos todos «racionalistas» ahora? *Revus*, 39, pp. 85-102. <http://journals.openedition.org/revus/5559>
- Alvarado Velloso, A. (2009). *Sistema procesal* (Tomo II). Rubinzal-Culzoni Editores.
- Anderson, T., Schum, D., Twining, W. (2015). *Análisis de la prueba* (traducción coordinada por Flavia Carbonell y Claudio Agüero). Marcial Pons.
- Bastos Pereira, C.F. (2023). *Fato notório e internet. Aspectos conceituais, processuais e probatorios*. Editora JusPodivm.
- Bravo Ibarra, S. (2022). *Prueba, valoración y decisión. Problemas jurisprudenciales y propuestas desde una teoría racionalista de la prueba*. Editorial Librotecnia.
- Bravo Ibarra, S. (2023). Lenguaje, lógica y algunas repercusiones de la (in)definición del thema probandum. *Quaestio facti. International Journal on Evidential Legal Reasoning*, 4, pp. 61-94. https://doi.org/10.33115/udg_bib/qfi.1.22807
- Calamandrei, P. (1933). Para la definición del hecho notorio (traducción de F. de J. Tena). *Revista General de Derecho & Jurisprudencia*, pp. 557-592.
- Carnelli, L. (1958). Evidencia notoria. En *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei* (Vol. 2: Diritto processuale). CEDAM.
- Carnelutti, F. (1982). *La prueba civil*. Ediciones Depalma.
- Claes, F. y Tramullas, J. (2021). Estudios sobre la credibilidad de wikipedia: una revisión. *Área abierta*, 21(2), pp. 187-204. <https://doi.org/10.5209/arab.74050>
- Couture, E. J. (1990). *Fundamentos del derecho procesal civil* (3ª edición, 16ª reimpresión). Ediciones Depalma.
- Cruz Arenhart, S. y Marinoni, L.G. (2015). *La prueba*. Thomson Reuters-La Ley.
- Devis Echandía, H. (2006). *Teoría general de la prueba judicial* (Tomo I). Editorial Temis S.A.
- Fernández Ramírez, L. (2022). *El hecho notorio y la prueba de lo estructural*. Disponible en: <https://www.revistaderecho.com.co/2022/04/16/el-hecho-notorio-y-la-prueba-de-lo-estructural/>
- Ferran Ferrer, N. y Pérez Montoro, M. (2009). *Búsqueda y recuperación de la información*, Editorial UOC, Barcelona. Disponible en: https://www.uv.es/cibisoc/tutoriales/trabajo_social/431_criterios_de_evaluacin.html

- Ferrer Beltrán, J. (2022). La decisión probatoria, en *Manual de razonamiento probatorio*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, pp. 397-458.
- Garcimartin Montero, R. (1997). *El objeto de la prueba en el proceso civil*. Cedecs.
- Gascón Abellán, M. (2010). *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Marcial Pons.
- González Lagier, D. (2000). Los hechos bajo sospecha. Sobre la objetividad de los hechos y el razonamiento judicial. En D. González Lagier, *Quaestio facti: Ensayos sobre prueba, causalidad y acción* (pp. 7-19). Palestra.
- González Lagier, D. (2022). Prueba, hechos y verdad. En J. Ferrer Beltrán (coord.), *Manual de razonamiento probatorio* (pp. 1-46). Suprema Corte de Justicia de la Nación. https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/Publicaciones/archivos/2024-02/Manual%20de%20razonamiento%20probatorio_0.pdf
- Guastrini, R. (2014). *Interpretar y argumentar*. Centro de estudios constitucionales.
- Limardo, A. (2022). Repensando las máximas de experiencia. *Quaestio facti: Revista Internacional Sobre Razonamiento Probatorio*, 2, pp. 115-153. http://dx.doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i2.22464
- Merlo Vega, J. A. (2003). La evaluación de la calidad de la información web: aportaciones teóricas y experiencias prácticas. *Recursos informativos: creación, descripción y evaluación*, pp. 101-110. https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/17956/DBD_Ev.%20calidad%20inf.%20web.pdf
- Montero Aroca, J. (2005). *La prueba en el proceso civil* (4ª edición). Editorial Civitas.
- Naciones Unidas. Departamento de Asuntos Económicos y Sociales (1972). *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo*. <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>
- Parra Quijano, J. (2006). *Manual de Derecho Probatorio* (15ª edición). Librería Ediciones del Profesional Ltda.
- Pérez Daudí, V. (2011). Prueba electrónica y hecho notorio. ¿es un hecho notorio lo que consta en una red social de internet (ej. facebook) o en otra página web? En X. Abel Lluch y J. Picó i Junoy (eds.), N. Ginés Castellet (coord.), *Prueba electrónica* (pp. 455-461). Librería Bosch S.L. <https://vlex.es/vid/prueba-electronica-hecho-notorio-331494674>
- Pinto, M. (2015). *Calidad y evaluación de los contenidos electrónicos*. <http://www.mariapinto.es/e-coms/calidad-y-evaluacion-de-los-contenidos-electronicos/>
- Rorty, R. (1979). *Philosophy and the Mirror of Nature*. Princeton University Press.
- Soba Bracesco, I. (2022). El hecho notorio en el derecho procesal comparado (desafiando los límites de la obviedad). En L. Fernández Ramírez, S. Martínez Morales y I. M. Soba Bracesco (coord.), *La prueba. Un cruce de caminos* (pp. 141-182). IJ Editores.
- Stein, F. (1999). *El conocimiento privado del juez. Investigaciones sobre el derecho probatorio en ambos procesos* (2da. Edición). Editorial Temis S.A.
- Taruffo, M. (2006). *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*, Editorial Temis S.A.
- Taruffo, M. (2008). *La prueba*. Marcial Pons.
- Taruffo, M. (2010). *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Marcial Pons.
- Taruffo, M. (2011). *La prueba de los hechos* (4ª edición). Editorial Trotta.
- Taruffo, M. (2012). *Proceso y decisión. Lecciones mexicanas de Derecho Procesal*. Marcial Pons.
- Vázquez, C. (2015). *De la prueba científica a la prueba pericial*. Marcial Pons.
- Vázquez, C. (2022). La conformación del conjunto de elementos de juicio: admisión de pruebas. En J. Ferrer Beltrán (coord.), *Manual de razonamiento probatorio* (pp. 137-221). Suprema Corte de Justicia de la Nación. https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/Publicaciones/archivos/2024-02/Manual%20de%20razonamiento%20probatorio_0.pdf
- Wardle, C. (2017). *Fake news. It's complicated. First Draft*. <https://firstdraftnews.org/articles/fake-news-complicated/>

Legislación y jurisprudencia

- Brasil. *Ley N° 5.869 del 11 de enero de 1973 (Código de Procedimiento Civil)*. <https://www.wipo.int/wipolex/es/legislation/details/9756>

- Chile. *Código de procedimiento civil*. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=22740>
- Chile. *Código procesal penal*. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=176595>
- Chile. *Ley 19.968, crea los Tribunales de Familia*. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=229557&idVersion=2019-07-08&idParte=>
- Colombia. *Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso)*. Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html
- España. *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*. BOE, núm 7, de 08/01/2000. <https://www.boe.es/boe/1/2000/01/07/1/con>
- Estados Unidos de América. *Federal Rules of Evidence*. <https://www.uscourts.gov/forms-rules/current-rules-practice-procedure/federal-rules-evidence>
- México. *Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares*. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPCF.pdf>
- Uruguay. *Código General del Proceso*. <https://www.impo.com.uy/bases/codigo-general-proceso/15982-1988>
- Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), 468/2020, de 11 de agosto de 2020. <https://repositorio.mpd.gov.ar/jspui/handle/123456789/2932>
- Sentencia de la Suprema Corte de Justicia (Uruguay), 73/2006, de 5 de junio de 2006. <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=52043>
- Sentencia de la Suprema Corte de Justicia (Uruguay), 441/2017, de 8 de mayo de 2017. <https://bjn.poderjudicial.gub.uy/>
- Sentencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (México), SRE-PSC-17/2022, de la Sala Regional Especializada, de fecha 7 de marzo de 2022. <https://www.te.gob.mx/sentenciasHTML/convertir/expediente/SRE-PSC-0017-2022->
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (México). El Tercer Tribunal Colegiado En Materia Civil Del Primer Circuito. Amparo en revisión 365/2012. Mardygras, S.A. de C.V. 7 de diciembre de 2012. <https://odim.juridicas.unam.mx/sites/default/files/Tesis%202004949%20-%20Civil.pdf>.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (México). Tesis: III.4o.T.60 L (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, Registro Digital: 2022523

THE CONTENT OF LEGAL EVIDENCE

Timothy Williamson

University of Oxford and Yale University

timothy.williamson@philosophy.ox.ac.uk

Orcid 0000-0002-4659-8672

ABSTRACT: The boundary between old evidence and new evidence depends on how the content of evidence should be individuated. The paper explores conflicting pressures on the standard of individuation. Computational considerations and Frege cases of unknown co-reference both favour fine-grained individuation. The mathematical structure of probability theory, intensional and direct reference semantics, differences in format between verbal and perceptual evidence, the need for evidence to be transmitted from one context to another in memory and testimony, and the publicity of legal evidence all favour coarse-grained individuation. The paper argues that coarse-grained individuation is theoretically better motivated, and that pressures towards fine-grained individuation can be understood as resulting from our reliance on efficient but fallible disquotational heuristics for the ascription of agents' relations to propositions on the basis of their interactions with sentences expressing those propositions. Coarse-grained models can still be adapted *ad hoc* to understand more fine-grained phenomena.

KEYWORDS: Evidence; probability; form; content; intensionalism.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION.— 2. HOW IS EVIDENCE INDIVIDUATED?.— 3. PROBABILITY SPACES AND COARSE-GRAINED INDIVIDUATION.— 4. FORMATS OF EVIDENCE.— 5. FREGE PUZZLES OF LEGAL EVIDENCE.— 6. TRACKING REFERENCE.— 7. IS EVIDENCE TRANSPARENT?.— 8. DISQUOTATIONAL HEURISTICS.— 9. COARSE-GRAINED CONTENT AND EPISTEMIC NORMATIVITY.— REFERENCES.

1. INTRODUCTION

We expect legal verdicts, judgments, and rulings to be supported by appropriate *evidence*. This relation of support is usually understood to hold primarily between the *content* of the verdict, judgment, or ruling and the *content* of the evidence, not just between sentence tokens or types, irrespective of such content. Two sentences, perhaps in different languages, may express the *same* content. Thus, contents are at a more abstract level than the sentences that express them. If one asks what these contents are, one may be referred to the philosophy of language. However, developments in modern philosophy of language raise contents to a level of abstraction so high that they may no longer seem fit for legal purposes. More specifically, contemporary semantic theories sometimes take two sentences that differ in cognitive significance to express the same content. But, for legal purposes, the cognitive significance of evidence is exactly what we are interested in. Thus, by ascending to the level of content, we risk abstracting away from the very thing we need. This paper will explain and explore such problems, for which there is no easy resolution.

All sorts of item are assessed against bodies of evidence: beliefs, claims, conjectures, theories, and propositions, as well as verdicts, judgments, and rulings. Which does our evidence *prove* or *refute*? Even if it is less decisive, which does it *confirm* or *disconfirm*?

For brevity, I will use “proposition” as a blanket term for whatever content is to be assessed against a body of evidence. Thus, we can ask how *probable* a proposition is on a given body of evidence.

When we update on new evidence, we ask a more dynamic question: does the new evidence make the proposition *more* or *less* probable than it was before?—or does it make no difference? If the ostensibly new evidence turns out to be just old evidence dressed up to look new, the probability should stay the same; updating was not needed. Some legal rules govern when new evidence may be introduced in a court case. If mere rewordings of old evidence counted as new evidence, such rules would create unnecessary problems. This suggests that evidence is understood as content, what is represented rather than what represents it.

The distinction between old and new evidence requires a standard for individuating evidence as the same or different. If we treat evidence as *encoded* by *representations* of some sort, we can ask: when do two representations encode the *same* evidence? Often, the representations are declarative sentences in contexts: the contexts are needed to fix the reference of indexicals and demonstratives such as “I”, “he”, “she”, “they”, “now”, “then”, “here”, “there”, “this”, “that”, and “those”. If the evidence a sentence encodes in a context is just the content or proposition the sentence expresses in the context, the question becomes: when does a declarative sentence S1 in a context C1 express the same proposition as a declarative sentence S2 in a context C2?

Declarative sentences are not the only representations capable of encoding evidence. We gain evidence from sense perception too, encoded in our own perceptual states. A jury or judge may be shown photographs of the crime scene in evidence, and they may also gain evidence of what the defendant is physically capable or incapable of, by seeing them in the dock. Perhaps such perceptual evidence could not be adequately encoded in a declarative sentence, even a very long one. Contrary to what is sometimes assumed, this does not mean that perceptual evidence is non-propositional. Perceptual appearances can be veridical or non-veridical, accurate or inaccurate, whether or not they can be adequately put into words. If someone looks to me to be a certain way, that visual appearance is veridical if and only they are that way; otherwise, it is non-veridical. Such a distinction between, in effect, truth-conditions and falsity-conditions is enough for the visual appearance to have a proposition as content, whether or not it can be adequately expressed in words.

Even when written documents are submitted in evidence, the words in them do not exhaust their evidential significance. Various propositions *about* the documents matter do. For example, was it sent by post or by email? If it is handwritten, whose handwriting does it resemble? And so on.

Not all propositions constitute evidence. It is standardly assumed that any proposition inconsistent with the evidence is false, which presumes that all evidence is true. Thus, a false declarative sentence does not encode evidence. Of course, a witness may give false testimony in court, for example by saying “Mr Brown spent the night with me” (thereby providing him with an alibi) when Mr Brown did *not* spend the night with her. But the evidence that her testimony provides is not the false proposition that Mr Brown spent the night with her; rather, the evidence it provides is the true proposition that *she testified that* Mr Brown spent the night with her, or something like that.

Although truth is necessary for being part of the evidence, it is of course not sufficient. A truth is part of *your* evidence only if you *have* it, in other words, you stand in an appropriate epistemic relation to it. Elsewhere, I have argued that the appropriate epistemic relation is *knowing* (Williamson, 2000, p. 184-208). Likewise, a truth is part of a *court's* evidence only if the court has it, in other words, the court stands in an appropriate epistemic relation to that truth, arguably, a knowledge-like relation.

This paper focuses not on whether being true or known is required for being evidence, but instead on the nature of the evidence itself, specifically, on how it is individuated, and, relatedly, whether the identity or distinctness of one's evidence must be *transparent* to one. Suppose the jury hears some evidence, but it is opaque to them whether it is genuinely new evidence, or just old evidence in a new guise. Then it may also be opaque to the jury how it should update on this evidence: whether it enhances the support for some proposition, so their confidence in it should increase, or whether it is just some old evidence supporting in a new form, so their confidence in the proposition should stay the same. Thus, individuating evidence in ways opaque to us may render us unable to work out how to comply with an epistemic

or legal norm, such as one of proportioning one's confidence in a proposition to the evidence. What our evidence *appears* to support may conflict with what it really does support, in ways we are in no position to adjudicate, since we do not know which is reality and which appearance.

Someone might respond: if so, at least for legal purposes, our evidence had better be individuated in a way that *is* transparent. But perfect transparency may be impossible, for general epistemological reasons (Williamson, 2000, p. 93-113). The most systematic framework for thinking rigorously about evidence may imply gross failures of transparency, not just slight failures. This paper works through these issues.

2. HOW IS EVIDENCE INDIVIDUATED?

The central choice-point for individuating evidence is how fine-grained or coarse-grained the individuation is to be: the finer the grain, the more it takes for two representations to encode the same evidence; the coarser the grain, the less it takes for them to encode the same evidence.

To get more precise, we need a more informative conception of evidence. We will assume that evidence is *propositional*, in the sense of being true or false in possible circumstances. As already noted, that it is propositional does not mean that it is linguistic or quasi-linguistic in form; a sensory perception may be veridical or non-veridical, and have a content true or false in various possible circumstances, without being linguistic or quasi-linguistic in form. Evidence must be propositional, since propositions are compatible or incompatible with it; compatibility and incompatibility are relations between propositional items. In what follows, each piece or body of evidence is treated as a proposition. I have argued for the propositionality of evidence in detail elsewhere (Williamson, 2000, p. 194-200). Thus, the individuation of evidence boils down to the individuation of propositions.

The most salient coarse-grained approach to individuating propositions is *intensionalism*, on which propositions are identical if and only if they are necessarily equivalent, in other words, they cannot differ in truth-value. In each possible world, they are both true or both false. For present purposes, we take this impossibility to be metaphysical, rather than logical or epistemic; not much here will turn on the exact understanding of "metaphysical".

That identical propositions are necessarily equivalent is trivial, for each proposition *p* is necessarily equivalent to itself, so by Leibniz's Law of identity, if *p* and *q* are identical, *p* is necessarily equivalent to *q*. What is controversial in intensionalism is the converse claim, that necessarily equivalent propositions are identical, which more fine-grained approaches deny. The latter are *hyperintensional*, holding that some pairs of propositions are distinct but necessarily equivalent.

Of course, different philosophers may use the theoretical term "proposition" with different senses, perhaps differing in the associated fineness of grain. For present pur-

poses, the question would then be: which of those senses is best-suited to understanding the function of evidence, at least in a legal context? A key issue for individuating evidence is whether there are distinct but necessarily equivalent pieces of evidence. The next section considers this issue in the setting of probability theory, since its rigorous mathematical framework is conducive to clarity. Although evidence in legal contexts is not usually discussed in such precise quantitative terms, it sometimes is. An expert witness may testify about the probability that a trace of DNA found on an item of clothing at the murder scene came from the defendant. Thus, a theory of legal evidence should at least be able to make sense of probabilistic relations of evidence to propositions.

3. PROBABILITY SPACES AND COARSE-GRAINED INDIVIDUATION

As just noted, one role for evidence is to provide a basis on which to assess the probability of propositions. We often need to ask how probable a proposition is *on our evidence*¹. An account of evidence that cannot make sense of probabilities on our evidence is to that extent dysfunctional. That is not to say that *all* evidential relations are probabilistic, just that some of the most important and best-understood of them are. A theory of evidence that does not engage properly with probability theory is inadequate to the modern world.

The cognitive power of probabilistic thinking derives from its mathematical structure. That structure unfolds within a mathematical framework made formally precise by the mathematical definition of a *probability space*. That definition reveals how evidence is individuated in standard probability theory.

A probability space is based on an underlying set Ω , whose members are called “outcomes”. They are sometimes informally conceived as the possible outcomes of an experiment, though that way of thinking is not very relevant in a legal context. What matters is that they are mutually exclusive and jointly exhaustive; each outcome is meant to be maximally specific in all relevant respects. Subsets of Ω are called “events.” The probability space also includes a probability measure Pr , mapping events to real numbers in the closed interval $[0, 1]$, conceived as their probabilities. The impossible empty event $\{\}$ has probability 0; the necessary event Ω has probability 1. The probability of the union of any finite or countably infinite collection of mutually incompatible events is required to be the sum of the probabilities of those events. Consequently, the probabilities of any event and its complement event sum to 1. To handle combinatorial difficulties arising if Ω is infinite, the standard definition of a probability space avoids requiring probabilities to be assigned to *all* subsets of Ω (with the device of an “ σ -field»)². For simplicity, we can ignore that restriction;

¹ On such evidential probabilities see Williamson (2000, p. 209-237)

² See Grimmett and Stirzaker (2001, ch. 1).

it makes no difference to the issues discussed in this paper. In a standard legal setting, the relevant possibilities can presumably be treated as finite in number.

Structurally, a probability space is like a simple Kripke model for modal logic. Instead of “worlds”, one speaks of “outcomes”; instead of “propositions”, conceived as sets of worlds, one speaks of “events”, conceived as sets of outcomes; instead of “ \mathcal{W} ”, the set of all worlds, one speaks of “ Ω ”, the set of all outcomes. To complete the analogy, one can treat the universal relation, which any outcome has to any outcome, as an accessibility relation R for the probability space, so any world is possible from the perspective of any world.

We also want to discuss the probabilities of events *conditional* on an event E , where we in effect exclude all outcomes outside E and recalibrate: the conditional probability of an event H on E is the proportion (weighted by Pr) of the E -region of the probability space that overlaps the H -region. When $\text{Pr}(E)$ is nonzero, we can therefore define the conditional probability $\text{Pr}(H|E)$ of H on E as the ratio $\text{Pr}(H \cap E) / \text{Pr}(E)$. When $\text{Pr}(E) = 0$ but E is non-empty, we may still be able to make sense of the conditional probability $\text{Pr}(H|E)$ by treating conditional probability as basic and undefined, though it must still satisfy the ratio equation when $\text{Pr}(E)$ is nonzero. We can conceive E here as new information on which to update. Then $\text{Pr}(H|E)$ is the probability of the proposition H *on* the evidence. For present purposes, we make the simplifying assumption that whenever E is evidence, $\text{Pr}(E)$ is nonzero (it is not crucial to the arguments of this paper). The probability space gives us just what we need for evidential probabilities.

To reach that satisfactory conclusion, we had to treat both the proposition H and the evidence E as events, sets of outcomes, in order for their unconditional and conditional probabilities to be defined in the model. In effect, events in a probability space are individuated intensionally: $E = F$ whenever, for each possible outcome o , E is true in o ($o \in E$) if and only if F is true in o ($o \in F$). “Possible” here corresponds to whatever modal standard is built into the probability space, which need not be metaphysical possibility; many structural effects are the same whatever flavour of modality is involved. In particular, for any such modality, every equation that follows from the axioms for Boolean algebra corresponds to an identity of events. For example, for any two events E and F , $E = E(F \cap E)$, even if what $E \cap (F \cup E)$ is “about” (both E and F) seems to differ from what E is “about” (just E). Consequently, the conditional probabilities $\text{Pr}(E|E)$ and $\text{Pr}(E|(E \cap F) \cup E)$ are both 1, even though the entailment from the right to the left of the conditional bar “ $|$ ” is easier to see in the first case than in the second. The same applies when the Boolean equation is vastly harder to verify: in general, computational differences between two such Boolean-equivalent expressions disappear at the level of events. Thus, the mathematical framework of probability theory automatically enforces much of the flattening effect of intensionalism (Builes (2020) discusses other apparently hyperintensional probabilistic phenomena).

Some philosophers will conclude that standard probability theory needs revising. Such methodological advice is potentially disastrous. No small tweak would

suffice to respect computational differences, nor is it clear what larger ones would be needed. A major revision of mathematical probability theory could easily make it computationally intractable, or pitifully weak; either way, it would undermine the scientific value of the theory. In a legal setting, computationally intractable probabilities are likely to be useless.

A subtler move is to keep the mathematics unchanged, but modify the interpretation of natural language over the probability space. A sentence “S” of natural language such as “The DNA came from the defendant” is mapped to an event [“S”], a subset of Ω . Normally, it is taken for granted that the linguistic operations of conjunction, disjunction, and negation are to be interpreted by the set-theoretic operations of intersection, union, and complementation in Ω , respectively. For instance, [“S and T”] = [“S”] \cap [“T”]. This is no mere convention, since those linguistic operations are used to define the corresponding set-theoretic operations. For instance, the set $E \cap F$ is defined as the set to which an outcome belongs if and only if it belongs to E *and* belongs to F. But other approaches are conceivable. In particular, we could define [“S”] as the set of outcomes o in which the sentence “S” is true *as interpreted in o itself* (this is like the use of diagonal propositions to interpret some beliefs compatibly with intensionalism in Stalnaker (1999)). Thus, to give a toy example, if “and” in o is interpreted as *or*, o belongs to [“S and T”] if and only if o belongs to [“S”] *or* o belongs to [“T”]. Thus, if o belongs to [“S”] but not to [“T”], then o belongs to [“S and T”] but not to [“S”] \cap [“T”], so [“S and T”] \neq [“S”] \cap [“T”]. Consequently, sentences of natural language equivalent to each other in propositional logic may be mapped to different events in the probability space. The flattening effect of intensionalism is thereby avoided.

But the reinterpretation strategy only shifts the wrinkle in the carpet. Although the pure mathematical theory of probability remains intact, all the complications return as soon as we try to apply it to a problem stated in natural language. We lose our understanding of the structural relations amongst the events under discussion, and so cannot make proper use of the mathematics. The reinterpretation was in any case ill-motivated, because it models a situation where the logical connectives of natural language are not clearly understood, but such semantic confusions are not the main source of our computational limitations³. Mathematical probability theory provides a forceful case for the coarse-grained intensional individuation of evidence.

4. FORMATS OF EVIDENCE

Intensionalism allows us to model the content of evidence as a set of possible worlds, but it does not imply that we must encode that content by a list of labels of

³ See Williamson (2024, p. 244-248)

possible worlds or in any other specific way. It is largely neutral on the form in which the content is expressed.

Since evidence is propositional, it is easily taken to be expressed in the form of declarative sentences. But that form is inappropriate for much evidence from present or past perception. Apart from the direct role of non-verbal evidence in court, the court may also have to weigh non-verbal evidence from outside the court. For example, the police report that a witness picked out the defendant from an identity parade as the man, previously unknown to her, whom she saw standing outside the victim's house on the night of the murder. The court must determine how reliable her identification was; to do so, it must assess the evidential value of her memory several weeks later of the person she saw in poor light from the other side of the road. How good a look did she get at him, and how clear was her subsequent memory? The memory on which her identification was based was primarily non-verbal. She may remember how he looked; she may even articulate the content of her memory to herself by thinking "He looked like *that*", where "*that*" is her memory demonstrative, pointing to how he looked (as far as she remembers). The trouble is that most of the cognitive work is done by the perceptual memory itself, at which the verbal memory demonstrative is gesturing. Without the connection to her memory, the bare sentence is of little use. Thus, the court is forced to engage with questions about pieces of non-verbal evidence.

Some legal evidence is verbalized; some is not. Evidence is not restricted in form to any one natural language, or to any one sense modality. To think in probabilistic terms about the underlying evidential relations among all the propositions and pieces of evidence in play, we must notionally map all these representations in diverse formats onto propositions (events, subsets of Ω) in a single probability space, to render them mutually commensurable. The same applies when we have to assess the logical or epistemically modal relations among those propositions and pieces of evidence, though the set of which the propositions are subsets may be called "W" rather than " Ω ". Thus, propositions are a "common currency" for cognitive interaction, or, more accurately, abstract exchange values. Propositions are not themselves representations. They are nothing like sentences or sensory images. For propositions conceived as sets of worlds, worlds too are non-representational; they are better understood as something like ways for things to be. But this coarse-grained approach to evidence and probability faces some serious challenges, which the next section starts to explore.

5. FREGE PUZZLES OF LEGAL EVIDENCE

A predictable challenge to the coarse-grained framework for evidence and probability comes from Frege puzzles, like that of Hesperus and Phosphorus.

For the sake of argument, let us pretend that Dr Jekyll, the pillar of the establishment, and Mr Hyde, the brutal killer, are real people, indeed, the *same* real person. Mr Hyde is on trial for murder, under that name. The lawyers in the case and the

members of the jury are rational people, but have no idea that the names “Dr Jekyll” and “Mr Hyde” co-refer. They have encountered both names, and associate them with very different descriptions. Clearly, witness testimony given using the name “Mr Hyde” will be treated, and in some sense *should* be treated, very differently from exactly similar testimony but with the name “Mr Hyde” replaced throughout by the name “Dr Jekyll” (the latter testimony would be dismissed as irrelevant to the case). In a subjective Bayesian framework, one would expect this difference to be reflected in the jury’s credences (subjective probabilities or degrees of belief) for the event expressed by the sentence “The defendant is guilty” after updating on the new evidence. Yet, on the predominant semantics for proper names in contemporary philosophy of language, a proper name is a *directly referential* singular term: it contributes only its bearer to determining the proposition expressed by a sentence in which the name occurs, used in the normal way (not mentioned within quotations marks or the like), according to the standard compositional semantics for the language. Thus, for example, the sentences “Mr Hyde was present” and “Dr Jekyll was present” express the same proposition, the same content, in a given context; likewise for the sentences “Mr Hyde is guilty” and “Dr Jekyll is guilty. Consequently, if evidential and probabilistic relations depend only on content, substituting one sentence in a pair for the other makes no difference to those evidential and probabilistic relations. But that conclusion seems absurd.

Of course, the work of the court can include identifying potential Frege cases and resolving them. But that is no guarantee of success. Even if the court is better at it than any single individual present, a Frege case may still go unidentified. If things go badly, the legal proceedings may come to a conclusion in ignorance of the co-reference between the two names.

Frege puzzles are no mere artefacts of natural language semantics, but genuine cognitive phenomena obviously relevant to our uses of evidence, including legal evidence. Theories of evidence cannot in good conscience just brush Frege puzzles aside. How should they be understood?

An alternative semantics for proper names would not meet the generality of the problem, since Frege puzzles can arise for any kind of singular term, for example, perceptual demonstratives: “she” (with the reference fixed by visual memory from one occasion) and “she” (with the reference fixed by visual memory from another occasion) may non-obviously refer to the same woman. All kinds of directly referential singular term raise the same problem.

At this point, some philosophers will naturally suggest a Fregean solution to Frege puzzles, appealing to a distinction between sense and reference. Thus, the names “Dr Jekyll” and “Mr Hyde” have the same referent but different senses. Since Fregean senses are individuated cognitively, at first sight that approach looks better equipped to capture the evidential difference between co-referential singular terms.

The trouble is that Frege puzzles can arise from mere differences of word, even when the words are paradigms of synonymy, as Saul Kripke (1979) pointed out. I will use one of his examples. The words “furze” and “gorse” are natural kind terms for the very same kind of shrub. They are not associated in English with different descriptions, except trivially with metalinguistic descriptions, such as “shrub whose name begins with an ‘f’” or “shrub whose name begins with a ‘g’”. Although an individual speaker may idiosyncratically associate them with different non-metalinguistic descriptions, that is not a feature of their linguistic meaning. But even a native speaker who understands both terms by normal standards and is reasonably confident that they co-refer may still be *slightly* less confident of “Furze is gorse” than of “Furze is furze”, and so rationally assign a slightly lower probability to the former than to the latter. It is not irrational to be less than perfectly confident that one has not confused the meanings of the terms, even if one has *in fact* not confused them. For such a speaker, learning “Mary saw no furze on that hill” may be slightly better evidence for “There is no furze on that hill” than learning “Mary saw no gorse on that hill”, with corresponding differences in their rational credences. These differences in cognitive significance arise simply from the difference of word.

Some differences in cognitive significance cut finer than the words themselves, for example when the words are context-sensitive. The word “she”, used as a perceptual demonstrative, differs in cognitive significance depending on the speaker’s state of perceptual attention. Thus, differences in cognitive significance cut at least as finely as ordered pairs of a linguistic expression and a context.

The Fregean explanation of a Frege puzzle depends on a difference in sense without a difference in reference; that is what motivates the distinction between sense and reference. Thus, since a mere difference of word gives rise to a Frege puzzle, the Fregean explanation implies that the mere difference of word gives rise to a difference in sense. But, if the senses of words are individuated as finely as the words themselves (paired with contexts), the motivation for postulating a separate category of senses is undermined: one might as well make do with the words themselves (paired with contexts), and cut out senses as a redundant layer of middle management between language and the world. On this view, a representation does not *encode* evidence; it *is* the evidence.

Such an approach can be implemented for testimonial evidence. As already noted, when the witness testifies in court “Dr Jekyll was present”, what becomes part of the evidence is not the proposition that Dr Jekyll was present, since the witness may be lying or mistaken, rather than the proposition that the witness testified that Dr Jekyll was present. One could cut the grain more finely by ruling that what primarily becomes part of the evidence is not such an indirect speech report but a direct speech report, the proposition that the witness testified “Dr Jekyll was present”. If the witness had instead testified “Mr Hyde was present”, the proposition that the witness testified “Mr Hyde was present” would instead have become part of the evidence. Those two direct speech reports are by no means mutually truth-conditionally equi-

valent, since the former entails that the witness used the name “Dr Jekyll” and does not entail that she used the name “Mr Hyde”, whereas the latter entails that she used the name “Mr Hyde” and does not entail that she used the name “Dr Jekyll”. By contrast, there is no such barrier to the mutual truth-conditional equivalence of the two indirect speech reports, since their truth does not depend on providing the very words used by the witness. Does this metalinguistic approach fine-grain the evidence in the required way?

The trouble is that, if we treat testimony as the mere uttering of words, we lose its evidential relevance to the verdict. An account that ignores the proposition the witness expressed by uttering the words “Dr Jekyll was present” is ill-equipped to make sense of the evidential relations at issue. But once we reintroduce propositions to understand the testimony’s evidential bearing on the case, we are back with the problem that “Dr Jekyll was present” and “Mr Hyde was present” express the *same* proposition.

Testimony in court is a special case of transmitting evidence across linguistic contexts. An obvious example is that the word “I” refers to the witness when she uses it but not when anyone else does. Often, when evidence is transmitted across contexts, what matters is preserving *reference*, not preserving anything like Fregean sense: the Fregean approach is much less suited to the legal setting than one might initially expect. The next section will reinforce that point.

6. TRACKING REFERENCE

In moving across contexts, we update to keep track of things, otherwise we may lose evidence. This process can be used to illustrate how identity of reference, not identity of sense, let alone identity of representation, is often what matters in our handling of evidence.

Here is an example. A kidnapped hostage is trying to keep track of what has been happening to him. He remembers: “Today I heard raised voices in the corridor”. To preserve what matters in that piece of evidence the next day, he needs a different sentence: he must remember “Yesterday I heard raised voices in the corridor”. The word “yesterday” as the hostage used it one day has nothing like the same sense as the word “today” as he used it the previous day; it simply has the same reference.

That example involved the same agent at different times. Here is a similar example that involves different agents at the same time. A kidnapper tells the hostage: “You’ll be released soon”. To capture what matters in that piece of evidence, the hostage needs a different sentence: he must recognize “I’ll be released soon”, or at least “The kidnapper said that I’ll be released soon”. The word “I” as used by the hostage has nothing like the same sense as the word “you” as used by the kidnapper; it simply has the same reference.

In both examples, when things go well, the intended recipient comes to *know* the proposition expressed by the new sentence, otherwise it could hardly form part of

the recipient's evidence, on the speaker's knowledgeable testimony⁴. To acquire that knowledge, the hostage needs something like implicit knowledge of the coreference between "today" uttered one day and of the coreference between "you" uttered by the kidnapper and "I" uttered by him. But all of that is quite consistent with the coarse-grained individuation of the evidence itself, as it is transmitted from one context to another.

Similar phenomena occur for perceptual and memory demonstratives. Here is an example. A robber buries her loot in a forest, intending to return and dig it up again once the coast is clear. She knows "I buried it by this tree", using "this tree" as a perceptual demonstrative. With a memory image of the tree, she may preserve the knowledge "I buried it by that tree", using "that tree" as a memory demonstrative, once the tree is no longer in sight. But her vivid memory image of the tree will be of little use if she cannot remember where in the forest the tree is, or how to reach it. Of course, preserving the right reference is not enough. The user must in effect *know* that reference has been preserved. Moreover, the reference must be preserved in some relevantly usable form. But that does not mean that the usable form must be built into the content.

The transmission of evidence across epistemic contexts or perspectives is crucial to many of its uses: from one time to another in memory, from one agent to another in testimony. Evidence is not typically private; it does not consist in the mental states of a particular individual at a particular time. Obvious examples come from evidence in scientific, political, social, and of course legal contexts. The evidence on which the court bases its verdict should be shared by all the relevant parties in court, otherwise justice is not seen to be done. Thus, individuating evidence in terms of a single epistemic context or perspective is inappropriate for central functions of evidence.

Of course, we can treat the court itself at a given time as constituting a context in its own right and as having its own collective epistemic perspective. But that perspective must not be confused with the epistemic perspective of any one individual present. For example, a witness may know whether she is lying while the court does not. More generally, evidence available to the court will do little good unless it is also available to the relevant individuals in court, which already raises the issue of cross-perspectival epistemic availability.

A related example from the social sciences comes in Anna Mahtani's work (2017; 2021; 2023) on the interpretation of probability in welfare economics. She shows convincingly that although the probabilities used to define an agent's expected welfare under a policy are officially interpreted as subjective credences, the definition has trouble with Frege cases, where the same agent is presented under several non-equivalent guises, so the agent's expected welfare should be guise-dependent, but

⁴ For the equation of one's total evidence with one's total knowledge see Williamson (2000, p. 200-208)

the theory treats it as guise-independent. Mahtani makes an impressively careful attempt to adapt theories of welfare economics to a Fregean interpretation of the probabilities, but the result is a heavy increase in theoretical complexity and, as she admits, no fully satisfactory solution. A better approach may be to understand the probabilities more objectively, as guise-independent, making Frege cases irrelevant, and thereby retain the (slightly reinterpreted) original definitions and theories (Williamson, 2024, p. 212-221)⁵.

This perspective-independent approach to evidence is consonant with now-standard frameworks for the semantics of natural languages, as already described, on which singular terms are directly referential. Contrary to what one might first have expected, semantic theories with nothing like Fregean senses individuated by cognitive significance may be better adapted than those with Fregean senses to cognitive purposes, once account is taken of the diachronic and social aspects of cognition.

7. IS EVIDENCE TRANSPARENT?

The direct reference semantics tends to make agents' credences (degrees of belief) opaque to the agents themselves. Is that a problem?

Imagine quizzing members of the jury on their credences, and in particular on their conditional credences. For the sake of argument, we may pretend that they understand the mathematics of probability perfectly, and are very careful not to confuse using a word with mentioning it. You make it quite clear to them that you are interested in their conditional probabilities about non-metalinguistic matters. First, you ask them "What is your credence that Mr Hyde did the murder, given that Mr Hyde did the murder?" They give the trivially mathematically correct answer "1". Then you ask them "What is your credence that Mr Hyde did the murder, given that Dr Jekyll did the murder?" Their first instinct may be to offer 0 or some number close to it, since they assume that the two names refer to different men. On reflection, however, it may occur to them that "Dr Jekyll" and "Mr Hyde" could be names of the same man. They may even accept a direct reference semantic theory, and appreciate its potential relevance to the case at hand. But they are still in no position to answer "1" to the second question, since, for all they know, the two names do *not* co-refer. If they do accept the direct reference theory, they may have to answer "I don't know": from their perspective, their conditional probability may be 1 (if the two names co-refer) and it may be close to 0 (if the two names do not co-refer). On the other hand, if they accept something more like a Fregean semantic theory, they may give an answer close to 0, though that answer will be incorrect if the direct reference theory is in fact right. If one tries to measure their credences by their betting behaviour instead, the results will be similar, because the bets are still offered to them in linguistic form.

⁵ For more on Frege cases for credences see Braun (2016).

In short, given the direct reference theory, in Frege cases, agents are at best ignorant and at worst mistaken about their own conditional credences on non-metalinguistic matters. Such credences are not in general transparent to the agent.

Switching to credences on metalinguistic matters does not automatically restore transparency. Just as names of people can non-obviously co-refer, so can names of sentences. To use another of Kripke's examples, someone may not realize that "Paderewski was Polish" uttered in a conversation about pianists is the same sentence as "Paderewski was Polish" uttered in a conversation about politicians (Kripke, 1979). Moving the objects of credence into the meta-language only postpones the problem.

Opponents of direct reference semantics may regard all this as constituting a strong argument for a more Fregean approach. We have already seen some of the grave difficulties for Fregean semantics. In particular, one should not imagine that Fregeanism can restore the transparency of evidential relations to the agent. The attempt to make them transparent was what collapsed difference of sense into difference of word (which is itself not fully transparent, as the Paderewski case). Despite its initial promise, the use of differences in cognitive significance as a guide to differences in meaning has turned out badly for philosophers of language. Epistemologists and philosophers of law should not repeat their mistake.

Coarse-grained semantics is far from the only obstacle to the wishfully imagined transparency of evidence. I have argued elsewhere on general epistemological grounds that *no* non-trivial condition is such that, whenever it obtains, one is in a position to know that it obtains⁶. The argument applies in particular to the condition that a given proposition is part of one's evidence, and to the condition that the proposition is *not* part of one's evidence. Coarse-grained semantics adds a further class of (especially vivid) examples of non-transparency.

Should we "re-engineer" the "concept" of evidence, that is, change the meaning of the word "evidence" and of words with similar meanings in English and other languages, in order to make its application more transparent? That would involve making it stand for something more fine-grained. Given the arguments of previous sections, that would in turn require making it more sensitive to the form of representations, and so metalinguistic. We could indeed gerrymander and stipulate such a new metalinguistic meaning for the word "evidence", at least for theoretical contexts over which we had some control, but the benefits would be unlikely to outweigh the costs. By the general argument mentioned above, it would still not achieve full transparency. Indeed, it promises to be of much less theoretical and practical use than the word "evidence" as currently used. More specifically, the arguments about the capacity to interface with the mathematical structure of probability theory, the diversity of formats in which evidence is presented, and the diachronic and social availability of evidence, do not just reflect the way the word "evidence" happens to be currently used: they concern our more general epistemic and cognitive needs, to

⁶ For this anti-luminosity argument see Williamson (2000, p. 93-113)

which the coarse-grained engineering is already well-adapted. It would make the term more cumbersome and difficult to use, the preserve of a philosophical elite with time on their hands. It would be as misguided and ineffective as most philosophers' proposals to "re-engineer concepts."

8. DISQUOTATIONAL HEURISTICS

If the semantics of our language is really coarse-grained, why does it *seem* so fine-grained to us? Why is it so tempting to judge that, for example, one could have good evidence that Mr Hyde did the murder without having good evidence that Dr Jekyll did the murder? The thought process is not hard to reconstruct. Faced with a question of the form "How good is S's evidence that P?", by default we try to put ourselves in S's epistemic position, asking ourselves "How good is my evidence that P?", answering as best we can from that perspective, and then treating that as an answer to the original question. From a perspective without effective access to the identity "Dr Jekyll is Mr Hyde" (in those very words), a rational person might well answer "I have good evidence that Mr Hyde did the murder" and "I do not have good evidence that Dr Jekyll did the murder" in response to the corresponding questions. We then treat those answers as *true* of the epistemic perspective at issue. This presumes that the first-person present-tense perspective is decisive for assessing evidential relations. Pre-theoretically, such judgments of evidential relations are not *obviously* wrong even in Frege cases; we have no obvious incentive to do better, and in any case no idea *how* to do better. The problems with a Fregean approach to semantics have only gradually become clear through decades of reflection in the philosophy of language. Direct reference semantics highlights one way in which judgments about evidential relations in a given epistemic position can sometimes be corrected from outside that position, but there are many other ways too. A court of law does not give witnesses the final say on how probable a proposition is on their evidence.

When we are led into thinking of evidence as fine-grained in content, we are in effect guided by a *heuristic*, an efficient but fallible way of answering a question. It is not just a specific heuristic dedicated to the word "evidence". Rather, there is a far more general kind of *disquotational* heuristic, by which one attributes to an agent S a cognitive relation to the proposition that P on the basis of S's actual or potential interaction (or lack of it) with the *sentence* "P", where the relevant kind of interaction depends on the relation to be attributed (Williamson, 2024). Since two sentences can express the same proposition, and S may interact differently with those two sentences because S fails to treat them as expressing the same proposition, we may end up equivocating as to whether S has the given relation to the proposition they both express. Having good evidence for a proposition is one of many such relations.

Describing the operation of the heuristic as "disquotation" is strictly misleading, for in the simplest case the user only has to repeat the speaker's words; there are no quotation marks to strip off. Often, something more is required, such as converting

the speaker's first-person pronoun to the user's second-person or third-person pronoun or a proper name, and likewise for temporal indexicals such as "now" and "today". But that is usually done unreflectively, with minimal effort, and is in any case a departure from disquotation, imposed by the nature of indexicality. Nevertheless, I will continue to use the word "disquotational" for want of a better.

Arguably, such a disquotational heuristic is active in Kripke's notorious puzzle about belief, where Pierre interacts differently with the English sentence "London is pretty" and the French sentence "Londres est jolie", even though they express the same proposition (Kripke 1979). In that case, the propositional attitude is belief, and the relevant kind of interaction is assent; the specific mindreading heuristic there is for judging what people believe by what they say. Kripke himself does not present his disquotational principles for belief attribution as merely heuristic in status, but they are arguably better understood as restricted cases of such a heuristic (Williamson, 2021; 2024, p. 181-192).

Heuristics are studied extensively in contemporary psychology. They may be seen in a negative light, as forms of irrationality, and described as "cheap and dirty", in the tradition of Daniel Kahneman (Kahneman *et al.*, 1982), or in a more positive light, as forms of bounded rationality, and described as "fast and frugal", in the tradition of Gerd Gigerenzer (Gigerenzer *et al.*, 2011). But both traditions agree that fallible heuristics play a major role in human cognition. It is therefore not at all surprising that we rely on fallible heuristics in attributing cognitive relations. Indeed, the work of Kahneman and Tversky on heuristics and biases has been applied to understanding judicial decisions (Peer and Gamliel, 2013).

Some heuristics are built into our perceptual systems; for example, colour boundaries in the visual field are used as a guide to the edges of three-dimensional objects; that heuristic explains why camouflage is effective. Disquotational heuristics are presumably built into our mindreading system, which seems to be humanly universal, like perceptual heuristics. In both cases, we typically rely on them unreflectively, not consciously aware that we are relying on a heuristic, though we can become aware of our reliance on them through conscious reflection. Of course, our mindreading capacity uses far more than disquotational heuristics, which are specific to mindreading on the basis of *linguistic* behaviour. We also attribute propositional attitudes on the basis of non-linguistic behaviour to non-human animals and very young children, and indeed to human adults too, to explain that behaviour.

Arguably, just as visual illusions result from heuristics built into the human visual system, so philosophical paradoxes result from heuristics built into more general human cognitive systems (Williamson, 2024). By contrast, not all our heuristics are humanly universal; a bias may be culture-specific. Some heuristics may also be conscious, such as a doctor's idiosyncratic heuristic for interpreting X-rays.

Our reliance on fallible heuristics in perception does not justify scepticism about our knowledge of the external world; likewise, our reliance on fallible heuristics in mindreading does not justify scepticism about our knowledge of other minds. But

we do need to take a somewhat more critical attitude to our data. In particular, we should be wary of dismissing powerful explanatory frameworks just on the basis of confident judgments—for example, about Frege cases—that can be explained as products of efficient but fallible heuristics which are predicted to go wrong in just such cases.

9. COARSE-GRAINED CONTENT AND EPISTEMIC NORMATIVITY

Given the non-transparency of evidence to the agent, we can expect epistemic norms to be less than fully *operational*: one is not always in a position to know whether one is complying with a given epistemic norm. When one is not in a position to know what one's evidence includes, one is also not in a position to know which beliefs are proportionate to one's evidence. This is a general feature of the human cognitive predicament, and indeed of the cognitive predicament of just about any finite creature. It is something we have to learn to with. Attempts to get around it by fiddling with the definition of "evidence" or the wording of the norms are futile; they fail to restore transparency and they lead to bad epistemology, as I have argued elsewhere (Williamson, 2000). That should be no surprise in a legal setting, where the epistemic bearing of given evidence is often in dispute. Complying with evidential norms is often *difficult*, and rational agents are not always in a position to know whether they have succeeded.

In particular cases, we can often find more or less *ad hoc* ways to finesse the difficulty. For example, we can often model Frege cases within the standard framework of mathematical probability framework by tweaking the semantics of direct reference, since the overall mathematical framework does not by itself enforce that semantics. We can model the epistemic predicament of the jury by treating the names "Dr Jekyll" and "Mr Hyde" as non-rigid designators, varying in reference from one outcome to another independently of each other, so that the sentences "Dr Jekyll was present" and "Mr Hyde was present" express distinct events and differ in truth-value at some outcomes. Alternatively, one can achieve a similar effect by treating the names as directly referential and so rigid singular terms, each constant in reference across all outcomes, but referring to *distinct* objects. Although such models do not capture the genuine metaphysical possibilities, they may often simulate the epistemic predicaments well enough for the purpose at hand. They may clarify for us the thinking, and especially the decision-making, of an agent who is unclear about the relevant identities. By such *ad hoc* means, we can make sense of various ways of deviating from the real evidential relations.

There is a temptation to try to generalize and unify all such modelling devices into a "universal" framework for modelling evidential relations, or at least evidential probability, with the flexibility to include all such deviations. That is a methodologi-

cal error, and a dead end: the result will be too weak to be useful. It is better to work with a strong theory of genuine evidential relations, and to understand the hard cases as local deviations from the latter, perhaps the results of illusions of genuine evidential relations. Some modelling assumptions are theoretically fruitful without showing anything about the nature of the target phenomena. For instance, the highly successful Lotka-Volterra model of predator-prey population dynamics uses differential equations, and so treats the number of predators (say, foxes) and the number of prey (say, rabbits) as varying continuously, even though we know that the numbers are discrete (Weisberg, 2013).

In theorizing about evidential relations, we do better to retain the systematic explanatory power of standard probability theory and standard intensional semantics, while acknowledging that to understand the messy complications of real cognitive life we must often track fine-grained differences at the level of representational form rather than represented content, in ways adapted to the case at hand. This kind of *ad hoc* adaptation to the messy complications of real life makes theoretically minded philosophers uneasy, but it is surely no stranger to legal practice.

ACKNOWLEDGMENTS

I thank participants in the 2024 Girona workshop on “Knowledge and Legal Standards of Proof” for valuable discussion of a talk from which this paper derives, and two anonymous referees for this journal for helpful comments on a draft of this paper.

REFERENCES

- Braun, D. (2016). The objects of belief and credence. *Mind*, 125, p. 469-497.
<https://doi.org/10.1093/mind/fzv137>
- Builes, D. (2020). A paradox of evidential equivalence. *Mind*, 129, p. 113-127.
<https://doi.org/10.1093/mind/fzz046>
- Gigerenzer, G., Hertwig, R., and Pachur, T. (eds.) (2011). *The Foundations of Adaptive Behaviour*. Oxford University Press.
- Grimmett, R., and Stirzaker, D. (2001). *Probability and Random Processes* (3rd ed.). Oxford University Press.
- Kahneman, D., Slovic, P., and Tversky., A. (eds.) (1982). *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*. Cambridge University Press.
- Kripke, S. (1979). A puzzle about belief. In A. Margalit (ed.), *Meaning and Use* (p. 239-283). Reidel.
- Mahtani, A. (2017). The *ex ante* Pareto Principle. *Journal of Philosophy*, 114, p. 303-323.
<https://doi.org/10.5840/jphil2017114622>
- Mahtani, A. (2021). Frege’s puzzle and the *ex ante* Pareto Principle. *Philosophical Studies*, 178, p. 2077-2100. <https://doi.org/10.1007/s11098-020-01524-w>
- Mahtani, A. (2023). *The Objects of Credence*. Oxford University Press.

- Peer, E., and Gamliel, E. (2013). Heuristics and biases in judicial decisions. *Court Review: The Journal of the American Judges Association*, 49, p. 114-118. <https://digitalcommons.unl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1428&context=ajacourtreview>
- Stalnaker, R. (1999). *Context and Content: Essays on Intentionality in Speech and Thought*. Oxford University Press.
- Weisberg, M. (2013). *Simulation and Similarity: Using Models to Understand the World*. Oxford University Press.
- Williamson, T. (2000). *Knowledge and its Limits*. Oxford University Press.
- Williamson, T. (2021). Epistemological consequences of Frege puzzles. *Philosophical Topics*, 49, p. 287-319. <https://doi.org/10.5840/philtopics202149226>
- Williamson, T. (2024). *Overfitting and Heuristics in Philosophy*. Oxford University Press.

PROBLEMAS DE LA APLICACIÓN DE PRESUNCIONES EN LA EVASIÓN FISCAL. ANÁLISIS DEL TRÁFICO DE COMPROBANTES FISCALES EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA

Paola Yaber Coronado
paolayaber@hotmail.com

RESUMEN: Este trabajo analiza críticamente la figura prevista en el artículo 69-B del Código Fiscal de la Federación, que presume la inexistencia de operaciones fiscales cuando se detecta la falta de capacidad operativa en los contribuyentes. A partir del estudio teórico de las presunciones *iuris tantum* y su diferencia con las inferencias probatorias, se concluye que dicha norma no cumple con los elementos esenciales de una auténtica presunción legal. Además, se evidencian los efectos desproporcionados e irreversibles que genera en los derechos de defensa de los contribuyentes, al producir consecuencias jurídicas sin una validación jurisdiccional previa. El estudio propone repensar la legitimidad y aplicación de esta figura desde la perspectiva del debido proceso.

PALABRAS CLAVE: presunciones legales; artículo 69-B del CFF; derecho de defensa; capacidad operativa materialidad fiscal.

PROBLEMS OF THE APPLICATION OF PRESUMPTIONS IN TAX EVASION. ANALYSIS OF TAX VOUCHER TRAFFICKING IN MEXICAN LEGISLATION

ABSTRACT: This paper critically examines Article 69-B of the Mexican Federal Tax Code, which presumes the nonexistence of operations when taxpayers lack operational capacity. Based on a theoretical analysis of legal presumptions *iuris tantum* and their distinction from evidentiary in-

ferences, the study concludes that this provision does not meet the criteria of an authentic legal presumption. It also highlights the disproportionate and irreversible effects on taxpayers' right to defense, as legal consequences are triggered without prior judicial validation of the underlying facts. The study calls for a reconsideration of the legitimacy and application of this figure within the framework of due process.

KEYWORDS: legal presumptions; article 69-B; right to defense; operational capacity; fiscal materiality.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. PRESUNCIONES LEGALES: 2.1. Características de las PR: 2.1.1 *Destinatarios de la norma*. 2.1.2 *Estructura o fórmula de una presunción legal*. 2.1.3 *Estrategias para impedir la aplicación de una PR*. 2.1.4 *Prueba del hecho base*. 2.2. Presunción legal e inferencia probatoria: entre la consecuencia normativa y la carga de la justificación.— 3. EL ARTÍCULO 69- B DEL CFF: 3.1 Análisis estructural del artículo 69-B del CFF a partir de características de una PR: 3.1.1 *Destinatarios de la norma*. 3.1.2 *Estructura de norma de presunción*. 3.1.3 *El alcance del hecho presumido. La inexistencia de operaciones*. 3.1.4 *Prueba del hecho base*.— 4. DE LA TEORÍA A LA PRÁCTICA: LA PRUEBA EN PRESUNCIONES FISCALES: 4.1 Detección de falta de activos. 4.2 Capacidad operativa insuficiente para prestar un servicio o realizar operaciones.— 5. DESMITIFICANDO LA PRESUNCIÓN LEGAL DEL ARTÍCULO 69-B DEL CFF.— 6. LIMITACIONES AL DERECHO DE DEFENSA DERIVADAS DE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 69-B DEL CFF.— 7. CONCLUSIONES.— REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUCCIÓN

En términos generales, el fraude fiscal es conocido como cualquier acción deliberada y fraudulenta realizada por un contribuyente para evitar el cumplimiento de sus obligaciones fiscales, mediante el ocultamiento de ingresos, falsificación de documentos o la omisión intencional de información relevante, lo que da lugar a una infracción administrativa o a un delito fiscal. Los contribuyentes utilizan estructuras o contratos para simular operaciones legítimas, pero en realidad no corresponden con la verdadera intención de las partes o no tienen efectos materiales (Asorey y Navarri-ne, 2006, p. 152). Es decir, se simula una operación comercial o financiera que nunca existió o se realizó con el fin de obtener ventajas fiscales indebidas. En ese sentido de acuerdo con la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante «OCDE») el fraude fiscal involucra intencionalidad y transgrede la ley.

Una manifestación común de estas prácticas es el tráfico de comprobantes fiscales, denominado en México como venta de facturas, es un fraude a la ley fiscal que consiste en simular un hecho distinto u ocultar el verdadero. Se trata de una práctica evasiva del pago del impuesto, que radica en colocar en el mercado documentos (comprobantes fiscales o facturas) con flujo de dinero comprobable, pero cuyos conceptos plasmados no son proporcionales a las cantidades que amparan dichos comprobantes, o bien que carecen de sustento material al no haberse realizado las operaciones económicas descritas en estos.

En este fraude fiscal concurren dos clases de contribuyentes: por un lado, los que emiten comprobantes fiscales digitales por internet en favor de terceros (en adelante «EFOS»)¹ y, por otro, los que dan efectos fiscales a esos comprobantes para disminuir la base gravable de los tributos a su cargo (en adelante «EDOS»)². El comprador de facturas, el EDOS, disminuye o nulifica el pago del impuesto sobre la renta al disminuir la base gravable con la deducción de los supuestos gastos efectuados por un servicio o un bien que nunca se prestó o transmitió y que igual puede acreditar y deducir el impuesto al valor agregado. Así es como, el EDOS paga menos impuesto o recibe devoluciones indebidas. Mientras que el EFOS, el que vende las facturas aparenta haber prestado un servicio o entregado un producto, aunque en realidad no lo hizo y obtiene un ingreso, pero no necesariamente lo declara y paga impuestos sobre este.

Este esquema ocasiona un daño directo al fisco, ya que permite que se recaude menos dinero del que legalmente debería obtenerse, lo que impacta negativamente los recursos disponibles para el gasto público³. Esto se debe a que, en México, las personas físicas y morales están obligadas a pagar impuestos sobre sus ingresos. Cuando una empresa incurre en gastos reales vinculados con su operación, puede legítimamente disminuir su base gravable mediante la deducción de dichos gastos. No obstante, en los esquemas fraudulentos conocidos como operaciones simuladas, los contribuyentes adquieren facturas que no corresponden a una transacción real, generalmente por un monto mayor al que efectivamente pagan al emisor del comprobante. Aunque quien emite la factura suele cumplir con los requisitos formales establecidos por la legislación fiscal, el documento no ampara una operación verdadera. Así los EDOS incrementan artificialmente sus deducciones, aparentan haber obtenido menores ingresos y, en consecuencia, pagan menos impuestos. Incluso pueden llegar a solicitar devoluciones indebidas de saldos a favor, lo que agrava aún más el perjuicio al erario.

Ante esta problemática, la autoridad fiscal ha intentado responder mediante el ejercicio de sus facultades de fiscalización. A través de procedimientos de auditoría y revisión contable, busca verificar la veracidad de lo declarado por los contribuyentes y puede, conforme a lo dispuesto en los numerales 42 y 50 del Código Fiscal de la Federación (en adelante «CFF»), determinar el monto de los impuestos omitidos, así como evidenciar la existencia de actos simulados. Sin embargo, en la práctica, demostrar la simulación de operaciones resulta complejo⁴, y, en muchos casos, las

¹ Empresas que facturan operaciones simuladas.

² Empresas que deducen operaciones simuladas.

³ El art. 31, Fracción IV de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante «CPEUM») conforme al cual los contribuyentes tienen la obligación de contribuir al gasto público en función de su verdadera capacidad contributiva.

⁴ Como afirma Muñoz Sabaté (2011, p. 63) la acreditación de la existencia de un negocio simulado se determina a partir de la fijación de los diversos indicios de los cuales se infiere la simulación; ello constituye una gran problemática en materia de prueba, ya que requiere el empleo de diversos medios

herramientas tradicionales de fiscalización han sido insuficientes para combatir eficazmente esta forma de evasión. Por ello, en 2014 el legislador mexicano adicionó un procedimiento administrativo autónomo al de fiscalización⁵, diseñado para identificar y sancionar a quienes emiten comprobantes sin sustancia económica (EFOS) y, con ello, evidenciar también a quienes los adquieren (EDOS), estableciendo una medida normativa para hacer frente a la evasión basada en operaciones simuladas⁶.

El procedimiento se incluyó en el art. 69-B del CFF, que establece que la autoridad tributaria podrá presumir la inexistencia de operaciones cuando detecte que un contribuyente no tiene la capacidad material para realizar la actividad que dice haber efectuado, o cuando no es localizable. Con la inclusión del artículo se buscó auxiliar a la administración tributaria en la demostración de un fraude a la ley, mediante un procedimiento específico para que, conforme a la «presunción legal», se relevara a la autoridad tributaria de la carga de la prueba para demostrar una simulación de actos.

En 2015, la Suprema Corte de Justicia de México (en adelante «SCJN») resolvió sobre la constitucionalidad del art. 69-B del CFF, declarándolo válido al considerar que regula una presunción *iuris tantum*, que permite prueba en contrario con la finalidad de combatir el tráfico de facturas⁷ y a partir de ahí se han emitido una serie de criterios en los tribunales, considerándolo como presunción legal válida al tener la finalidad de combatir el fraude a la ley. Sin embargo, en 2019 y 2021, derivado del resultado del procedimiento previsto en el art. 69-B del CFF, se modificó el contexto normativo estableciéndose consecuencias administrativas e, incluso, penales, sin haberse cuestionado su constitucionalidad⁸. «La presunción» se convirtió en una he-

de prueba. En ese sentido es que existe una discusión doctrinal en materia tributaria sobre la eficacia, en su caso de las presunciones legales, como instrumento para combatir el fraude a la ley, y en el caso en específico de simulación de negocios, ya que se trata de una concatenación de indicios respecto al funcionamiento del negocio.

⁵ Con la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 9 de diciembre de 2013. Según la exposición de motivos, la creación tiene el propósito, de identificar, neutralizar y sancionar a los contribuyentes que enajenan comprobantes fiscales sin respaldo fáctico de las operaciones que amparan.

⁶ Hasta que se publicó el art. 69-B del CFF en estudio, solo se podía determinar la falsedad de los comprobantes fiscales a partir del ejercicio de facultades de comprobación previstos en el art. 42 del CFF, incluso se preveía en la fracción VII del art. 42 del CFF, la facultad de la autoridad fiscal de allargarse de las pruebas necesarias para formular la denuncia, querrela o declaratoria al ministerio público para que ejercite la acción penal, por la posible comisión de delitos fiscales, pero fue derogada el 17 de junio de 2016.

⁷ La SCJN ha establecido en diversas tesis de jurisprudencia que el art. 69-B del CFF no vulnera derechos y principios constitucionales, como el principio de irretroactividad de la ley, tesis de Jurisprudencia 2a./J. 132/2015 (10a.), el derecho de audiencia, tesis de Jurisprudencia 2a./J. 133/2015 (10a.); la libertad de trabajo, tesis de Jurisprudencia 2a./J. 134/2015 (10a.), la presunción de inocencia Jurisprudencia 2a./J. 135/2015 (10a.), la tesis de jurisprudencia 2a./J. 161/2015 (10a.) Sin embargo, el análisis de estas razones de constitucionalidad no es el objetivo de este trabajo.

⁸ El 8 de noviembre de 2019 se adicionó el art. 113 Bis del CFF, para considerar como delito fiscal la compraventa de facturas que amparen operaciones inexistentes. Además, tales conductas son reconocidas como delincuencia organizada que afectan la Seguridad Nacional, en términos de la Ley de Seguridad Nacional, vigente en 2020.

rramienta para que la autoridad identifique a contribuyentes que emiten facturas sin respaldo real de una operación económica, lo que daría lugar a iniciarles procedimientos administrativos que afectarían la continuidad de operar válidamente el negocio, y la posibilidad de utilizar la información proporcionada por el contribuyente, para poder realizar una acusación penal⁹, sin una resolución firme por parte de los órganos jurisdiccionales, que confirmen la validez de la aplicación del procedimiento.

El motivo por el cual he decidido estudiar esta norma radica en que es una práctica recurrente del legislador mexicano: la utilización de presunciones y ficciones para combatir el abuso fiscal. Como lo ha señalado la doctrina tributaria (Pérez Becerril, 2001, p. 149) estas figuras buscan facilitar la labor de las autoridades fiscales ante las dificultades que enfrentan para determinar y comprobar conductas evasoras. En esa misma línea, autores como Eserverri (1995, p. 10) han destacado que las presunciones funcionan como instrumentos probatorios que eximen a la autoridad fiscal de acreditar directamente ciertos extremos, particularmente cuando se trata de probar un ánimo defraudador¹⁰.

Ferrer Beltrán (2022, p. 413) señala que la relación intensa e imprecisa entre las presunciones y el razonamiento probatorio es lo que conlleva a la confusión en su tratamiento. «En ocasiones se afirma que las presunciones son mecanismos para facilitar la prueba; en otras, que eximen de prueba; y aun en otras, que son una forma de probar o hasta que constituyen prueba». Una parte de la doctrina ha destacado el hecho de que se realiza un uso desmedido y confuso del término «presunción», porque muchos de los supuestos relacionados con las presunciones pueden ser mejor comprendidos si se reconstruyen utilizando otros conceptos, como el de inferencia probatoria.

En ese sentido, el propósito de este trabajo es analizar el art. 69-B del CFF que establece una «presunción»¹¹, a partir de una debida conceptualización del término

⁹ La autoridad tributaria conforme a la información obtenida del procedimiento 69-B del CFF se apoyaría para iniciar un procedimiento penal en la declaración de una simulación de operaciones que afecta gravemente las finanzas públicas, lo que deriva en la comisión de un delito fiscal, tal como defraudación fiscal o comprobación de operaciones inexistentes. En 2024, se reformó el 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para establecer como supuesto de prisión preventiva oficiosa cualquier actividad relacionada con la emisión de falsos comprobantes. Se incluyó como delito al considerar que son conductas graves que atentan contra el funcionamiento del Estado.

¹⁰ En la doctrina tributaria ha existido una discusión sobre la eficacia de las presunciones como herramientas para combatir el fraude a la ley. Como lo enfatizan Asorey y Navarrine (2006, p. 153) y González García (1992, pp. 47-60) han cuestionado la eficacia incluso de las presunciones absolutas y de las ficciones cuando se utilizan de forma exclusiva como instrumento contra el fraude a la ley, concluyendo que solo un empleo acumulativo de tales instrumentos puede llegar a resolver los problemas que éste fenómeno plantea. Y, por otro lado, existe toda una discusión doctrinal en la que hay dos posturas que incluso sostienen que las presunciones legales no serían válidas para sancionar por evasión, y hay quienes sostienen que solo sería posible si se someten a rigurosos análisis de legalidad, razonabilidad y oportunidad al ser utilizadas en materia sancionadora. Sin embargo, esto no será materia de análisis de mi trabajo, solo lo enfatizo para dejar sentada la existencia de un debate sobre las presunciones tributarias.

¹¹ En el ámbito tributario podemos advertir la problemática en la falta de distinción en lo que es una inferencia probatoria, con una presunción *iure et de iure*, que incluso autores la consideran una

presunción legal considerando las consecuencias que su aplicación tiene en el ámbito del razonamiento probatorio y, en consecuencia, en el ejercicio del derecho de defensa del contribuyente¹². Por lo que, procederé del siguiente modo. En el párrafo § 2 explicitaré qué es lo que entiendo por presunción legal, para enfocarme en las presunciones *iuris tantum* y analizaré brevemente las características principales que las identifican. Se distinguirá además entre las presunciones y las inferencias probatorias. En el § 3 analizaré cada parte de la estructura condicional del referido art. 69-B del CFF en el contexto de la legislación procesal tributaria en México, conforme a las características que debe reunir una auténtica presunción. En el § 4 se expondrán dos ejemplos de los supuestos que pueden activar la presunción de inexistencia de operaciones y, con ello, advertir cómo funciona el procedimiento previsto en el numeral en estudio, con el contexto normativo y los criterios jurisprudenciales y así evidenciar las problemáticas en el razonamiento probatorio. En el § 5 mostraré que el art. 69- B del CFF no expresa una auténtica presunción legal. En el v6, finalmente identificaré la tensión que existe entre considerar a una norma de presunción legal y el derecho de defensa.

2. PRESUNCIONES LEGALES

El tema de las presunciones es complejo por la diversidad de terminología que se suele adoptar y la imprecisión conceptual con la que se usa el término. Como ha hecho notar Mendonca (2019, p. 45) y otros autores¹³, el término «presunción» se emplea de diversas maneras y con significados distintos que determinan su aplicación o uso en ciertos contextos o sistemas normativos; sin embargo, los efectos de las expresiones no necesariamente son los mismos. Esta falta de claridad terminológica ha generado, en el ámbito jurídico una necesidad de clasificar y conceptualizar lo que se ha denominado como «presunción», ya que su confusión conduce a una reconstrucción inadecuada del material normativo¹⁴, en la que incluso se tratan las presuncio-

ficción tributaria, y las presunciones de validez, legalidad, buena fe, que requiere de un análisis diverso que por el momento no lo abordaré.

¹² El derecho de defensa del contribuyente constituye una manifestación del principio de seguridad y del debido proceso, que garantiza a los particulares la posibilidad de controvertir los actos de la autoridad fiscal que les afecten, mediante el ejercicio de los medios de impugnación previstos en la ley. Este derecho implica que el contribuyente debe tener pleno acceso a las pruebas, argumentos y procedimientos necesarios para desvirtuar las determinaciones de la autoridad, bajo condiciones de equidad y legalidad que aseguren un juicio justo. Esto se puede desprender de lo resuelto la Primera Sala de la SCJN en el amparo en revisión 416/2012.

¹³ Benavente Cuesta (2013, p. 39), Aguiló Regla (2019, p. 63); Carbonell Bellolio (2021, p. 374) y Ferrer Beltrán (2022, p. 413) abordan el tema.

¹⁴ Autores como Aguiló Regla (2019, p. 94) y Ferrer Beltrán (2022, p. 413), han analizado las presunciones, señalando que solo las presunciones relativas o *iuris tantum* deberían considerarse presunciones, al considerar que la presunción *homini* es realmente una inferencia probatoria y las presunciones iure son normas sustantivas. Ferrer Beltrán (2022, p. 413) ha sostenido que la confusión generada por el

nes como medios de prueba cuando en realidad las presunciones legales funcionan para decidir en ausencia de prueba.

Las presunciones legales, como lo indica Mendonca (2019, p. 51-52), son mandatos legislativos en los cuales se prevé que un hecho debe ser tenido como cierto siempre que la ocurrencia de otro hecho haya sido probada suficientemente. El autor además señala que tienen un carácter instrumental que pueden conducir o no a los propósitos perseguidos, por lo que el valor estará determinado en el contexto decisorio en el cual se utiliza. También, refiere que una regla de presunción, como la denomina Ullmann-Margalit (2019), no tiene que ver con la afirmación de hechos sino con cómo proceder sobre su base, de modo que su objeto es facilitar la toma de las decisiones, superando situaciones de incertidumbre (Mendonca, 2019, p. 44).

Entre las presunciones que se utilizan en el ámbito jurídico se distinguen dos tipos básicamente; las presunciones legales y las presunciones *hominis* o judiciales. Las presunciones legales son: la presunción *iuris tantum* o relativa (en adelante «PR») ¹⁵ que admite prueba en contrario; y la presunción *iuris et de iure* o absoluta (en adelante «PA») que no admite prueba en contrario ¹⁶. La denominada presunción *hominis* considero, al igual que otros autores, entre ellos Ferrer Beltrán (2022, p. 425), que no son presunciones legales en estricto sentido, ya que las disposiciones que expresarían estas últimas se reconstruyen como conclusiones de inferencias probatorias, que pueden formular los jueces, las autoridades o los abogados. Para los propósitos de este trabajo usaré el término «presunción» únicamente para referirme a las presunciones *iuris tantum*, PR, que es fundamental distinguirlas de las inferencias probatorias, ya que de igual manera se construyen y se aplican en el proceso de la toma de decisiones judiciales o administrativas, pero operan en niveles probatorios diferentes, como lo señalaré más adelante.

uso del término «presunción» para hacer referencia a cosas tan diversas aconsejaría prescindir de alguno de los usos, sin llegar al grado que propone Allen de eliminar en su totalidad el término de presunción.

¹⁵ Un ejemplo de presunción relativa o *iuris tantum* en materia civil, que es muy conocida es la presunción de paternidad, la cual establece que se considera padre del hijo al marido de la madre cuando el nacimiento ocurre durante el matrimonio dentro de cierto periodo después de su disolución, salvo que demuestre lo contrario. En materia tributaria, podemos identificar como presunción relativa la prevista en el art. 59, fracción III del CFF, que señala que la autoridad fiscal puede presumir que una persona ha omitido ingresos, cuando sus depósitos bancarios, inversiones financieras o adquisiciones son superiores a los ingresos declarados. Esto lo podemos ver así, un contribuyente declaró ingresos por 100 000 dólares pero tiene depósitos por 500 000 dólares. La autoridad prueba esta discrepancia (inferencia probatoria). Opera automáticamente la presunción de que los 400 000 dólares son ingresos omitidos. El contribuyente debe probar en el procedimiento administrativo que son préstamos, herencias, etc., y no puede atacar la lógica de la presunción, solo desvirtuarla con pruebas específicas. La validez de la aplicación de la presunción en la vía contenciosa administrativa estará determinada, porque la autoridad haya probado la discrepancia y el contribuyente presentado las pruebas correspondientes.

¹⁶ Como presunción absoluta en el ámbito tributario podemos identificar el art. 107, último párrafo, de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, vigente en 2009, que señalaba que las cantidades recibidas como préstamos o donativos no informadas en la declaración del ejercicio constituyen ingresos objeto del impuesto.

2.1. Características de las PR

Veamos con detenimiento las características que son necesarias identificar en una auténtica presunción legal: los destinatarios de la norma, la estructura, la prueba del hecho base y la forma en que se puede bloquear o derrotar una PR.

2.1.1. *Destinatarios de la norma*

Aguiló Regla (2019, p. 75) señala la importancia de identificar en una presunción al obligado a actuar en algún sentido. En el caso de las PR, son los sujetos a los que la norma les «impone la aceptación de una hipótesis (y su uso en el razonamiento) en ausencia de prueba (suficiente) en contrario» Ferrer Beltrán (2022, p. 429). Entonces, el destinatario de la norma de presunción es el sujeto obligado a actuar, siendo lo más común que sea el juez en un contexto decisorio como refiere Ferrer Beltrán (2022, p. 415), pero tratándose de la materia tributaria, las presunciones denominadas fiscales, es la autoridad tributaria quien tendrá la obligación de aplicar la norma de presunción que deberá formar parte de su razonamiento justificativo y el juzgador validar su aplicación.

2.1.2. *Estructura o fórmula de una presunción legal*

Ullmann-Margalit (2019, p. 21) señala que una regla de presunción se puede representar mediante una fórmula que consiste en si P genera la presunción de que Q. En el que P sería el hecho base y Q el hecho presunto. En las inferencias probatorias podemos advertir la misma estructura; sin embargo, el enlace lo efectúa el juzgador o la autoridad conforme a las máximas de la experiencia, para inferir que, si P es verdadero, es probable que Q también lo sea, pero sin que exista una obligación normativa de aceptarlo como tal (Mendonca, 2019, p. 55).

Entonces, toda presunción legal debe tener la estructura siguiente: el hecho base y el hecho presunto o presumido, entre los que habría un nexo o enlace. El enlace entre la afirmación base y la presumida está fijado por el legislador, en una norma, en función de determinados elementos de juicio. Se podría decir que existe una generalización acreditada de modo que el enlace o nexo entre el hecho base y el hecho presunto, si cuando ocurre el primer hecho es altamente probable que ocurra también el segundo (Ferrer Beltrán, 2022, p. 415)¹⁷.

¹⁷ Este punto es importante para destacar la discusión sobre si la conexión entre el hecho base y el hecho presumido está debidamente sustentada desde una perspectiva epistémica. Existen autores como Matida (2016, p. 274) que argumenta que es una característica necesaria para considerarlas auténticas presunciones. Sin embargo, esta es una cuestión que, resultaría relevante analizar específicamente en el contexto de las presunciones legales en materia fiscal, pero será materia de un diverso trabajo.

2.1.3. *Estrategias para impedir la aplicación de una PR*

Mendonca (2019, p. 62) refiere que se dispone de dos estrategias para impedir la aplicación de una PR: el bloqueo de la presunción o su destrucción. La primera consiste en mostrar que el hecho base no está probado o en aportar prueba en contrario de la ocurrencia de este, de modo que no se actualiza la condición de la aplicación de la regla presuntiva; la segunda estrategia consiste en probar la no ocurrencia del hecho presumido (Ferrer Beltrán, 2022, p. 417). La primera estrategia la denomina bloqueo de la presunción y la segunda como derrota o destrucción de la presunción. El sujeto que se beneficie de la presunción solo debe probar la proposición sobre el hecho base, mientras que quien pretenda evitar ese beneficio debe producir prueba en sentido contrario, respecto de la falsedad de la proposición acerca del hecho base o de la del hecho presumido (Mendonca, 2019, p. 62).

Ferrer Beltrán (2020, p. 450) enfatiza la importancia de establecer las condiciones para considerar derrotada la presunción, esto es, que exista prueba suficiente en contrario. El nivel de suficiencia necesario para que una hipótesis pueda considerarse probada o suficientemente corroborada para una decisión sobre los hechos está determinado en función del estándar probatorio¹⁸.

2.1.4. *Prueba del hecho base*

La obligación impuesta por la PR surge únicamente si se prueba el hecho base¹⁹. De ahí la relevancia de identificar quién tendría que probarlo y cuándo se podría considerar suficientemente probado. Entonces recordemos que, tratándose de una presunción, quién busca su aplicación tiene la carga de la prueba del hecho base, y quien pretende evitarla tiene la carga de la prueba de la no ocurrencia del hecho presunto²². La PR parte de una inferencia que debe hacer el sujeto al que está destinada la norma de presunción, a partir de un hecho conocido o probado (hecho base) hacia un hecho desconocido o incierto. Una vez se considera probado el hecho desconocido a partir de esa inferencia realizada por la autoridad o juez, este deberá incorporar a su razonamiento la premisa de que ese hecho sucedió.

¹⁸ Los estándares probatorios que refiere Ferrer Beltrán (2022, p. 430) son reglas que determinan el nivel de suficiencia necesario para que una hipótesis pueda considerarse probada o suficientemente corroborada para una decisión sobre los hechos. Este tema requiriere de un estudio más amplio al respecto; sin embargo, es importante tenerlo presente por la referencia que haré con posterioridad sobre cuándo efectivamente podemos considerar que un hecho base está probado o no.

¹⁹ Mendonca (2019, p. 62) lo refiere en primer término y Ferrer Beltrán (2022, p. 417) establece la excepción de cuándo no sería necesario probar, esto es, ante hechos notorios o se trate de un consenso entre partes, que esto no aplica en materia tributaria. Por ello, Gama (2019, p. 39) sostiene que se dispensa a una de las partes de la obligación de probar un hecho, concretamente el hecho presumido.

Para definir el grado de corroboración de suficiencia probatoria del hecho base es conveniente señalar que Ferrer Beltrán (2022, p. 401) sostiene que estará determinado en función de la importancia de los bienes en juego y la gravedad, que pudiera tener una decisión equivocada, a lo que denomina estándar probatorio. El autor señala que este umbral no será necesariamente el mismo en todos los procesos, ya que existen diversos estándares con niveles de exigencia distintos. Los estándares de las pruebas sirven: (i) como un criterio de justificación de las decisiones probatorias, permitiendo el control de corrección del razonamiento probatorio realizado; (ii) para la posibilidad de que las partes planteen recursos contra las decisiones, así como formular sus alegatos para mostrar la falta de justificación de la decisión recurrida; y (iii) para distribuir el riesgo del error entre las partes, es decir, de condenar a personas inocentes o absolver culpables.

En ese sentido, el punto de partida será identificar los hechos fácticos que refiere la norma, como hecho base para analizar el razonamiento efectuado por el destinatario de la norma, con el que sustenta que se encuentra suficientemente corroborado el hecho base, atendiendo al estándar probatorio establecido por el juzgador o por el legislador, para tener por probado el hecho desconocido que refiere la norma de que se trate²⁰.

2.2. Presunción legal e inferencia probatoria: entre la consecuencia normativa y la carga de la justificación

Las presunciones legales, según Ferrer Beltrán (2022, p. 415), son normas condicionantes que imponen a otro la obligación de tener por cierto un hecho desconocido, con el requisito de que se pruebe un hecho base y exista una relación entre los dos hechos establecida en la ley. El efecto probatorio, es doble: en primer lugar, cambia el *thema probandum* (el hecho a probar) y, probado este, altera la carga de la prueba de la no ocurrencia del hecho presumido. Es por ello por lo que se considera que facilitan las pretensiones de una parte y dificultan las de la otra.

La importancia de distinguir entre una inferencia probatoria y una PR radica fundamentalmente en sus implicaciones en el ejercicio del derecho de defensa. Distinguir las en un procedimiento es crucial porque afecta la estructura de la carga de la prueba. La presunción legal facilita la decisión del destinatario de la norma al establecer una carga invertida automática, mientras que la inferencia probatoria requiere la construcción de un razonamiento lógico sólido que determina significativamente el alcance y el nivel de exigencia de motivación de la autoridad o el juzgador.

²⁰ En relación con el tema de estándares probatorios es un tema que requiere más explicación; sin embargo, para efectos del presente trabajo únicamente es relevante tenerlo en consideración para analizar si está un hecho suficientemente corroborado.

Cuando se habla de PR el tema probatorio determina cómo se estructura la carga de la prueba y qué tipo de evidencias son necesarias para confirmar o desvirtuar una presunción; mientras que las inferencias probatorias no tienen la misma fuerza automática que una presunción legal, ya que son herramientas de razonamiento que permiten a jueces o autoridades deducir hechos desconocidos basándose en patrones, máximas de la experiencia²¹, que permiten justificar las conclusiones probabilísticas. Según González Lagier (2005, p. 72), su función es ayudar a deducir conclusiones con cierto grado de probabilidad, sin la imposición de la ley.

Otra forma de identificar la diferencia de una presunción relativa (PR) y una inferencia probatoria, es utilizando la estructura argumental de Toulmin (2019, p. 106-108), que consta de cuatro elementos: una pretensión, es decir, el hecho presumido; el fundamento para sostener la pretensión, que sería el hecho base; la garantía de ese fundamento, son las razones que sustentan el enlace entre el hecho base y el hecho presumido; y el respaldo, que es cuando no son suficientes las razones y es relevante la información relativa al campo que se está argumentando.

Estamos ante una inferencia probatoria cuando la garantía es el enlace del argumento, que se basa en un razonamiento inductivo realizado a partir de las máximas de la experiencia. El respaldo es la información general relativa del campo en el que se está argumentando. En el caso de las PR, tienen un hecho base, el hecho conocido, que debe estar acreditado, un hecho presunto y en enlace de estos, la norma.

En las PR su aplicación puede ser controlada, pero su existencia y validez no son cuestionables por un juzgador. Así, para que opere la presunción debe existir prueba de una proposición existencial acerca del hecho base y ausencia de prueba suficiente respecto de la negación de la proposición presumida. Las inferencias probatorias requieren un análisis más profundo, porque exigen pruebas más sólidas para llegar a conclusiones válidas, ya que se requiere de un razonamiento. Por tanto, las PR pueden ser bloqueadas si se demuestra que no ocurrió el hecho base y destruidas si se acredita que no ocurrió el hecho presumido. Tratándose de las inferencias probatorias solo pueden derrotarse.

Conforme a lo anterior, podemos concluir que las PR y las inferencias probatorias tienen la misma estructura y comparten la característica de admitir prueba en contrario, pero divergen en que, en las primeras, el nexo o enlace entre la afirmación base y la afirmación presumida está determinada por el legislador en función de ciertos elementos de juicio, como lo referimos con anterioridad; mientras que en las segun-

²¹ González Lagier (2005, p. 87) sostiene que las máximas de la experiencia son generalizaciones basadas en la observación de casos previos y que sirven como garantía del razonamiento probatorio. Estas máximas deben estar bien fundamentadas para otorgar solidez a la inferencia, y su validez se evalúa mediante la inducción ampliativa, es decir, evaluando si las observaciones previas son suficientes para sustentar una generalización aplicable al caso en concreto.

das el enlace es incorporado por el juzgador, autoridad o alguna de las partes, a su razonamiento por una inferencia epistémicamente fundada²², y no por una norma.

Con esas someras consideraciones queda ya claro qué entiendo por PR, como una regla establecida en una norma condicional, con una estructura claramente definida, que ofrece la posibilidad de bloquearla y destruirla en el contexto decisorio de que se trate. La norma que establece una PR pretende dar un criterio al destinatario de la norma para que, si no hay prueba suficiente, cumpla con la obligación de resolver el caso, otorgando así seguridad jurídica. En el caso de las inferencias probatorias, aun cuando tienen la misma estructura de la PR, surge del razonamiento lógico en cada caso del juzgador o autoridad, el cual hay mayor probabilidad de derrotarlo.

3. EL ARTÍCULO 69- B DEL CFF

El artículo establece en su parte conducente lo siguiente:

Artículo 69-B. Cuando la autoridad fiscal detecte que un contribuyente ha estado emitiendo comprobantes sin contar con los activos, personal, infraestructura o capacidad material, directa o indirectamente, para prestar los servicios o producir, comercializar o entregar los bienes que amparan tales comprobantes, o bien, que dichos contribuyentes se encuentren no localizados, se presumirá la inexistencia de las operaciones amparadas en tales comprobantes.

En este supuesto, procederá a notificar a los contribuyentes que se encuentren en dicha situación a través de su buzón tributario, de la página de Internet del Servicio de Administración Tributaria, así como mediante publicación en el Diario Oficial de la Federación, con el objeto de que aquellos contribuyentes puedan manifestar ante la autoridad fiscal lo que a su derecho convenga y aportar la documentación e información que consideren pertinentes para desvirtuar los hechos que llevaron a la autoridad a notificarlos. Para ello, los contribuyentes interesados contarán con un plazo de quince días contados a partir de la última de las notificaciones que se hayan efectuado.

...

Los efectos de la publicación de este listado serán considerar, con efectos generales, que las operaciones contenidas en los comprobantes fiscales expedidos por el contribuyente en cuestión no producen ni produjeron efecto fiscal alguno.

...

Las personas físicas o morales que hayan dado cualquier efecto fiscal a los comprobantes fiscales expedidos por un contribuyente incluido en el listado a que se refiere el párrafo cuarto de este artículo, contarán con treinta días siguientes al de la citada publicación para acreditar ante la propia autoridad, que efectivamente adquirieron los bienes o recibieron los servicios que amparan los citados comprobantes fiscales, o bien procederán en el mismo plazo a corregir su situación fiscal, mediante la declaración o declaraciones complementarias que correspondan, mismas que deberán presentar en términos de este Código.

...

²² González Lagier (2005, p. 57) se refiere que sería una inferencia probatoria epistémica cuando la conexión de la información disponible con la hipótesis fáctica, o enunciados sobre los hechos a probar, está soportado en la generalización por regularidad empírica, que serían las máximas de la experiencia o conocimiento científico.

3.1. Análisis estructural del art. 69-B del CFF a partir de características de una PR

A continuación, analizaré el art. 69-B del CFF, desde el aspecto teórico de una PR, conforme a las características que de manera somera fueron señaladas en el apartado anterior, pero que nos permitirán identificar si estamos o no ante una auténtica norma de presunción.

3.1.1. *Destinatarios de la norma*

En este caso, la norma establece un procedimiento que es aplicado exclusivamente por la autoridad tributaria. Este procedimiento se activa cuando la autoridad utilizando la información disponible en su sistema, detecta la falta de capacidad operativa o la no localización del contribuyente. Si la autoridad considera que las pruebas presentadas por el contribuyente, identificado como EFOS, son insuficientes para demostrar su capacidad operativa para la prestación de servicios o entrega de bienes, o su localización, se presume la inexistencia de operaciones. Esta presunción afecta a los EFOS y, en consecuencia, se cuestiona la materialidad de los comprobantes utilizados por los EDOS relacionados con dichos EFOS.

3.1.2. *Estructura de norma de presunción*

En el art. 69-B del CFF podemos identificar la estructura de una PR, tiene un hecho base, un hecho presunto establecido en el artículo, que se esquematiza de la siguiente manera:

3.1.2.1. Hecho base:

El artículo presenta un hecho base compuesto, que puede configurarse a partir de los siguientes elementos:

1. Que el contribuyente emite comprobantes sin contar con:
 - Activos,
 - Personal,
 - Infraestructura, o
 - Capacidad material (directa o indirecta) para realizar las operaciones (prestar servicios o entregar bienes).

En el caso podemos advertir que está construido con base en una categoría abierta y susceptible de interpretación de la autoridad administrativa. ¿Cuántos activos mínimos se requieren para que no se considere que son insuficientes? ¿Basta que falte uno de los elementos o debe ser combinación de todos?

2. O bien, un supuesto autónomo
 - Que el contribuyente se encuentre no localizado.

3.1.2.2. Hecho presunto:

- Inexistencia de operaciones/ falta de materialidad operaciones.

Entonces, cuando la autoridad «detecte» a un contribuyente que emitió comprobantes fiscales sin contar con activos, personal, infraestructura o capacidad material para prestar los servicios o producir, comercializar o entregar bienes, (en adelante, por simplicidad, capacidad operacional o «CO»), o que es un sujeto no localizable, se presumirá que es un EFOS, salvo que presente información o documentación para derrotar la presunción de operaciones inexistentes. El artículo señala que, si se prueba el hecho base se presumirá la inexistencia de las operaciones.

En otras palabras, siguiendo la fórmula de una regla de presunción que referimos con anterioridad, que señala Ullmann-Margalit, (2019, p. 21) si se da la condición P, entonces se procederá como si Q fuera verdadero, salvo prueba en contrario. En este caso P representa la detección de ausencia de activos, infraestructura, personal para prestar bienes y servicios, de falta de CO y/o que no se haya localizado el contribuyente, Q es la inexistencia de operaciones y Q₁ la falta de materialidad de las operaciones.

3.1.3. *El alcance del hecho presumido. La inexistencia de operaciones*

La inexistencia de operaciones de un contribuyente conlleva considerar que sus actos o contratos fueron simulados, a efecto de los delitos previstos en el CFF²³. Esta consecuencia se vincula con dos delitos contenidos en el CFF: (i) un tipo de defraudación fiscal equiparada —*i.e.*, la simulación de actos obteniendo un beneficio indebido con perjuicio del fisco—, y; (ii) el delito de expedición, enajenación, compra o adquisición de comprobantes que amparen actos jurídicos simulados (en adelante «Delito 113bis») ²⁴.

²³ Tratándose del delito previsto en el art. 113 bis del CFF, la acción del Ministerio Público estaría dirigida a demostrar que un contribuyente expidió, enajenó, compró o adquirió un comprobante que ampara un acto jurídico simulado, sin que sea necesaria otra condición de resultado; situación respecto de la cual —desahogado el procedimiento del 69-B— ya existiría una prueba documental pública, esto es, la resolución que determina que el contribuyente no derrotó «la presunción».

²⁴ Art. 109 fracción IV del CFF. Será sancionado con las mismas penas del delito de defraudación fiscal, quien: [...] Simule uno o más actos o contratos obteniendo un beneficio indebido con perjuicio del fisco federal y el art. 113 bis del CFF. Se impondrá sanción de dos a nueve años de prisión, al que por sí o por interpósita persona, expida, enajene, compre o adquiera comprobantes fiscales que amparen operaciones inexistentes, falsas o actos jurídicos simulados.

Una diferencia importante entre estos delitos es que la defraudación fiscal equiparada es un delito de resultado en sentido estricto²⁵, dado que requiere la obtención de un beneficio indebido en perjuicio del fisco; mientras que el Delito 113 bis es un delito de mera conducta, ya que no necesita de un resultado posterior a la expedición, enajenación, compra o adquisición del comprobante (*i.e.*, el aprovechamiento de un efecto fiscal y/o un perjuicio al fisco). Esta construcción legal no significa que el ministerio público se encuentre relevado de demostrar objetivamente que un comprobante ampara un acto jurídico simulado, pero sí implica que contará con una prueba documental que deriva de un procedimiento administrativo dentro del cual se invirtió la carga de la prueba en contra del contribuyente. Es decir, se habrá obtenido un elemento de prueba a través de un procedimiento en el cual la actividad de la autoridad habrá sido pasiva y discrecional frente a la actividad que correspondió al contribuyente, como lo advertiremos más adelante.

3.1.4. Prueba del hecho base

En los supuestos referidos como hecho base en el apartado anterior, conforme a la norma en análisis, la autoridad tributaria debe demostrar la inferencia probatoria que realiza para sostener la relación entre la falta de activos, porque la empresa no tiene ningún activo declarado, la insuficiencia de CO porque los recursos de la empresa a su juicio son insuficientes para el nivel de ingresos declarados; o que la empresa no está localizada. Sin embargo, no se puede perder de vista el carácter indeterminado del hecho base que evidencia el grado de complejidad para considerar que efectivamente está probado el hecho base.

Esto es, si la prueba del hecho base debe estar acreditada. Entonces, en la resolución preliminar emitida por la autoridad, que informa al contribuyente que está en alguno de los supuestos del artículo, para detonar la aplicación de la norma, tendría que demostrar conforme a una generalización sostenible en relación con el tipo del negocio, que se trata de un contribuyente que por los indicios que tiene en su base de datos carece de CO y/o sin domicilio localizable.

4. DE LA TEORÍA A LA PRÁCTICA: LA PRUEBA EN PRESUNCIONES FISCALES

En este apartado se analizarán dos ejemplos que permitirán ilustrar cómo opera el art. 69-B del CFF y su impacto en el razonamiento probatorio. Con estos ejemplos se mostrará cómo la configuración normativa del hecho base, la falta de CO es abierta y

²⁵ Ontiveros Alonso (2017, p. 186) señala que en el derecho penal hay resultado donde un concepto natural lo rechazaría de plano: en la tentativa, por ejemplo, también hay un resultado desde la óptica del derecho penal (el peligro al que ha sido expuesto el bien jurídico).

amplia, lo que deja a la autoridad fiscal un margen considerable de interpretación al momento de determinar la insuficiencia de CO. Así se observará cómo la autoridad sin criterios definidos puede concluir la existencia del hecho base, y con ello, activar la presunción de inexistencia de operaciones, generando consecuencias relevantes en el razonamiento probatorio y en el derecho de defensa de los contribuyentes. El primer ejemplo mostrará el funcionamiento y los problemas normativos del procedimiento previsto el art. 69-B del CFE, mientras que el segundo se centrará en evidenciar las implicaciones que tiene su aplicación en el razonamiento probatorio y el derecho de defensa.

4.1. Detección de falta de activos

En México las empresas tienen que presentar anualmente su declaración de impuestos²⁶. En estas declaraciones se incluyen los rubros que permiten a la autoridad analizar la situación operativa y financiera de la empresa, entre los cuales están sus activos²⁷, infraestructura y personal. En cumplimiento de su obligación fiscal, un contribuyente «X» (posible EFOS), que se dedica a vender granos, declara en el ejercicio fiscal 2021, la venta de 1000 toneladas de granos a «Y» (posible EDOS). La autoridad tributaria, al revisar su declaración, detecta que la empresa no tiene camiones para transportar los granos, tiene dos almacenes para guardarlos y sin personas registradas para que opere el negocio. Con base en estos datos la autoridad concluye que la empresa no tiene capacidad material para realizar las operaciones y activa el 69-B del CFE, publicando los datos de la empresa «X» como posible EFOS.

Veamos cómo se aplica el ejemplo utilizando la estructura argumental de Toulmin a la que hicimos referencia con anterioridad, con los cuatro elementos: la pretensión (lo que se afirma), el fundamento (la base de la afirmación), la garantía (las razones que conectan la base con la afirmación) y el respaldo (información adicional cuando las razones no son suficientes).

La base de la afirmación: De la información que tiene en su sistema, la autoridad detecta que «X» declara en 2021 que vendió 1000 toneladas de granos a la empresa «Y». La autoridad tributaria observa que:

- No tiene camiones registrados para el transporte.
- Tiene solo dos almacenes y sin capacidad logística clara.

²⁶ Al presentar la declaración fiscal, la empresa debe incluir información detallada sobre sus activos fijos y otros recursos que posee.

²⁷ Los activos son todos los bienes, derechos y recursos que una empresa posee y utiliza para llevar a cabo sus actividades económicas. Los activos fijos son los bienes tangibles, como maquinaria, equipo, vehículos, inmuebles, y otros bienes de capital que la empresa utiliza en sus actividades productivas o comerciales. Los activos circulantes son los inventarios, cuentas por cobrar y otros activos líquidos. Esto permite a la autoridad tributaria analizar si la empresa tiene los medios suficientes para realizar las operaciones que reporta.

— No tiene empleados registrados en el sistema de seguridad social o pago de impuesto sobre nómina.

Con base en esos indicios, la autoridad concluye que «X» carece de capacidad material para realizar operaciones, y activa la aplicación del art. 69-B del CFF, presumiendo que «X» es un EFOS y publicando sus datos en el Diario Oficial de la Federación (en adelante DOF).

Lo que se afirma: inexistencia de operaciones: (la venta de granos es ficticia)

Garantía: el art. 69-B del CFF permite a la autoridad publicar como EFOS cuando presume la inexistencia de operaciones por falta de capacidad operativa.

Respaldo: Cuando no hay activos, no es posible que pueda funcionar una empresa de compra y venta de granos, que requiere activos para poder operar. Dentro de una probabilidad lógica, se desprende que no es posible que puedan operar sin recursos, pero en el caso tiene algunos recursos.

En este caso podemos sostener que la autoridad hace una inferencia de que el contribuyente «X» no tiene capacidad material, porque dentro de sus sistemas informáticos no tiene registro de personal operativo y de camiones que transportan los granos. Es razonable que la autoridad sospeche que las operaciones declaradas no tienen respaldo material, ya sea porque existen inconsistencias en las declaraciones de activos en los periodos o bien por falta de congruencia en lo declarado en las actividades económicas sin reporte de activos; sin embargo, la norma no define qué activos son esenciales para considerar que la empresa tiene capacidad operativa, cuando en la realidad pueden existir contratos de logística, arrendamientos, entre otros, para que opere una empresa opere sin necesidad de ciertos activos. En ese sentido, es importante evidenciar la importancia del razonamiento de la autoridad, conforme al cual sostiene su inferencia con los elementos que cuenta en su sistema, para considerar que son insuficientes para operar.

A este contribuyente «X» se le notificará por buzón tributario²⁸ un oficio en el que se señalarán los elementos considerados por la autoridad para «presumir» que es un EFOS; adicionalmente su nombre será dado a conocer en la página del Servicio de Administración Tributaria, y a través de la publicación en el DOF²⁹, para que presente la documentación o información correspondiente con ello activa la presunción³⁰.

²⁸ Medio de comunicación electrónica entre autoridades fiscales y contribuyentes.

²⁹ El Diario Oficial de la Federación es un órgano del Gobierno Constitucional de México, de carácter permanente e interés público, cuya función consiste en publicar en el territorio nacional, las leyes, decretos, reglamentos, acuerdos, circulares, órdenes y demás actos, expedidos por los Poderes de la Federación en sus respectivos ámbitos de competencia, a fin de que estos sean aplicados y observados debidamente. Conforme a la Ley del Diario Oficial de la Federación y Gacetas Gubernamentales.

³⁰ Conforme al criterio de la SCJN en la tesis jurisprudencial 2a./J. 154/2019 (10a.), la resolución preliminar que emite la autoridad tributaria para informar al contribuyente que detectó que está en algún supuesto del 69-B del CFF, no es impugnabile en vía jurisdiccional, por considerar que no afecta al contribuyente, aun cuando se publican los datos del contribuyente en la primera lista en el DOF, por lo que el procedimiento se sigue sin que se pueda cuestionar si quedo debidamente probado el hecho base.

El contribuyente «X» tendría que presentar información y documentación para probar que cuenta con transportes propios y personal registrado en su nómina; o bien acepta que no tiene esos activos directamente, pero derrota la inexistencia de operaciones demostrando que opera mediante la subcontratación de servicios de almacenaje, subcontratación del transporte, que tiene contratos de servicios con personal externo, que su modelo de negocios es viable sin necesidad de tener los activos directamente. Aporta las pruebas con las que demuestre que sí entregó las 1000 toneladas a «Y» con facturas de transporte externo, fotografías de entrega, entre otros.

Una vez valoradas las pruebas presentadas por el contribuyente «X», si la autoridad tributaria considera que éste no presentó información y documentación suficiente a su juicio, para bloquear o derrotar la «presunción» ocurriría lo siguiente: (1) La autoridad tributaria emitirá una resolución definitiva, en la que deberá justificar las razones por las cuales consideró insuficientes las pruebas exhibidas por el contribuyente; (2) se publican los datos de «X» en una segunda lista en el DOF, señalando que sus operaciones se determinaron como inexistentes actualizando los supuestos normativos que lo consideran un EFOS; y (3) a todos los contribuyentes que tuvieran comprobantes fiscales del considerado EFOS, se les presume como EDOS, como la empresa «Y» salvo que presenten documentación conforme a la cual acrediten la materialidad de las operaciones amparadas en los propios comprobantes.

En cuanto a la resolución que emite la autoridad tributaria derivada de la aplicación del artículo 69-B del CFF, en la que considera que la información proporcionada por el contribuyente «X» no fue suficiente para derrotar la «presunción», es impugnabile mediante el recurso de revocación administrativa ante la misma autoridad tributaria o de manera optativa presentar la demanda de nulidad ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa. Sin embargo, los efectos de la aplicación de la presunción se producen en el momento en el que se publican sus datos en el DOF y se señala a «X» como un EFOS, ya que no se suspenden acorde con un criterio jurisprudencial de la SCJN (2a./J. 88/2014, 2014).

Entonces una vez que se publican los datos del contribuyente genera diversas consecuencias legales: los socios o accionistas del contribuyente «X», pueden ser considerados responsables solidarios de las contribuciones que se hubieren causado, mientras ostentaron tal calidad (art. 26, fracción X del CFF); Se impide su participación en procedimientos de contratación pública (art. 32 del CFF); se cancelan los los Certificados de Sellos Digitales (en adelante «CSD») para emitir comprobantes fiscales (art. 17-H, fracción II del CFF)³¹; y la autoridad fiscal puede presentar querrela ante la fiscalía por la posible comisión de delitos de defraudación fiscal y la expedición de comprobantes que amparen actos jurídicos simulados (art. 109, fracción IV y art. 113 bis del CFF).

³¹ El CSD es un archivo digital que resulta indispensable para que un contribuyente pueda emitir comprobantes fiscales, pues sirve como mecanismo para garantizar su origen, autenticidad y unicidad. Es prácticamente imposible continuar legítimamente con las actividades comerciales sin estos.

De este modo, aunque el contribuyente «X» aún puede impugnar la resolución que lo clasifica como EFOS, los efectos jurídicos derivados de esa presunción se materializan desde la publicación de sus datos en el DOF, sin que exista aún una resolución firme que acredite la validez de la aplicación del art. 69-B del CFF, esto es, que se hubiere acreditado el hecho base y la falta de pruebas para derrotar la inexistencia de operaciones.

Además, con la publicación en la segunda lista de los datos de «X», otra consecuencia es que se considerará EDOS la empresa «Y», y le comienza a correr el plazo de 30 días para acudir ante la autoridad fiscal para presentar la documentación e información correspondiente con la que acredite la materialidad de las operaciones sustentadas en los comprobantes fiscales que le expidió «X», en los términos del penúltimo párrafo del art. 69-B del CFF³². En caso de que la autoridad fiscal resuelva desfavorablemente para el EDOS (esto es, que no tiene por demostrada la adquisición de bienes o la prestación de los servicios amparados en los comprobantes fiscales expedidos por el EFOS), se le informa que los comprobantes fiscales digitales por internet dejan de ser válidos, y, por lo tanto, se le invita a corregir su situación fiscal³³.

A partir del momento en que: (i) exista una resolución desfavorable, por medio de la cual la autoridad fiscal sostiene que no se acreditó la materialidad de los servicios o los bienes adquiridos de un contribuyente contenido en el listado definitivo de EFOS; o (ii) no se haya presentado la solicitud de aclaración correspondiente, de manera inmediata la autoridad fiscal podría emitir una resolución distinta, como al EFOS en términos del art. 17-H bis del CFF, por medio de la cual restrinja temporalmente el uso de los CSD del contribuyente para emitir comprobantes fiscales, lo que obliga a la empresa, que utilizó las facturas emitidas por el EFOS a corregir las diferencias derivadas del efecto que les dio a los comprobantes considerados falsos para poder levantar esa restricción, esto es, tendrían necesariamente que «autocorregirse» independientemente de si acreditara o no la materialidad en una instancia posterior³⁴.

³² En el supuesto en que la autoridad tributaria considere que la información presentada fue insuficiente, no existe una regla en el CFF, para requerirle información adicional a los supuestos EDOS ni la ley prevé un plazo para emitir la resolución correspondiente, ya que esto está previsto en la Regla 1.5. de la Resolución Miscelánea Fiscal. Es por esto, que si no resuelve la autoridad fiscal dentro de los tres meses siguientes, que es un plazo aplicable para la negativa ficta para acudir al juicio, puede impugnarlo de esa manera, sin que pueda hacer valer la nulidad de la resolución por no emitirla dentro del plazo que prevé la Resolución Miscelánea, conforme al criterio de la SCJN en la jurisprudencia identificada con el número 2a./J. 162/2019 (10a.).

³³ Se le invita a auto-corregirse, ya que en este momento no podría emitirse un acto determinante de un crédito fiscal al ser necesaria una revisión amplia de los hechos económicos causantes de las contribuciones a su cargo a través del ejercicio de facultades de comprobación previstas en el art. 42 del CFF. Sin embargo, eso no significa que no le sean aplicadas las consecuencias sancionatorias administrativas de considerarlo un EDOS, como ocurre para los EFOS.

³⁴ Asimismo, se condicionan los estímulos fiscales que se hubieren otorgado para la región fronteriza norte del país a que se corrijan o se desistan del medio de defensa interpuesto en contra de la

Aunque la autoridad fiscal solo puede dejar sin efectos los comprobantes mediante el ejercicio de sus facultades de fiscalización, en términos del art. 42 del CFF³⁵, en caso de que el EDOS no se hubiere autocorregido dentro de los treinta días previstos en el artículo en análisis y la autoridad fiscal ejerce sus facultades de fiscalización y considera que «Y» no acreditó la materialidad de las operaciones, podría imponerle una multa de un 55 por 100 al 75 por 100 del importe de cada comprobante fiscal al que se le haya dado efectos fiscales, conforme a lo dispuesto por los ars. 83 y 84 del CFF.

4.2. Capacidad operativa insuficiente para prestar un servicio o realizar operaciones

Ahora analicemos otro ejemplo, en el que el hecho base resulta más complejo de demostrar, como lo es el caso de un contribuyente que no tiene capacidad suficiente para prestar un servicio o realizar las operaciones que factura y entonces, podremos advertir la importancia del razonamiento probatorio. En este contexto, la inferencia probatoria debe ser respaldada por la autoridad fiscal, quien deberá demostrar fehacientemente que, con la información contenida en sus bases de datos, existe un sustento lógico y racional, conforme a una máxima de la experiencia que respalde la inexistencia de operaciones. En consecuencia, todas las facturas emitidas por el EFOS se presumen que carecen de materialidad, a menos que se demuestre lo contrario, sin importar el ejercicio fiscal al correspondan ni el contribuyente que haya recibido los servicios o bienes.

Una empresa «Y» vende programas de Software a diversas empresas «W», «X» y «Z». En el 2021 facturó veinte millones de pesos. Tiene de activos: tres computadoras, cuatro personas, sin infraestructura adicional. La autoridad tributaria infiere que esos elementos son suficientes para determinar una desproporción entre sus recursos e ingresos y publica los datos de la empresa «Y» en la primera lista en el DOF, como un posible EFOS.

resolución recaída a la presentación de la información y documentación para demostrar la materialidad de las operaciones amparadas en los comprobantes expedidos por el considerado EFOS. (Regla 11.9.20. de la RMF para el ejercicio fiscal de 2024). De igual manera, los socios o accionistas de la persona moral considerada como EDOS, serán responsables solidarios respecto de las contribuciones que se hubieran causado por la sociedad cuando tenía tal calidad. (Artículo 26 del CFF).

³⁵ El propósito de las facultades de fiscalización previstas en el art. 42 del CFF es en términos generales evaluar la situación fiscal de un contribuyente y dentro de este procedimiento la autoridad tributaria puede determinar obligaciones tributarias para el contribuyente. De esta manera, si la autoridad quisiera dejar sin efectos las facturas de los EDOS necesita iniciar el procedimiento dentro del plazo de caducidad de cinco años establecido en el art. 67 del CFF, a partir de que le dieron efectos. En ese sentido, tampoco debería la autoridad pronunciarse respecto un ejercicio fiscal de un EFOS no existe una limitante expresa con base en la cual pudiera aplicar la presunción de inexistencia de operaciones, para el caso de los EFOS, que como se advirtió con anterioridad los efectos adversos a estos contribuyentes se dan por la publicación de su nombre en el DOF.

En el caso, la carga de la prueba inicial debiera ser de la autoridad fiscal, que tendría que demostrar con la información con que cuenta en su sistema, que infiere que los recursos de «Y» son insuficientes para el nivel de operación declarado, considerando la naturaleza del negocio digital. La inferencia probatoria se da cuando la autoridad fiscal debe probar esa insuficiencia de capacidad material. Este sería un ejemplo de un hecho base complejo que requiere de varios elementos probatorios para poder confirmar si el contribuyente pudiera operar con los recursos declarados.

La complejidad de demostrar este hecho base radica en la diversa información que se requiere para hacer la inferencia, la cual no toda esa información está disponible en la base de datos de la autoridad tributaria, conforme a la cual podría detectar la insuficiencia de CO. Esto, porque para poder inferir válidamente que la empresa «Y» tiene insuficiencia de CO, la autoridad debe analizar documentos financieros, contratos y comprobantes de las operaciones de la empresa a fin de evidenciar la posible inconsistencia. Además, debe evaluar que la cantidad de empleados, recursos físicos y tecnológicos concuerden con el monto de ingresos. También debe verificar si la proporción entre recursos y facturación es similar a las empresas del mismo sector, cuestión que no tiene disponible en su sistema.

Es así que, conforme al procedimiento que establece el 69-B del CFE, el razonamiento que la autoridad pudiera efectuar basado en la información que se encuentra en sus base de datos, para ser considerados como prueba, en principio no es suficiente para sostener una insuficiencia de activos, y con ello publicar en la primera lista los datos de la empresa «Y» en el DOF como posible simulador de operaciones, ya que para ello necesitaría requerir información adicional a la empresa «Y», antes de considerar probado el hecho base. De ahí que la inferencia que realice con la poca información con la que puede contar, sin haber ejercido sus facultades de fiscalización, no este sustentada en la lógica ni máximas de la experiencia.

Esto significa que si la autoridad no puede justificar el fundamento empírico que la lleva a sostener que no es posible facturar ciertos ingresos con la capacidad operativa con que cuenta el contribuyente, no quedaría ni posiblemente probado el supuesto hecho base para presumir válidamente la inexistencia de operaciones del posible EFOS, como debería ocurrir en las presunciones fiscales.

La falta de motivación de la resolución de la autoridad supone un serio problema, porque si la autoridad no ha justificado en su resolución la conclusión de la inexistencia de operaciones, explicitando los hechos en que se basa, la generalización empírica que le da sustento y que funda su inferencia, el contribuyente se encontrará en estado de indefensión de tener que aportar a ciegas contra-pruebas respecto de un razonamiento previsiblemente inexistente. La empresa «Y» deberá imaginar el fundamento empírico de la inferencia de la autoridad para dar por acreditado el hecho base y aportar los elementos probatorios que estime relevantes, quedando bajo el arbitrio de la autoridad si los estima relevantes y/o suficientes para destruir la conclusión de la inexistencia de operaciones, sin un juicio de razonabilidad sobre la prueba del hecho base, ya que no es posible acudir al juicio de nulidad, porque, conforme a la

jurisprudencia de la SCJN, que referimos con anterioridad es una etapa preliminar no susceptible de ser impugnada. Entonces, la empresa «Y» no puede cuestionar el razonamiento de la autoridad con la información que cuenta en su sistema para sostener que es un posible EFOS, y en el plazo que se le otorga para presentar documentación para «bloquear» la presunción únicamente podría limitarse a probar que tiene cien empleados en lugar de cuatro, o bien, que tiene cien computadoras en vez de tres; pero no podría destruir la presunción, aceptando que los recursos son limitados, justificando su suficiencia, demostrando que el negocio opera principalmente en la nube, que las ventas son automatizadas, o que el negocio digital no requiere infraestructura física.

Ahora, si la autoridad considera que con la información que presenta la empresa «Y» no es suficiente para derrotar la presunción, publica sus datos en la segunda lista en el DOF, lo que produce la actualización de los supuestos previstos en el CFF, para el tratamiento de los contribuyentes que simulan operaciones, que señalamos en el ejemplo anterior. Por lo que aun cuando la empresa «Y» acuda al juicio de nulidad en contra de la resolución definitiva que emita la autoridad tributaria derivada del procedimiento previsto en el art. 69-B del CFF, no se suspenden los efectos de considerar a la empresa un EFOS, como ya lo referimos. La empresa «Y» queda en indefensa porque, por un lado, no puede saber qué elementos probatorios serían relevantes para bloquear la presunción, al desconocer en una primera instancia ese fundamento, y, por el otro, no puede impugnar esa primera resolución como presunto simulador, que lo sitúa en una primera lista en el DOF³⁶.

Cuando ya puede acudir a juicio, es precisamente cuando la autoridad ha emitido la resolución en la que considera que se trata de un EFOS, pero esta condición sitúa a la empresa «Y» en diversos supuestos, con la publicación de sus datos en la segunda lista que es la definitiva³⁷, que le impiden obtener beneficios fiscales, y que se le inicie el procedimiento para cancelar sellos, con las implicaciones operativas que tal trae aparejado. Por ello es fundamental que la empresa «Y» tenga la oportunidad de conocer las razones específicas que la autoridad utiliza para considerarlo un posible EFOS y, con base en ello, poder bloquear o derrotar la presunción antes de que esta sea considerada válida y se le de algún efecto. De lo contrario, se corre el riesgo de aplicar una inferencia probatoria sin controles suficientes.

En esa línea, la norma establece que al no derrotar la «la presunción» por la empresa «Y» se presume que todas las facturas que emitió carecen de materialidad, sin importar el año en que las expidió. En este momento la norma prevé un plazo de treinta días para que todas las empresas «W» «X» y «Z» que recibieron comprobantes

³⁶ Como lo sostuvo la SCJN en el criterio referido en el ejemplo anterior, que al tratarse de una decisión provisional no es posible impugnarla en juicio.

³⁷ La segunda lista que se emite derivado del procedimiento es la que genera efectos inmediatos, independientemente de la definitividad de la resolución que se le notifica al EFOS, y respecto a ésta no es procedente el juicio en los términos de la tesis de jurisprudencia 2a./J. 23/2020 (10a.).

de la empresa «Y» presenten las pruebas correspondientes para acreditar que recibieron los servicios o los bienes facturados, esto es, destruir la presunción de falta de materialidad de sus comprobantes. Entonces, a partir de la declaración de inexistencia de operaciones del EFOS se considera que está probado el hecho base por la misma autoridad, respecto a la presunción de que todos los comprobantes expedidos a las empresas «W», «X» y «Z», por la empresa «Y» carecen de validez, a menos que presenten información y documentación con la que acrediten que tienen materialidad, ya sea dentro de los treinta días siguientes a la publicación de la lista definitiva de los datos de la empresa «Y», o bien, esperar a que les inicien facultades de fiscalización, con la posibilidad de que si la autoridad considera que las pruebas ofrecidas no son suficientes para acreditar la materialidad, les imponga una multa de un 55 por 100 al 75 por 100 del importe de cada comprobante fiscal al que se le haya dado efectos fiscales.

De esta manera, la autoridad tributaria tiene un doble rol en el procedimiento, ya que es la misma autoridad la que decide sobre la validez de las pruebas para desvirtuar la presunción. Por lo que no es posible sostener que existe una verdadera oportunidad de bloquear la «presunción» que se le imputa al contribuyente considerado posible EFOS. En el caso del EDOS no puede en ningún caso bloquear la «presunción», porque la presunción de falta de materialidad de sus comprobantes se activa, cuando queda confirmada la presunción de inexistencia de operaciones al EFOS por la autoridad tributaria, y es cuando inicia su plazo para presentar documentación e información ante la autoridad tributaria, por lo que, lo único que puede hacer el EDOS es destruir la «presunción» que se le hace sobre la falta de materialidad de los comprobantes fiscales emitidos por el EFOS.

Con estos dos ejemplos, podemos observar que el hecho base previsto en el art. 69-B del CFF no es claro ni está debidamente definido, dejando a la autoridad la selección de elementos de prueba, que dentro de su base de datos pueda interpretar cuándo se actualiza el supuesto normativo. Esta inferencia realizada por la autoridad dependerá de un criterio subjetivo atendiendo incluso a la autoridad tributaria en turno, y la determinación de la suficiencia de las pruebas para demostrar que si tienen CO y la materialidad de las operaciones.

5. DESMITIFICANDO LA PRESUNCIÓN LEGAL DEL ARTÍCULO 69-B DEL CFF

El art. 69-B del CFF ha sido frecuentemente interpretado como una PR. No obstante, un análisis más detallado de su estructura y funcionamiento, a la luz del contexto normativo y jurisprudencial que lo rige, revela que no cumple con los elementos esenciales que a caracterizan a una auténtica PR. Como ha señalado Ullmann-Margalit (2019, p. 33), las reglas de presunción se justifican cuando suprimen la necesidad de decidir aleatoriamente frente a la incertidumbre probatoria. Para que

esto ocurra, la norma debe prever un hecho base comprobable y someter su existencia a un control imparcial, típicamente jurisdiccional. Esto no es distinto para el caso de las denominadas presunciones tributarias, en el que el legislador establece una norma condicional para que cuando la autoridad fiscal ejerza sus facultades de fiscalización la aplique en caso de prueba insuficiente, pero la revisión de si está debidamente comprobado se da en el ámbito jurisdiccional. En ese sentido, es relevante considerar si está comprobado o no el hecho base por un juzgador, antes de aplicar las consecuencias jurídicas de una regla de presunción.

En el caso como pudimos advertir el art. 69-B del CFF establece un procedimiento con una estructura condicional, que aparentemente pudiera parecer una auténtica PR. La autoridad fiscal presume la inexistencia de operaciones reales en aquellos contribuyentes que los considera como EFOS, basándose en un hecho base como la falta de activos o insuficiencia operativa, o su falta de localización. No obstante, esta presunción no cumple con los estándares teóricos de una auténtica presunción legal, por diversas razones.

En primer lugar, la norma contempla diversos hechos base cuya determinación queda al arbitrio de la autoridad, a partir de la información que obtiene en su base de datos. Si bien en algunos casos podría existir una cierta relación razonable entre el hecho base y el hecho presumido, como sería la ausencia total de activos con una facturación considerable, sin embargo, para determinar la insuficiencia operativa no hay criterios objetivos para sostenerla, y mucho menos con la información que puede contar en la base de datos, ya que dependerá del tipo de negocio de que se trate, por lo que queda al arbitrio total de la autoridad fiscal. Esto adquiriría plena relevancia si se considera que una característica esencial de toda presunción legal es la conexión lógica entre el hecho base y el hecho presumido. Esta conexión debe permitir que, una vez acreditado el primero, sea razonable y justificada la adopción del segundo como verdadero.

En el caso del 69-B del CFF, esa conexión es inconsistente o ausente. Aunque un análisis más profundo sobre la validez lógica del hecho base con el hecho presumido excede de los alcances del presente trabajo, es claro que la norma permite activar consecuencias sin exigir una relación verificable entre los indicios que puede considerar la autoridad tributaria y la inexistencia de operaciones. Esta falta de congruencia debilita la consideración de que la norma es una PR.

Con los ejemplos señalados en el apartado anterior podemos destacar que la norma se puede aplicar conforme a diversos hechos base, acorde con la interpretación de la autoridad respecto de los indicios que considera que detecta en su base de datos. En algunos casos se puede sostener que es alta la probabilidad de que su inferencia esté sustentada, esto es, que si el contribuyente no tiene ningún activo no puede realizar actividades que generen ingresos y hay una alta probabilidad de estar ante un supuesto de inexistencia de operaciones. No obstante, también hay casos en los que el contribuyente tiene activos, pero a juicio de la autoridad son insuficientes para generar los ingresos que declara, este es un supuesto en el que con la información

que cuenta la autoridad en el sistema no es posible sostener que un contribuyente carece de capacidad operativa, ya que se requiere conocer otros aspectos del funcionamiento del negocio, para poder hacer una inferencia probatoria que sustente la actualización del hecho base.

En segundo lugar, hay una falta de control jurisdiccional previo sobre el hecho base. La eficacia de una presunción legal depende de que el hecho base haya sido acreditado, o validado por una instancia imparcial. Sin embargo, en el procedimiento del art. 69-B del CFF, la aplicación de las consecuencias jurídicas ocurre desde la etapa preliminar, como lo denomina la jurisprudencia, al publicarse los datos del contribuyente como presunto EFOS en el DOF, sin que se haya valorado previamente, por un órgano jurisdiccional, si el hecho base está debidamente probado. Esta ausencia de control impide que se trate de una auténtica presunción legal.

En tercer lugar, aunque la norma prevea la posibilidad de que el contribuyente ofrezca pruebas, es la propia autoridad fiscal quien determina su suficiencia para bloquear la presunción y para derrotarla. Para cuando emite esa resolución definitiva que ya ha sido incluido en la lista definitiva, la cual produce efectos irreversibles en su situación jurídica. Así no existe una verdadera oportunidad para destruir la presunción antes de que se produzcan sus efectos. La norma se convierte en una imputación que opera con fuerza jurídica, sin que el hecho base haya sido previamente comprobado y sin la posibilidad de derrotar la presunción antes de aplicar los efectos, lo que contraviene uno de los principios esenciales de toda PR.

Para considerar que se está ante una norma de presunción legal, el contribuyente debería poder cuestionar la conexión lógica que realiza la autoridad para sostener que no tiene capacidad suficiente para prestar servicios u ofrecer bienes, debatir la valoración de las pruebas, presentar pruebas en contra de lo que sostiene, antes de que considere válido sostener la inexistencia de operaciones; si bien existe un control jurisdiccional sobre la resolución emite la autoridad tributaria a los EFOS, una vez que valora las pruebas que fueron ofrecidas en el procedimiento del 69-B del CFF, los efectos de la inclusión en la segunda lista se actualizan inmediatamente, esto es, la imposición de sanciones administrativas y posibles penales, por lo que «la presunción» se aplica con la fuerza de una PR, sin antes haber sido comprobado el hecho. Entonces, si no existe un control jurisdiccional conforme al cual se demuestre que quedo probado el hecho base detectado por la autoridad, no sería válido sostener que estamos ante una auténtica presunción de inexistencia de operaciones y falta de materialidad de las operaciones o prestación de servicios que amparan los comprobantes fiscales expedidos por el EFOS.

De lo anterior, podemos concluir que la función del 69-B del CFF no es otorgar mayores certezas dentro de un contexto decisorio. No actúa como un mecanismo racional para resolver casos de incertidumbre probatoria ni garantiza el cumplimiento de las condiciones lógicas y procesales mínimas que justifiquen su aplicación. Más que una presunción legal, lo que establece es una condición normativa que permite a la autoridad determinar consecuencias jurídicas a partir de inferencias no compro-

badas, sin control previo ni justificación. Por lo que no puede considerarse como una auténtica presunción en sentido técnico- jurídico, sino como una figura que simula serlo, sin cumplir con los requisitos esenciales que la definirían como tal.

Así, al no encontrarnos ante una auténtica PR, sino una figura normativa que produce efectos sin exigir comprobación previa del hecho base ni permitir su adecuado control, surge una problemática adicional: la afectación directa al derecho de defensa del contribuyente. Este impacto no es menor, ya que, al tratar a la figura como una presunción legal, sin que cumpla con los requisitos para serlo, se habilita la imposición de consecuencias jurídicas relevantes sin que el contribuyente haya contado con una oportunidad real y previa para controvertir.

6. LIMITACIONES AL DERECHO DE DEFENSA DERIVADAS DE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 69-B DEL CFF.

La aplicación del art. 69-B del CFF con fuerza de una presunción legal, sin que lo sea en sentido técnico- jurídico, produce una afectación especialmente grave al derecho de defensa. Ello se debe a que, al tratarse como una auténtica presunción legal, como norma que habilita consecuencias jurídicas a partir de hechos no plenamente probados se le dota de una fuerza legal que legitima decisiones unilaterales y automáticas por parte de la autoridad fiscal, debilitando así las garantías del debido proceso³⁸. Esta afectación se profundiza cuando se considera el contexto normativo y jurisprudencial en el que la figura se inserta, y permite que las consecuencias jurídicas se materialicen desde etapas preliminares al procedimiento jurisdiccional, sin control previo ni posibilidad efectiva de contradicción. En ese sentido, el aplicar una norma con una fuerza de PR, representa una de las problemáticas más relevantes en el derecho tributario contemporáneo. Esta práctica administrativa, aunque pretende dotar de eficacia a la gestión tributaria, genera una severa tensión con principios constitucionales fundamentales como el derecho de defensa.

El análisis del art. 69-B del CFF pone de relieve las tensiones entre los mecanismos de control fiscal frente a la simulación de operaciones y la protección de derechos constitucionales de los contribuyentes. Esta tensión se vuelve crítica cuando la autoridad fiscal actúa con base en una figura que se asume como PR, sin que previamente haya demostrado, ante un tercero imparcial, la veracidad de los hechos que la sustentan. Bajo esa lógica, el hecho presumido (la inexistencia de operaciones) se considera como verdadero desde el inicio del procedimiento sin que exista posibilidad real de desvirtuarlo antes de que se genere algún daño, la consecuencia inmediata

³⁸ El derecho al debido proceso es una garantía fundamental consagrada en el art. 14 de la CPEUM. El debido proceso exige que cualquier acto que pueda privar a una persona de sus derechos sea llevado a cabo con una serie de formalidades esenciales. Dichas formalidades aseguran que el contribuyente tenga el derecho de presentar pruebas y alegatos, y que la resolución final sea emitida por una autoridad imparcial, asegurando así una decisión justa y fundada.

es la publicación del contribuyente en la lista de presuntos EFOS en el DOF, acto que produce efectos reputacionales, patrimoniales y operativos, incluso si se trata de una lista preliminar.

El problema se agrava porque estas consecuencias no dependen de una resolución firme ni del resultado de un proceso contradictorio, sino del juicio preliminar de la propia autoridad fiscal, basado en sus propios parámetros internos, que serían los mismos para determinar la suficiencia de las pruebas que le presente el presunto EFOS para desvirtuar la presunción.

De esta manera, la afectación al derecho de defensa no se subsana con la sola posibilidad formal de presentar pruebas. Para que ese derecho se ejerza de manera adecuada, deben existir condiciones mínimas: conocimiento claro de los hechos que sostenga como indicios de inexistencia de operaciones, el razonamiento lógico jurídico que los sustentan, oportunidad razonable de respuesta y evaluación imparcial. En el procedimiento del art. 69-B, ninguna de estas condiciones se garantiza plenamente. Cuando la autoridad notifica al contribuyente la resolución preliminar ya está incluido en la primera lista y no puede impugnar esa resolución, por lo que no existe la exigencia de una debida motivación, con la que pueda tener certeza de qué hechos específicos debe refutar con la presentación de las pruebas. Además, la misma autoridad que formula la imputación es la encargada de valorar los elementos probatorios proporcionados por el contribuyente, lo que pone en riesgo la imparcialidad del procedimiento.

Por tanto, el derecho de defensa no puede considerarse garantizado únicamente por la existencia formal de un procedimiento para ofrecer pruebas. Se requiere un esquema normativo que permita al contribuyente confrontar adecuadamente los elementos que se utilizan en su contra antes de que se impongan consecuencias materiales. Cuando el sistema normativo permite que una inferencia no comprobada, tratada como presunción legal, produzca efectos jurídicos plenos, se vulnera el principio de contradicción y se genera una afectación directa al derecho de defensa.

Este problema se hace aún más evidente cuando el supuesto normativo no se configura a partir de un hecho objetivamente verificable, sino de valoraciones sujetas a criterios administrativos, como la supuesta «insuficiencia operativa». En estos casos, la autoridad no cuenta necesariamente con los elementos técnicos ni fácticos suficientes para sustentar su inferencia, por lo que es indispensable que el contribuyente pueda rebatir la conclusión antes de que se actualicen efectos jurídicos. La inexistencia de un medio de defensa efectivo desde la etapa inicial impide esa posibilidad, convirtiendo al procedimiento en un instrumento de imputación anticipada, más que en una vía para garantizar justicia fiscal.

La publicación de los nombres de los contribuyentes en la lista de EFOS genera consecuencias irreparables, aun cuando sea la primera lista, que se ha denominado preliminar. Este acto no solo afecta la reputación de las personas y empresas implicadas, sino que también limita su capacidad operativa al generar desconfianza

entre socios comerciales y clientes. Lo más preocupante es que estas consecuencias se imponen antes de que los contribuyentes puedan ejercer un derecho efectivo de defensa, convirtiendo la presunción en una herramienta punitiva más que en un medio para garantizar justicia fiscal. La problemática se agudiza porque esas consecuencias están condicionadas al resultado de la aplicación del artículo en análisis por la autoridad fiscal, en el que no es la firmeza de la resolución lo que da la legitimidad de aceptar como verdadero que los contribuyentes considerados como EFOS y EDOS son simuladores de operaciones que obtienen un beneficio fiscal indebido, sino el resultado que arroje la propia autoridad a partir de sus parámetros y criterios. Los efectos que tienen en el patrimonio de los contribuyentes y el daño reputacional que se materializa con la publicación de la primera lista son consecuencias inmediatas y potencialmente irreversibles, por lo que la audiencia posterior resulta insuficiente para garantizar una tutela efectiva.

Las consecuencias derivadas de este procedimiento, por señalar algunas, la cancelación de los sellos digitales con los que pueden seguir operando, y la publicación del nombre del contribuyente en el Diario Oficial tienen un impacto sobre los contribuyentes y sus operaciones comerciales, sin la existencia previa de una resolución firme que confirme la validez del procedimiento. De esta manera, se les impide operar el negocio legalmente y se les afecta su reputación³⁹, ya que otras empresas no querrán relacionarse con un negocio marcado de fraudulento, sin que exista una resolución firme en la que se confirme que se trata de EFOS y EDOS.

7. CONCLUSIONES

Las PR son normas jurídicas con una estructura condicional que imponen al destinatario de la norma la obligación de presumir, en su razonamiento, un cierto hecho, siempre y cuando el hecho base esté probado, haciéndose que se active la presunción, y no haya prueba suficiente en contrario del hecho presumido. Como lo mencionamos, funcionan para poder decidir en ausencia de prueba, esto es, para regular la decisión y reducir la arbitrariedad.

En el caso analizado, a través de los ejemplos expuestos, el art. 69-B del CFF aparenta establecer una PR. Sin embargo, aunque tiene una estructura de una regla de

³⁹ El Derecho al honor es protegido por los arts. 6 y 16 de la CPEUM; y, por el art. 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) que aseguran que cada persona goce de una reputación y respeto en la sociedad sin sufrir daños infundados. La publicación de un contribuyente en la lista del art.- 69-B del CFF afecta su imagen y prestigio profesional al insinuar que realiza actos ilícitos, lo cual impacta directamente en sus relaciones comerciales y sociales. Aunque preliminar, la inclusión en este listado genera una percepción negativa que daña la reputación profesional del contribuyente, afectando su relación con clientes y socios comerciales. El menoscabo a la imagen del contribuyente es irreversible en tanto se presenta como un juicio anticipado de reproche, lesionando su honor al asociarlo con prácticas ilícitas sin haber concluido el procedimiento.

presunción, lo cierto es que no se activa derivado de una obligación para la autoridad tributaria, como destinataria, en caso de prueba insuficiente, sino que se activa a partir de la apreciación de ésta sobre la suficiencia o no de capacidad operativa de un contribuyente, acorde con la información que cuenta en su sistema. Entonces la aplicación del precepto depende en gran medida de la interpretación de la autoridad tributaria, quien puede activar los diversos supuestos normativos con base en generalizaciones sin sustento, que compromete la previsibilidad de los actos de autoridad para prevenir la arbitrariedad, lo cual es contrario a la función de una presunción legal.

El tratamiento del art. 69-B del CFF como una presunción legal plantea serios problemas desde la perspectiva del razonamiento probatorio y la protección del derecho de defensa. Esto, porque conforme a la normatividad y la doctrina jurisprudencial no se garantiza una oportunidad real y efectiva para desvirtuar las imputaciones antes de la imposición de consecuencias jurídicas irreparables. Además, la autoridad que activa la presunción es la misma que evalúa las pruebas exhibidas por el contribuyente para desvirtuarla, lo que compromete la imparcialidad del procedimiento y sitúa al contribuyente en una desventaja procesal. Si a esto se le suma la ausencia de un estándar probatorio claro que defina en qué condiciones puede considerarse acreditado el hecho base, lo cual amplía aún más la discrecionalidad de la autoridad y genera incertidumbre jurídica, contrario a la finalidad esencial de las presunciones legales.

Finalmente, podemos debatir si estamos o no ante una auténtica presunción por cómo está redactada la norma; sin embargo, el cumplimiento de la función del Estado no significa otorgar a las autoridades tributarias facultades irrestrictas sin atender a los principios fundamentales, como el derecho de una defensa adecuada, ya que su finalidad no es sancionar ni recaudar con cualquier medio, sino más bien tutelar el derecho tributario.

En este contexto, resulta necesario repensar el tratamiento normativo y jurisprudencial del art. 69-B, reconociéndolo no como una presunción legal en sentido estricto, sino como un mecanismo de inferencia probatoria que debe estar sujeto a estándares rigurosos de motivación, contextualización, revisión y proporcionalidad. Solo así podrá evitarse la consolidación de un modelo que, bajo la apariencia de legalidad, erosiona las garantías mínimas del procedimiento tributario justo.

El combatir el fraude a la ley no está en discusión. Sin duda es una de las actividades que el Estado, como dice Tipke (2002, p. 131), tiene que realizar a fin de que los contribuyentes honrados no paguen las consecuencias de los delincuentes. En esa medida es válido establecer reglas para combatir el fraude a la ley, pero siempre respetando los derechos fundamentales de los contribuyentes para evitar una decisión arbitraria o aleatoria.

De ahí la importancia del debido proceso.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguiló Regla, J. (2019). Las presunciones en el derecho. En D. Mendonca, E. Ullmann-Margalit, & J. Aguiló Regla (Eds.), *Presunciones*. Fontamara.
- Asorey, R. O. y Navarrine, S. C. (2006). *Presunciones y ficciones en el derecho tributario*. Lexis Nexis Argentina.
- Benavente Cuesta, J. (2013). *Presunciones tributarias: Claves para su correcta aplicación*. Lex Nova.
- Carbonell Bellolio, F. (2021). *Presunciones y razonamiento probatorio. En proceso, prueba y epistemología*. Tirant lo Blanch.
- Eseverri, E. (1995). *Presunciones legales y Derecho tributario*. Instituto de Estudios Fiscales.
- Ferrer Beltrán, J. (2022). La decisión probatoria. En J. Ferrer Beltrán (ed.), *Manual de razonamiento probatorio* (p. 397-458). Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Gama, R. (2019). *Las presunciones en el derecho: Entre la perplejidad y la fascinación de los juristas*. Tirant lo Blanch.
- González García, E. (1992). Presunciones y ficciones en materia tributaria. *Crónica Tributaria*, 61.
- González Lagier, D. (2005). *Quaestio facti: Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. Palestra.
- Matida, J. (2016) *Presunciones: entre compromisos epistémicos y asimetrías institucionales*. Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Mendonca, D. (2019). Presunciones. En D. Mendonca, E. Ullmann-Margalit, y J. Aguiló Regla (Eds.), *Presunciones*. Fontamara.
- Muñoz Sabaté, L. (2011). La prueba de simulación. Dofiscal Editores.
- Ontiveros Alonso. (2017). *Derecho penal*. Ubijus.
- Pérez Becerril, A. (2001). *Presunciones tributarias en el Derecho Mexicano*. Porrúa.
- Tipke, K. (2002). *Moral tributaria del Estado y de los contribuyentes*. Marcial Pons.
- Toulmin, S. E. (2019). *Los usos de la argumentación* (J. J. Moreso, Trans.). Marcial Pons.
- Ullmann-Margalit, E. (2019). Sobre la presunción. En D. Mendonca, E. Ullmann-Margalit, y J. Aguiló Regla (Eds.), *Presunciones*. Fontamara.

Legislación aplicable

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) (1969). https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

México (2024). *Código Fiscal de la Federación*. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CFE.pdf>

México. *Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos*. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPPEUM.pdf>.

Criterios jurisprudenciales

Tesis 2a./J. 132/2015 (10a.), de rubro PROCEDIMIENTO RELATIVO A LA PRESUNCIÓN DE INEXISTENCIA DE OPERACIONES. EL ARTÍCULO 69-B DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN QUE LO PREVÉ, NO CONTRAVIENE EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 23, octubre de 2015, tomo II, página 1740.

Tesis 2a./J. 133/2015 (10a.), de rubro PROCEDIMIENTO RELATIVO A LA PRESUNCIÓN DE INEXISTENCIA DE OPERACIONES. EL ARTÍCULO 69-B DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN QUE LO PREVÉ, NO CONTRAVIENE EL DERECHO DE AUDIENCIA. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. libro 23, octubre de 2015, tomo II, página 1738.

Tesis 2a./J. 134/2015 (10a.), de rubro PROCEDIMIENTO RELATIVO A LA PRESUNCIÓN DE INEXISTENCIA DE OPERACIONES. EL ARTÍCULO 69-B DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN QUE LO PREVÉ, NO VIOLA EL DERECHO A LA LIBERTAD DE TRABAJO. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 23, octubre de 2015, tomo II, página 1743.

- Tesis 2a./J. 135/2015 (10a.), de rubro PROCEDIMIENTO RELATIVO A LA PRESUNCIÓN DE INEXISTENCIA DE OPERACIONES. EL ARTÍCULO 69-B DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN QUE LO PREVÉ, NO CONTRAVIENE EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 23, octubre de 2015, tomo II , página 1742.
- Tesis 2a./J. 161/2015 (10a.) de rubro: PROCEDIMIENTO RELATIVO A LA PRESUNCIÓN DE INEXISTENCIA DE OPERACIONES. LAS PUBLICACIONES CON LOS DATOS DE LOS CONTRIBUYENTES A QUE HACE REFERENCIA EL ARTÍCULO 69-B DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN NO CONSTITUYEN UNA PENA QUE DEBA RESPETAR LOS DERECHOS RECONOCIDOS EN EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 25, diciembre de 2015, tomo I.
- Tesis 2a./J. 154/2019 (10a.), de rubro JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL. ES IMPROCEDENTE CONTRA LA RESOLUCIÓN PRELIMINAR QUE CONTIENE LA PRESUNCIÓN DE INEXISTENCIA DE OPERACIONES DEL CONTRIBUYENTE, A QUE SE REFIERE EL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 69-B DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN, DADO QUE NO CAUSA AGRAVIO EN MATERIA FISCAL. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 74, enero de 2020, tomo I, página 966.
- Tesis 2a./J. 162/2019 (10a.) de rubro PROCEDIMIENTO PARA ACREDITAR LA MATERIALIDAD DE LAS OPERACIONES DE LOS CONTRIBUYENTES QUE HUBIERAN DADO EFECTOS FISCALES A COMPROBANTES EMITIDOS POR EMPRESAS QUE PRESUNTAMENTE REALIZAN OPERACIONES INEXISTENTES. LA OMISIÓN DE LA AUTORIDAD DE RESOLVER EN EL PLAZO ESTABLECIDO EN LA REGLA 1.5 DE LA RESOLUCIÓN MISCELÁNEA FISCAL PARA 2017 CONFIGURA UNA NEGATIVA FICTA Y, EN SU CASO, LA EMISIÓN EXTEMPORÁNEA DE LA RESOLUCIÓN EXPRESA NO DA LUGAR A SU NULIDAD. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 73, diciembre de 2019, tomo I, página 538.
- Tesis 2a./J. 88/2014 (10a.) de rubro SUSPENSIÓN EN EL JUICIO DE AMPARO. ES IMPROCEDENTE CONCEDERLA RESPECTO DE LOS EFECTOS Y CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 69-B DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 10, septiembre de 2014, tomo I, página 858.
- Tesis 2a./J. 23/2020 (10a.) de rubro JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL. ES IMPROCEDENTE CONTRA EL OFICIO POR EL QUE SE HACE DEL CONOCIMIENTO DEL CONTRIBUYENTE SU INCLUSIÓN EN EL LISTADO DE AQUELLOS QUE NO DESVIRTUARON LA PRESUNCIÓN DE INEXISTENCIA DE OPERACIONES A QUE SE REFIEREN LOS PÁRRAFOS PRIMERO Y TERCERO DEL ARTÍCULO 69-B DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN, EN SU TEXTO ANTERIOR A LA REFORMA PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 25 DE JUNIO DE 2018. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 80, noviembre de 2020, tomo II, página 1092.

CONJETURAS
Y REFUTACIONES

**PROVE LEGALI E INTIMO CONVINCIMENTO.
STRADE PARALLELE O INEVITABILE INTRECCIO?
NOTE A MARGINE DI *TAKING THE EVOLUTION OF THE
STANDARDS OF PROOF FOR A CRIMINAL CONVICTION
SERIOUSLY* DI JACOPO DELLA TORRE**

Loredana Garlati

Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno

Università degli Studi Milano-Bicocca, Italia

loredana.garlati@unimib.it

<https://orcid.org/0000-0003-2677-3100>

ABSTRACT: Il saggio si propone di offrire un contributo di discussione e di approfondimento allo studio svolto da Jacopo Della Torre relativo all'analisi comparativa dei differenti *standard* probatori adottati nel tempo per raggiungere la certezza della decisione penale. In ragione dell'ampiezza dei temi trattati, ci si soffermerà in particolare sul sistema di prove legali e sul passaggio all'intimo convincimento, con specifico riferimento alla realtà francese.

PAROLE CHIAVI: prove legali; indizi indubitati; tortura; intimo convincimento; giuria.

**LEGAL EVIDENCE AND INTIMATE CONVICTION:
PARALLEL PATHS OR INEVITABLE INTERTWINING?
MARGINAL NOTE TO TAKING THE EVOLUTION OF PROOF OF A
CRIMINAL CONVICTION SERIOUSLY BY JACOPO DELLA TORRE**

ABSTRACT: The essay aims to provide a contribution to the discussion and in-depth analysis of Jacopo Della Torre's research, which focuses on the comparative analysis of different standards adopted

of proof for a criminal conviction. The historical-legal analysis focuses on the system of legal evidence and the transition to intimate conviction, with specific reference to the French reality.

KEYWORDS: legal proof; unquestionable circumstantial evidence; judicial torture; intimate conviction; jury.

SOMMARIO: 1. OBIETTIVO VERITÀ.— 2. IN NOME DELLA CERTEZZA: PROVE LEGALI E CONVINCIMENTO DEL GIUDICE.— 3. LIBERO CONVINCIMENTO O ARBITRIO?

1. OBIETTIVO VERITÀ

Quid est veritas? Questo il potente interrogativo che Giovanni nel suo Vangelo (Gv 18:38) attribuisce a Ponzio Pilato quando Gesù dichiara di essere venuto al mondo per testimoniare la verità. L'interrogativo esprime al tempo stesso il tormento e il dramma interiore di chi cerca il vero, ma cela forse un'arroganza sfidante e al tempo stesso rassegnata di fronte all'impossibilità di offrire una risposta. Gesù infatti tace, perché, come commentava Sciascia (1979), «l'eterna domanda può trovare risposta soltanto nella verità, non in una spiegazione o definizione della verità. La verità è». *Come Gesù aveva affermato:* «Io sono colui che sono», «così la verità è colui che è. Il potere ne vuole spiegazione allo stesso modo che della menzogna in cui si iscrive può darne» (p. 216).

Nel processo penale questa verità è l'esito di un percorso verso l'accertamento di un fatto (lo suggerisce la semantica di *procedere* da cui il termine processo deriva) e conduce al riconoscimento della colpevolezza o dell'innocenza di un imputato. Le moderne culture giuridiche occidentali ravvisano nella ricerca della verità la fonte ultima di legittimazione della giurisdizione ed è una verità che nel processo nasce, come già insegnavano i giuristi medievali, da una contrapposizione tra tesi opposte¹. Il punto nodale sarebbe verificare se nella storia le parti chiamate a sostenere tesi e antitesi (accusa e difesa) abbiano sempre operato in una posizione di parità.

Non sempre la verità processuale coincide con quella fattuale, poiché si sostanzia in una ricostruzione dei fatti operata attraverso l'uso di mezzi probatori, filtrati, a loro volta, dall'apprezzamento dell'organo giudicante. Essa pertanto non può che essere probabile, perché umana, e come tale fallace. Solo gli illuministi si illudevano sul punto (Ferrajoli, 1989, p. 24), mentre noi siamo consapevoli che essa «si avvicina a quella oggettiva senza poterla mai di fatto raggiungere» (Rosoni, 1995, p. 303 e in generale p. 299-305).

La verità processuale, dunque, deve essere per forza approssimativa? Ha ragione Ferrajoli (1989, p. 23) quando sostiene che pensare di giungere in ambito processuale ad una realtà assoluta e certa è un'ingenuità epistemologica? Se la verità processuale

¹ Sul tema della verità processuale si veda da ultimo Fiorelli *et al.* (2025).

è verità formale per definizione, quella materiale è solo una pretesa soggettiva e un'illusione? Il dibattito è antico e forse irrisolvibile.

Proprio per quanto indicato, essa è sempre e incessantemente attraversata dal dubbio, come argutamente ricordava Sciascia (1986) quando sottolineava che, per quanto potesse apparire paradossale, «la scelta della professione del giudicare dovrebbe avere radice nella repugnanza a giudicare, nel precetto di non giudicare; dovrebbe cioè consistere nell'accedere al giudicare come ad una dolorosa necessità, nell'assumere il giudicare come un continuo sacrificarsi all'inquietudine, al dubbio».

Quel dubbio può essere il più possibile fugato dall'adozione di parametri probatori che assicurino il raggiungimento di questo obiettivo. A questo tema Jacopo Della Torre dedica un saggio in cui analizza l'evoluzione storica e comparativa degli *standard* di prova per la condanna penale, esaminando in profondità i principali criteri: certezza morale, intima convinzione, la regola del *Beyond a Reasonable Doubt* (BARD), senza trascurare un'ampia ricostruzione del sistema di prove legali.

L'obiettivo dell'autore è ambizioso: nella ricerca di un 'sistema' che funga da garanzia per l'imputato egli cerca le regole capaci di assicurare la soglia minima che deve essere raggiunta affinché un'ipotesi sia accettata come sufficientemente provata dal giudice di fatto (Della Torre, 2025, p. 158). E per raggiungere questo traguardo l'autore compie un'analisi diacronica con il piglio dello storico del diritto, per delineare una futura amministrazione equa e imparziale della giustizia, a tutela della reputazione e della libertà dell'individuo da accuse infondate.

Un'impresa ardua, quasi impossibile, verrebbe da dire, ma Della Torre offre una prospettiva stimolante, con un'accurata descrizione effettuata sulla base di una corposa storiografia e di un apprezzabile incursione nelle fonti dei periodi volta per volta esaminati.

Condanna e assoluzione scaturiscono da null'altro se non dalla maggior o minore attendibilità degli strumenti probatori, tenendo fede alla massima romana che invitava a preferire la libertà di un delinquente alla condanna di un innocente² e che ha attraversato la dottrina di diritto comune con la variante, presente anche nel testo medievale della legge, di *sanctius est* al posto di *satius est* (Azo, 1577, C. 4.19.25, *de probationibus* l. *sciant cuncti*, n. 1, fol. 286). E sebbene la glossa *Sanctius*, D.48.19.5, *de poenis* l. *absentem* si affanni a precisare che il termine deve essere inteso come *melius*, l'espressione riconduce inevitabilmente a una sacralità e un'intangibilità del principio, enunciazione del principio del *favor rei* e un'embrionale formulazione della presunzione di innocenza, in cui sacro e profano, religione e diritto si intrecciano in un abbraccio serrato (Garlati, 2004, p. 389, nt. 6).

Lo scontro è da sempre tra due massime: *veritas o auctoritas facit iudicium*? Nel primo caso alla base del giudizio si pone la purezza cristallina della verità raggiunta con un'indagine conoscitiva imparziale e oggettiva. Nel secondo, il lemma *auctoritas* richiama tanto l'idea che *res iudicata pro veritate habetur* (ossia si attribuisce alla pronuncia definitiva il valore di verità raggiunta), quanto la concezione che è l'au-

² *Satius est impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari* (D.48.19.5).

torità (politica o giudiziaria) a incidere (e influenzare) la decisione finale. Le regole probatorie costituiscono un argine garantista sia al potere dei magistrati di decidere della vita, della libertà, della proprietà di un individuo, sia ad un'eventuale ingerenza politica, che non è mai stata del tutto estranea all'amministrazione della giustizia (Della Torre, 2025, p. 158)³.

2. IN NOME DELLA CERTEZZA: PROVE LEGALI E CONVINCIMENTO DEL GIUDICE

Da storica del diritto la mia attenzione non può che soffermarsi sul sistema di prove legali e sul passaggio all'intima convinzione, rinviando per quanto riguarda la regola del BARD all'articolata trattazione svolta da Della Torre.

Consapevole che la letteratura sul sistema di prove legali è sterminata, tanto da rendere forse superflua qualsiasi aggiunta, nel saggio si richiameranno solo pochi testi considerati imprescindibili, provando ad aggiungere qualche riflessione stimolata dalla lettura del contributo di Della Torre.

Una prima considerazione. Il termine 'prove legali' reca in sé qualcosa di ambiguo perché sembrerebbe rimandare all'idea di una legalità formale. Al contrario, nel medioevo innocenziano, l'aggettivo rinvia a una visione olistica: l'espressione equivaleva a ordinamento. Anche questo può forse spiegare la crociata feroce degli Illuministi contro l'accezione romano-canonica: essi infatti non accettavano che il lemma 'legale' non corrispondesse alle coordinate 'legicentriche' settecentesche.

Le prove legali sono, come è noto, il frutto di un'elaborazione dottrinale che, pur partendo dalla famosa legge *Sciant cuncti* (C. 4.19.25), costruì punto per punto una sorta di ideale scala gerarchica e di metodo 'matematico' per giungere alla certezza della colpevolezza dell'imputato. La legge esortava, in modo perentorio, «cuncti accusatores» a proporre azione solo se fondata su «testibus idoneis vel apertissimis documentis vel indiciis ad probationem indubitatis et luce clarioribus»⁴. E per sottolineare che nel processo penale la posta in gioco era maggiore rispetto a quello civile e richiedeva prove più stringenti, si aggiunse che non solo dovevano essere *luce clariories*, ma che la luce cui qui ci si riferiva era quella *meridiana*⁵, più luminosa, in grado di dissipare ombre e in-

³ Si veda da ultimo il corposo libro di Flores, Franzinelli (2024).

⁴ Il testo era poi confluito nel diritto canonico, a dimostrazione del contributo offerto dal diritto della Chiesa e dalla sua dottrina all'affermazione del processo inquisitorio prima e alla gerarchia delle prove legali poi (C.2.q.8.c.2). Al diritto canonico va attribuito «il tentativo di predeterminare puntigliosamente i modi della certezza giudiziale, assegnando a ciascun mezzo di prova il corrispondente peso processuale»: Alessi Palazzolo (1979, p. 9 nt. 8). Sul rapporto tra inquisizione e Chiesa e la nascita del diritto penale pubblico cfr. anche Prodi (2000, p. 92-97 e 133-141).

⁵ Gl. *Et luce*, C.4.19.25, *de probationibus* l. *sciant cuncti*: «scilicet meridiana». La dizione è presente in Azo, nel passo della *Lectura* già citato. La presenza costante di tale riferimento nella dottrina successiva è individuata da Alessi Palazzolo (1979, p. 14, nt. 18). Bene fa Della Torre a richiamare sul punto il frammento *absentem* (D.48.19.5) che vietava di condannare penalmente il contumace sulla base delle

certezze per rendere evidente agli occhi la forma delle cose. Spettò poi alla criminalistica creare una sofisticata 'architettura gotica', fatta di guglie, colonne, basi, che consentisse di graduare la certezza raggiunta in ragione del grado di probabilità probatoria.

Di fronte alla legge *Sciant cuncti* e al successivo apporto dottrinale non può non sottolinearsi un certo fraintendimento. Il frammento fissava i criteri per intentare il giudizio (oggi diremmo per proporre l'azione penale): nessuno poteva avviare il *iudicium* in mancanza di testi idonei, documenti, o indizi indubitati (su cui tornere-mo). I criminalisti, operando un'estensione semantica e concettuale, assunsero quegli stessi parametri a fondamento della pronuncia di condanna, spostando i canoni necessari per iniziare il processo alla fase decisionale, con inevitabili conseguenze sull'esecuzione della pena.

La griglia giustiniana nel tempo si sgretolò e si allargò in una serie di casi e sottocasi che permettevano di fatto al giudice di orientarsi con notevole libertà e di soppesare gli elementi probatori con un certo margine di manovra.

Non possiamo disconoscere che le prove legali miravano a difendere l'imputato dall'arbitrio del magistrato, che godeva, nella logica inquisitoria, di un potere inquirente e giudicante che ne annullavano la terzietà (ma non teoricamente l'imparzialità). Tuttavia a un simile sistema di valutazione *ex ante* dell'incidenza probatoria di ogni singolo elemento non era estranea quella discrezionale del giudice: basterebbe pensare al tema degli indizi.

Sebbene meticolosamente suddivisi in lievi, gravi, gravissimi, non repugnanti, remoti, verosimili, propinqui, indubitati (Rosoni, 1995, p. 120 e 153; Garlati, 1999, p. 98-105), in un crescendo terminologico che ne indica un progressiva incidenza probatoria, spettava però al giudice inserire in ognuna delle possibili caselle gli elementi emersi, non sufficienti per lo più per la condanna a una pena ordinaria (regola non valida, per taluni, per gli indubitati)⁶, ma sufficienti o per disporre la tortura o per configurare, se sommati secondo la formula *quae singula non prosunt collecta iuvant*⁷, una prova semi piena, utile ai fini dell'irrogazione di una pena inferiore a quella prevista per il reato commesso.

mere presunzioni, svolgendo quasi la stessa funzione di tutela dell'innocente o di emersione di un *favor rei* pari a quanto indicato dalla legge *sciant cuncti*. Vi era però il problema di distinguere gli indizi dalle presunzioni, tema su cui la dottrina inciampò, considerando ora gli indizi distinti dalle presunzioni ora parificati. Cfr. Garlati (1999, p. 106-110 e relative note); Garlati (2004, p. 398, nt. 28.)

⁶ Attorno al tema degli indizi indubitati si affannano sia i commentatori che i criminalisti dell'età moderna. Il confronto e lo scontro che agita la scienza riguarda il loro grado probatorio. Alcuni sostenevano che fossero sufficiente per disporre la condanna dell'imputato, ma non per irrogare la pena di morte, sostituita da altre corporali ad arbitrio del giudice. Altri ritenevano applicabile la sola pena pecuniaria, mentre non mancava chi riteneva che fosse applicabile anche la pena capitale. Sul punto, per una disamina riassunta delle fonti, si rinvia a Garlati (1999, p. 101, nt. 66).

⁷ La massima si trova espressa in modo chiaro da Alberto da Gandino. L'autore afferma che *indicia singula, quae non prosunt, tamen simul iuncta coadiuvant*: Albertus Gandinus (1926 ed. H. Kantorowicz), *Tractatus de maleficiis*, tit. de praesumptionibus et indicis indubitatis, n. 3, p. 91.

Il magistrato ne calibrava peso, portato, incidenza, lasciandosi convincere da quella verità presumibile che essi lasciavano intravedere.

La stessa dottrina era costretta ad ammettere che in tema di indizi non era possibile fornire un univoco orientamento perché tutto era rimessa *arbitrio boni iudicis*.

Depurato da talune iniquità, quali la tortura o la pena straordinaria, il sistema di prove legali può configurarsi quale strumento a favore dell'imputato e forse solo una semplificazione o un fraintendimento della storiografia, riguardante l'«itinerario dottrinale e istituzionale che, tra Sette e Ottocento, ha condotto dalla prova legale all'intimo convincimento», ha ridotto uno «snodo decisivo nella storia del diritto penale a un felice passaggio dalle forme antiche e «cattive» della prova legale a quelle moderne e «buone» dell'intimo convincimento» (Dezza, 2001, p. CLXXVIII-CLXXIX).

Se si è disposti ad abbandonare certi luoghi comuni o la lettura del regime di prove legali effettuata dai riformatori del Settecento, che «per criticarlo lo ingabbiano in una struttura un po' artificiale, tutta vera nei dettagli, ma non sempre corrispondente a quella che emerge da una più libera analisi storica» (Rosoni, 1995, p. 40), appare chiaro che la configurazione di una certezza di tipo legale si realizza nella sintesi tra obbligatorietà del rispetto delle regole e libertà valutativa.

Il giurista indica al giudice il valore vincolante dei differenti strumenti di prova e gli effetti che ne derivano, ma senza ridurlo a un automa e a un mero esecutore delle indicazioni dottrinali. Nella concreta dinamica processuale il giudice continua a godere di spazi più o meno ampi di libertà e sono quelli a garantire, alla fine, il buon funzionamento del sistema.

Ciò che non è consentito al giudice dal meccanismo di prove legali è di pronunciarsi se la 'certezza morale' da lui raggiunta non è al contempo corredata da prove rituali e necessarie per dare spessore alla convinzione acquisita 'in coscienza' (Garlati, 2004, p. 391).

La penalistica matura, italiana e no, dal Quattro-Cinquecento in poi affronterà con decisione e cercherà (non sempre riuscendoci) di sciogliere tutti i nodi connessi all'utilizzo delle prove legali, intimamente connotanti la forma inquisitoria del processo, nata per ricercare, con meticolosità parossistica ed esasperata, una verità oggettiva, traguardo raggiungibile solo attraverso l'irrigidimento, la fissità e la sclerotizzazione quantitativo-qualitativa del valore delle singole prove.

Ma proprio in nome di quella verità 'assoluta' agognata e inseguita si compirono molte atrocità. La crepa che mette in discussione quanto fin qui sostenuto è l'irruzione, come si anticipava, della tortura. Essa non era mezzo di prova, ma lecito strumento processuale, utilizzato non, come spesso superficialmente e semplicisticamente si afferma, per estorcere una confessione (anche se quello era quanto poi accadeva nei fatti (Garlati, 2015, p. 69-93)) ma per raggiungere un fine più alto: serviva *ad eruendam veritatem*, secondo la formula ulpiana⁸ importata dai criminalisti del maturo

⁸ D. 47.10.15.41.

diritto comune. Superfluo sottolineare che la tortura stimolava l'imputato a parlare, e proprio per la sua capacità di consentire di individuare colpevoli (ma colpevoli veri?) durerà per millenni.

Erano le parole ad alimentare la macchina inquisitoria (ciò che conta è che l'imputato parli, che diventi collaboratore di giustizia fino a sacrificare se stesso (Marchetti, 1994)), ma quelle affermazioni erano attendibili solo in presenza di riscontri obiettivi, per evitare il punto di rottura tra verità materiale e processuale.

Il giudice era infatti chiamato a verificare la corrispondenza tra quanto dichiarato del 'paziente' durante la *quaestio* e gli indizi fino a qual punto raccolti (e che ne avevano legittimato il ricorso⁹). Nello stesso tempo la dottrina cercava anche di fissare regole 'garantiste' nell'esercizio della tortura (Garlati, 1999, p. 170-175 e relative note), stabilendo modi, tempi, strumenti, anche se si trattava di regole flessibili, plastiche e derogabili in ragione della materia con cui erano forgiate: le *opiniones dei doctores* e la prassi del foro, che si alimentavano reciprocamente, senza nessuna sanzione certa per chi vi derogasse e con la possibilità che nuove prassi plasmassero nuove regole.

Paradossalmente era proprio la rigidità delle prove legali, che annoverava pochi strumenti tra quelli in grado di consentire l'applicazione della prova ordinaria (le cosiddette prove piene, così come indicate dalla legge *Sciant cuncti*), a rendere necessario il ricorso a un congegno in grado al tempo stesso di raggiungere la certezza della colpevolezza dell'imputato e di superare il rigore di un sistema che avrebbe finito per produrre un numero esiguo di condanne, tradendo il fine ultimo espresso dal principio *ne crimina maneat impunita*.

È la dimostrazione della difficoltà di trovare *standard* probatori che garantiscano al contempo la protezione dell'innocente, l'assicurazione del colpevole, il rispetto dei diritti, la sicurezza sociale e la realizzazione della giustizia.

3. LIBERO CONVINCIMENTO O ARBITRIO?

Erano le stesse finalità perseguite anche dal libero convincimento. Un ruolo importante nel passaggio dall'uno all'altro sistema va ascritto al 'solito' Beccaria. Il suo contributo sul punto è stato definito «una delle più significative conquiste del pensiero giuridico illuministico» (Caprioli, 2015, p. 31). Nel suo pensiero sembra quasi scorgersi il criterio empirico sopravvissuto nel BARD: quando i giudici americani nell'istruire le giurie dicono talvolta che il dubbio è ragionevole «quando fa venir meno la sicurezza che sarebbe necessaria per assumere decisioni importanti nella propria vita» (Caprioli, 2015, p. 33) riecheggiano le parole di Beccaria (1984) per il quale «la certezza che si richiede per accertare un uomo reo è quella che determina

⁹ Sulle situazioni che conducevano alla tortura Garlati (1999, p. 151-155). Resta imprescindibile Fiorelli (1953-1954) ristampato inalterato nel 2023.

ogni uomo nelle operazioni più importanti della vita» (§ XIV, *Indizi e forme dei giudizi*, p. 58).

Beccaria, nel suo celeberrimo *pamphlet*, fornisce i principi giustificatori dell'introduzione della giuria penale, laddove afferma di preferire che la sorte di un uomo sia affidato all'ignoranza che giudica per sentimento piuttosto che alla scienza che giudica per opinione (§ XIV, *Indizi e forme dei giudizi*, p. 58).

Fu però una sorta di grande inganno, come insegnerà la Francia rivoluzionaria prima e l'Italia liberale poi. «Considerata il *palladium* delle libertà inglesi» (Pisanelli, 1856, p. 139) fu invece per la Francia un'istituzione «fallace» e «grandemente pericolosa» per quella «separazione tra fatto e diritto e il condizionamento del governo sulla formazione delle liste» (Miletti, 2011, p. 13).

In Francia l'introduzione della giuria penale, su imitazione dell'esperienza d'Oltremarina, aveva preso corpo già a partire dal 1789, quando con il decreto dell'8/9 ottobre — 3 novembre¹⁰ si apportarono rilevanti modifiche all'antico rito inquisitorio, incarnato dalla famosa ordinanza di Luigi XIV del 1670, a lungo bersaglio degli strali riformistici. Seppur notevolmente rimaneggiata dal decreto voluto dall'Assemblea Costituente, l'antica normativa regia continuò però a rimanere in vigore¹¹ fino all'abolizione definitiva decretata con la legge 16-29 settembre 1791¹².

La legge del 1791 introduceva in un colpo solo giuria e libero convincimento, l'una formata da cittadini comuni, tecnicamente inesperti, l'altra inevitabile conseguenza della convinzione che le prove legali fossero troppo complesse per essere affidate a non giuristi¹³.

I dodici componenti della giuria¹⁴, più i tre di riserva, giuravano di decidere *suivant conscience et intime conviction, avec l'impartialité et la fermeté qui conviennent à un homme libre*¹⁵: un'enunciazione che decretava senza possibilità di equivoci la

¹⁰ *Décret sur la réformation de quelques points de la jurisprudence criminelle* (2002, pp. 185-188). Sui tratti salienti di questo provvedimento cfr. Esmein (1978, p. 410-416). A dire il vero, il provvedimento del 1789 non contemplava espressamente l'istituto della giuria, ma un'embrionale forma di partecipazione popolare che si realizzava tramite gli *adjoints* (la cui figura era disciplinata dagli artt. 5-8), i quali presenziavano all'espletamento dei primi delicati atti di avvio dell'intera procedura e il cui compito cessava, secondo quanto disposto dall'art. 11, quando l'accusato compariva davanti al magistrato.

¹¹ «L'Ordonnance de 1670 et les édits, déclarations et réglemens concernant la matière criminelle, continueront d'être observés en tout ce qui n'est pas contraire au présent décret, jusqu'à ce qu'il en ait été autrement ordonné»: *Décret concernant la police de sûreté, la justice criminelle et l'établissement des jurés* (2002, art. 28, p. 188).

¹² *Décret concernant la police de sûreté, la justice criminelle et l'établissement des jurés* (2002, p. 189-216). Sui tratti generali dei provvedimenti del 1789 e del 1791 cfr. Esmein (1978, p. 399-439).

¹³ Sostiene Della Torre (2025, p. 179) che si abbandonava un sistema basato principalmente su *standard* di prova "oggettivi" a favore di uno basato esclusivamente su *standard* linguisticamente concepiti come gradi di persuasione perché legati alla stabilità delle convinzioni del decisore.

¹⁴ Sulle modalità di scelta dei dodici giurati cfr. Padoa Schioppa (1994, p. 133-135).

¹⁵ *Décret concernant la police de sûreté, la justice criminelle et l'établissement des jurés* (2002, tit. VI, art. 24, p. 200).

fine del sistema di prove legali e che fu riprodotta, in uno svolgimento articolato di principi, tanto nel *Code Merlin* del 1795¹⁶ quanto in quello napoleonico del 1808.

Quel giuramento “sul mio onore e sulla mia coscienza” in fondo sembrava riproporre la formula combattuta ed esecrata dagli illuministi stessi, la stessa con la quale, ad esempio, i senatori milanesi davano contro delle loro decisioni. Intima convinzione, certezza morale, coscienza, onore sembrano clausole moraleggianti e vaghe proprio in un’epoca che virava radicalmente verso la laicità.

Spettava al presidente del tribunale sottoporre alla giuria le questioni sulle quali era chiamata a dare il proprio responso. Si trattava di tre quesiti disposti in un ordine logico incontrovertibile, riguardanti il fatto, l’autore e l’intenzione¹⁷. Le decisioni erano assunte con la maggioranza di dieci voti¹⁸ e secondo un meccanismo complesso che comportava una votazione progressiva per ogni singola questione attraverso un sistema di palline bianche e nere (queste ultime erano quelle contrarie all’accusato) depositate in urne diversificate. Ogni volta, in modo solennemente retorico, il giurato deponeva il proprio voto mettendo *la main sur son cœur*, pronunciando tale formula: *sur mon honneur et ma conscience, le fait est constant ou le fait ne me paraît pas constant; l’accusé est convaincu, ou l’accusé ne me paraît convaincu*¹⁹.

Sulla giuria pesarono da subito notevoli incertezze. Lo dimostrano i lavori preparatori del codice napoleonico. Robusti innesti inquisitori sul tessuto, precocemente liso, di matrice accusatoria operati da quel codice incisero inevitabilmente sui compiti della giuria e sull’accettazione delle cosiddette ‘prove morali’. Nel dibattito che precedette la sua promulgazione, vi era chi propugnava la totale abolizione della giuria, considerata il più funesto regalo fatto dall’Inghilterra²⁰, auspicando il ritorno ad una procedura totalmente inquisitoria, escludendo, tuttavia, un ripristino delle

¹⁶ «La loi ne leur demande pas compte des moyen par lesquels ils se sont convaincus; elle ne leur prescrit point de règles desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d’une preuve; elle leur prescrit de s’interroger eux-mêmes dans le silence et le recueillement, et de chercher, dans la sincérité de leur conscience, quelle impression ont faite sur leur raison les preuves rapportées contre l’accusé, et les moyens de sa défense. La loi ne leur dit point: *Vous tiendrez pour vrai tout fait attesté par tel ou tel nombre de témoins*. Elle ne leur dit pas non plus: *Vous ne regarderez pas comme suffisamment établie toute preuve qui ne sera pas formée de tel procès-verbal, de telles pièces, de tant de témoins ou de tant d’indices*. Elle ne leur fait que cette seule question, qui renferme toute la mesure de leurs devoirs: *Avez-vous une intime conviction?*» (*Code des délits et des peins du 3 Brumaire, 4me année républicaine*, Bruxelles, l’an 4e de la République Française, art. 372). La disposizione riprendeva, quasi letteralmente, il decreto del 29 settembre 1791 «che costituisce il puntuale regolamento applicativo della legge sulla giuria penale». Vedi Padoa Schioppa (1994, p. 135).

¹⁷ *Décret concernant la police de sûreté, la justice criminelle et l’établissement des jurés* (2002, tit. VII, art. 19, p. 201).

¹⁸ Il 19 fruttidoro anno V (5 settembre 1797) si prescrive che i giurati nelle prime 24 ore non potessero votare contro o a favore dell’accusato se non all’unanimità. Se, trascorso quel lasso di tempo, non si fossero accordati, si tornava a giudicare secondo il principio maggioritario.

¹⁹ *Décret concernant la police de sûreté, la justice criminelle et l’établissement des jurés* (2002, tit. VII, art. 29, p. 202).

²⁰ Cfr. Esmein (1978, p. 495).

prove legali. L'intimo convincimento — secondo gli auspici di questa impostazione 'restauratrice' — sarebbe rimasto a presidio della valutazione delle prove, affidata però a professionisti del diritto.

Tuttavia, il timore che l'abolizione della giuria conducesse quasi inevitabilmente al ripristino delle prove legali finì per prevalere. La discussione al Consiglio di Stato fu vivace e a volte aspra, tra quanti asserivano il principio che i magistrati potessero essere assimilati a giurati e come tali avrebbero potuto formare il loro convincimento in sede dibattimentale e non sulla base di prove legali (volendo ottenere in tal modo sia la salvaguardia del libero convincimento sia l'impiego esclusivo di magistrati preparati ed esperti) e i tenaci difensori dell'impossibilità di separare il libero convincimento dall'istituto della giuria senza correre il rischio di giudici nuovamente armati di poteri straordinari per limitare i quali occorreva rispolverare la teorica delle prove legali (Esmein, 1978, p. 505-526).

Nonostante i dubbi «il soffio della civiltà scampò il giurì dalle strette del dispotismo imperiale» (Pisanelli, 1956, p. 62) e la giuria fu riproposta nel processo misto delineato dal codice napoleonico.

Così, l'art. 312 del codice di procedura penale francese del 1808 invitava i giurati a promettere davanti a Dio e agli uomini di esaminare con la più scrupolosa attenzione le accuse mosse contro l'imputato e a decidere secondo coscienza ed intima convinzione, con quell'imparzialità e fermezza proprie di un uomo probo e libero²¹, senza tradire né gli interessi dell'accusato né quelli della società²².

La formula, impregnata di lirismo rivoluzionario, veniva ripresa dall'art. 342²³, il quale demandava alla coscienza dei giurati la decisione sulla verità del caso, in punto di fatto e di diritto, senza che essi dessero conto né dei mezzi per i quali erano rimasti convinti né delle regole dalle quali far dipendere la pienezza e la sufficienza di una prova (il che equivaleva a non indicare *ex lege* i criteri di valutazione probatoria o fissare i parametri entro i quali il giudizio doveva avvenire).

Secondo la formulazione dell'art. 342, attenendosi unicamente alle prove raccolte e senza considerare le conseguenze e l'impatto che la loro pronuncia poteva esercitare sulla vita dell'accusato, i giurati erano «chiamati per decidere se l'accusato è o non

²¹ Rispetto alla legge del 1791, si richiedeva l'imparzialità non del solo uomo libero (libero da pregiudizi, da influenze religiose o politiche) ma anche onesto (vale la pena sottolineare l'endiadi che riconosce in via assoluta il carattere di probità all'uomo libero): «c'est-à-dire à un homme d'un honneur irréprochable, digne de l'estime publique la mieux méritée, digne enfin de cette estime générale qui subjugue et en impose à toutes passions ou intérêts particuliers». Così Daubanton (1809, p. 370).

²² *Codice d'istruzione criminale dell'Impero francese* (1809, art. 312, p. 193).

²³ Assunta la decisione, i giurati, rientrati in aula, venivano interrogati dal presidente della corte sul risultato raggiunto. Il capo dei giurati, portavoce dell'intera giuria, alzatosi in piedi e con la mano sul cuore, a simboleggiare la solennità del momento e la ripresa del giuramento formulato ad avvio del dibattimento, pronunciava queste parole: «Sul mio onore e la mia coscienza, avanti a Dio, ed avanti gli uomini la dichiarazione del corpo dei giurati è: Sì, l'accusato, ec. Non, l'accusato ec.». Vedi *Codice d'istruzione criminale dell'Impero francese* (1809, art. 348, p. 223).

è colpevole del gran delitto che a lui vien imputato». Il tutto si riduceva a un unico quesito cui dare risposta: «avete voi un'intima convinzione?». Il libero convincimento, a lungo invocato per superare la fissità del sistema di prove legali, si limitava quindi a «verdicti formulati a monosillabi ("sì" o "no")» (Cordero, 2012, p. 567) e così disciplinato finiva per essere asservito alla difesa del potere statale, in una prospettiva più repressiva che garantista.

Non poteva esservi formula più limpida e più semplice per liquidare definitivamente il calcolo matematico cui si cercava di ancorare il sistema delle prove legali: il codice d'istruzione criminale, al pari delle normative del 1791, «ne pouvait donner des règles plus sûres que celles à tirer de la conviction *morale* des Jurés», una convinzione che si doveva formare prestando attenzione all'effettiva esistenza del corpo di reato e alla responsabilità dell'imputato, facendo uso «de toute sa sagacité pour apprécier les preuves qui résultent des débats»²⁴, tanto a carico che a discarico dell'accusato.

Sebbene la dichiarazione dei giurati non potesse essere soggetta ad alcun ricorso *ex art.* 350, nondimeno i giudici, qualora fossero unanimemente convinti che i giurati, pur nel pieno rispetto delle formali regole procedurali, si fossero «ingannati nella sostanza» e sempre che si trattasse di un verdetto di colpevolezza e non di assoluzione, sospendevano la sentenza ed esclusivamente per atto d'ufficio sottoponevano nuovamente la questione ad un altro corpo di giurati, di cui non poteva far parte nessuno dei membri precedenti (Daubanton, 1809, p. 376). Se la seconda pronuncia fosse stata conforme alla prima, la corte doveva immediatamente darvi corso, senza ulteriore ritardo²⁵.

Le due disposizioni attestano al contempo una velata diffidenza verso l'istituzione della giuria e una fiducia nei togati che andavano via via acquistando un peso maggiore rispetto al passato.

Fin dal suo affacciarsi sul palcoscenico rivoluzionario, la giuria aveva innescato un intenso dibattito tra favorevoli e contrari: un dibattito che si trascinò stancamente e quasi con le stesse argomentazioni nell'Italia liberale dominata dal codice di procedura penale del 1865²⁶ fino alla sua abrogazione con il codice del 1930 (Garlati, 2024, p. 178-180).

Il mio viaggio si ferma qui, alle colonne d'Ercole della codificazione italiana.

Resta da chiedersi quali potrebbero essere le incidenze (se possono esserci) delle 'nuove tecnologie' sull'evoluzione futura degli *standard* di prova, nel tentativo (da sempre inseguito) di limitare un intervento umano e di individuare effettivi crite-

²⁴ Entrambe le citazioni sono di Carnot (1829, p. 628 e 631).

²⁵ *Codice d'istruzione criminale dell'Impero francese* (1809, art. 352, p. 225).

²⁶ A giudizio pressoché unanime, la giuria in Italia funzionava male, perché composta da soggetti «vittime della superfetazione, ignari del tecnicismo giudiziario» e che pertanto «rispondono a caso, perché non hanno la bussola del processo scritto, né la chiave del processo orale» e decidono lasciandosi trascinare più dall'oratoria, tanto dell'accusa quanto della difesa, che dalle prove, generando errori fatali sia che assolvano sia che condannino. Il giudizio era espresso da Giuriati (1893, p. 161, 175-183).

ri oggettivi. Al giudice *bouche de loi* di matrice montesquieuiana (Miletti, 2022, p. 195-220) si potrebbe giungere al giudice *robot* della futura ingegneria giuridica, dove non basterà l'interpretazione letterale, la semplicità della legge, ma conteranno algoritmi, precedenti, probabilità e forse si rimetteranno in discussione le regole probatorie. Un ritorno ai parametri della prova legale?

BIBLIOGRAFIA

- Alessi Palazzolo, G. (1979). *Prova legale e pena. La crisi del sistema tra Evo Medio e moderno*. Jovene.
- Azo (1577). *Lectura Super Codicem*. Sebastianus Nivellus [rist. anast. 1966, Bottega d'Erasmus].
- Beccaria, C. (1984). *Dei delitti e delle pene*. Mediobanca.
- Caprioli, F. (2015). Il giudice e la prova. Beccaria, Filangieri, Pagano. En G. Chiodi e L. Garlati (eds), *Dialogando con Beccaria. Le stagioni del processo penale italiano* (p. 31-42). Giappichelli.
- Cordero, F. (2012). *Procedura penale*. Giuffrè
- Carnot, J. F. C. (1829). *De l'instruction criminelle, II*. Nève, libraire de la Cour de Cassation.
- Daubanton, A. G. (1809). *Traité-pratique du Code d'instruction criminelle*. C. L'Huillier, libraire, rue Saint-Jacques, n. 55.
- Della Torre, J. (2025). Taking the Evolution of the Standards of Proof for a Criminal Conviction Seriously. *Quaestio Facti. Revista Internacional Sobre Razonamiento Probatorio*, (8), 155–216.
- Dezza, E. (2001). L'impossibile conciliazione. Processo penale, assolutismo e garantismo nel codice asburgico del 1803. En S. Vinciguerra (ed), *Codice penale universale austriaca (1803)* (rist. anast., p. CLV-CLXXXIII). Cedam.
- Esmein, A. (1978). *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIIIe siècle jusqu'à nos jours*. Verlag-Duchemin.
- Ferrajoli, L. (1989). *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. Laterza.
- Fiorelli, P. (1953-1954). *La tortura giudiziaria nel diritto comune*. Giuffrè.
- Fiorelli, G., Fronza, E., Guzmán, N., Ippolito, D. e Marafioti, L. (2025). *Verità e giustizia nel processo penale*. Roma Tre Press.
- Flores, M. e Franzinelli, M. (2024). *Conflitto tra poteri. Magistratura, politica e processi nell'Italia repubblicana*. il Saggiatore.
- Garlati, L. (1999). *Inseguendo la verità. Processo penale e giustizia nel Ristretto della Pratica criminale per lo Stato di Milano*. Giuffrè.
- Garlati, L. (2004). Il diabolico intreccio. Reo convinto e indizi indubitati nel commento di Bartolomeo da Saliceto (C.4.19.25): alle radici di un problema. En O. Condorelli (ed), *"Panta rei", Studi dedicati a Manlio Bellomo, II* (p. 387-419). Il Cigno.
- Garlati, L. (2015). Miti inquisitori: la confessione tra ricerca della verità e 'garanzie' processuali. En L. Luparia e L. Marafioti (eds), *Confessione, liturgie della verità e macchine sanzionatorie. Scritti in occasione del Seminario di studio sulle 'Lezioni di Lovanio' di Michel Foucault*. Giappichelli.
- Garlati, L. (2024). La nascita del codice di procedura penale del 1930. En M. Donini, L. Garlati, M. N. Miletti e R. Orlandi (eds), *I cardinali della modernità penale dai codici Rocco alle stagioni dell'Italia Repubblicana* (p. 143-193). Roma Tre Press.
- Giuriati, D. (1893). *Gli errori giudiziari. Diagnosi e cura*. Fratelli Dumolard Editori.
- Marchetti, P. (1994). *Testis contra se. L'imputato come fonte di prova nel processo penale dell'età moderna*. Giuffrè.
- Miletti, M. N. (2011). Il palladio delle libertà. Il giuri nella penalistica napoletano postunitaria. *La Corte d'Assise. Rivista quadrimestrale di scienze penalistiche integrate, I*.
- Miletti, M. N. (2022). Bocca della legge: la metafora sgradita nella penalistica italiana (1748-1948). *Criminalia*, p. 195-220.

- Padoa Schioppa, A. (1994). La giuria all'Assemblea Costituente. En A. Padoa Schioppa (ed.), *La giuria penale in Francia. Dai «philosophes» alla Costituente* (p. 63-162). Led.
- Pisanelli, G. (1856). *Dell'istituzione de' giurati*. L'Unione Tipografico-Editrice.
- Prodi, P. (2000). *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*. Il Mulino.
- Rosoni, I. (1995). *Quae singular non prosunt collecta iuvant. La teoria della prova indiziaria nell'età medievale e moderna*. Giuffrè.
- Sciascia, L. (1979). *Nero su nero*. Einaudi
- Sciascia, L. (1986). *Nota. Il giudice*

Legislazione

- Francia (1795). *Code des délits et des peins du 3 Brumaire, 4me année républicaine*.
- Francia (1808). *Code d'instruction criminelle*.
- Codice d'istruzione criminale dell'Impero francese* (1809). presso Ivone Gravier stampatore-librajo.
- Décret concernant la police de sûreté, la justice criminelle et l'établissement des jurés* (2002). *I codici napoleonici, 2. Codice di istruzione criminale, 1808*. Giuffrè.
- Décret sur la réformation de quelques points de la jurisprudence criminelle* (2002). *I codici napoleonici, 2. Codice di istruzione criminale, 1808*. Giuffrè.

STANDARDS AND METHODS OF PROOF: AN ENGLISH PERSPECTIVE ON DELLA TORRE'S COMPARATIVE LEGAL HISTORY

Paul Roberts*

ABSTRACT: This Comment responds to Jacopo Della Torre's recent article advocating *Taking the Evolution of the Standards of Proof for Criminal Conviction Seriously*. Having summarised Della Torre's central thesis and clarified (and largely endorsed) his contextual approach to investigating the criminal standard of proof, I offer—from the perspective of an English common lawyer—some methodological caveats, conceptual reservations and minor textual corrections to Della Torre's illuminating comparative legal history.

KEYWORDS: standards of proof, beyond reasonable doubt, *intime conviction*, forensic epistemology, comparative criminal procedure, comparative legal history

SUMMARY: 1. METHODS OF INQUIRY.— 2. (MIS)UNDERSTANDING STANDARDS OF PROOF.— 3. CONCLUDING REMARKS: THE BURDENS OF COMPARATIVE LEGAL SCHOLARSHIP.— BIBLIOGRAPHY

In an erudite and wide-ranging contribution to this *Revista*, Jacopo Della Torre leverages the analytical power of comparative legal history to illuminate contemporary debates surrounding the standard of proof for criminal convictions. At the invitation of the Editors, I am pleased to have this opportunity to comment on Della Torre's thought-provoking article. The following remarks are of two broad kinds. The

* Professor of Criminal Jurisprudence, University of Nottingham, UK; Adjunct Professor of Law, CUPL, Beijing, PRC.

first section of this Comment addresses methodological issues in comparative legal scholarship, largely expressing agreement with Della Torre's general approach, but with a few caveats and clarifications for further consideration. In the second section, I turn to practical questions of procedural jurisprudence and institutional practice in criminal adjudication. With the disciplinary agenda and biases of an English lawyer, my thoughts on these issues will embroider upon, and diverge somewhat, from Della Torre's exposition. I will also suggest some minor exegetical corrections and refinements.

1. METHODS OF INQUIRY

Della Torre (2025) begins with a puzzle in Evidence law theory, which he dramatises as “a bitter dispute between those who, for legal and moral reasons, consider it possible and/or desirable to establish objective or intersubjective thresholds of proof, and those who, for various reasons, oppose this thesis” (p. 156)¹. The debate, encapsulated, is between objectivists and subjectivists regarding standards of proof. Much of the—extensive and burgeoning—literature engaged in this debate adopts an analytical approach preoccupied with conceptual definition and speculative theoretical modelling, increasingly informed by philosophical, in particular epistemological, perspectives². Della Torre takes a markedly different tack, tracing the historical evolution of European criminal procedures and grounded in institutional practices. From this vantage point, we can see that common law and civilian jurisprudence share an Enlightenment intellectual framework and an even older theological tradition, both of which continue to inform contemporary criminal trial practice. On the surface, it may appear that the common law's iconic standard of proof “beyond reasonable doubt” (“BARD”) is a world away from the civilians' *intime conviction*. But dig a little deeper and the commonalities become more striking than any superficial terminological differences. As Della Torre convincingly shows,

the problems of the standard of proof were in many ways the same, as were the lexicon, the positions and the solutions.... [M]oral certainty and the BARD are concepts that have deep transversal roots in the culture—theological, philosophical and, later, legal—of the entire West (2025, p. 177).

Jurisprudence is predominantly normative and analytical, with a corresponding tendency to being unhistorical. More nuanced understanding of the historical facts reveals that the medieval Schoolmen were not as callous or dim-witted as they can be made to seem in twenty-first century potted retrospectives³; and that the transition to Enlightened law reform across Europe, inaugurated by the French revolutionaries

¹ “Intersubjective” is the preferred term for sufferers of objectivity-phobia, but these two terms are typically synonymous, in my observation.

² Generally, see Dahlman *et al.* (2021) and Roberts (2023).

³ Cf. Damaška (1997; 2018).

at the birth of modernity (Johnson, 1991; Hobsbawm, 1988), was neither sudden nor complete⁴. Della Torre (2025) observes that “the clash between more subjective and more objective notions of the standards of proof is not a contemporary novelty, but rather a historically unresolved issue» (p. 163). Moreover, medieval theologians developed the concepts of “moral certainty” and reasonable doubt that would eventually pass through centuries of Roman-canon law into modern European criminal jurisprudence (Whitman, 2008; Shapiro, 1991; Waldman, 1959). Formalistic, quasi-mathematical approaches to assessing evidential weight could not withstand the combined force of rationalist critiques and the realisation that, in practice, jurisprudential formalism merely licensed untrammelled judicial discretion in the assessment of evidence. So «free evaluation» became the new Enlightenment mantra. Crucially, however, the French revolutionaries assumed that lay juries on the English model would be entrusted with performing such evaluations, so that the common sense of ordinary citizens would anchor criminal adjudication in objective (or at least conventional, “inter-subjective”) epistemic standards. What actually transpired, for much of western Europe, was that professional judges edged out juries as the arbiters of fact and in many legal systems replaced them entirely. In the process, the institutional meaning of *intime conviction* (and its terminological equivalents in other European languages) was transformed from a community standard of evidence appraisal into a measure of subjective personal belief, allowing rampant judicial discretion back into the trial process and precipitating further rounds of critical debate and reform.

[A]s was to be expected, when systems based on professional judges or mixed courts broke the original link between intimate conviction and the jury, the need gradually arose to structure a theory of evidence, free from legal proof, but nevertheless based on respect for the rules of logic, science and reason (Della Torre, 2025, p. 183).

Although the broad outlines of this story are well-known⁵, Della Torre’s compact retelling makes for fascinating reading, not least from a common lawyer’s perspective. Whereas comparative analysis of criminal procedure often proceeds at the level of shallow system-wide institutional comparisons, and is frequently reductive in taking some version of French legal process as the standardised model of civilian criminal trial, Della Torre provides more granular jurisprudential analysis accommodating doctrinal and terminological variations characteristic of Italian, German and other national legal systems. This attention to jurisprudential detail resonates with my own preferred method of “common law comparativism” and its programmatic plea for sensitivity to the differences *within* the common law family of procedural systems⁶. Such differences become more prominent, and significant in practice, as the comparative lens focuses more precisely on detailed institutional artefacts such as juridical conceptions of standards of proof. A second major theme in this narrative is the enduring salience of cultural transplants in criminal procedure. Having briefly

⁴ On transitional aspects of Enlightenment criminal procedure, see Roberts (2022a).

⁵ One engaging version of the tale is told by James Franklin (2001).

⁶ Cf. Brook *et al.* (2021) and Brodowski *et al.* (2024).

summarised how “the BARD has now taken on a global dimension... codified in the criminal procedure codes of many national legal systems” (Della Torre, 2025, p. 192), Della Torre concedes (not without a whiff of regret) that

all the success that the standard of reasonable doubt in particular is enjoying at the political and jurisprudential level in many legal systems... makes it prohibitive to think that it too can really be abandoned, at least in the short term, in favour of another formula (2025, p. 198).

Albeit that the global diffusion of “beyond reasonable doubt” may be driven as much, one suspects, by Hollywood cultural tropes as by Strasbourg judgments, this is clearly another important and valuable illustration of legal cosmopolitanism (Roberts, 2010) to add to the Evidence scholar’s travelogue⁷.

Whenever we consciously undertake comparative legal scholarship, we also implicitly embody and enact it (Nelken, 1995; 2000). Cultural frames of reference ingrained within disciplinary education and professional identities are often difficult to see, much less to externalise and subject to reflexive critical scrutiny. There is no escaping the fact that I am an English common lawyer, and Della Torre is an Italian civilian. Some implications of these different perspectives will become more apparent in the next section. The antidote to the perspectival nature of comparative scholarship is not to *deny* cultural conditioning, which would be methodologically suspect even if it were psychologically possible, but rather to recognise and try to understand and manage or mitigate its influence. In a time when national differences in criminal justice are too often politicised, and even weaponised, with motivations antithetical to scholarship (and to justice) the *analytical* significance of standpoint is worth underlining as a valuable methodological heuristic.

A third notable feature of Della Torre’s framing of the issue, viewed from a common law perspective, is a taxonomical assumption that he does not even acknowledge, much less defend: namely, his exclusive focus on *criminal* procedure in addressing standards of proof. Steeped in a juridical and pedagogical tradition in which criminal procedure and civil procedure are distinct disciplinary domains with their own legislated codes, institutional frameworks and professional experts, the rationale for treating proof standards for criminal conviction as a discrete topic might seem self-evident to a civilian jurist. In the common law world, by contrast, Evidence law is conventionally conceptualised as a generic, “trans-substantive” discrete sub-part of procedural law, and the topic generally known as “Burdens and Standards of Proof” would, by default setting, embrace private law “civil” actions as well as criminal trials. As it happens, I believe that there are compelling arguments for treating criminal evidence as a distinctive disciplinary domain separate from civil procedure (Roberts, 2020; 2022b). But I am not in this regard an orthodox common lawyer. Della Torre’s implicit decision to exclude private law from his history of standards of proof might be a source of puzzlement to some common law readers, who might then be inclined

⁷ Also see, eg, Weisselberg (2017).

to interpret his article as an exercise in institutional legal history or comparative criminal procedure rather than Evidence law *stricto sensu*.

Legal history can explain how, and why, current institutional structures came into being, and—to the extent that established trends tend to continue and outcomes are path—dependent – it is a useful tool in predicting future developments. Careful historical inquiry may correct prevailing misconceptions and provide an antidote to legal scholarship’s characteristic amnesia and ahistoricism. Della Torre’s exposition skilfully employs each of these virtues to telling effect. However, historical inquiry cannot settle normative (evaluative) questions; and to the extent that conceptual analysis reflects normative choices, it cannot decisively arbitrate between concepts, either. It is not strictly necessary to undertake *any* historical research to pose the normative question: how should we define the standard of proof in criminal adjudication? Indeed, as already stated, this is precisely the point of departure for much analytical jurisprudence addressing legal standards of proof. When in the final section of his article Della Torre shifts gears from historical retrospective and contemporary cosmopolitan survey to questions of institutional design and reform, he is, in a methodological sense, changing the subject.

2. (Mis)understanding Standards of Proof

There are multiple ways of conceptualizing and thinking about evidence law and criminal procedure, and my version will inevitably reflect a common law perspective. This insight should recommend a threshold commitment to methodological pluralism, openness to alternative viewpoints, and a measure of humility in propounding one’s own worldview. The best version of evidence law will be best *for me* and those who share my theoretical and practical ambitions and concerns. Those with different objectives, institutional reference points or disciplinary affiliations may prefer, and possibly require, different approaches. What follows is offered in the spirit of shared, reflective but unapologetic comparative discussion, without any aspiration to disciplinary imperialism or pretention to cultural superiority.

Having avoided the trap of conflating British and American approaches to standards of proof into an homogenized “common law” tradition, Della Torre (2025) organises his narrative in terms of an “English divergence” from “the US experience” (p. 185-190). Setting aside the historical detail that it was the American colonists who originally “diverged” (rebelled) from English law in 1776, this framing makes sense if one takes “beyond reasonable doubt” as the orthodox common law standard of proof for criminal convictions, inasmuch as English law has lately rejected (what Americans call) BARD in favour of instructing juries that they must be “sure” of guilt before convicting (Roberts, 2022b, §6.4). Yet this sequencing sacrifices strict historical accuracy, because—as Della Torre’s own exposition methodically demonstrates—BARD was long-predated by concepts of “moral certainty” and looser conceptions of rational (“reasonable”) doubt and it was only comparatively recently that

orthodox legal formulations were distilled into doctrinal boilerplate and backed by prescriptive judicial authority. In Della Torre's own pithy encapsulation:

In time, the BARD formula, which was preferred to the original lexicon also for terminological reasons—since it did not contain direct references to “morality” but to human “reasonableness”—was used to indicate the level to be reached for a criminal conviction.... [W]hile moral certainty and BARD were originally two formulas used to refer to a single standard of decision-making, over time the latter concept gradually separated from its original core and took on an autonomous scope and meaning, not least because it was seen as more easily adaptable to contemporary society (2025, p. 186-188)

In fact, this origin story is not uniquely American. English law has consistently maintained a somewhat flexible approach to the precise formulation of the standard of proof and, crucially, the manner of its judicial communication to juries. As the Court of Appeal routinely affirms, “[e]xperienced judges are accustomed in their courts to fashion their directions to a jury according to their experience and judgment of the jury in front of them and of the facts of the case. This flexibility is to be encouraged”⁸. In terms of terminological precision, *Woolmington* (for England and Wales)⁹ and *Winship* (for US federal law)¹⁰ are not jurisprudentially identical twins. The claim that “the legal system in England and Wales has, since the late 1940s, attempted to make an important departure in this respect” (Della Torre, 2025, p. 189) is therefore not an accurate summary.

Although proof beyond reasonable doubt has been described as “the time-honoured formula”¹¹, and it does appear in several important legislative provisions¹², the “sure” direction is also woven into the fabric of English criminal jurisprudence¹³. According to Lord Goddard CJ, “sure” represents the more authentic common law inheritance¹⁴ and, besides, semantic quibbles have been regarded as an unwelcome distraction from the more important business of getting juries to understand that criminal convictions require an appropriately exacting standard

⁸ *R v Majid* [2009] EWCA Crim 2563, [1].

⁹ *Woolmington v DPP* [1935] AC 462, 481–2, HL.

¹⁰ *In re Winship*, 397 US 358 (1970).

¹¹ *Ferguson v R* [1979] 1 WLR 94, PC (Lord Scarman).

¹² Including Police and Criminal Evidence Act, 1984, s.76(2), regulating the admissibility of confessions. Also see, eg, Domestic Abuse Act, 2021, s.70; Serious Crime Act, 2015, s.72; Criminal Justice Act, 1988, ss.133 and 141; Road Traffic Act, 1988, s.5A(5).

¹³ Thus, in *Ferguson v R* [1979] 1 WLR 94, 99, Lord Scarman affirmed: “It is generally sufficient and safe to direct a jury that they must be satisfied beyond reasonable doubt so that they feel sure of the defendant’s guilt. Nevertheless, other words will suffice, so long as the message is clear. In the present case, the jury could have been under no illusion. The importance of being sure was repeatedly emphasised”.

¹⁴ ‘If a jury is told that it is their duty to regard the evidence and see that it satisfies them so that they can feel sure when they return a verdict of Guilty, that is much better than using the expression “reasonable doubt” and I hope in future that that will be done. I never use the expression when summing-up. I always tell a jury that, before they convict, they must feel sure and must be satisfied that the prosecution have established the guilt of the [accused]’: *R v Summers* (1952) 36 Cr App R 14, 15, CCA.

of proof¹⁵. The phrase “beyond reasonable doubt” appears to have entered the (reported) judicial lexicon during the mid-nineteenth century. It turns up in a judgment of Kindersley VC in *Way v East* (1853)¹⁶ in relation to the validity of a trust deed; and in several other civil cases in the 1860s and 70s¹⁷. Courts, counsel and case reporters routinely employed the alternative language of “moral certainty” during the eighteenth and earlier part of the nineteenth centuries, right up to the 1860s¹⁸, when it seems to peter out. A regular system of criminal appeals was not established in England and Wales until 1908¹⁹, and there are consequently few reported criminal cases before that time. So it is not entirely surprising that the first reported references to proof “beyond reasonable doubt” in English jurisprudence concern fact-finding by judges in courts of equity, not criminal trials as one might expect today. Stephen’s influential history of English criminal law, published in 1883, asserts as an established and unremarkable fact that, “[i]f the commission of a crime is directly in issue in any proceedings, civil or criminal, it must be proved beyond reasonable doubt... This is otherwise stated by saying that the prisoner is entitled to the benefit of every reasonable doubt” (1996, p. 438)²⁰. The same standard was applied without argument or objection in a 1900 reported case concerning contempt of court²¹. This orthodoxy prevailed for the remainder of the twentieth century, yet without silencing dissenting voices such as Lord Chief Justice Goddard’s propounding a revisionist interpretation of common law history. The programmatic campaign against “beyond reasonable doubt” directions only begins in earnest in the early 2000s, spearheaded by the Judicial College (formerly, the Judicial Studies Board) and backed up with precedential muscle by senior members of the Court of Appeal²². Whilst some judges have used “sure”

¹⁵ “It would be a great misfortune, in criminal cases especially, if the accuracy of a summing-up were made to depend upon whether or not the judge... had used a particular formula... It is not the particular formula of words that matters; it is the effect of the summing up”: *R v Kritz* [1950] 1 KB 82, 89, CCA (Lord Goddard CJ).

¹⁶ “It appears to me that there is such a body of evidence as is quite sufficient to convince a sound and temperate judgment beyond reasonable doubt that there did exist at the time of the execution of the deed of 1839, and during all the subsequent time, a design among the parties to the deed that the payment of the annuity should not commence till the death [of the testator]” (*Way v East* (1853) 61 ER 635, 643; 2 Drewry 44, 67)

¹⁷ *Forbes v Meer Mahomed Tuquee* (1870) 20 ER 614, 13 Moore Ind App 438; *Thakoor v Rai* (1865) 19 ER 941, 10 Moore Ind App 183; *AG v Dean and Canons of Windsor* (1860) 11 ER 472, 8 HLC 369.

¹⁸ See eg *Enobin v Wylie* (1862) ER 924, 934; 10 HLC 1, 24.

¹⁹ The Court of Criminal Appeal, the predecessor of today’s Court of Appeal (Criminal Division), was established by the Criminal Appeal Act 1907.

²⁰ Note, however, that the cited authority for this assertion is Stephen’s own *Digest of the Law of Evidence* (1881)!

²¹ *R v Gray* (1900) 82 *Law Times* 534, 536 (16 June).

²² See eg *R v Majid* [2009] EWCA Crim 2563, [11]: “Judges are advised by the Judicial Studies Board, as they have been for many years, to direct the jury that before they can return a verdict of guilty, they must be sure that the defendant is guilty”

and references to “reasonable doubt” more or less interchangeably, the orthodox position in English law is now that judges should preferably avoid the phrase “beyond reasonable doubt” entirely²³. If complete avoidance is not viable, for example because counsel has already used the phrase in argument or the jury during its deliberations requests greater definitional clarity, trial judges should say only that “being satisfied beyond a reasonable doubt mean[s] the same as being sure”²⁴ and add nothing further. The temptation to editorialise should be resisted, since trying to say more is liable to land trial judges in hot water on appeal, and might even result in an otherwise perfectly sound conviction being quashed because it is no longer procedurally “safe”²⁵.

This notable shift in English criminal trial practice raises a host of theoretical, jurisprudential, practical and even constitutional questions that cannot be fully canvassed here. But several further clarifications are in order. Having accurately paraphrased *Roberts and Zuckerman* (Roberts, 2022b) in asserting that “the use of this term [‘sure’] is not so much intended to change the level of the standard of proof with regard to the past... but rather to use a locution that is considered easier for juries to understand” (Della Torre, 2025, p. 189), Della Torre continues:

The problem, however, is that the new English-language formulation of the standard of proof for a criminal conviction is no less vague than its predecessors. This is confirmed not only by empirical studies showing that jurors find even this phrase difficult to understand, but also by the Court of Appeal of England and Wales itself, which finally admitted that ‘to define what is meant by “reasonable doubt” or what is meant by “being sure” requires an answer difficult to articulate and likely to confuse’ (2025, p. 190).

And he adds:

This approach is further confirmed at an official level by the *Crown Court Compendium*, which states that “it is unwise to elaborate on the standard of proof” (Judicial College, 2023, § 5 n. 3). However, as Roberts and Zuckerman have rightly pointed out, it is impossible not to notice how this solution ultimately leads to an “abdication of judicial responsibility! (Roberts and Zuckerman, 2022, p. 279), making defendants pay for the system’s inability to provide a common minimum definition of the standard for a criminal conviction (2025, p. 190).

These passages contain several misapprehensions, understandable in context, but demanding correction to avoid misleading readers, not merely in terms of my own arguments, but far more importantly, as to the correct interpretation of English law and judicial practice.

First, when the Court of Appeal warns that trial judges should avoid getting into knotty definitional questions, this is not intended as any kind of “admission” or concession, but rather an instruction to avoid pointless definitional speculation. As far as

²³ *Crown Court Compendium* (Judicial College, 2024 5.3), citing *R v Desir* [2022] EWCA Crim 1071.

²⁴ *R v Majid* [2009] EWCA Crim 2563, [15].

²⁵ Convictions are quashed on appeal when they are regarded as “unsafe” in the light of procedural errors or new information: Criminal Appeal Act 1968, s.2 (as amended).

English criminal procedure law is concerned, “sure” is as precise and meaningful as it can be and needs to be for the purposes of a criminal trial. It is an ordinary English word which the jury is presumptively competent to understand and apply to the evidence in the case, with some judicial prompting and general guidance. Della Torre seems to fall into the common trap of thinking that because a normative standard is somewhat open-ended and susceptible to a variety of interpretations, this necessarily creates institutional problems requiring remedial attention. In fact, English legal tradition treats the process of jury trial as an acceptable surrogate for greater definitional precision. That is to say, the adjudicative process is a functional *alternative* to more refined (and abstruse) conceptual definitions. One can certainly debate, as a normative proposition, whether this institutional arrangement is a desirable feature of criminal trial procedure (as a practical component of idealized criminal justice); and the extent to which the normative design is successfully translated into criminal trial practice is partly an empirical question susceptible, in principle²⁶, to empirical investigation and assessment. But in terms of its own internal self-conception and legitimizing rationale, it needs to be understood that the preference for process over definition is part of the blueprint, not a design flaw, in the institutional architecture of English criminal procedure.

Epistemologists, economists and analytical jurists often seem unaware that in preoccupying themselves with linguistic refinements to the standard of proof they are largely ignoring the practical concerns of criminal adjudication as it is organised in England and Wales and elsewhere in the broader common law tradition. Without getting embroiled in deeper controversies²⁷, definitional approaches to standards of proof are flagrantly at odds with institutional realities. The standard of proof for conviction in England and Wales is communicated to criminal trial juries as a nested series of practical instructions, rather than as an isolated phrase or one-word canonical definition²⁸. And the standard of proof direction is itself contextualised within the trial judge’s comprehensive summing-up on the facts of the case²⁹ and the applicable

²⁶ There are practical constraints on researching real juries, which is presumptively forbidden, but not impossible: cf. Thomas (2013). Moreover, empirical researchers have employed a variety of stratagems and experimental proxies to build up a very substantial corpus of data on jury decision-making: Helm (2024); Ellison and Munro (2015); Darbyshire *et al.* (2001).

²⁷ Not to mention wildly implausible claims for employing the standard of proof as a kind of institutional lever for engineering a desired scheme of trade-offs between convictions and acquittals. For a sense of the cascade of causal variables demanding consideration, and the complexity of their interactions, see Epps (2015). Some of this modelling is very sophisticated and theoretically adept: see eg Picinali (2022). But I remain unpersuaded by this procrustean methodology: Roberts (2024).

²⁸ The canonical approach is now distilled in the *Crown Court Compendium* (Judicial College, 2024, 5.8): “[T]he jury should be directed as follows: (1) It is for the prosecution to prove that D is guilty. (2) To do this, the prosecution must make the jury sure that D is guilty. Nothing less will do. (3) It follows that defence does not have to prove that D is not guilty... [T]his is so even [when] D has given/called evidence”.

²⁹ This is an important point of contrast between criminal trial procedure in England and Wales and judicial approaches in at least some US state jurisdictions, where judicial comment on the facts is

law, nowadays typically supported by a written “route to verdict” structuring the jury’s deliberations³⁰. In short, even “defining” the proof standard is an explanatory *process* in English criminal trials rather than (merely) a prescriptive norm!

Behavioural scientists likewise traduce the adjudicative enterprise when they conduct experimental research demonstrating that ordinary people (potential jurors in criminal trials) understand phrases like “beyond reasonable doubt” in different ways, lacking consistency or standardised calibration, or report that experimental subjects invited to express “being sure” in percentage terms produce widely divergent estimates, ranging from the mid-60s to 100%. It doesn’t seem to occur to these researchers that jurors in criminal trials are never actually asked to define proof standards or to estimate numerical probabilities for reasonable doubt. They are simply instructed to deliberate together to consider whether the evidence and arguments in the case makes them sure the accused is guilty. Again, one might or might not regard this model of criminal adjudication as noble, rational or effective, but it is how criminal trials currently actually operate in England and Wales. It would be surprising if lay jurors chosen at random from the electoral register needed to be well-versed in epistemological subtleties or competent in Bayesian probabilistic reasoning in order to discharge their mandated civic function in criminal adjudication³¹. Although the meaning and application of the standard of proof do occasionally generate controversy in England and Wales, in the vast majority of criminal trials taking place up and down the land on a daily basis—thousands of Crown Court trials annually—juries decide that they are “sure” of guilt, or not sure and acquit, without any apparent difficulty; just as they applied the “beyond reasonable doubt” standard with minimum fuss when that was the preferred juridical formulation. From the perspective of accumulated judicial experience, it would be more representative, and perhaps more illuminating, to investigate how such widespread consensus is routinely achieved *in the absence of semantic precision*, rather than purporting to infer institutional weakness from experimental subjects’ limited powers of conceptual analysis and probabilistic reasoning³².

widely avoided for fear of compromising the jury’s independent assessment of the evidence (Marcus, 2013).

³⁰ *Criminal Practice Directions 2023*, Part 8.5.3: “A route to verdict, which poses a series of legal questions the jury must answer in order to arrive at a verdict, may be provided as part of the written directions. Each question should tailor the law to the issues and evidence in the case. The route to verdict may be presented (on paper or digitally) in the form of text, bullet points, a flowchart or other graphic”. See eg *R v Ayre* [2025] EWCA Crim 255, [51] (observing that “The route to verdict, carefully crafted by the judge, correctly took the jury through the questions which they had to consider”); *R v Smith (Michael William)* [2012] EWCA Crim 404, [32].

³¹ The Court of Appeal expressly refutes any such expectation: *R v Adams (No.2)* [1998] 1 Cr App R 377, CA.

³² One experimental red flag should have been the number of people who translate the meaning of “proof beyond reasonable doubt” as “100% certain” – a standard which is strictly impossible to achieve, and should logically result in 100% acquittals. Plainly, criminal juries are not using the same terminology or methods as epistemologists or mathematicians!

When Della Torre recycles familiar criticisms of current trial practice in England and Wales, and appears to adopt them without qualification, he is taking too much on trust from system insiders with their own viewpoints and agendas³³. A notorious peril of comparative research is knowing whom to trust, given that local experts typically adopt a range of positions on contentious issues. As a general rule, it is safer to rely on insiders' exegesis of doctrinal law than on causal propositions employing interdisciplinary research methods or normative arguments for reform. Perhaps Della Torre's impressionability is partly explained by his familiarity with Italian criminal trial procedure, in which the factfinders are professional judges who must provide written justifications for their verdicts. Whilst the cognitive demands of rational factfinding may not differ very much as between lay juries and professional judges³⁴, the task of writing a reasoned judgment on the facts should be viewed as an important and challenging intellectual exercise in its own right. For *this*, performative purpose—ex post facto justification, rather than primary fact-finding—greater conceptual precision in definition and implementation of proof standards might well be desirable or at least desired by judicial factfinders anxious for more concrete jurisprudential guidance in performing a difficult task. Della Torre suggests that the notion of “standards of proof” should be stretched to include aspects of judicial reasoning in satisfying the standard:

I think it is important to focus on the fact that the threshold of evidential sufficiency set by the BARD rule can only be said to have been reached if a certain method of reasoning is actually followed in the judgement (2025, p. 199).

This argument is taken to imply that “the standard of proof should... indicate a useful method of reasoning for the evaluation of all types of evidence” (2025, p. 199). Although I am sympathetic to Della Torre's preference for contextualising criminal proof within a dynamic institutional conception of criminal trial (and pre-trial) process, I would not recommend attempting such conceptual stretching, which is liable to lead to jurisprudential distortion and confusion. Della Torre canvasses “two possible drawbacks to the suggestion of interpreting standards of proof as methods of reasoning”, neither of which gets to the heart of the matter, in my opinion. Reasoning procedures are affected by many and varied factors, normative, institutional, cognitive, cultural, social and more. If the concept of a standard of proof is supposed to incorporate all of these considerations, there is no obvious limit on its imperialist ambitions. I cannot see what is to be gained by making the concept so bloated and indistinct. It makes more sense to me to keep the standard of proof tightly anchored to a normatively defined threshold of evidential sufficiency, whilst being very clear about the distinction between the jurisprudential standard and the

³³ Including Keane and McKeown (2019).

³⁴ Bench trials in common law jurisdictions provide a useful point of comparison: for a detailed worked example, see Roberts (2025).

institutionally mandated means of satisfying it. A standard of proof is one thing; a comprehensive theory of forensic fact-finding quite another, and a great deal more³⁵.

Finally, an exegetical clarification. I am afraid that Della Torre has misattributed to *Roberts and Zuckerman* (Roberts, 2022b) an argument that is *canvassed* in our pages, but is not a position we endorse. It is, in fact, the opposite of our view. The full passage from which Della Torre's quotation was extracted reads:

Commentators who proceed from the assumption that the task is to construct a better *definition* of the prosecutor's standard of proof in criminal trials almost inevitably regard the law as deficient. Moreover, the judicial strategy of saying as little as possible for fear of making matters worse, originally championed in English law by Lord Goddard CJ and now endorsed by the Judicial College, will appear from this perspective as an abdication of judicial responsibility (Roberts and Zuckerman, 2022, p. 279).

We then briefly summarise, and query, some superficially attractive arguments and data ostensibly reinforcing criticism of English law's disregard for more punctilious definitions of standards of proof, before setting out our own, more supportive position:

Commentators criticizing judicial directions on the prosecutor's standard (and burden) of proof have paid too much attention to definitional and conceptual nuance in the choice of words and too little attention to the practical task of explaining to juries how and why their verdict should honour the foundational values of criminal adjudication. Viewed in this light, judicial unwillingness to be drawn into interminable definitional wrangles, and even the occasional off-colour remark to the effect that choices between particular standards might not have much practical significance in the end, are not as silly or hypocritical as they might appear to the casual reader. Whatever words are chosen to express the criminal standard, the jury must be brought to appreciate its function in protecting the innocent from the profound moral harm of wrongful conviction (Roberts, 2022b, p. 280).

Once again, the process is key, and definitions very much secondary³⁶. The best way of explaining to jurors that, how and why, the standard of proof for a criminal conviction is very exacting is to remind them, preferably in so many words, that it is profoundly wrong and oppressive to convict an innocent person of a criminal offence and that the evidence in the case must be compelling before they are entitled³⁷ to convict the accused. Analogies to other important life decisions are at best imperfect proxies to spelling out the jury's civic duty to test the evidence against the highest practical standard of epistemic warrant; at worst, they may operate to cloud and dilute the force of the criminal standard of proof and thereby erode the presumption of innocence³⁸. At all events, trying to find the magical formula to compress all of these resonant ideas into a single word or phrase is a wild goose chase. The meaning of the

³⁵ To similar effect, see Tuzet (2020).

³⁶ To similar effect, see Picinali (2015) and Kotsoglou (2020).

³⁷ Juries are not *required* to convict merely on the basis of adequate epistemic warrant. A jury may extend its "equity" to defendants who, though technically guilty on the facts, do not, in the jury's estimation, deserve criminal censure and punishment.

³⁸ Cf. *R v Yap Chuan Ching* (1976) 63 Cr App R 7, CA.

proof standard, as Della Torre intimates, is located in the wider institutional context of criminal adjudication. But it does not follow that the juridical standard itself must be stretched to accommodate the reasoning procedures prescribed for satisfying it.

3. CONCLUDING REMARKS: THE BURDENS OF COMPARATIVE LEGAL SCHOLARSHIP

Della Torre's valuable article demonstrates major strengths of comparative legal history as applied to criminal procedure. Whereas conventional Evidence law on the common law model tends to be ahistorical, doctrinal, insular and static, comparative reconstruction of the historical evolution of legal institutions paints a more holistic and dynamic picture of criminal adjudication capable of correcting widespread misapprehensions and offering fresh insights – so long as we are not tempted by the “genetic fallacy” of assuming that historical antecedents *dictate*, rather than merely influencing, institutional destiny.

Della Torre's exposition also exhibits some of the perils of comparative legal scholarship. When researching a foreign legal system, it is difficult to assess which local experts should be trusted, and in respect of what kinds of information or claim. Sources are easily misread and meaning sometimes gets lost in translation. Whilst I cannot help noticing such distortions, especially when I am the author being misrepresented, they are incidental to Della Torre's central narrative and barely detract from its cogency and illumination. Like many native English speakers, my own foreign language skills are rudimentary. I can only marvel at the ability of scholars, like Della Torre, who are able to operate in more than one professional language. First and foremost, comparative criminal procedure must be a collaborative and inclusive conversation in which we continuously learn from each other, even though, inevitably, it will sometimes be necessary to quibble in order to set the record straight.

BIBLIOGRAPHY

- Brodowski, D., Fissell, B. and Roberts, P. (2024). Pretext, Deception and Entrapment in Criminal Investigations. In K. Ambos, A. Duff, A. Heinze, J. Roberts and T. Weigend (eds.), *Core Concepts in Criminal Law and Criminal Justice* (volume 3). Cambridge University Press.
- Brook, C. A., Fiannaca, B., Harvey, D., Marcus, P., Pomerance, R. and Roberts, P. (2021). A Comparative Examination of Police Interrogation of Criminal Suspects in Australia, Canada, England and Wales, New Zealand, and the United States. *William & Mary Bill of Rights Journal*, 29(4), p. 909-1008. <https://scholarship.law.wm.edu/wmborj/vol29/iss4/2/>
- Dahlman, C., Stein, A. and Tuzet, G. (2021). *Philosophical Foundations of Evidence Law*. Oxford University Press.
- Damaška, M. (1997). Rational and Irrational Proof Revisited. *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, 5(25), p. 25-40.
- Damaška, M. (2018). *Evaluation of Evidence: Pre-Modern and Modern Approaches*. Cambridge University Press.

- Darbyshire, P., Maughan, A. and Stewart, A. (2001). What Can We Learn from Published Jury Research? Findings for the Criminal Courts Review. *Criminal Law Review*, p. 970-979
- Della Torre, J. (2025). Taking the Evolution of the Standards of Proof for Criminal Conviction Seriously. *Quaestio facti. International Journal on Evidential Legal Reasoning*, 8, p. 155-216. https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i8.23112
- Ellison, L. and Munro, V. E. (2015). “Telling tales”: exploring narratives of life and law within the (mock) jury room. *Legal Studies*, 35(2), p. 201-225. <https://doi.org/10.1111/lest.12051>
- Epps, D. (2015). The Consequences of Error in Criminal Justice. *Harvard Law Review*, 128(4), p. 1065-1151.
- Franklin, J. (2001). *The Science of Conjecture: Evidence and Probability before Pascal*. Johns Hopkins University Press.
- Helm, R. K. (2024). *How Juries Work*. Oxford University Press.
- Hobsbawn, E. (1988). *The Age of Revolution: 1789–1848*. Abacus.
- Johnson, P. (1991). *The Birth of the Modern: World Society 1815-1830*. HarperCollins.
- Keane, A. and McKeown, P. (2019). Time to abandon “beyond reasonable doubt” and “sure”: The case for a new direction on the criminal standard and how it should be used. *Criminal Law Review*, p. 505-527.
- Kotsoglou, K. N. (2020). Proof beyond a context-relevant doubt. A structural analysis of the standard of proof in criminal adjudication. *Artificial Intelligence and Law*, 28(1), p. 111-133.
- Marcus, P. (2013). Judges Talking To Jurors in Criminal Cases: Why U.S. Judges Do It So Differently From Just About Everyone Else. *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 30, p. 1-64. <https://scholarship.law.wm.edu/facpubs/1660>
- Nelken, D. (1995). Disclosing/Invoking Legal Culture: an Introduction. *Social and Legal Studies*, 4(4), p. 435-452. <https://doi.org/10.1177/1096466399500400401>
- Nelken, D. (ed.) (2000). *Contrasting Criminal Justice*. Ashgate.
- Picinali, F. (2015). The threshold lies in the method: instructing jurors about reasoning beyond reasonable doubt. *International Journal of Evidence and Proof*, 19(3), p. 139-153. <https://doi.org/10.1177/1365712715571511>
- Picinali, F. (2022). *Justice In-Between: A Study of Intermediate Criminal Verdicts*. Oxford University Press.
- Roberts, P. (2010). *Confronting the Challenges of Cosmopolitan Criminal Jurisprudence*. Inaugural Lecture, University of Nottingham, 10 September 2010
- Roberts, P. (2020). Adrian Zuckerman's New Evidence Scholarship. In R. Assy and A. Higgins (eds.), *Principles, Procedure, and Justice: Essays in Honour of Adrian Zuckerman*. Oxford University Press.
- Roberts, P. (2022a). Beccaria Now: (Re)reading On Crimes and Punishment. In A. du Bois-Pedain and S. Eldar (eds), *Re- Reading Beccaria: On the Contemporary Significance of a Penal Classic*. Hart.
- Roberts, P. (2022b). *Roberts and Zuckerman's Criminal Evidence* (3rd ed.). Oxford University Press.
- Roberts, P. (2023). Theorising Evidence Law. *Oxford Journal of Legal Studies*, 43(3), p. 629-649. <https://doi.org/10.1093/ojls/ggad007>
- Roberts, P. (2024). Review of Picinali: *Justice In-Between: A Study of Intermediate Criminal Verdicts*. In *Criminal Law and Criminal Justice Books*. <https://cljbooks.rutgers.edu/books/justice-in-between/>.
- Roberts, P. (2025). Reasonable Doubts?: Rationalising Appellate Review of Witness Credibility in Criminal Trials. *Canadian Criminal Law Review*, 28(1), p. 21-58.
- Shapiro, B. J. (1991). *Beyond Reasonable Doubt and Probable Cause: Historical Perspectives on the Anglo-American Law of Evidence*. California University Press.
- Stephen, J. F. (1881). *A Digest of the Law of Evidence* (4th edition) Macmillan & Co.
- Stephen, J. F. (1996) [1883]. *A History of the Criminal Law of England* (volume 1). Routledge.
- Thomas, C. (2013). Avoiding the Perfect Storm of Juror Contempt. *Criminal Law Review*, p. 483-503. https://discovery.ucl.ac.uk/id/eprint/1390245/1/Chery_Thomas_article_final.pdf
- Tuzet, G. (2020). Assessment Criteria or Standards of Proof? An Effort in Clarification. *Artificial Intelligence and Law*, 28(1), p. 91-109.

- Waldman, T. (1959). Origins of the Legal Doctrine of Reasonable Doubt. *Journal of the History of Ideas*, 20(3), p. 299-316. <https://doi.org/10.2307/2708111>
- Weisselberg, C. D. (2017). Exporting and Importing *Miranda*. *Boston University Law Review*, 97, p. 1235-1291. <https://www.bu.edu/bulawreview/files/2017/08/WEISSELBERG.pdf>
- Whitman, J. Q. (2008). *The Origins of Reasonable Doubt: Theological Roots of the Criminal Trial*. Yale University Press.

Legislation and Jurisprudence

- AG v Dean and Canons of Windsor* (1860) 11 ER 472, 8 HLC 369.
- Criminal Appeal Act 1968, c. 19. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1968/19/contents>
- Criminal Justice Act 1988, c. 33. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/33/contents>
- Criminal Practice Directions 2023*. <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2023/04/Criminal-Practice-Directions-2023-1.pdf>
- Domestic Abuse Act 2021, c. 17. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2021/17/contents>
- Enohin v Wylie* (1862) ER 924; 10 HLC 1.
- Ferguson v R* [1979] 1 WLR 94, PC
- Forbes v Meer Mahomed Tuqee* (1870) 20 ER 614, 13 Moore Ind App 438.
- In re Winship*, 397 US 358 (1970).
- Judicial College (2024). *The Crown Court Compendium* (Part I: Jury and Trial Management and Summing Up). <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2024/09/Crown-Court-Compendium-Part-I-July-2024.pdf>
- Police and Criminal Evidence Act 1984, c. 60. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/contents>
- R v Adams (No.2)* [1998] 1 Cr App R 377, CA.
- R v Ayre* [2025] EWCA Crim 255.
- R v Gray* (1900) 82 *Law Times* 534 (16 June).
- R v Kritz* [1950] 1 KB 82, CCA.
- R v Majid* [2009] EWCA Crim 2563.
- R v Smith (Michael William)* [2012] EWCA Crim 404.
- R v Summers* (1952) 36 Cr App R 14, CCA.
- R v Yap Chuan Ching* (1976) 63 Cr App R 7, CA.
- Road Traffic Act 1988, c. 52. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/52/contents>
- Serious Crime Act 2015, c. 9. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/9/contents>
- Thakoor v Rai* (1865) 19 ER 941, 10 Moore Ind App 183.
- Way v East* (1853) 61 ER 635, 2 Drewry 44.
- Woolmington v DPP* [1935] AC 462, HL.

THE BARD STANDARD: FROM HISTORICAL SOURCES TO NEW CHALLENGES. A COMMENT ON DELLA TORRE

Giovanni Tuzet
Bocconi University, Milan

ABSTRACT: The work comments on Della Torre's essay about the evolution of the reasonable doubt criminal standard of proof. By going through the main claims of the essay, which is both historical and theoretical, the work contends that the essay clarifies (and hopefully soothes) some badly framed discussions on that standard, furthermore that it provides valuable reasons to prefer the reasonable doubt formulation over some revolutionary ambitions, and that it sheds light on the reasons for taking the standard not only in the strict reading of an evidentiary threshold but also in the broad one of a method or even a principle of criminal justice. Finally, the work suggests some refinements to Della Torre's arguments and addresses the tension between the reasonable doubt safeguards and the efficiency of the criminal justice system.

KEYWORDS: criminal justice; evidence; reasonable doubt; standards of proof.

SUMMARY: 1. AN AMAZING WORK.— 2. THE MAIN CLAIMS AND CHALLENGES.— 3. REFINEMENTS AND FINAL QUESTIONS.— REFERENCES.

1. AN AMAZING WORK

In *Taking the Evolution of the Standard of Proof for a Criminal Conviction Seriously*, Jacopo Della Torre (2025) provides an account of the criminal standard of proof consisting in being beyond a reasonable doubt about the accused's guilt. The account is amazing. It is so in that Della Torre provides an extraordinary piece of scholarship,

at the same time historical and theoretical. It is extraordinary in this first sense, since it is rare to find works that deal with historical and theoretical questions with equal clarity and acumen. And it is extraordinary for the remarkable level of detail and perspicuity with which it deals with the subject under consideration.

The title of the work suggests that there has been a sort of “evolution” in the way the criminal standard of proof has been conceptualized and operationalized. The steps of this evolution can be traced in both common-law and civil-law systems, contrary to the opinion that the beyond a reasonable doubt (BARD) standard is essentially a product of the former. Della Torre identifies and examines a large number of historical sources that allow him to reconstruct that process, focusing in particular on Roman-canon law, which in general the English-speaking public knows only superficially. It is a major merit of this piece of scholarship that it makes available to the international audience several sources of information that are not easy to find and assess.

Another major merit of the work is that it hopefully puts an end to some badly framed discussions about the BARD standard and similar standards of proof in criminal matters. As the work shows, it is distorting to treat the BARD standard as a purely subjective standard of proof centered on the mental state of the decision-maker. If there are factfinders and commentators who take it this way, they are simply wrong. If only because the standard does not speak of any doubts, but of *reasonable* ones. Taking it as licensing any doubt, or the overcoming of any doubt, is simply wrong. Something similar applies, even if to a lesser degree, to the *intime conviction* French standard, which concerns the factfinder’s mental state given the trial evidence, not regardless of it. No legal system has ever been so perverse as to make criminal proof depend on the mental state of the individual decision-maker regardless of the available evidence and its probative value. After recognizing this, and taking into account the global role that the BARD standard now has, it is time to set the discussion in new directions.

In the following I proceed through the main claims of the work and notably contend that Della Torre also provides valuable reasons to prefer the reasonable doubt formulation over some revolutionary ambitions, and that the work sheds light on the reasons for taking the standard not only in the strict reading of an evidentiary threshold but also in the broad reading of a method or even a principle of criminal justice (§ 2). This brings to the fore a set of new challenges, especially tied to a broad understanding of the standard. Finally, I recommend some refinements to Della Torre’s arguments and address the tension between the reasonable doubt safeguards and the efficiency of the criminal justice system, suggesting to adopt in particular a flexible understanding of the standard (§ 3).

2. THE MAIN CLAIMS AND CHALLENGES

Let me now summarize Della Torre's (2025) work and comment on it by going through its main claims. It starts by addressing the nature and functions of standards of proof (p. 157ff), and divides them into three macro-categories, namely: (a) "propulsive standard", used to decide whether to prosecute or to proceed from pre-trial to trial; (b) "incidental standards", used at particular sub-stages of the proceedings; and (c) "decision-making standards in the strict sense", used for the final decision on conviction (p. 159). BARD as traditionally understood belongs of course to the third macro-category. The historical reconstruction provided by Della Torre, from Roman and Roman-canon law onwards, shows that Western legal systems have been constantly concerned with the definition of a demanding standard of proof in criminal matters, to be reached either with the satisfaction of legal proof rules or with an appropriate belief confidence in the context of free proof systems. But interestingly one step in the evolution was motivated by the difficulty to obtain full proof under the legal proof rules, when fewer convictions than desirable were the case (p. 166-167). This fueled a discussion on the role of "unquestionable circumstantial evidence", and on the "extraordinary punishment" compromise solution, consisting in less severe punishment when the evidence was telling but not up to full proof (p. 167-169)¹.

The "moral certainty" and the "BARD" standards resulted from that process, which had significant theological components and a kind of irony in it (p. 171ff). In some late modern Italian jurisdictions, in particular, the standard of full proof was lowered to face particular crime waves (p. 174ff): the irony of the story is that something like the BARD standard was introduced to make criminal conviction *easier*, not harder to obtain as we now think when we conceive of BARD as a demanding standard (certainly more demanding than the civil standard of the preponderance of evidence, or proof on the balance of probabilities). Della Torre mentions among other things a 1743 decree of Pope Benedict XIV (p. 175), recommending conviction when the circumstantial evidence removed from the mind of the judge "any reasonable hesitation that the crime might otherwise have been committed"²; this, according to Della Torre, "marked a step backwards with respect to the classical structure of the Roman-canon systems of proof", since "the difficulty of reaching the standard of full proof was such that, in order to meet the greater repressive demands of modern absolute regimes, a downward adjustment of the decision-making rules for a criminal conviction was imposed" (p. 176).

¹ "The problem was that the standard of "full proof" turned out to be so demanding that it was often impossible to meet in practice, which favoured the development of creative solutions, one of the most important of which was precisely that of extraordinary punishments." (Della Torre, 2025, p. 170)

² Interestingly, the hesitation of a "prudent person" appears in one of the American jury instructions on reasonable doubt; see Laudan (2003, p. 302-303) (criticizing it as subjective). Cf. Tuzet (2023) for a pragmatist reading of this.

That “hesitation” had to be “reasonable”, and this made the standard different from the French post-revolutionary idea of conviction based upon the *intime conviction* of the factfinder (p. 180ff), which did not mention reason or reasonableness and by the way was inspired by the English system of jury trial. Della Torre observes that such “intimate conviction” standard still has a double function of standard of proof and criterion of evidence assessment, and that, while on the one hand it only makes reference to the internal forum of the individual—with no indication of how firm the belief must be (p. 181)—it is on the other hand “inextricably linked” to the trial evidence (p. 183). It is unfortunate, I would add, that many scholars continue to depict it as a purely subjective standard of proof, disregarding not only its historical sources but also the normative texts that link it to the trial evidence presented *against* and *in favor* of the accused³. That uncharitable account of the French standard, rather blindly and sometimes stubbornly iterated in the literature, should come to an end.

Then Della Torre focuses on the specific development of the BARD standard, as it took over moral certainty in the Anglo-American world and beyond (p. 185ff) and is nowadays challenged in England by the “being sure” standard, given the troubles that juries have in understanding its content (p. 189). This is indeed a problem of the BARD standard. But such doubts on the reasonable doubt standard do not necessarily invite lengthy articulations of the standard of proof, since according to some it is unwise to elaborate on it (p. 190) and the “being sure” formula is certainly simpler than the BARD one and basically conveys the same content (note in this sense that the “being sure” option is just revisionary, not revolutionary).

So the present situation is this: on the one hand, BARD is becoming a global standard, adopted also by civil-law jurisdictions either by legislation (with possible constitutional coverage) or as a matter of case law, and utilized by international courts too (p. 190ff); on the other hand, there are concerns over its reading and understandability, especially when juries and not judges are supposed to understand and apply it (p. 202).

Facing that situation, some views that one could qualify as “revolutionary” call for a replacement of BARD: being hard to understand (by juries) and boiling ultimately down to the mental state of the factfinder (as a subjective standard), it would be better replaced by a standard centered on the epistemic warrant for accepting a given hypothesis (taking this warrant as an objective standard)⁴. Della Torre finds some merit in such revolutionary views, but at the same time he resists them. His reservations focus on the inherent vagueness of language (which would not spare the revolutionary proposals), on the success of BARD in the present world, and on “the fact that many of the most advanced proposals for new standards are very similar

³ See Arts. 304, 353 and 427 of the French Code of Criminal Procedure. Cf. Tuzet (2021, p. 97-98).

⁴ For such “revolutionary” views see Laudan (2006) and Ferrer Beltrán (2021).

to the rational reinterpretations of the BARD standard actually used in some legal systems” (p. 198). The last point is particularly important, since it refers not so much to the succinct ways in which the standard is explained to juries in judicial instructions (when these are legitimate), as rather to the ways in which judges interpret its formula in providing the reasons for their decisions (especially in civil-law jurisdictions, of course)⁵. In brief, one thing is the standard applied by a jury rendering an unmotivated verdict, another is the standard applied by professional factfinders such as judges giving reasons for decisions. The evolution that BARD is undergoing also consists in moving from a standard used in jury trials to a standard used by courts that give reasons for decisions. In this regard, the motivation for revolutionary ambitions is significantly weakened.

More specifically, Della Torre advances the following three reasons to prefer BARD to alternative formulations:

First, it does not refer linguistically to potentially absolute mental states (such as moral certainty or the English sure standard), and this fits well with the fallible nature of evidential reasoning. Second, it does not contain explicit references to the internal forum or to morality, but to human reason. Finally, by requiring the “exclusion” of reasonable doubt, it lends itself to interpretation from a perspective related to eliminatory induction, i.e. the elimination by progressive evidence of the possibility that there are elements capable of founding a hypothesis on the disputed facts for which the defendant may be considered innocent. (p. 198, fn. 198)

The last point is of particular importance and deserves special comment. The fact that for a decision against the accused one has to exclude reasonable doubts on the accused’s guilt favors a reading of the standard that mandates a comparative assessment: one has to compare the guilt hypothesis advanced by the prosecution to other accounts of the evidence that are compatible with the accused’s innocence. If such alternative accounts are ruled out as unreasonable or unsupported by the trial evidence, whereas the evidence supports the guilt hypothesis, only the latter survives the “elimination” process. For Della Torre this means taking BARD as a “reasoning procedure” or “method of reasoning” (p. 199) centered on eliminative induction (p. 195-196). The idea is not new in fact. Interestingly, it can be already found in English works⁶ that refer to the reasoning process of eliminative induction and, though less explicitly and more indirectly, in American works that advocate a “relative plausibility” account of criminal factfinding⁷. The idea has been expanded in the Italian literature, in particular, following the introduction of the BARD standard in the criminal procedure code in 2006 and various judicial decisions and theoretical works that have broadened its scope (p. 184-185, p. 191, p. 201). Several Italian

⁵ “On the one hand, standards are essential to enable triers of fact to justify their decisions in a non-arbitrary way. On the other hand, the imposition of specific motivational burdens favours a path of clarification of the threshold to be reached.” (Della Torre, 2025, p. 201)

⁶ See especially Roberts (2022, p. 280ff) on “beyond reasonable doubt” as a “reasoning procedure”.

⁷ See Allen and Pardo (2021) claiming that the BARD standard is met when the evidence makes the guilt hypothesis plausible and there is no plausible account of it compatible with innocence.

scholars presently take BARD not only as a standard of proof but also as a method or criterion of evidence assessment and of evidential reasoning, or even as a principle of factfinding that enjoys constitutional protection as it is a necessary component of a “fair trial”⁸. I must admit that when I first found claims of this sort I was puzzled, since I was committed to the idea of BARD as a standard of proof, or epistemic threshold, and nothing else. Now I see the reasons for such an expanded understanding of it, which is particularly suited to a legal context of reasoned judicial decisions. For purposes of analytic clarity one can maintain that there is a *strict* reading of the formula (BARD as a standard of proof in the traditional sense) and a *broad* reading of it (BARD as a method of reasoning and assessment, or even a principle of fact-finding and of the criminal justice system). This should not come as a surprise when one considers that, to put that differently, there is functional connection between evidence assessment methods and standards of proof⁹. Some assessment criteria or methods better fit some standards and vice versa. Trivial as it may sound, the reasonable doubt standard is better served by a reasonable assessment of the evidence than by a system of legal proof rules.

Della Torre endorses that broad reading of BARD and conceives of it in a pluralist framework of (i) reasoning tools, including plausibility considerations and Bayesian techniques, and (ii) procedural remedies and safeguards, including motivated judicial decisions, appeals, and panel decisions rather than individual ones (p. 202-203). In sum, he stresses the importance of the criminal justice system as a whole, to make the presumption of innocence and the BARD operation effective.

As a challenge that that view brings to the fore, one can wonder whether it is possible to be more explicit on the criteria for eliminative induction that best suit the context of legal factfinding. And, as a related challenge, one can wonder about the dynamics that should govern a unified or integrated model of factfinding where a plurality of methods and tools would be at home. It is reasonable to open the door to such diverse things as the use of statistics, of Bayesian tools, and of AI systems along with plausibility considerations, common sense wisdom, and traditional sources of information like human testimony. The difficult part of the story is to combine all of that, and to govern the cases in which different tools or methods pull in different directions. Pluralism is just fine until conflict emerges. To illustrate, what to do if a facial-recognition system (operating on statistical information and the images captured by a camera) indicates that most likely the shooter is the accused while a human witness says it was another person? The solution is rather easy if the human testimony is credible: then the testimony is sufficient to generate at least a reasonable doubt on the accused’s guilt. But what if the value of the testimony is not that clear

⁸ Cf. among others Caprioli (2009); Carlizzi (2018); Conti (2020).

⁹ Cf. Tuzet (2021), where I used the phrase “assessment criteria” which is perhaps not the best formula in English, insofar as the word “criteria” does not refer to methods or guidelines but rather to clear-cut ways of discriminating things.

and the prosecution provides statistical data (e.g. on lighting conditions) which put it into question? How should a BARD principle govern a situation like this?

On AI in particular, Della Torre mentions various concerns that its use in fact-finding raises in our present days. Lack of transparency is a major concern, as the information processing leading to AI outputs is most often opaque. Inequality of arms is another concern, as the prosecution usually has better financial resources to access and use the relevant technology. A way to counterbalance this is to attribute to AI evidence a purely circumstantial value. Another idea, which Della Torre takes seriously, is to use “negative rules of corroboration” (p. 205-206) as criteria for evidence assessment, especially to avoid convictions based solely on evidence provided by AI tools. The idea is that uncorroborated AI evidence would not be sufficient for conviction. For example, facial recognition by an AI tool should be consistent with other evidence. Uncorroborated AI evidence, as a result, would not go beyond a reasonable doubt on the accused’s guilt. This should not be read as an obscurantist program. Della Torre recommends no ban on AI evidence. Rather, he recommends caution and safeguards:

it would only be a question of introducing a limited number of exceptions to the general principle of free evaluation of evidence, which, on closer examination, would be motivated by the desire to safeguard its most profound meaning: that of ensuring that, in the future too, judicial decisions will always be based, at least in part, on rationality and human logic, and not only on that of machines, which is often incomprehensible to us (p. 206).

This is a reasonable and sensible attitude, that neither demonizes the use of AI in matters of evidence and proof nor uncritically welcomes its outputs.

3. REFINEMENTS AND FINAL QUESTIONS

To conclude this comment on a different note, after praising Della Torre’s work in many respects, let me first suggest some refinements that would make it more precise, and then ask an additional question, or better a set of related questions.

As to the refinements, consider that Della Torre takes standards of proof as rules for decision (e.g. 2-4)¹⁰. This is an abridged claim that one can frequently find in the literature. But strictly speaking it is wrong. Standards of proof are standards, not decision rules. Rather, they are incorporated in decision rules. The rule that mandates conviction when guilt is proven beyond a reasonable doubt is a decision rule whose antecedent component incorporates that standard, as a rule for the factfinder:

¹⁰ Consider this passage: ““standards of proof” are rules, either explicit or implicit, that specify the minimum threshold that must be reached for a hypothesis to be accepted as sufficiently proven by the trier of fact.” (Della Torre, 2025, p. 158) Or this one: “standards provide the material conditions for the application of so-called “decision rules” in the strict sense, i.e. those rules which resolve procedural uncertainty—i.e. the absence of the *quantum* of evidence required by the standard—in a manner favourable to one party or the other.” (p. 159).

if guilt is proven beyond a reasonable doubt, then convict. Consider next that “the factual assertions made by the parties in legal proceedings” are not “mere hypotheses”, as Della Torre has it (p. 157). The litigated points amount to hypotheses when seen from the factfinders’ perspective, true. But from the first-person perspective of the accused they are usually more than that: by asserting “I was elsewhere”, for instance, the accused is not making a hypothesis but claiming instead that things were definitely so (and the accused knows if the claim is true or false). Additionally, and more generally speaking, the parties’ stories include more than hypotheses and litigated points: they comprise statements about the context and elements of common knowledge without which the relevant hypotheses would be floating in the air. Finally, as a refinement, consider that a lamentable confusion is not between standards of proof and “legal proof rules” (p. 199, fn. 201) but between standards of proof and assessment criteria or assessment methods in general (not just legal proof ones). Even when claiming that there is a functional connection between them, one should not conflate them.

As to the final question, note that Della Torre briefly criticizes the understanding of BARD as a flexible standard, an understanding suggested by the vagueness of its formula which makes it open to more or less demanding interpretations depending on the seriousness of the criminal charge and its consequences. The intuition is that the more serious the charge, the more demanding the standard should be. Those who have a pragmatist inclination do not dislike this reading, but Della Torre contends that the same protection of the presumption of innocence should be granted to all defendants (p. 199, fn. 202). This sounds unrealistic in fact. Factfinders likely interpret the formula according to the stakes. In principle, following Della Torre’s understanding, a minor criminal offense should be proven BARD as a major one. Shoplifting, for instance, should be proven BARD as murder. In practice sensible factfinders adjust the requisite threshold to the seriousness of the act and the severity of its legal consequences. Consider in this regard that a major virtue of standards is flexibility. The BARD formula is flexible, as is the “reasonable care” one used in civil cases to assess negligence. A sensible factfinder requires more, compared to a shoplifting case, when the prosecution charges someone with murder. Also the investigation resources that are normally spent on a murder case are greater than what is spent on a shoplifting case. This makes perfect economic sense. And it should not come as a surprise. Nominally the standard is the same, but the seriousness of the case justifies the investment of more resources and a more demanding threshold or proof. It is the same logic that differentiates the preponderance of the evidence standard from the clear and convincing evidence standard applicable to “serious” civil cases¹¹.

The picture is complicated by the distinction, mentioned above, between propulsive, incidental and decision-making standards in the strict sense. One could maintain that BARD, as a decision-making standard in the strict sense, remains the same

¹¹ See Redmayne (1999) recommending the adoption of the American “clear and convincing evidence” standard in England for civil cases that can be qualified as “serious” given the stakes.

all across the board, and what changes is the operation of a propulsive or incidental standard, or the operation of some form of negotiated justice, or at the very beginning of the process the decision to invest or not to invest in investigation. For sure, it seems unrealistic to think that the same standard, with the same content, governs a variety of different cases and activities, in light of the presumption of innocence as Della Torre appears to claim.

However, the attitudes of actual factfinders adjusting the content of the formula to the seriousness of the charge may happen to be simply wrong, if the standard should be understood in the same way given the presumption of innocence and regardless of the specific criminal charge. Then the question is whether Della Torre's claim is not only unrealistic but also unreasonable given the demands of law enforcement and the efficiency pressures on the criminal justice system. Should the safeguards and components of the BARD standard taken in its broad reading count as the same for all criminal charges and situations across the board? Should we rather calibrate them by taking into consideration the desiderata of law enforcement and economic efficiency? The justice system is notoriously a costly machine. Should the same BARD safeguards apply to shoplifting and to murder, for instance? Notice also that, as a compromise, a form of asymmetrical flexibility is possible if some minimal BARD safeguards are granted to all defendants while additional ones are reserved for particularly serious charges. Della Torre himself has worked on the topics of procedural efficiency and negotiated justice¹², so it would be of great interest to understand how, in his view, the operation of BARD in its broad reading (as a method of reasoning and assessment) legitimately impacts such distinct desiderata of the justice system.

REFERENCES

- Allen, R. and Pardo, M. (2021). Inference to the Best Explanation, Relative Plausibility, and Probability. In C. Dahlman, A. Stein and G. Tuzet (eds.), *Philosophical Foundations of Evidence Law*. (p. 201-214). Oxford University Press.
- Caprioli, F. (2009). L'accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevole dubbio". *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 52(1), p. 51-92.
- Carlizzi, G. (2018). *Libero convincimento e ragionevole dubbio nel processo penale. Storia prassi teoria*. Bonomo.
- Conti, C. (2020). Il BARD paradigma di metodo: legalizzare il convincimento senza riduzionismi aritmetici. *Diritto penale e processo*, 6/2020, p. 829-842.
- Della Torre, J. (2019). *La giustizia penale negoziata in Europa. Miti, realtà e prospettive*. Wolters Kluwer-Cedam.
- Della Torre, J. (2025). Taking the Evolution of the Standard of Proof for a Criminal Conviction Seriously. *Quaestio Facti. International Journal on Evidential Legal Reasoning*, 8, p. 155-216. https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i8.23112
- Ferrer Beltrán, J. (2021). *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*. Marcial Pons.

¹² Cf. Della Torre (2019); Gialuz and Della Torre (2022).

- Gialuz, M. and Della Torre, J. (2022). *Giustizia per nessuno. L'inefficienza del sistema penale italiano tra crisi cronica e riforma Cartabia*. Giappichelli.
- Laudan, L. (2003). Is Reasonable Doubt Reasonable? *Legal Theory*, 9(4), p. 295-331. <https://doi.org/10.1017/S1352325203000132>
- Laudan, L. (2006). *Truth, Error, and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*. Cambridge University Press.
- Redmayne, M. (1999). Standards of Proof in Civil Litigation. *The Modern Law Review*, 62(2), p. 167-195. <https://www.jstor.org/stable/pdf/1097022.pdf>
- Roberts, P. (2022). *Roberts & Zuckerman's Criminal Evidence* (3rd ed.). Oxford University Press.
- Tuzet, G. (2021). Evidence Assessment and Standards of Proof: A Messy Issue. *Quaestio Facti. International Journal on Evidential Legal Reasoning*, 2, p. 87-114. https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i2.22480
- Tuzet, G. (2023). Certainty Beyond a Reasonable Doubt. A Pragmatist Understanding of the Criminal Standard of Proof. *Contemporary Pragmatism*, 20(4), p. 398-423. https://brill.com/view/journals/copr/20/4/article-p398_005.pdf?srsid=AfmBOopjff-cMQeT3NNFdEh1dI5RaZj7ahLhDYAozaB-3kOcUdw-CNgAx

Legislation

Código de procédure pénale. https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006071154/

