

Prueba sin convicción en su justa medida

The Objectivist Conception of Standards of Proof: Problems and Projects

Diego Dei Vecchi*

Autor:

Diego Dei Vecchi
Universidad de Girona, España
deivechidm@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-1726-2651>

Recibido: 1-9-2021

Aceptado: 24-9-2021

Citar como:

Dei Vecchi, Diego (2022). *Prueba sin convicción en su justa medida*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, 45, pp. 337-373. <https://doi.org/10.14198/DOXA2022.45.12>

Licencia:

Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.



© Diego Dei Vecchi

Resumen

El artículo apunta contra la concepción objetivista de los estándares de prueba defendida en la obra conjunta de Jordi Ferrer Beltrán. Se toma en consideración, como blanco principal de la crítica, su último trabajo: *Prueba sin convicción*. En primer lugar, se pone de manifiesto por qué el autor está comprometido con una visión objetivizada de los estándares de prueba y en qué sentido ha de entenderse ese objetivismo. Luego, se desarrollan varios argumentos para mostrar que esa visión está desencaminada. Algunos de esos argumentos apuntan contra réplicas que Ferrer Beltrán articula en *Prueba sin convicción* frente a objeciones más antiguas. Por último, luego de mostrar por qué la pretensión objetivista tiene que ser abandonada, se propone una relectura de las fórmulas que establecen supuestos estándares de prueba.

Palabras clave: Estándar de prueba; objetividad; enunciado probatorio; suficiencia probatoria

Abstract

This paper offers some arguments against the objectivist conception of standards of proof in the version defended by Jordi Ferrer Beltrán. The main criticism target points to Ferrer's latest work: *Prueba sin convicción*. As a starting point, reasons for Ferrer to be committed to an objective view of the standards of proof are made explicit. Then various arguments are developed to show that this view is misguided. These arguments point against replies that Ferrer Beltrán articulates in *Prueba sin convicción* against older objections. Finally, after showing why the objectivist

* Por sus sugerencias y comentarios agradezco a Federico Arena, Manuel Calderón, Juan Cumiz, Marianela Delgado, Jordi Ferrer Beltrán, Daniel González Lagier, Alan Limardo, Laura Manrique, Piero Mattei Gentili, Jaime Oportus, Pablo Rapetti, Santiago Sánchez Gavier, Marco Segatti. Una versión preliminar de este trabajo fue discutida en el marco del I Seminario Internacional sobre Razonamiento Probatorio de la Universidad Nacional del Sur. Agradezco a todas las personas participantes por sus valiosas intervenciones.

claim has to be abandoned, a rereading of the formulas that establish supposed standards of proof is proposed.

Keywords: Standard of proof; Objectivity; Probative Statement; Threshold of Evidence

1. INTRODUCCIÓN

La costumbre de iniciar escritos dedicados al razonamiento probatorio recordando la desatención deparada a la materia en nuestra cultura jurídica ha perdido sentido hace ya un buen tiempo¹. A pesar de ello, creo que sigue siendo un buen punto de partida para el cometido discutir la obra de Jordi Ferrer Beltrán. Pues él ha tenido una incidencia decisiva en el cambio de orientación, en especial por medio de Ferrer Beltrán, 2002; Ferrer Beltrán, 2007, dos volúmenes complementados hace muy poco tiempo, a modo de trilogía, con *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso* (en adelante PSC)².

A mi modo de ver, PSC tiene una ambición peculiar. No se trata de una obra dirigida tan solo a salvar omisiones en el marco de una cultura jurídica olvidadiza, sino que intenta enfrentar deficiencias globales. La obra se dirige sobre todo a desarticular un desatino muy arraigado en lo que a la justificación de premisas fácticas concierne: el consistente en confundir el criterio de suficiencia probatoria con la convicción de quien debe decidir acerca de la verdad de la proposición a probar [171, 174-186]. Como se muestra en la obra, esta confusión ha traspasado todas las fronteras y culturas jurídicas y ha operado en desmedro de la práctica y teoría incluso en aquellos sitios donde el razonamiento probatorio estuvo siempre en la agenda de temas jurídicos importantes.

Esta inquietud de PSC reposa sobre un postulado, reflejado en el título de la obra, que constituye lo que podría considerarse su espíritu mismo. Se trata del postulado según el cual la justificación de una hipótesis fáctica es función de las razones epistémicas con que se cuenta, no de lo que piense o sienta la persona que juzga respecto de la verdad de esa hipótesis. Este postulado es corolario de una actitud intelectual mucho más profunda, consistente en anteponer la justificación, los argumentos y las razones, por una parte, a los anhelos y preferencias, a las intuiciones infundadas y a las afiliaciones políticas, al *wishful thinking*, por la otra.

En lo que sigue discutiré, intentando honrar ese espíritu, tres tesis presentes de manera más o menos explícita en la obra conjunta de Ferrer. Para ello, reformularé algunas críticas ya dirigidas contra esas tesis en otros sitios³. La necesidad de esta reformulación radica en que, si bien en PSC se ofrecen algunos contraargumentos, ellos

1. Bayón Mohino, 2009: 16; Ferrer Beltrán & González Lagier, 2003: 7.

2. Ferrer Beltrán, 2021. Los números entre corchetes a lo largo de este escrito refieren a ese volumen.

3. Dei Vecchi, 2014; Dei Vecchi, 2018, cap. 2; Dei Vecchi, 2020, cap. 6. Por su parte, la raíz de esas ideas ha de buscarse en (mi interpretación de) Bayón Mohino, 2009, aunque no estoy seguro de si Bayón suscribiría los argumentos allí desarrollados.

poseen el rasgo común de no dar en el blanco, lo cual me lleva a pensar que el problema se remonta a mi propia falta de claridad en la articulación originaria de las objeciones. Las tres tesis aludidas preceden a PSC, pero subyacen a esta última obra y forman parte de ella dándole un cariz muy particular a su retórica.

1. **Tesis descriptivista:** [en la medida en que se cuente con fórmulas de estándares de prueba que tengan las características expuestas en PSC] un enunciado del tipo «Está probado que *p*» pronunciado en la decisión judicial por quien decide tiene fuerza ilocucionaria descriptiva.

Esta es una tesis que Ferrer Beltrán ha sostenido desde el año 2001 sin solución de continuidad⁴. Pero ¿qué quiere decir que un enunciado tiene fuerza ilocucionaria descriptiva? Esta es una cuestión difícil que requeriría de una gran cantidad de aclaraciones y matices. A efectos de este trabajo podemos conformarnos con decir que para que un enunciado posea fuerza ilocucionaria descriptiva ha de tener valor de verdad. Es decir, debe tratarse de un enunciado susceptible de ser verdadero o falso⁵.

Como ha señalado Eugenio Bulygin, un enunciado tiene valor de verdad si, y sólo si, es «metafísicamente objetivo», es decir, si refiere a ciertos hechos potenciales (una realidad objetiva) cuyo acaecimiento tornaría verdadero al enunciado y cuya ausencia lo haría falso⁶. Un juicio metafísicamente objetivo es uno cuya verdad o falsedad es independiente de las actitudes o puntos de vista de quien juzga⁷.

4. Su primera formulación detallada se remonta a Ferrer Beltrán, 2001 y se reproduce en Ferrer Beltrán, 2002. La más reciente suscripción de la tesis está en PSC [200-201, n. 88].

5. Para ser precisos, la fuerza ilocucionaria es predicable de las *enunciaciones* y no de enunciados. Un acto de habla consiste en la preferencia (*i.e.* la enunciación) de un determinado enunciado con una cierta fuerza ilocucionaria. Desde Austin, 1962 suele distinguirse entre el acto locucionario, el acto ilocucionario y el acto (más bien *efecto*) perlocucionario. Nos interesa aquí el acto ilocucionario, que está determinado por la *fuerza* convencional con que el enunciado expresado se usa. A su vez, sería más preciso decir que la fuerza ilocucionaria de una enunciación depende, al menos en parte, de las intenciones de la persona hablante. De todos modos, hay 'condiciones de felicidad' que el acto locucionario tiene que satisfacer para poder contar como cierto acto ilocucionario. Dejaré de lado todas estas precisiones en lo que sigue y me limitaré a vincular, de manera algo abrupta, la «descriptividad» con la posesión de valor de verdad. Dado que el trabajo de Ferrer Beltrán parece hacer esa vinculación, no debería haber mayores problemas a efectos de este trabajo. Para un tratamiento más profundo de estos puntos véase González Lagier, 2013 [2001], cap. V; Searle, 1969.

6. Véase Bulygin, 2006, § 2 quien se remonta, a su vez, a Marmor, 2001. La caracterización de ambos autores va en la dirección contraria a la aquí articulada: para ellos un enunciado puede ser metafísicamente objetivo allí donde pueda reducirse a una caracterización descriptiva de un objeto presente en el entorno (Marmor, 2001: 19). Esto podría dar impresión de circularidad, pero creo que no es más que una impresión: un enunciado puede ser objetivamente metafísico y puede ser empleado en términos descriptivos si hay objetos en el mundo que lo hagan verdadero o falso. La cuestión de la objetividad metafísica y de la posibilidad de descripción reposan, en última instancia, en una concepción ontológica. A lo largo de este trabajo, por razones de extensión, me veré forzado a buena cantidad de presuposiciones respecto de estas cuestiones. Pero, dado que esos presupuestos armonizan bastante bien con los de Ferrer, no creo generen mayores problemas.

7. Aquí hay que tener cuidado con las etiquetas empleadas. Para Searle, por ejemplo, lo que he caracterizado como «objetividad metafísica» se corresponde más bien con lo que él llama «objetividad epistémica»:

Ferrer sostiene, además, que «Está probado que p » (siendo p una proposición cualquiera) es sinónimo de «hay razones epistémicas suficientes en favor de p »⁸. Por consiguiente, de la tesis descriptivista sumada a esta definición se sigue la segunda tesis:

2. **Tesis de la objetividad metafísica de la suficiencia probatoria:** la suficiencia probatoria constituye una realidad objetiva cuyo acaecimiento o ausencia torna respectivamente verdaderos o falsos los enunciados probatorios del tipo «Está probado que p ». Todo ello con independencia de las actitudes o puntos de vista de quien juzga.

Ahora bien, Ferrer reconoce que la suficiencia probatoria no constituye un hecho natural, bruto. Por el contrario, ella solo puede ser producto de lo que él denomina «estándares de prueba» (EdP). Los EdP son reglas generales que fijan umbrales de suficiencia probatoria. De modo que, el corolario final derivado de las dos primeras tesis, es el siguiente:

3. **Tesis de la objetividad de los EdP:** los estándares de prueba formulados en PSC indican un grado objetivo de probabilidad probatoria que, una vez alcanzado, engendra o constituye la realidad [institucional] objetiva de la suficiencia probatoria (todo ello con independencia de las actitudes de quien juzga)⁹.

En lo que sigue intentaré mostrar que la tesis de la objetividad es insostenible y que, en consecuencia, también lo es la tesis descriptivista. Luego de librarnos del manto de objetivismo, señalaré cuál es, desde mi óptica, la real importancia de las fórmulas propuestas como estándares en PSC. Sostendré que ellas deben ser reinterpretadas como *estándares de motivación probatoria*, es decir, exigencias argumentales que, aunque no garantizan diferentes exigencias (objetivas) en el grado de justificación epistémica, sí garantizan diferentes requerimientos respecto de los puntos, los temas, las aristas que deben ser abordadas en las decisiones judiciales.

2. LO PROBADO Y LO PROBADO

PSC se inscribe, como no podría ser de otro modo, en la concepción racional de la prueba. No voy a intentar delinear aquí cuáles son los rasgos centrales de esa concepción ni pronunciarme sobre la conveniencia o no de suscribirla¹⁰. Pero quisiera centrarme

una propiedad de los juicios consistente en que su verdad o falsedad es «simple matter of fact» y no depende de actitudes, sentimientos o puntos de vista subjetivos de quien juzga (Searle, 1995: 8-10). Véase también Redondo, 2018: 79-81. Para Searle, además, hay un sentido «ontológico» de objetividad/ subjetividad que concierne al *modo de existencia* de ciertas cosas. Hay juicios objetivos (en el primer sentido) que son subjetivos en el segundo: por ejemplo, aquellos relativos a «hechos institucionales».

8. Es sumamente importante no confundir el enunciado « p » con «Está probado que p ». Véanse los dos trabajos citados al inicio de la n. 4 y, con llamativa anticipación Alchourrón & Bulygin, 2021 [1989]: 344.

9. Vale la pena aclarar: se está hablando de objetividad en *la satisfacción* del estándar. Esto no quiere decir que *la fijación* del estándar responda a parámetros objetivos. Ferrer afirma explícitamente que la elección de la legislatura es *subjetiva*, una decisión política.

10. Véase Accatino, 2019.

en un concepto estrechamente vinculado con esa concepción: el de JUSTIFICACIÓN EPISTÉMICA¹¹.

En efecto, a la luz de la concepción racional de la prueba, «probado» en el sentido de «resultado probatorio» [23, 30, 83, 102 n. 233, 103, 140] es sinónimo de «epistémicamente justificado». Se trata de términos que expresan conceptos coextensivos. Predicar de una hipótesis que está jurídicamente «probada» es equivalente a decir –como se diría en cualquier otro ámbito de la investigación empírica– que ella está «epistémicamente justificada», «confirmada», que se la ha «constatado» o «corroborado», etc.

Esta equivalencia saca a la luz tres rasgos problemáticos que el razonamiento probatorio jurídico comparte con cualquier otro ámbito de la investigación empírica (*e.g.* la biología, la física, la investigación del detective privado, el diagnóstico clínico).

El primer rasgo problemático consiste en que las hipótesis fácticas están siempre infradeterminadas por las razones. De modo que la justificación epistémica –*ergo*, la prueba– no ofrece nunca «certezas racionales» [18, 26, 66, 115, 234]. No importa cuán buenas sean las pruebas con que se cuenta para decidir, siempre es lógicamente posible que la proposición que ellas sustentan sea falsa.

El segundo rasgo reside en que la justificación epistémica de una cierta hipótesis es siempre gradual. La hipótesis está más o menos justificada, nunca lo está de modo completo si por tal cosa se entiende una garantía de correspondencia con la realidad. De allí que se diga que la prueba de una hipótesis es siempre probabilística [18, 20, 26, 66, ss. y § 3.1.3]¹².

El tercer rasgo concierne al entrelazamiento entre justificación epistémica y justificación práctica. En algunas disciplinas –como el derecho o el diagnóstico clínico– es necesario decidir en momentos precisos si aceptar o no como verdaderas las hipótesis en juego a efectos de adoptar ciertos cursos de acción (*e.g.* condenar a prisión o aplicar un cierto tratamiento médico, etc.). Debido a las dos aristas anteriores, a efectos de adoptar estas decisiones hay que determinar si el grado de prueba alcanzado es lo suficientemente bueno como para aceptar la hipótesis *qua* verdadera y adoptar el curso de acción acorde con esa aceptación. Se trata de una consideración evaluativa relativa al

11. En este texto se da importancia a la tipografía. Se emplearán **VERSALES** para designar conceptos (véase Laurence & Margolis, 1999). Lo más importante: en ocasiones emplearé *cursivas* y **MAYÚSCULAS** para desambiguar algunos términos (*e.g.* *prueba* y **PRUEBA**). En estos casos las cursivas y mayúsculas estarán refiriendo a los diferentes sentidos o conceptos que ese mismo término expresa según los usos ordinarios. A menudo las *cursivas* se usarán también, como es usual, a modo de énfasis (el contexto dejará claro cuándo se las emplea de uno u otro modo).

12. La incompreensión de este punto alimentó por mucho tiempo grandes confusiones, por ejemplo, la que se esconde detrás de la distinción entre «verdad formal» o «procesal» y «verdad material» o «real», o la que lleva a afirmar cosas tales como que los tribunales de juicio razonan «en términos de certeza» de la hipótesis al tiempo que los que aplican medidas cautelares razonan «en términos de probabilidad». Para una desarticulación de estas confusiones, véase Ferrer Beltrán, 2011.

grado de justificación epistémica [28, 122, 140, 144]¹³. Habremos de precisar más en qué consiste esta consideración, pero antes es conveniente una aclaración.

En contraste con cuanto se ha dicho, recientemente Ferrer ha sugerido que «probado» (en el sentido de resultado probatorio) significa, en ámbito jurídico, «algo más» que «epistémicamente justificado». De modo que esos vocablos no expresarían, tal como he sostenido, conceptos coextensivos¹⁴. Para él, el rasgo adicional de la PRUEBA en el ámbito jurídico se vislumbra al momento de la decisión sobre la suficiencia probatoria. Este momento dotaría de cierta singularidad al resultado probatorio jurídico, distinguiéndolo de la PRUEBA O JUSTIFICACIÓN EPISTÉMICA propios de otros ámbitos. Por mi parte, creo que esto es un error, aunque un error sumamente fecundo, pues sugiere dónde ha de buscarse el origen de los problemas relativos a las tres tesis aludidas al inicio.

«Probado», al igual que «epistémicamente justificado», adolecen de (entre otras) una ambigüedad que propongo llamar gradual–categórica¹⁵. En cualquier ámbito de la investigación empírica, incluso en nuestro modo ordinario de hablar, una hipótesis está «probada» (*i.e.* «epistémicamente justificada») hasta cierto punto, en cierto grado, en cierta medida de «probabilidad inductiva» [19, 66, 88-100]. Este es el sentido gradual de «probado»/«epistémicamente justificado». Pero ambos términos se emplean también, de manera simétrica, como rasgos categóricos predicables de ciertas hipótesis. Así, ambas expresiones se usan para expresar un juicio absoluto (ya no gradual) según el cual la prueba o justificación con que se cuenta (en sentido gradual) se tiene por *suficiente* para aceptar la hipótesis como verdadera.

A efectos de desambiguar estos dos sentidos de «probado»/«epistémicamente justificado» propongo apelar a una técnica que Susan Haack ha hecho bastante popular, la de la «Escuela Tipográfica Neologista de la Filosofía»¹⁶. En adelante emplearé diferentes tipografías a efectos de distinguir los dos sentidos con que se emplean esos términos y, en general, todos los demás términos que refieren a criterios de justificación epistémica (*e.g.* «plausible», «probable», «confirmado», «corroborado», «refutado», etc.). Usaré cursivas para referir al sentido gradual con que se emplean esos vocablos y mayúsculas para aludir a su sentido categórico. Por ejemplo, *probado* (o *prueba*) alude al sentido gradual de «probado», al tiempo que PROBADO (o PRUEBA) alude al sentido categórico con que el mismo término se emplea en ocasiones (*i.e.* en el sentido de *prueba* suficiente)¹⁷.

13. PSC es muy esclarecedor respecto de estas tres cuestiones, sobre todo si se lo complementa con Ferrer Beltrán, 2002; Ferrer Beltrán, 2007.

14. Universidad de Buenos Aires, 20 de mayo de 2021: https://drive.google.com/file/d/1xVpRNzFerzAv_PxrK3JUdtiWZ06briFq/view.

15. Otra clásica ambigüedad que se suele señalar respecto de «prueba» es la conocida como proceso/producto: PRUEBA, en el sentido de actividad probatoria, por un lado, PRUEBA, en el sentido del resultado de esa actividad. La ambigüedad que quiero destacar ahora no debe ser confundida con aquella otra, y debe ser pensada en relación con el segundo sentido de «prueba», el relativo al resultado probatorio.

16. Haack, 2009 [1993]: 44.

17. En inglés esta ambigüedad se torna en ocasiones evidente al distinguirse entre *evidence* (*prueba* en favor de la hipótesis) y *proof* (PRUEBA).

Bajo esta estipulación, *probado* es sinónimo de *epistémicamente justificado* (y de *confirmado*, *corroborado*, etc.) y PROBADO lo es, por su parte, de EPISTÉMICAMENTE JUSTIFICADO (y de CONFIRMADO, CORROBORADO, etc.). Esta doble sinonimia es simétrica en el campo del derecho y en cualquier otro ámbito. Por tanto, insisto, a la luz de una concepción racional de la prueba jurídica, «probado» equivale en cada uno de los sentidos señalados a sendos sentidos de «epistémicamente justificado». En este orden de ideas:

- i) el grado o medida de *prueba* (*i.e.* de *justificación epistémica*) de una hipótesis es función de ciertos criterios de justificación epistémica en sí mismo graduales (*e.g.* cuán bien la hipótesis *explica* los datos con que se cuenta, en qué grado se han *refutado* hipótesis alternativas, etc.). Esos criterios indican, en conjunto, la medida de «probabilidad inductiva» que da sustento a la hipótesis¹⁸.
- ii) Mas la suficiencia de la *prueba* (o *justificación epistémica*), es decir, la PRUEBA (o JUSTIFICACIÓN EPISTÉMICA) es función de una evaluación relativa a esa medida de probabilidad. Dicha evaluación consiste en establecer si, dado el grado de probabilidad inductiva alcanzado en favor de la hipótesis en cuestión, uno está justificado a adoptar el curso de acción que se condice con la aceptación de que la hipótesis es verdadera. Lo que determina si uno está o no justificado a actuar es, entre otras cosas, el riesgo involucrado (*i.e.* el mal que puede provocarse) en caso de adoptar ese curso de acción bajo el supuesto de que la hipótesis sea falsa¹⁹.

Un ejemplo. Supongamos que la hipótesis es que «El paciente tiene Lupus». Imaginemos que el curso de acción que se condice con la aceptación de esa hipótesis consiste en suministrar esteroides a la persona afectada. Supongamos, además, que el riesgo de adoptar ese curso de acción en caso de ser falsa la hipótesis es que –con altísima probabilidad– la persona muera. En estas circunstancias, el mero hecho de que el médico haya visto una caída en las cejas del paciente acompañado de una lectura de su historia clínica se juzgaría seguramente como *prueba* insuficiente a efectos de aceptar la hipótesis como verdadera²⁰. Pues bien, ese juicio de insuficiencia probatoria deriva de

18. Para un desarrollo riguroso de los criterios de justificación epistémica y del modo en que operan véase Haack, 2009 [1993], cap. 4.

19. Sobre el punto véase especialmente Haack, 2009 [1993]: 134-138. También Montmarquet, 2007.

20. Al menos en tanto pueda asumirse que hay tiempo como para llevar a cabo algún examen adicional o esperar la aparición de un nuevo síntoma. Estoy asumiendo, claro está, que la caída de las cejas es –de acuerdo con el conocimiento médico– un indicio de la presencia de esa enfermedad en particular. Y asumo también que de la historia clínica emergen datos que concuerdan con ese diagnóstico. Asumo, además, cosas tales como que los conocimientos médicos aludidos y la información de la historia clínica son (en un buen grado) fiables, etc. Sobre este punto podrían hacerse numerosas precisiones y matices (por ejemplo, sobre la relación entre síntoma e indicio, sobre la fiabilidad de tal o cual método, sobre la fortaleza de los datos que emergen de la historia clínica, etc.), pero esto nos alejaría de la discusión en que estoy intentando centrarme. Aquí bastan las asunciones aludidas.

evaluar como moralmente irresponsable llevar a cabo la acción que se condice con la aceptación de la hipótesis con el solo respaldo de ese específico conjunto de pruebas. Así, se impugna el paso de *prueba* a PRUEBA a la luz del curso de acción a adoptar y del riesgo que ello entraña.

Lo peculiar de esta evaluación es que ella concierne, no a la acción en sí misma, sino al grado de información recabado (*i.e.* a la *justificación epistémica/prueba*) a efectos de adoptar ese curso de acción. No es que la acción de suministrar esteroides se juzgue como buena o mala, moral o inmoral. Lo que determina la bondad o maldad de la acción es el sustento epistémico sobre cuya base se la lleva a cabo²¹. De allí que se diga muchas veces que la suficiencia *probatoria* o la completitud de la *justificación epistémica* –es decir, la PRUEBA– es relativa al contexto de acción [140-141]²². Llevada al ámbito jurídico, esta evaluación coincide con lo que Ferrer Beltrán llama juicio de «distribución del riesgo de error» [24, 109, 115, 116, 142-143], un juicio de carácter político-moral. Desde su óptica, empleando nuestros neologismos y su propia división de los momentos de la actividad probatoria²³:

- a) en el momento de la valoración de la prueba se elucida hasta qué punto una hipótesis está *probada* (*i.e.* *epistémicamente justificada*), cuál es su «grado de corroboración» [23] y
- b) en el momento de la decisión se establece, distribuyendo el riesgo de error, si esa *prueba* (*i.e.* *justificación epistémica*) puede o debe ser tomada como PRUEBA (*i.e.* JUSTIFICACIÓN EPISTÉMICA).

Como resulta evidente a partir del ejemplo del diagnóstico clínico, en principio, ese último juicio será siempre una evaluación personal de quien deba decidir si actuar o no hacerlo. En el ámbito jurídico –en el momento de la decisión– esta evaluación vendría a ser la respuesta de quien juzga a (auto)preguntas del siguiente tipo:

¿Soy moralmente reprochable si en este contexto de acción acepto como verdadera la hipótesis a la luz de la *prueba* con que cuento y actúo en consecuencia? ¿Si condeno a la luz de esta *prueba*, estoy actuando de modo moralmente correcto o estoy siendo apresurado/a al juzgar la *prueba* como PRUEBA?

Llamemos a esta evaluación personal de distribución de riesgo de error «evaluación judicial autónoma de suficiencia probatoria».

21. Esa misma *prueba* podría considerarse suficiente si, sobre la base de ella, uno se limitará a *creer* pasivamente que la persona en cuestión tiene Lupus, pero no si se ha de adoptar algún curso de acción adicional (aunque es discutible que las creencias estén completamente despegadas de toda –tendencia a– la acción: véanse Haack, 2014).

22. Véase también, Ferrer Beltrán, 2018. La tesis de que «prueba jurídica» es «algo más» que «justificación epistémica» está informada quizás por ciertas vacilaciones de Ferrer respecto de la aceptabilidad del contextualismo epistemológico [141-143].

23. Véanse Ferrer Beltrán, 2007: 41-49.

El estatus de las evaluaciones morales y su posesión de valor de verdad constituyen cuestiones por demás intrincadas. Aquí no es ni necesario adentrarse mayormente en el punto. Basta con presuponer una concepción «no cognitivista» de dichas evaluaciones, puesto que es la concepción que Ferrer Beltrán suscribe. Según el «no cognitivismo», las evaluaciones morales carecen de objetividad metafísica, por lo que carecen de valor de verdad, no son ni verdaderas ni falsas. Por consiguiente, de acuerdo con lo dicho al inicio, las evaluaciones morales no pueden dar lugar a juicios descriptivos. De todo ello se sigue una consecuencia obvia: si decir, en la decisión judicial, que una cierta hipótesis está PROBADA entraña una evaluación judicial autónoma de suficiencia probatoria, entonces «Está PROBADO que p » no podría considerarse de ningún modo un juicio descriptivo. Pues el carácter descriptivo de un enunciado dependía de la objetividad metafísica y los juicios morales carecen de ella. En suma, bajo esta configuración, la tesis descriptivista no tiene asidero.

¿Cómo es posible entonces que Ferrer Beltrán sostenga lo contrario al mismo tiempo que suscribe el no cognitivismo ético [144 y ss.]²⁴? He aquí la función crucial de sus fórmulas de EdP. Él sostiene que, si se fijasen umbrales de suficiencia probatoria a través de reglas generales que apelen a la «capacidad justificativa» de las pruebas, la evaluación dejaría de estar en manos de quien valora la prueba *–i.e.* jueces y juezas– para pasar a manos de quien preformula el estándar (idealmente, la legislatura). El truco consiste en convertir la evaluación moral autónoma de la judicatura en un juicio heterónimo, legislativo, que anticipe la medida adecuada de distribución del riesgo de error sobre la base de las «preferencias sociales» [144]. Para ello, los EdP deben indicar cuáles son las propiedades epistémicas concretas que una hipótesis tiene que poseer para quedar suficientemente probada. Así, quienes juzgan tendrían que limitarse a constatar si esas propiedades se dan respecto de la hipótesis y determinar, objetivamente, si hay o no PRUEBA. A estas «propiedades» epistémicas Ferrer las llama «resultados probatorios», y las identifica con cosas tales como la «refutación» de hipótesis alternativas, la «confirmación» de ciertos datos, etc. De tal modo, «Está PROBADO que p », pronunciado en la decisión judicial, pasaría a ser un acto de habla descriptivo, verdadero si esos «resultados probatorios» concretos ocurrieron y falso en caso contrario.

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

24. Véase también Ferrer Beltrán, 2013.

Creo que en este punto muchas de las virtudes de PSC corren el riesgo de verse empañadas por dos falacias relativas a la función de los EdP. Referiré a ellas como la «falacia del falso dilema» (§ 3) y la «falacia de la distorsión de la función de los EdP» (§ 4).

3. LA FALACIA DEL FALSO DILEMA: LA HIPERINFLACIÓN DEL «PARTICULARISMO»

Un EdP sería una norma general y abstracta que prefija, respecto de toda decisión judicial concreta²⁵, un punto preciso en la escala gradual de *prueba* o *justificación epistémica*. Reescribiendo un pasaje de PSC con la estipulación tipográfica aquí elegida:

Los estándares de *prueba* son reglas que determinan el grado de *confirmación* que una hipótesis debe tener, a partir de las pruebas [*i.e.* los elementos de prueba], para poder ser dada por PROBADA a los efectos de adoptar una determinada decisión... [24]²⁶

Supongamos que la escala de probabilidad probatoria fuera cuantificable y que nos fuera posible identificar numéricamente los grados de *justificación epistémica*, así como podemos corroborar la medida de un objeto empleando un metro. Supongamos que esa escala se despliega del 1 al 99. Un EdP sería una norma general que establezca, por ejemplo:

EdP₁: PRUEBA =_{df} [grado de] *prueba* de 80 puntos.

Por desgracia, la cuantificación de la *justificación epistémica* no es posible²⁷. Pero Ferrer considera que, a pesar de ello, establecer EdP no solo es factible sino además indispensable:

Si el razonamiento probatorio es probabilístico y la certeza racional sobre una hipótesis fáctica es inalcanzable, entonces deviene imprescindible dotarse de reglas, que denominamos «estándares de prueba», que determinen el grado de probabilidad a partir del cual estamos dispuestos a dar por PROBADA la hipótesis, es decir, que determinen qué grado de apoyo nos parece suficiente para aceptar como verdadera la hipótesis fáctica en cuestión [18, también 26].

Para el autor es «imprescindible» formular EdP en virtud de que, en ausencia de ellos, el juicio de distribución del riesgo de error sería siempre producto de lo que antes he llamado «evaluación judicial autónoma de suficiencia probatoria». El problema está en que, a su modo de ver, una situación tal nos condenaría a la arbitrariedad:

25. En rigor de verdad, y con toda razón, Ferrer reconoce que la cristalización final de EdP depende de un trabajo conjunto entre legislatura y judicatura [54 n. 78].

26. Las cursivas y mayúsculas dentro de las citas textuales son propias: intentan señalar la desambiguación gradual/categoría a que se hizo referencia antes.

27. PSC expone potentes argumentos mostrando esa imposibilidad [70-88]. También Ferrer Beltrán, 2007, § 2.2.2.

... dado que la decisión sobre el nivel exigido de suficiencia probatoria supone determinar la distribución que se estima adecuada del riesgo del error entre las partes, ese particularismo no puede ser epistémico, porque no es epistemológica esa decisión sino político-moral. Estamos, pues, ante un modo de decisión política o moral particularista, que o bien sostiene la existencia de respuestas morales objetivas en el caso concreto, o bien entrega la decisión a la arbitrariedad judicial [28].

No obstante, aunque parcialmente fundada, esta preocupación es exagerada. Desde mi punto de vista, esa exageración deriva de un uso excesivamente equívoco de la etiqueta «particularismo».

3.1. Deliberación moral y particularismo: una primera confusión

En PSC se pueden rastrear al menos cuatro sentidos de «particularismo» no distinguidos de manera adecuada. Dos de esos sentidos refieren a la justificación moral, los dos restantes conciernen a la justificación jurídica.

Denominaré al primer sentido moral con que se usa el término «particularismo moral puro»: PARTICULARISMO_{MP}. Este se identifica con la concepción de la justificación moral rival del «universalismo». El PARTICULARISMO_{MP} niega que los juicios morales puedan justificarse recurriendo a reglas o principios universales. Desde esta óptica, justificar una acción no es nunca, como piensa el universalismo, subsumir una instancia de esa acción en un postulado, regla o principio general²⁸.

En un segundo sentido, también relativo a la esfera moral, Ferrer Beltrán parece en ocasiones entender que hay «particularismo» toda vez que alguien tenga que llevar a cabo evaluaciones morales personales como las que antes denominé «evaluaciones autónomas». «Decisión política o moral particularista» en el pasaje recién citado parece emplear el término en este segundo sentido que llamaré «particularismo moral impuro» (PARTICULARISMO_{Mi}).

A más de ello, la etiqueta se emplea para referir a dos «particularismos» estrictamente jurídicos. Denominaré al primero de ellos «particularismo jurídico puro» (PARTICULARISMO_{Jp}). Se trata de un punto de vista que, en principio, es independiente de la postura que uno adopte en relación con la justificación moral [51]²⁹, aunque es el correlato jurídico de esa visión. Así, el PARTICULARISMO_{Jp} sostiene que las decisiones jurídicas no pueden o no deben justificarse apelando a reglas o principios estrictamente jurídicos de carácter universal. Según Juan Carlos Bayón –en la caracterización que el propio Ferrer Beltrán adopta– se trata de una visión que niega que la justificación

28. Esto se debe, dicho de manera muy apresurada, a que, según asumen sus partidarios, no es posible identificar de antemano las propiedades invariablemente relevantes de las acciones a efectos de los juicios morales. Pero esto puede ser dejado de lado. Véase, en general, Dancy, 1992.

29. También Redondo, 2005: 50.

jurídica opere de manera subsuntiva³⁰. Así las cosas, los particularismos puros coinciden en negar el carácter subsuntivo de la justificación práctica, ya sea en el contexto moral, ya sea en el marco jurídico, ya en ambos. Lo importante es tener en cuenta que se trata de concepciones del razonamiento práctico en términos generales, no de casos específicos.

Pero Ferrer emplea la etiqueta también para referir a los casos de ausencia (coyuntural) de reglas jurídicas estrictas y unívocas (universales) que correlacionen supuestos de hecho definidos por medio de propiedades descriptivas con soluciones o consecuencias jurídicas. Así, «particularismo» termina por referir a toda situación no (unívocamente) resuelta por el ordenamiento jurídico a través de una regla estricta. Es decir, se «cae» en «particularismo» en todas aquellas ocasiones en que H. L. A. Hart sostuvo popularmente que la judicatura ha de obrar discrecionalmente. En este concreto sentido, «particularismo» se convierte, en el trabajo de Ferrer, en sinónimo de lo que Dworkin llamó «discrecionalidad fuerte». Lo llamaré «particularismo jurídico impuro» (PARTICULARISMO_J).

Ante esta plurivocidad de la etiqueta y su uso más o menos indiscriminado parecen producirse en PSC una serie de *non sequitur*. El primero de ellos sería el de entender que, si la decisión moral sobre distribución del riesgo de error quedase en manos de cada persona que decide en cada caso (PARTICULARISMO_M) ello conduciría al PARTICULARISMO_{MP} y que, a menos que haya «respuestas morales objetivas» (lo que Ferrer parece reducir a hechos morales que en el caso concreto hagan verdadera o falsa la evaluación autónoma) la decisión PARTICULARISTA_{MP} sería arbitraria³¹. El error aquí va en dos direcciones.

En primer lugar, se está identificando una situación en que es necesaria una deliberación moral personal (*i.e.* una evaluación autónoma) con la suscripción del PARTICULARISMO_{MP}. De este modo, se brinca injustificadamente de una situación de PARTICULARISMO_M al PARTICULARISMO_{MP}. Pero una cosa no se sigue de la otra: las evaluaciones autónomas bien pueden justificarse apelando a reglas y principios morales generales (al estilo universalista). Es decir, el PARTICULARISMO_M es perfectamente compatible con la suscripción del universalismo y el consecuente rechazo del PARTICULARISMO_{MP}. De hecho, creo que emplear la etiqueta «particularismo» para referir a situaciones donde son necesarias evaluaciones autónomas –sobre suficiencia probatoria o sobre cualquier otra cosa– solo genera confusión.

En segundo lugar, asumir que si no hay hechos morales las evaluaciones autónomas son *arbitrarias* depende de dar un salto injustificado hacia un escepticismo radical respecto de la racionalidad práctica. Pues en el menú de concepciones metaéticas hay una

30. Véase Bayón Mohino, 2001. Cfr. el énfasis de Redondo, 2005 en que la discusión universalismo vs. particularismo debe atender especialmente a la *relevancia* (universal o particular) que se atribuye a las razones prácticas, y no a su fuerza o peso. Véase también la caracterización de Jorge L. Rodríguez, 2005 y, recientemente, Jorge L. Rodríguez, 2021, cap. VII § 1.4.

31. Esto es lo que sugiere la referencia a Dancy.

multiplicidad de opciones adicionales que se ubican entre el extremo del objetivismo moral que afirma que hay hechos morales (lo cual, por lo demás, no agota las opciones objetivistas) y el extremo del escepticismo radical que afirma que toda evaluación moral personal es arbitraria³². De allí que la disyuntiva «respuestas morales objetivas o arbitrariedad» constituya lisa y llanamente un falso dilema.

Por momentos Ferrer parece acercarse bastante al escepticismo radical sobre la racionalidad práctica. Por ejemplo, en un sugestivo pasaje sostiene:

Si es el juzgador del caso individual quien debe determinar no solo qué grado de corroboración aportan las pruebas a las distintas hipótesis en conflicto, sino cuál es el nivel en que la corroboración será suficiente para considerar probada alguna de las hipótesis, *está claro que no dispondremos de criterios generales, intersubjetivamente controlables, que permitan revisar la corrección de la decisión sobre el caso individual* [58]³³.

Aquí parece presuponerse algo como lo siguiente:

- i) Dado que no hay hechos morales, no hay respuestas morales objetivas.
- ii) Dado que no hay respuestas morales objetivas, no hay posibilidad de control intersubjetivo de los juicios morales.
- iii) Dados (i) y (ii), si el juicio de suficiencia probatoria es una evaluación moral autónoma de quien juzga será entonces un juicio arbitrario, no controlable por medio de criterios intersubjetivos.

Pero (ii) no se sigue de (i), de modo que la conclusión es inaceptable³⁴. La ausencia objetividad en moral no impide la apelación a criterios intersubjetivos de control de racionalidad. De entre las muchas opciones metaéticas que se ubican entre los dos extremos del que he considerado un falso dilema, gran cantidad de ellas dan espacio para concebir criterios de racionalidad y justificación de las evaluaciones político-morales: por ejemplo, los principios y normas morales que cada persona acepta, criterios como la coherencia en la aplicación y estructuración de esas normas y principios, etc.

Obsérvese que si el dilema tuviera asidero, además, se seguiría que todas nuestras decisiones cotidianas (o las del médico clínico o cualquier otra persona interesada en la investigación empírica) sobre cuándo tenemos *prueba* suficiente para aceptar una proposición como PROBADA y actuar en consecuencia, serían arbitrarias. Esto así en virtud de que todas ellas se basan, como hemos dicho antes, en evaluaciones autónomas de suficiencia probatoria.

32. Véase Bouvier, 2012.

33. El resultado me pertenece.

34. Dejando de lado, por cierto, el análisis de cada premisa en sí misma.

3.2. Discrecionalidad y particularismo: una segunda confusión

Frente a lo dicho, Ferrer Beltrán podría pasar a conceder que las evaluaciones morales autónomas (en las situaciones de PARTICULARISMO_{MI}) no son necesariamente arbitrarias y que tampoco comprometen necesariamente con el PARTICULARISMO_{MP}. Pero podría insistir en que la ausencia de EdP como los que él propone declina en un «particularismo jurídico» respecto de la suficiencia probatoria. Esto es precisamente lo que parece estar pensando cuando, para justificar la necesidad de fórmulas de EdP, apela a los tres sentidos dworkinianos de discrecionalidad³⁵. Él dice que las fórmulas de EdP permitirían pasar de una situación de discrecionalidad fuerte (*i.e.* ausencia de *toda* regla o estándar predeterminado que rijan la decisión de quien juzga) a una situación de discrecionalidad débil, en el sentido de que se requiere del discernimiento de quien juzga [238]³⁶. Pareciera entonces que el dilema habría de ser ahora leído de un modo bastante diferente: «discrecionalidad débil (como máximo) o arbitrariedad jurídica».

Esto querría decir que en situaciones de «discrecionalidad fuerte» (es decir, PARTICULARISMO_{MI}), aun cuando podría ofrecerse una justificación moral de las evaluaciones autónomas discrecionalmente adoptadas, las decisiones devienen irremediabilmente arbitrarias desde el punto de vista jurídico. Por tanto, las fórmulas de EdP se tornan imprescindibles para poder rehuir de esa arbitrariedad. Pero esta respuesta sigue siendo, como mínimo, engañosa.

Ante todo, ella parece presuponer que una justificación *jurídica* es tal si, y solo si, apela a reglas (en sentido estricto), desconociendo toda relevancia justificativa a los estándares normativos usualmente denominados «principios jurídicos»³⁷. Bajo esta asunción, toda decisión judicial discrecional (en sentido fuerte) resultaría jurídicamente arbitraria, incluidas las ponderaciones de principios, sus concretizaciones y cosas por el estilo. La aplicación en las decisiones judiciales de principios jurídicos, como es de sobra sabido, exige muchas veces operaciones de este tipo. Se trata de justificaciones típicas de la práctica jurídica que, aunque se llevan a cabo para el caso concreto, se basan –o, al menos, pueden basarse– en reglas y principios jurídicos generales³⁸. Pero

35. Dworkin, 1978: 37 y ss.

36. Como es sabido, Dworkin considera que hay un sentido adicional de discrecionalidad débil, pero lo dejaré completamente de lado a efectos de este trabajo.

37. Si se trata de una tesis normativa (en el sentido de que todas las decisiones –*e.g.* las interpretativas in abstracto, interpretativas in concreto, las relativas a la ponderación de principios, etc., etc.– deben estar preestablecidas rígidamente por el legislador a través de *reglas estrictas*) me parece ilusoria. Como tesis descriptiva me atrevo a decir que es falsa: las decisiones judiciales han estado, están y seguramente seguirán estando plagadas de consideraciones evaluativas por parte de quienes deciden. Esto involucra gran cantidad de aristas.

38. Se trata de un asunto que excede con creces los límites de este trabajo. Sobre la inclusión de los principios como estándares normativos jurídicos véase Dworkin, 1978, cap. 2, originariamente en Dworkin, 1967. Sobre la distinción entre reglas y principios y su respectiva aplicación, véanse, al menos como aproximación introductoria, Alexy, 1993 [1986], cap. III; Atienza & Ruiz Manero, 1991; Guastini, 2018, cap. V primera parte, cap. II § 3 y cap. IV cuarta parte.

esta conclusión es, como mínimo, demasiado apresurada. El PARTICULARISMO_J es perfectamente compatible con el universalismo jurídico y con el consecuente rechazo del PARTICULARISMO_{JP} así como, por lo demás, de su par moral. Es esta la situación a la que Dworkin refería al hablar de «discrecionalidad fuerte» respecto de los «casos difíciles» hartianos, casos donde el derecho –en opinión de Hart– no da una respuesta unívoca y donde la judicatura debe decidir evaluando autónomamente apelando a principios generales. Lo más significativo es que ni Hart ni Dworkin pensaban que, en circunstancias tales, las decisiones judiciales deviniesen necesariamente arbitrarias, ni jurídica ni moralmente³⁹. Incluso reconociendo que las situaciones de PARTICULARISMO_J (discrecionalidad fuerte) podrían conducir a situaciones en que quien decide ha de efectuar evaluaciones morales (PARTICULARISMO_M), bajo ningún punto de vista se sigue de ello que las decisiones judiciales adoptadas en situaciones tales sean arbitrarias o que carezcan de justificación jurídica. El propio Juan Carlos Bayón, de quien Ferrer Beltrán toma la noción de PARTICULARISMO_{JP}, rechaza esa forma de particularismo jurídico precisamente sobre la base de concebir la ponderación y aplicación de principios en clave «subsuntiva», universalista⁴⁰.

En segundo lugar, Ferrer parece asumir que mi propia negación de la tesis descriptivista se basa en sostener algo así como que las fórmulas de EdP nos dejan en situaciones de «discrecionalidad fuerte». Sin esa asunción no se entiende por qué se me ubica en las filas del particularismo (que, por lo demás, no podría ser más que el PARTICULARISMO_J). Sin embargo, nunca he sostenido tal cosa. Volveré sobre esto más adelante. Pero es conveniente tener en claro desde ya que, cuando las normas jurídicas que regulan los casos contienen en sus antecedentes predicados valorativos⁴¹, se dan dos circunstancias cruciales. (a) Ya no estamos frente a casos de discrecionalidad fuerte, sino de discrecionalidad débil. Pues *hay* una norma que regula el caso. (b) Cada vez que se establece judicialmente que un caso individual es subsumible en una de esas normas se lleva a cabo un acto de habla (al menos parcialmente) evaluativo, pues es indispensable que quien aplica la norma *use* un predicado evaluativo. Supongamos que una norma establece que «para las misiones del tipo *x* el o la comandante debe elegir a su mejor combatiente»⁴². Difícilmente podríamos decir que el acto de habla que lleva a cabo el comandante cuando determina que «Julietta es la mejor combatiente» tiene fuerza ilocucionaria descriptiva. Se trata, en cambio, de una evaluación a partir de la cual se

39. Claro que, a diferencia de Hart, Dworkin creía *adicionalmente* que hay una respuesta correcta para cada caso difícil donde se exige discrecionalidad a quien juzga.

40. «Este esquema general es el que tienen que desafiar los que insistan en que todas las normas jurídicas son derrotables pero no estén dispuestos a aceptar que el derecho sea globalmente indeterminado. En su lugar, el punto de vista alternativo por el que han de apostar podría ser denominado «particularismo jurídico»». En nuestros términos: PARTICULARISMO_{JP}. BAYÓN MOHINO, 2001

41. Es decir, en aquellos casos de discrecionalidad débil entendida como *necesidad de evaluación judicial*.

42. Véase Jorge L. Rodríguez, 2021: 714. Él sugiere, además, que la distinción entre discrecionalidad fuerte y débil (en el sentido al que aquí la limitamos) no es tan tajante.

aplica una norma que exige a quien decide el caso ese tipo específico de deliberación (es decir, le exige ejercer discrecionalidad débil).

3.3. Las preocupaciones fundadas

Dejando de lado lo dicho hasta aquí, lo cierto es que hay en PSC algunas preocupaciones relativas a la ausencia de fórmulas de EdP que tienen pleno sentido. Una de ellas consiste en que, si la suficiencia probatoria dependiese en cada caso de una evaluación judicial autónoma, aumentaría la inseguridad jurídica. Pues nada garantiza que las evaluaciones político-morales de los jueces sean homogéneas. En adición, se estaría dando a la judicatura una facultad que no debiera tener, al menos en sociedades democráticas. El juicio de suficiencia probatoria entraña una evaluación sobre la *justicia* de la medida de distribución del riesgo de error. En regímenes democráticos, se supone, las evaluaciones de esa índole deben ser adoptadas por órganos representativos elegidos por la comunidad [145, 150], paradigmáticamente, los parlamentos. Por último, una preocupación adicional apunta al peligro de que la judicatura termine por confundir la suficiencia probatoria con la presencia de un cierto estado mental como la convicción o certeza de quien juzga.

Por ello, la ausencia de EdP, sostiene Ferrer, generaría altos márgenes de imprevisibilidad [47] e incluso socavaría las bases del Estado de Derecho [55-65]. De allí su insistencia en que sea la legislatura la que prefije el margen de distribución de riesgo de error con antelación a toda decisión sobre «hechos probados» [en especial:149]. Para ello, como se dijo oportunamente, alcanzaría con promulgar fórmulas que indiquen el grado de justificación preciso en que la *prueba* deviene PRUEBA. No obstante, esta es una función que los EdP no pueden cumplir. Veamos por qué.

4. LA FALACIA DE LA DISTORSIÓN DE LA FUNCIÓN DE LOS EdP

A efectos de elucidar la función de las fórmulas propuestas en PSC es conveniente postular dos preguntas diferentes: (a) ¿es posible formular EdP? (b) ¿es posible formular EdP objetivos? A la primera de esas preguntas puede responderse afirmativamente, sobre la base de una observación obvia y banal: están formulados en el cap. IV de PSC. Para positivarlos y hacerlos parte del ordenamiento bastaría con que una legislatura cualquiera decida trasladarlos a los códigos de procedimiento o los tribunales los impongan jurisprudencialmente. Lo relevante es, de todas maneras, elucidar para qué pueden llegar a servir esas fórmulas positivizadas, en vistas de lo cual hay que abordar la segunda pregunta.

Que los estándares sean objetivos quiere decir que determinan, de manera abstracta, un punto preciso dentro de la escala gradual de probabilidad *probatoria* –i.e. de *justificación epistémica*. Bajo ese supuesto, en cada caso, en cada caso concreto en que la

prueba alcance o supere ese grado de probabilidad sucedería, de manera objetiva, que la o las hipótesis en cuestión quedan PROBADAS⁴³. Todo ello, como hemos visto, habría de ocurrir con total independencia de lo que piense, considere o evalúe la persona que tiene que aplicar el estándar: PRUEBA sin (necesidad de) convicción. Ferrer presupone que esta objetividad es alcanzable. Ello se deriva de su suscripción expresa de la tesis descriptivista del enunciado probatorio, que presupone la objetividad de la suficiencia probatoria y, por tanto, de los EdP que la instituyen.

Ahora bien, para intentar ver si estas tesis son plausibles hay que analizar la metodología de formulación de estándares que él emplea. Propongo a estos efectos analizar esas formulaciones como definiciones de PROBADO («prueba suficiente») al estilo de EdP₁. Pero es importante tener en claro que se trata tan solo de una herramienta de análisis. Pues los EdP no son, en rigor, definiciones de un *término*. Por el contrario, se trata de reglas que intentan fijar en qué punto de la escala gradual la *prueba* se torna PRUEBA⁴⁴. Hecha esta aclaración, supongamos que la legislatura promulga:

EdP₂. PROBADO =_{df} la hipótesis satisface las reglas de la sana crítica racional.

Como ha indicado Ferrer, fórmulas semejantes son (casi) inútiles, puesto que «sana crítica racional» es igual a «criterios de justificación epistémica» y «justificación epistémica» es equivalente a «probado» [21]. Con lo cual, esta definición conduciría a lo siguiente:

EdP₂¹. PROBADO =_{df} la hipótesis está *probada*.

Estas fórmulas conducen a la situación de que «solo en el caso concreto podría determinarse el nivel de suficiencia probatoria, tarea que correspondería al juzgador sobre los hechos, en ejercicio de una libérrima libertad sobre la prueba» [28]. Más rigurosamente: para Ferrer, bajo estas circunstancias, toda declaración de suficiencia probatoria se daría en situaciones de PARTICULARISMO₁₁, de discrecionalidad⁴⁵. Ante ello, las tesis descriptivista del enunciado probatorio y de la objetividad seguirían careciendo de asidero.

43. Obsérvese bien: los EdP serían fórmulas cuyo antecedente contiene «casos genéricos» de eventos (epistémicos) cuyas instancias particulares instituye, en cada caso y de manera automática e independiente, la suficiencia probatoria. Como he sugerido en otro sitio (Dei Vecchi, 2020, cap. VI), si esto fuera lo que los EdP efectivamente hiciesen, la suficiencia probatoria podría considerarse un *hecho institucional* (objetivo en sentido metafísico), constituido o engendrado por la regla en cada caso en que se den –en que ocurran– sus condiciones de aplicación, con independencia de la perspectiva de quien juzga.

44. En consonancia con lo dicho en la nota precedente, he sostenido que la mejor manera de entender los estándares propuestos sería, de hecho, como reglas constitutivas que en sus «antecedentes» establecen los «resultados probatorios» cuya ocurrencia «cuenta como» PRUEBA (así se los trata, *in extenso*, en el trabajo citado en la nota precedente).

45. Al decir que las fórmulas son *casi* inútiles intento subrayar que, a pesar de que ellas no logran indicar grado alguno en la escala de *prueba*, tienen la virtud de insinuar al menos mínimamente que la suficiencia probatoria debe decidirse en base a «razones del tipo adecuado» (la expresión evoca a Strawson, 1962), *i.e.* mirando a los criterios de justificación epistémica. Es importante señalar también que, en rigor de verdad, a diferencia de cuanto sostiene Ferrer, en estos casos no estaríamos en situaciones de discrecionalidad *fuerte*, pues *hay* una norma que guía la decisión exigiendo una deliberación (moral) respecto de la suficiencia de las «razones del tipo adecuado».

Mas legislatura podría, como alternativa, recurrir a fórmulas como las siguientes:

EdP₃. PROBADO =_{df} quien decide tiene la certeza sobre la verdad de la hipótesis.

EdP₄. PROBADO =_{df} se ha arrojado la moneda al aire cinco veces y al menos tres ha salido cara.

Ambas fórmulas tienen la virtud de lograr que «Está PROBADO que p », dicho en la decisión judicial, sea descriptivo. En efecto, que alguien tiene la certeza respecto de la verdad de p , así como el hecho de que una moneda se haya arrojado al aire cinco veces y tres haya caído de un lado específico, son hechos objetivos cuya ocurrencia haría verdadero al predicado PROBADO respecto de la hipótesis de que se trate. Se trata, entonces, de reglas cuya aplicación no exige una evaluación por parte de quien juzga, puesto que los criterios empleados son independientes de lo que esa persona estime valioso o disvalioso⁴⁶. No obstante, ambas fórmulas padecen del grave defecto de apelar al tipo inadecuado de razones, ese desatino que Ferrer aborda y rechaza con rigor desde el título mismo de su obra. Por lo tanto, sus propias fórmulas de EdP no podrían echar mano a soluciones de este tipo en vistas de proteger las tesis descriptivista y de la objetividad. El precio de hacerlo sería demasiado alto.

Pero el autor entiende que esto no agota las posibilidades y que estas tesis pueden mantenerse en pie solo apelando a herramientas epistemológicas empleadas como criterios de suficiencia. Esas herramientas son lo que Ferrer llama «resultados probatorios»: criterios que permitirían «delinear un estándar de prueba que refleje correctamente el nivel de suficiencia probatoria que hayamos decidido requerir» [24]⁴⁷. En este orden de ideas, lo que se pretende es expresar un juicio moral de distribución del riesgo de error por medio de «resultados epistémicos» (razones del tipo adecuado). Estos «resultados» operan como características predicables de las hipótesis en juego, predicados indicadores de la cualidad epistémica de las pruebas en que ellas se sustentan. Así, el empleo de diferentes «resultados probatorios» en fórmulas diversas de EdP conllevaría diferentes exigencias probatorias objetivas, lo cual permitiría expresar juicios político-morales divergentes de distribución del riesgo de error [29-100]. Para ilustrarlo con un ejemplo, veamos una de entre las fórmulas propuestas por Ferrer presentada a partir de la estrategia definicional aquí empleada:

EdP₅. PROBADO =_{df} [conjuntamente] (a) que la hipótesis «explica» los datos disponibles (b) «integrándolos» de forma coherente, (c) que las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permite formular se han «confirmado» y que han sido aportadas como pruebas al proceso, (d) que se han «refutado» todas las demás hipótesis «plausibles» explicativas de los mismos datos que sean compatibles con la inocencia del acusado/demandado o más beneficiosas para él, (e) excluidas las meras hipótesis *ad hoc*.

La fórmula tiene la virtud indudable de apelar a criterios de justificación epistémica, pues la integración explicativa, la confirmación de predicciones, la refutación de

46. Dejo de lado la cuestión del conocimiento de los estados mentales y del privilegio de la primera persona.

47. Véase n. 9.

hipótesis alternativas, etc., constituyen parámetros comunes, generales, de justificación epistémica. Sin embargo, a pesar del anhelo, una fórmula como EdP₅ de ningún modo preserva la objetividad ni, por consiguiente, la tesis descriptivista.

Hay un primer gran inconveniente del que adolece esta fórmula que salta a la vista de manera bastante evidente cuando se la analiza como una definición. REFUTAR una hipótesis no es otra cosa que PROBAR su falsedad, y CONFIRMAR un dato no es más que PROBAR su acaecimiento. De modo que la «definición» de PROBADO –i.e. el criterio de *prueba* suficiente– que el EdP₅ erige tiene el obvio defecto de incluir (de manera disfrazada y dos veces) al *definiendum* en el *definiens*. El defecto que intento señalar, obviamente, no consiste en el empleo del mismo término en ambos extremos de la (pseudo-) definición. El problema reside más bien en que, al tiempo que se está intentando fijar (definir) un parámetro objetivo de «prueba suficiente», se presuponen al menos dos criterios de «prueba suficiente» como parte del parámetro mismo, a saber: los relativos a la CONFIRMACIÓN de datos (que no son sino hipótesis fácticas) y a la REFUTACIÓN de hipótesis alternativas. Para hacerlo transparente:

EdP₅¹. PROBADO =_{df} [conjuntamente] (a) que la hipótesis EXPLICA los datos disponibles (b) INTEGRÁNDOLOS de forma coherente, (c) que las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permite formular se han PROBADO y que han sido aportadas como pruebas al proceso, (d) que se ha PROBADO la falsedad de todas las demás hipótesis PLAUSIBLES explicativas de los mismos datos que sean compatibles con la inocencia del acusado/demandado o más beneficiosas para él, (e) excluidas las meras hipótesis *ad hoc*.

Ahora bien, el problema inicial consistía en que PROBADO es un predicado parcialmente evaluativo. Los EdP fueron ideados como las herramientas para librarnos de la discrecionalidad judicial en el ejercicio de esa evaluación caso a caso. Sin embargo, como puede verse, el EdP tomado bajo consideración hace equivaler la PRUEBA de una hipótesis a la PRUEBA de otras hipótesis más finas indicadoras de la verdad de la primera (los datos predichos) y a la PRUEBA de la falsedad de hipótesis rivales. De allí la ineptitud de los EdP *a efectos de eliminar el juicio evaluativo*: si PRUEBA es un predicado parcialmente evaluativo en el *definiens*, seguiría siéndolo en el *definiendum*, así como sus sinónimos.

El problema general (por lo demás, inevitable) reside en que los «resultados probatorios» a que Ferrer apela no son hechos en absoluto, carecen de objetividad en el sentido metafísico antes indicado, no son cosas cuya ocurrencia pueda constatar quien decide, acontecimientos que ocurran con independencia de sus pareceres. Los «resultados epistémicos» empleados en los EdP aludidos («confirmado», «refutado», «integrado explicativamente», «plausible», etc.) son tan ambiguos como «probado». (i) En un primer sentido, son predicados graduales, probabilísticos (*confirmado*, *refutado*, etc.). (ii) En un segundo sentido, son predicados categóricos que suponen (en cualquier ámbito cognitivo) una evaluación personal por parte de quien los aplica

(CONFIRMADO, REFUTADO, CORROBORADO, etc.)⁴⁸. Por ello, al igual que ocurre con el predicado PROBADO, decir, por ejemplo, que una cierta hipótesis (una predicción) ha sido CONFIRMADA, o que tal o cual hipótesis alternativa fue REFUTADA, etc., no *pueden* constituir juicios descriptivos. Esos predicados no refieren a ningún hecho que ocurra con independencia de quien emplea, en primera persona, el predicado en ese sentido categórico⁴⁹.

PSC intenta eludir esta crítica apelando a diversas consideraciones. Abordarlas y rechazarlas por separado puede llegar a hacer más claras las objeciones originarias, o al menos así lo espero.

4.1. La réplica de los casos claros

En el intento de defender la tesis descriptivista frente a la objeción antedicha, Ferrer Beltrán se centra –de manera exclusiva– en el primer rasgo de los criterios epistémicos: su gradualidad. A partir de allí aborda el problema como si se tratase de una mera cuestión de vaguedad de los términos empleados en los EdP [35, 38, 39]⁵⁰. Él reconoce que los «resultados probatorios» son graduales y vagos, pero considera que ello no es óbice para que los EdP señalen umbrales objetivos de suficiencia epistémica. Así, lisa y llanamente se omite el rasgo (*ii*) –*i.e.* su carácter (parcialmente) evaluativo– presuponiendo que es perfectamente posible:

... determinar la suficiencia probatoria identificando los resultados probatorios mínimos que (el *quantum* de) la satisfacción de esos criterios epistémicos reporte sobre cada una de las hipótesis en conflicto: que no se pueda determinar cuánto más probable es una hipótesis que otra no impide que podamos determinar si se alcanzó por alguna de ellas un determinado RESULTADO [39]⁵¹.

Como adelanté, esta réplica se torna inocua, pues al tiempo que confunde una premisa de la objeción (la relativa a la gradualidad de los resultados) con la objeción misma, concede la premisa sin más. La objeción, sin embargo, no se centra en el carácter gradual o en la vaguedad de los «resultados probatorios». Su punto neurálgico reside en la «no facticidad» de los «resultados probatorios». Es este último rasgo de los criterios de justificación epistémica lo que descarta la objetividad indispensable para sustentar la tesis descriptivista, no su gradualidad⁵².

48. Véase Silk, 2019.

49. Este tipo de objeciones no son una novedad en el mundo de la epistemología: véase, por ejemplo, Goldman, 2013. La solución del autor, en tono fiabilista, no me parece la más adecuada, pero queda claro que el intento de determinar condiciones de justificación objetivas por apelación a otros criterios epistémicos (y, por ello, evaluativos) está desencaminado desde el inicio.

50. Véanse González Lagier, 2020a; González Lagier, 2020b.

51. Las mayúsculas me pertenecen.

52. Aquí no hay que dejarse engañar por la eventual presencia de acuerdos o convergencias. Aun cuando estemos completamente de acuerdo en que «A es DESAGRADABLE», «P es CRUEL», «Está

4.2. La réplica de la exigencia exagerada

Se ha sugerido, como parte del ataque contra la tesis descriptivista y sus tesis asociadas, que la búsqueda de objetividad en la suficiencia probatoria por medio de criterios epistémicos conduciría a una regresión al infinito. Esto así en tanto –por lo dicho en el apartado precedente– serían necesarios nuevos estándares de suficiencia relativos a (los grados de) *refutación*, *confirmación*, etc. Es decir, serían necesarios nuevos estándares a efectos de determinar cuándo se han satisfecho suficientemente los criterios que hacen a la PRUEBA según cada estándar legislado.

Ferrer Beltrán rechaza este argumento indicando que, tal como ocurre respecto de la justificación de la inducción, no es dable exigir a quien juzga «una justificación de todas las premisas que operan como fundamentos inductivos de la larga (infinita, en realidad) cadena de inferencias que permite llegar a sus conclusiones sobre los hechos probados en el proceso» [42]. Estoy completamente de acuerdo con esto último. Pero conceder el punto no afecta en nada la objeción original.

La alusión a la regresión al infinito a que conduciría el proyecto de formular EdP objetivos no estaba direccionada a fomentar o exigir la generación de estándares adicionales, de segundo orden, para la aplicación de EdP de primer orden; es decir, EdP secundarios que objetivicen los umbrales de suficiencia relativos a los criterios graduales empleados en los EdP primarios. Una sugerencia como esa hubiera sido inconsistente con el fondo mismo de la objeción. Ella arguye, precisamente, que no es posible indicar grados objetivos en la escala de *justificación epistémica/prueba* apelando a criterios de justificación epistémica, que ello es vano a efectos de eliminar el juicio evaluativo autónomo de quien juzga. Más que como una exigencia de justificación interminable, el argumento opera como reducción al absurdo por apelación a la regresión al infinito. El punto está en que –en la medida en que la objetividad de lo PROBADO se busque apelando a nuevos criterios evaluativos– sería necesario, o bien estandarizar estos

PROBADO que p», «las predicciones Q, R y S fueron CONFIRMADAS», «las hipótesis alternativas $H_2, H_3, \dots H_n$ quedaron REFUTADAS», la convergencia no elimina el carácter evaluativo de cada una de las calificaciones que en él confluyen. Simplemente acordamos en el modo en que juzgamos autónomamente a esas personas, cosas o hipótesis. Pero la confluencia de evaluaciones solo hace a esos casos *evaluativamente pacíficos*, no descriptivamente fáciles. *Pace* ciertos tipos de constructivismo, el acuerdo no hace emerger, como por arte de magia, ni hechos morales ni hechos epistémicos ni dota de objetividad al discurso. La posibilidad de convergencia es, de todos modos, muy importante. Soy de la idea de que, a efectos de la previsibilidad de las decisiones judiciales sobre los hechos, posee mucha más utilidad prestar atención a las decisiones judiciales en concreto que a las fórmulas abstractas de EdP. En este sentido, creo que el estudio del razonamiento probatorio jurídico debiera concentrarse más bien en qué pruebas y qué argumentos a ellas relativas se tienen por suficientes, en un cierto ordenamiento y a efectos de cierto tipo de casos, para considerar satisfecho un determinado EdP. En este sentido, supongamos que la legislatura promulgó EdP₅. Por lo antes dicho, la exigencia de REFUTACIÓN hipótesis alternativas, la CONFIRMACIÓN de predicciones, etc., son altamente variables. Dada esa variabilidad, muy posiblemente en el mediano o largo plazo se puedan detectar patrones comunes de satisfacción del mismo «estándar» para diferentes tipos de casos. Sobre esta aproximación de corte *realista* al razonamiento probatorio puede verse Dei Vecchi, 2014.

nuevos criterios atándolos a criterios objetivos, o bien abandonar la idea (¿dogma?) de la objetividad. Y, dado que lo primero es irrazonable, por conducir al infinito y por ser una exigencia absurda (como el propio Ferrer reconoce), entonces solo parece quedar la segunda vía.

Ahora bien, el modo en que Ferrer responde a este argumento es indicador de dónde reside el malentendido. Él parece entender que la objeción es de carácter epistemológico cuando en realidad es de carácter ontológico. Ella no estaba dirigida a señalar la necesidad de que quien juzga justifique —epistémicamente y al infinito— su paso de, por ejemplo, el grado de *refutación* de la hipótesis alternativa H_1 a la REFUTACIÓN de H_1 . Por el contrario, la objeción iba direccionada a mostrar que establecer que ciertas hipótesis están REFUTADAS (aunque presupone ciertos hechos) no es describir hecho alguno, sencillamente porque el paso de *refutado* a REFUTADO no es mero producto de la ocurrencia de un evento, al menos no de un evento independiente de quien, al juzgar, *da* el paso.

Ferrer agrega que la cuestión de la regresión al infinito afectaría mi propia concepción de la justificación, pero esto es también producto del malentendido señalado. Lo que desde mi óptica corta la regresión al infinito es un juicio personal autónomo de suficiencia *probatoria* o, si se prefiere, de suficiencia relativa a cada *resultado* relevante. Una vez que se justificó la evaluación de juzgar al *resultado* como RESULTADO, a efectos de actuar en consecuencia ya no hay nada más que justificar. Se trata de una justificación (parcialmente) práctica, sí; ¿moral? es posible; ¿particularista?, solo en el (irrelevante) sentido de PARTICULARISMO⁵³, es decir, discrecional. En todo caso, ni la primera ni la última decisión de esta índole que quede en manos de la judicatura.

En varias ocasiones Ferrer ha sugerido que este modo de ver, esta manera de configurar la relación entre «es verdad que p » y «Está probado que p », conduciría a un escepticismo radical sobre la realidad externa. Confieso que no logro ver en qué se asienta esta intuición que, al menos así planteada, es un *non sequitur*. En todo caso, a efectos de intentar destrabar el debate, expongo ahora cuál es el modo en que entiendo esta relación. Cuando alguien dice que «es verdad que p » está afirmando que el hecho que haría verdadera a la proposición p ha ocurrido, que ese es el modo en que la realidad está constituida, adoptando aquí el sentido más «ingenuo» y nada escéptico de «verdad» (tras las huellas del propio Ferrer⁵³). Cuando alguien dice que «Está PROBADO que p », en cambio, afirma que, a *su* juicio, él o ella cuenta con razones epistémicas suficientes para aceptar que p es verdadero, que p ha ocurrido, que es el modo en que la realidad está constituida. Juzgar que se cuenta con razones epistémicas suficientes equivale a evaluar que los criterios graduales de justificación epistémica se han satisfecho completamente (categóricamente) en el marco de ese contexto de acción. Ese juicio es lo que antes he denominado «evaluación autónoma de suficiencia probatoria», un juicio

53. Véase también Pérez Barberá, 2020.

práctico, relativo a las acciones que, sobre la base de aceptar que p es el caso, corresponde llevar a cabo.

De todos modos, es necesario resaltar que hay una muy estrecha relación entre estos dos enunciados. Cuando alguien *asevera* que «es verdad que p » o, simplemente, « p », expresa (como un presupuesto) su juicio de suficiencia de las razones epistémicas (*i.e.* las pruebas) en favor de p . Ese juicio de suficiencia concierne, como mínimo, al acto de habla asertivo. Esto se debe a que la aseveración es en sí misma una acción, un «acto de habla», cuya ejecución supone la previa aceptación de una proposición *qua* verdadera⁵⁴. Que la persona *expresa* ese juicio (*i.e.* su evaluación autónoma de suficiencia probatoria) no quiere decir que el juicio mismo sea parte del contenido del acto de habla asertivo: la persona solo *asevera* que p es el caso. Su juicio de suficiencia probatoria, aunque involucrado a modo de presupuesto del acto de habla, no forma parte de lo aseverado⁵⁵.

Adicionalmente, Ferrer Beltrán parece estar especialmente preocupado por el hecho de que, si se acepta la tesis que aquí defiende, quedemos obligados a extender esa tesis a todo ámbito vinculado con la investigación empírica. En pocas palabras: teme a la pendiente resbaladiza. Pues le preocupa que la suscripción de esta tesis respecto del enunciado probatorio en sede judicial nos arrastre hasta obligarnos a reconocer que este factor evaluativo es un componente de todo enunciado de suficiencia probatoria, sea cual fuere el ámbito en que se profiere. Su preocupación parece responder al hecho de que esto último le resultaría contraintuitivo. Aquí no puedo más que decir unas pocas palabras sobre este punto. En primer lugar, no está en absoluto claro que la pendiente carezca de límite. Después de todo, no debe olvidarse que los argumentos de este tipo (*slippery slope*) suelen constituir falacias materiales. Así, no es dable asumir sin más que, si la tesis es correcta respecto del ámbito jurídico, *entonces* terminará siendo correcta en todo otro ámbito⁵⁶. Mucho menos aceptable es resistirse a reconocer que la tesis es correcta en un ámbito como el jurídico bajo el pretexto de que extender su alcance a otros ámbitos podría ser contraintuitivo o indeseable. Como es de sobra sabido, la indeseabilidad no cuenta como argumento, aunque pueda ser un motor para buscar

54. Se trata de una cuestión difícil que no puede ser mayormente desarrollada aquí. Sobre lo que una persona expresa y sobre lo que presupone al llevar a cabo un acto ilocucionario asertivo, véanse Alston, 2000; Geach, 1965; Sbisà, 2009; Stalnaker, 1978. Más en general, Searle, 1968; Searle, 1969.

55. Cuando se asevera que p se dice solamente que « p es el caso». Al hacerlo el hablante expresa, como un presupuesto, su evaluación según la cual tiene pruebas suficientes para aseverar que p . Pero no *reporta* su evaluación: no *dice* «Evaluó que tengo pruebas suficientes para aseverar que p ». El problema, familiar dentro de la discusión iusfilosófica, es semejante al que se ha venido discutiendo en torno a los «enunciados internos» hartianos y la expresión de aceptación de la regla de reconocimiento que ellos acarrearán. Cuando se profiere un enunciado interno se expresa aceptación de la regla de reconocimiento, pero el hablante no reporta en su preferencia que está aceptando dicha regla. Cfr. Hart, 1982: 252; Rapetti, 2019: 169-174, 179-182; Raz, 1993: 148; Raz, 1998: 243; Toh, 2005; Toh, 2007: 405; Toh, 2015. Algo más sobre la lectura expresivista y la fuerza constitutiva del enunciado probatorio en Dei Vecchi, 2020: 227-230.

56. En otro sitio he sugerido la dirección en que podría ir la búsqueda de límites frente a esta aparente pendiente. Véase Dei Vecchi, 2020: 191-192.

alguno. En segundo lugar, tiendo a pensar que, aun cuando la tesis se extendiese a todo ámbito de la investigación empírica, las consecuencias no serían tan preocupantes ni resultarían tan estridentes. Pero esto puede dejarse para otra ocasión.

4.3. La innecesaria réplica universalista

Ferrer Beltrán dice no saber si autores como Lillquist, Ho o incluso yo mismo asumimos una concepción radical del particularismo metaético como la de Dancy (*i.e.* el que he llamado «moral puro»). Por mi parte, debo decir que no suscribo ni he suscrito el particularismo puro en ninguna de sus dos manifestaciones, ni jurídica, ni moral. En ninguno de los escritos dirigidos al análisis de los EdP (y en ningún otro) he sostenido tal cosa ni creo haber sugerido que la decisión «particularista» de la suficiencia probatoria sea deseable [cfr. 47, 50]. La discusión sobre el particularismo metaético –por cuanto pueda ser pertinente frente a esas otras posturas– no atiene a mis propias objeciones dirigidas contra las tesis mencionadas al inicio.

La creencia en contrario parece reposar en la ya señalada asunción de que, si alguien sostiene que la suficiencia probatoria requiere necesariamente una evaluación judicial autónoma, entonces esa persona «incurre» en «particularismo». Como hemos visto, el único sentido plausible en que esta asunción es admisible es en el sentido ínfimo de PARTICULARISMO₁. Pero he indicado ya que ni siquiera en este sentido es acertada la atribución.

El rechazo de la objetividad de los EdP no se asienta en que «no podemos identificar universalmente las propiedades relevantes para decidir sobre el nivel de suficiencia probatoria requerido para un cierto tipo de casos» [50]. Al contrario, estoy dispuesto a admitir sin más, sin entrar siquiera en el debate y como tesis de carácter general, que es posible establecer reglas universales indicando «tesis de relevancia legislativas», que nada impide que esas tesis de relevancia contengan propiedades objetivas susceptibles de ser descritas y, lo más importante, que esas propiedades son invariablemente relevantes a efectos de decidir los casos particulares⁵⁷. En este sentido, la objeción contra la objetividad tampoco concierne a la cuestión de la derrotabilidad de las normas jurídicas, asunto usualmente vinculado a la adopción del particularismo⁵⁸.

57. De hecho, es el caso de EdP₃ y EdP₄ sin perjuicio de que sean deficientes por otras razones. Sobre la noción de TESIS DE RELEVANCIA (e HIPÓTESIS DE RELEVANCIA) véase Alchourrón & Bulygin, 2006 [1971]: 153-157. Cfr. Celano, 2005.

58. Hago estas dos aclaraciones porque, tal como sugiere Redondo, 2005, una posición universalista respecto de la relevancia de las razones prácticas parece presuponer una tesis universalista en sentido semántico (a lo que alude la «tesis de relevancia») y una en sentido lógico (a la que refiere el rechazo de la derrotabilidad de las normas). En suma: se puede asumir aquí el universalismo jurídico en el sentido de que las normas jurídicas son (i) contenidos semánticos universales, (ii) condicionales estrictos, (iii) razones uniformes e invariablemente relevantes si son válidas (Redondo, 2005: 50). Cfr. Bayón Mohino, 2000; Bayón Mohino, 2001; Bayón Mohino & Rodríguez, 2003; Jorge L. Rodríguez, 2002: 368 y ss.; Jorge Luis Rodríguez & Sucar, 1998.

La objeción ha estado siempre dirigida a señalar, muy por el contrario, que los criterios de justificación epistémica empleados en los antecedentes de las reglas que conforman los EdP, *i.e.* los «resultados epitémicos», no son propiedades empíricas, fácticas, objetivas. De modo que apelar a esas propiedades en las «tesis de relevancia» de los EdP es un mecanismo inapto para privar a la judicatura del *tipo de juicio* evaluativo que le incumbiría si la «tesis de relevancia» solo incluyese como propiedad relevante el predicado gradual *probado*. La observación concierne a la formulación del EdP en concreto, al contenido de la norma, no a la posibilidad de justificaciones universalistas.

Una analogía puede ser de utilidad para aclarar la cuestión. Supongamos que la legislatura promulga una norma como la siguiente:

N_1 : Toda persona desagradable debe ser condenada a la pena de prisión.

En principio, predicar de una persona que es desagradable requiere de una evaluación autónoma, así como predicar de una hipótesis que está PROBADA requeriría de un juicio tal. En ninguno de los dos casos se trata de propiedades descriptivas predicables de personas o hipótesis, respectivamente.

Ahora bien, N_1 suscita gran escándalo en la ciudadanía debido –entre otras tantas cosas– a la imprevisibilidad que genera a efectos de su aplicación. De allí que la legislatura decide fijar un «estándar» para impedir que el juicio evaluativo que implica decir que alguien es desagradable sea llevado a cabo caso a caso por quien decide. Este estándar se establece bajo la esperanza de lograr que el enunciado «*A* es desagradable», pronunciado en la decisión judicial, pase ahora a tener fuerza descriptiva. Para ello es indispensable enlazar, por medio de una tesis de relevancia, el juicio de lo que es desagradable con propiedades objetivas. Solo así podría garantizarse que quien juzga se limite a aplicar neutralmente una evaluación heterónoma y universal anticipada por el órgano democrático. A estos efectos la legislatura emite entonces una norma adicional definiendo «desagradable».

N_2 : Persona desagradable=_{df} persona deshonesto, cruel y egoísta.

¿Ha impedido la legislatura que el juicio evaluativo lo lleven a cabo quienes deciden en cada caso? ¿Ha convertido al enunciado «*A* es desagradable» pronunciado en la decisión judicial sobre la base de N_2 en enunciado descriptivo? La respuesta a ambas preguntas es negativa. DESHONESTO, CRUEL y EGOÍSTA son predicados tan evaluativos cuanto lo era el concepto que procuran definir⁵⁹. Así que, aunque N_2 indica de algún modo a qué hay que mirar para establecer evaluativamente si alguien es desagradable –y de allí que no sea inútil o supérflua–, sigue apelando a propiedades que quien decide atribuye

59. Aquí el «casi» apunta a resaltar el carácter *thick* de esos predicados morales. Por razones de extensión no puedo detenerme en ello ahora, pero ha de tenerse presente que los conceptos morales *thick*, o densos, son parcialmente descriptivos. Es por ello que, como diré en breve, no es en absoluto inútil emplear conceptos tales en los antecedentes de las normas jurídicas.

a la persona juzgada según un juicio de valor, no propiedades fácticas que constata o describe respecto de ella.

Es esto lo que ocurre con los criterios de justificación epistémica. La cuestión no reside en la asunción del «particularismo» en ningún sentido relevante del término, sino en que las propiedades específicas que conforman el supuesto de hecho de las normas universales con que se identifican los EdP exigen evaluaciones personales. En este sentido, al tiempo que una posición particularista consiste en una tesis general acerca de un modelo (ideal) de justificación normativa, la objeción que estoy defendiendo está totalmente centrada en los criterios de suficiencia probatoria, desde una perspectiva universalista⁶⁰.

Es también por esto que dos personas llamadas a aplicar la misma fórmula de EdP para el mismo caso y frente a las mismas pruebas pueden discrepar *sin culpa* respecto de si el EdP se ha satisfecho o no. Imaginemos que luego del juicio en contra de A, practicados todos los medios de prueba oportunamente ofrecidos y admitidos, las juezas X e Y deben decidir si la fórmula EdP₅ se ha satisfecho y pueden, por tanto, condenar a A a la pena P por haber ejecutado la acción Φ . X e Y tienen una formación rigurosa en epistemología y conocen minuciosamente los criterios de justificación epistémica (en especial aquellos a que hace alusión EdP₅). Podríamos incluso imaginar, por mor de argumento, que poseen la capacidad (sobrehumana, por cierto) de percibir objetivamente los grados en que los criterios de justificación epistémica están satisfechos, pudiéndolos cuantificar del 1 al 99. Y, dado que ellas (pero solo ellas) poseen esa capacidad, están siempre de acuerdo (y están en lo correcto) respecto de cuál es el grado de satisfacción de cada criterio relevante. Una vez valorada la prueba, X e Y concluyen que (a) la hipótesis de la culpabilidad *explica* los datos disponibles con una fortaleza de 80 (o 10, 20, etc.) puntos, (b) *integrándolos de modo coherente* en un grado de 80 (o 10, 20, etc.) puntos; (c) el 80 (o 10, 20, etc.) % de las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permitía formular fueron *confirmadas* en un grado de 90 (o 10, 20, etc.) puntos y han sido aportadas al proceso; (d) las demás hipótesis explicativas de los mismos datos compatibles con la inocencia de A que tuvieran una *plausibilidad* de más de 80 (o 10, 20, etc.) puntos han sido *refutadas* en un grado de 90 (o 10, 20, etc.) puntos. No obstante, a pesar de este acuerdo pleno respecto del grado de satisfacción de los criterios epistémicos (y, por tanto, del grado de *justificación epistémica*), ellas deben preguntarse: ¿se ha satisfecho EdP₅? ¿la medida en que se dan los resultados probatorios en su acepción gradual es suficiente para pasar a su acepción categórica? ¿Pueden considerarse CONFIRMADAS las predicciones en cuestión? ¿están REFUTADAS las demás hipótesis beneficiosas para el imputado? ¿está bien considerar PLAUSIBLES solo a las hipótesis compatibles con la inocencia del acusado que sean *plausibles* en más de 90 puntos? Ante esto, es perfectamente posible que X sostenga que sí, que EdP₅ debe considerarse satisfecho y que Y sostenga que no, que debe absolverse a A, que el grado

60. Véase Redondo, 2005: 36.

en que se dan los «resultados epistémicos» no debe ser tenido por suficiente a efectos de una condena como C. Este desacuerdo no se debe a la vaguedad de los conceptos epistémicos, sino que es producto de su carácter evaluativo. Y es por esto que, en virtud de la naturaleza misma de los criterios de justificación epistémica, *pace* Ferrer Beltrán, es perfectamente posible que «dos decisiones, una de condena y otra de absolución, tomadas sobre la base de las mismas pruebas, [se acaben] considerando igualmente «impecables»» [58]. Y esto es así haya o no fórmulas de EdP como las propuestas en PSC⁶¹.

4.4. La potencial contrarréplica de las «proposiciones axiológicas»

Hasta aquí he defendido, frente a las réplicas de PSC, la tesis según la cual la preferencia judicial de «Está probado que *p*» acarrea un juicio valorativo propio de quien juzga. Esto es así existan o no fórmulas de EdP como las propuestas en esa obra. Como se dijo, se trata de una valoración dirigida a establecer que el grado en que se encuentra satisfecho cada criterio epistémico relevante según la fórmula (e.g. *refutación de hipótesis alternativas, confirmación de datos*, etc.) es suficiente a efectos de considerar que esos criterios están satisfechos de manera categórica. Así, dado que establecer en cada caso concreto si se da el antecedente de la norma cuyo consecuente es la suficiencia probatoria (i.e. la PRUEBA) es en parte una valoración, decir que «Está probado que *p*» no podrá ser un acto de habla puramente descriptivo.

Antes se ha puesto de manifiesto por qué las réplicas de PSC son inocuas a efectos de dar plausibilidad a la tesis descriptivista. Sin embargo, como vía de escape, podría intentarse poner en dudas que la valoración aludida consista en un «genuino juicio de valor»⁶². En un artículo sumamente sugerente –y, por lo demás, también muy anticipado en los pocos pasajes en que aborda la cuestión del razonamiento probatorio– Alchourrón y Bulygin ponen de manifiesto algunas ideas que podrían emplearse para articular una contrarréplica de este estilo. Ellos presentan estas ideas matizando algunas observaciones de MacCormick en contra de la posibilidad de emplear la Inteligencia Artificial en el marco de la decisión judicial. En lo que aquí importa, este último ponía en cuestión esa posibilidad subrayando el hecho de que, en muchas ocasiones, quienes aplican normas jurídicas tienen que llevar a cabo juicios valorativos a efectos de establecer establecer si el antecedente de esas normas se satisfizo o no en cada caso concreto. Alchourrón y Bulygin intentan contrarrestar esta apreciación, sin negar su acierto, moderando su impacto para la práctica jurídico-decisoria. La tesis descriptivista aquí discutida podría

61. He formulado algunos ejemplos más en esta dirección en Dei Vecchi, 2020, cap. VI, donde también puede verse por qué es un error creer que la satisfacción del EdP aparentemente más exigente *implica lógicamente* la satisfacción del aparentemente menos exigente.

62. Alchourrón & Bulygin, 2021 [1989]: 346.

servirse de las consideraciones de Alchourrón y Bulygin y defenderse a la luz de alguna de las tres estrategias que ellos insinúan.

La primera estrategia sería la de reducir la «valoración» judicial involucrada en la predicación de rasgos epistémicos a la atribución de peso probatorio a los elementos de prueba. Tal como sostienen Alchourrón y Bulygin, que aluden a este tipo de «valoración» bajo la etiqueta de «valoración epistémica», aquí no hay juicio de valor genuino por parte de quien juzga⁶³. En efecto, se trata del tipo de «valoración» que permite establecer el grado de *prueba*, el grado de justificación epistémica. No es este el tipo de «valoración» en que se ha hecho énfasis en este trabajo, ni en ninguno de los anteriores criticando la tesis descriptivista del enunciado probatorio. La «valoración» relevante no es la que permite establecer el grado de *prueba*, sino la que determina que el grado de *prueba* con que se cuenta en el caso concreto funge de PRUEBA a efectos de resolver dicho caso. Por ello, esta primera estrategia de defensa de la tesis descriptivista sería inútil.

La segunda estrategia habría de reducir la «valoración» judicial involucrada en la predicación de rasgos epistémicos a casos de penumbra. Esta variante consistiría en sostener que la «valoración» judicial relevante no es más que la que se requiere para reducir la vaguedad de cualquier concepto. En este caso, se trataría de reducir la vaguedad los conceptos epistémicos empleados en el EdP de que se trate. De tal modo, como en cualquier otro caso en que una norma contiene en su antecedente conceptos vagos, la aplicación de EdP exigiría, al menos en ocasiones, formular «enunciados interpretativos judiciales» a efectos de reducir la indeterminación de esos conceptos. Alchourrón y Bulygin toman bajo consideración el ejemplo dworkiniano de los «contratos sacrílegos». Si una persona tuviera que decidir judicialmente si un «contrato celebrado en domingo» cae dentro del campo de referencia al que alude la primera de las expresiones, habría de formular, en primera persona, un enunciado interpretativo. La razón es que, se asume, «contrato celebrado en domingo» no es un caso claro de «contrato sacrílego», sino uno dentro de lo que Hart llamaba «zona de penumbra». Estos casos son instancias de lo que Alchourrón y Bulygin habían llamado años antes «lagunas de reconocimiento»⁶⁴. Frente a lagunas tales, sostienen los autores, quien decide ha de establecer una definición estipulativa a efectos de resolver la disputa (e.g. estipula que «contrato celebrado en domingo» cuenta como «contrato sacrílego»). Esta definición estipulativa opera a modo de norma constitutiva de origen judicial. Se trata de una definición, un enunciado analítico creado judicialmente, que mantiene vivo el carácter «deductivo» de la decisión judicial. Una vez que la persona que juzga establece la definición estipulativa solo le queda subsumir el caso individual en el caso genérico diciendo así como que: «el contrato que celebraron el demandante X y la demandada Y es sacrílego» (puesto que se celebró en domingo). ¿Podría ser esta una estrategia en auxilio de la tesis descriptivista

63. Alchourrón & Bulygin, 2021 [1989]: 346.

64. Alchourrón & Bulygin, 2006 [1971].

del enunciado probatorio? La analogía puede ser esclarecedora. Asumamos que los predicados epistémicos empleados en las fórmulas analizadas funcionan del mismo modo que SACRÍLEGO, formando todos ellos un conjunto de conceptos.

Ante esto es necesario trazar algunas distinciones. Una primera alternativa sería entender que todos los conceptos de ese conjunto operan como predicados valorativos. Si este fuera el caso, la estrategia de la definición estipulativa podría servir para mantener en pie la reconstrucción subsuntiva de la decisión judicial (que es lo que a Alchourrón y Bulygin parece interesarles). Sin embargo, esa estrategia sería tan solo un mal disfraz si lo que se pretende es sostener que, en esos casos, quien aplica la norma se limita a *constatar* que una determinada cosa o evento posee una cierta propiedad. Aun cuando la estipulación preceda a la subsunción, parece innegable que el juicio de valor ínsito en estipular cosas tales como que el grado de *refutación* de la hipótesis *H* cuenta como REFUTACIÓN a la luz del caso es un juicio propio de quien juzga. De modo que, aunque la reconstrucción subsuntivista siga en pie, decir que en casos como esos el juez se limita a aplicar un juicio de valor legislativo es un engaño liso y llano. Si la persona que juzga tuviera que definir en cada caso cuál es el grado en que un cierto predicado epistémico está *suficientemente* satisfecho antes de predicarlo de una hipótesis, decir que es la legislatura la que ha fijado el umbral de suficiencia no es más que un eufemismo. Tal como los propios Alchourrón y Bulygin sostienen:

La aceptación de una regla semántica puede estar (y usualmente está) basada en genuinos juicios de valor, esto es, en valoraciones éticas de las consecuencias de adoptar tal o cual decisión, pero la aplicación de una regla semántica nada tiene que ver con valoraciones⁶⁵.

La segunda alternativa sería entender que los conceptos del conjunto operan como predicados descriptivos. Si así fuera, la definición estipulativa judicial sería necesaria tan solo frente a casos de vaguedad, casos propios de la «zona de penumbra» del concepto. Ya hemos visto que PROBADO, REFUTADO, CONFIRMADO, etc. no pueden ser considerados predicados descriptivos. Por consiguiente, esta segunda alternativa se torna una opción vedada para defender la tesis descriptivista. Pero quedaría una tercera vía: considerar que, aun cuando los conceptos en cuestión operan usualmente como predicados valorativos, es posible emplearlos descriptivamente desde un punto de vista metalingüístico. Esto nos llevaría a la tercera estrategia que Alchourrón y Bulygin elaboran.

Esta tercera estrategia se enfrenta al caso más espinoso, a saber: el de «términos valorativos que figuran en normas jurídicas»⁶⁶ tales que no resultan reducibles a casos de valoración epistémica (primera estrategia) ni a casos de vaguedad o penumbra (segunda estrategia). Ya hemos visto que es precisamente este el problema que afecta a las fórmulas de EdP propuestas en PSC. Ahora bien, con buen atino, Alchourrón y Bulygin sostienen que en los casos en que las normas contienen términos (parcialmente) valorativos

65. Alchourrón & Bulygin, 2021 [1989]: 347.

66. Alchourrón & Bulygin, 2021 [1989]: 347.

como los aquí analizados, «no es en modo alguno claro e indiscutible que su aplicación a situaciones particulares exige valoraciones genuinas»⁶⁷. Esto se debe a que, dicho muy sintéticamente, así como los términos normativos (e.g. obligatorio, prohibido, etc.) admiten un uso primario, normativo, y otro secundario, descriptivo, también los términos valorativos admiten estos dos usos lingüísticos. En su uso primario los términos valorativos expresan aprobación o desaprobación, es decir, genuinos juicios de valor, juicios «éticos» de quien los emplea. En su uso secundario, en cambio, son predicados descriptivos, expresan proposiciones fácticas «a los efectos de que la cosa [en nuestro caso: la hipótesis] en cuestión satisface las pautas o criterios valorativos de una cierta comunidad o grupo social [en nuestro caso: que está CONFIRMADA, PROBADA, REFUTADA, etc.]»⁶⁸. Los autores proponen llamar a las expresiones de términos valorativos en función descriptiva «proposiciones axiológicas», como correlativo de las «proposiciones normativas» que describen normas jurídicas o posiciones deónticas.

En este orden de ideas, cuando una norma contiene en su antecedente un predicado valorativo, se dan dos alternativas. Podría ser el caso que quien aplica esa norma emplee el predicado en su uso primario, expresando su propio juicio de valor. Pero podría también ocurrir que quien decida se limite a aplicar el predicado «descriptivamente», a la luz de la valoración de la comunidad relevante. Supongamos que el ordenamiento contiene una norma N_1 como la que antes hemos imaginado⁶⁹. El término «desagradable» refiere sin dudas a una propiedad evaluativa⁷⁰. Pero podría ser el caso que en la comunidad de referencia exista una valoración bastante afianzada (al menos un núcleo claro) respecto de lo que es desagradable. En casos como este, la judicatura podría aplicar la norma apelando a ese juicio comunitariamente afianzado sin siquiera tener que comprometerse con él.

Pues bien, descartadas la primera y la segunda, la tesis descriptivista del enunciado probatorio podría intentar defenderse apelando a esta tercera estrategia. Podría argüirse que la determinación de si suficientes hipótesis PLAUSIBLES han sido REFUTADAS, y de si suficientes datos predichos han sido CONFIRMADOS, etc., exige valoraciones genuinas solo en un uso primario de esos términos. En contraste –habría de alegar el descriptivista– lo que los EdP exigen a la judicatura cuando imponen «constatar» la presencia de esas propiedades es emplear esos predicados valorativos en un uso secundario. Es decir, según este argumento, para predicar de una hipótesis que ella está, e.g. REFUTADA, quien juzga habría de indagar acerca de las valoraciones sociales en virtud

67. Alchourrón & Bulygin, 2021 [1989]: 347. En la misma orientación Bayón Mohino, 1991: 219.

68. Alchourrón & Bulygin, 2021 [1989]: 347.

69. N_1 : Toda persona desagradable debe ser condenada a la pena de prisión.

70. La expresión «propiedad evaluativa» (véase Bouvier 2012: 30) puede ser puesta en entredicho. Sin embargo, a efectos de este trabajo, detenerse a discutir el punto sería una distracción sin mucha utilidad. El argumento en desarrollo se mantiene incólume aun si se reemplaza esa expresión por otras tales como «conceptos evaluativos» o «atributivos», etc., o incluso limitándose a hablar de «evaluaciones».

de las cuales, dentro de la comunidad, se considera que el grado de *refutación* de una hipótesis cuenta como REFUTACIÓN.

No obstante, esta estrategia acarrearía grandes problemas. Ante todo, ya hemos visto que las valoraciones que determinan cuándo los predicados graduales en cuestión (e.g. *refutado*, *confirmado*, *probado*) se satisfacen de manera categórica son dependientes del contexto de acción. De allí que, para elucidar cuál es la valoración social respecto de cada predicado, habría que establecer antes cuáles son los contextos de valoración comunitaria relevantes a indagar⁷¹. En efecto, el grado de *refutación* suficiente relativo a la tesis según la cual «la tierra es plana» podría llegar a ser muy diferente al exigido respecto de la tesis «X padece de cáncer» y ambos podrían diferir del grado de justificación epistémica con el cual se considerará REFUTADA la tesis «Y mató a Z». Es más, el grado de suficiencia «socialmente aceptado» podría ser variable respecto de todos esos enunciados de acuerdo a cuál sea la acción a emprender si se los acepta como verdaderos.

En segundo lugar, es muy dudoso que haya algo así como acuerdos comunitarios acerca del grado en que ciertas hipótesis han de considerarse suficientemente refutadas, u otras suficientemente confirmadas, o acerca de cuántas predicciones hay que constatar respecto de tales o cuales hipótesis, y de cuándo esa constatación es suficiente, y una larga lista de etcéteras. De hecho, dentro de la comunidad (y dentro de la comunidad científica en particular) se dan de manera persistente discusiones relativas al grado de justificación epistémica a partir del cual alguien podría decir que sabe que *p*, o sobre el grado de justificación epistémica a efectos dar *p* por probado y llevar a cabo tal o cual acción, o sobre el grado de justificación que *p* requeriría para realizar tal o cual otra. Por cierto, se trata en la mayor parte de los casos de desacuerdos valorativos relativos al grado de justificación epistémica *suficiente*, no siempre o no solo de desacuerdos relativos al grado de justificación epistémica *tout court*.

En tercer lugar, esta estrategia habría de enfrentar un problema adicional. Como se ha visto, el juicio de valor implicado en la determinación de la suficiencia probatoria (o la suficiencia confirmatoria, o refutatoria, etc.) concierne a la acción a llevar a cabo y a las posibles consecuencias de estar equivocado acerca de la verdad de la proposición que se declara probada. Es decir, el juicio de suficiencia es función del *contexto de acción*. Los EdP están ideados para operar en el contexto de decisiones judiciales, donde las acciones a llevar a cabo consisten en condenar a cierta pena, absolver por cierto delito, y cosas por el estilo, con sus consiguientes ejecuciones (del encierro en prisión a la puesta en libertad, de la responsabilización a la liberación, del embargo a la declaración de libre disponibilidad, etc.). Las únicas personas que en la comunidad pueden llevar a cabo esas acciones son, naturalmente, aquellas con competencia para adoptar decisiones judiciales. De manera que, si se pretende obligar a la judicatura a hacer un uso secundario de los términos valorativos contenidos en los EdP, se les estará

71. Es decir, si queremos determinar cuándo una hipótesis está REFUTADA a efectos de resolver un caso, ¿qué investigación empírica habría que llevar a cabo a efectos de descubrir las valoraciones comunitarias? ¿cuál será el contexto de valoración comunitaria a observar?

exigiendo averiguar cuáles son (o serían) los juicios de valor de la comunidad respecto de las acciones que *solo la judicatura* puede llevar a cabo. Habría que desentrañar la opinión comunitaria relativa al grado de justificación epistémica a la luz del cual un EdP como EdP₅ debería considerarse satisfecho. Es decir, sería necesario indagar acerca de las valoraciones de la comunidad respecto de cosas tales como: (i) el grado de *plausibilidad* que las hipótesis deberían tener para ameritar tratamiento refutatorio, (ii) el grado de *refutación* bajo el cual deberían declararse REFUTADAS, (iii) el grado de plausibilidad que las predicciones deberían tener a efectos de ameritar tratamiento confirmatorio, (iv) el grado de *confirmación*, etc. Recurrir a esta estrategia de contrarréplica sería insólito, sobre todo porque, una vez más, las valoraciones acerca de todas esas cosas son relativas al tipo de decisión a adoptar. De modo que esa indagación habría de discriminar todas las variaciones valorativas, tomando bajo consideración cada propiedad que la comunidad considere relevante⁷². Frente a esto, podría intentarse acaso una vía menos radical compatible con la tercera estrategia: alguien podría querer insistir en que, aun cuando quizás los juicios de valor *iniciales* a efectos de determinar la satisfacción de los criterios del EdP serán propios de quienes apliquen las fórmulas correspondientes –i.e. de la judicatura y no de la comunidad en general– a largo plazo los jueces ulteriores se podrán limitar a formular «proposiciones axiológicas» basadas en esos juicios de valor «fundantes»⁷³. Ante esto caben al menos cuatro consideraciones: primero y banalmente, será indiscutible que, al fin y al cabo, será la judicatura la que determine la distribución del riesgo de error para cada clase de casos. Segundo, cabrá ver seguramente que los criterios contemplados por fórmulas como EdP₅ son altamente variables de un contexto a otro, es decir, de una cierta clase de casos a otra clase de casos. Las variaciones serán también producto de las decisiones judiciales. Tercero, es indispensable tener presente cuál es el modo en que uno, como observador externo, verificaría la homogeneidad de las valoraciones judiciales respecto de cuándo (en cierta clase de casos) hay, pongamos, REFUTACIÓN, CONFIRMACIÓN, etc. a efectos de aplicación de un determinado EdP. El único modo en que una persona podría sostener que (respecto de cierta clase de casos) hay una valoración homogénea a este respecto pareciera ser apelando a correlaciones entre dos tipos de factores frente a los cuales se sostenga la presencia de esas propiedades epistémicas. Por un lado, cabrá observar (a) la presencia de ciertos medios de prueba, (b) la presencia de ciertos indicios relativos a la fiabilidad de esos medios de prueba. Por el otro, muy posiblemente se aludirá a rasgos propios del caso (e.g. el tratarse de un caso de violencia sexual, caracterizado por la usual ausencia de prueba

72. Obsérvese que esta variante de la tercera estrategia terminaría oficiando de potente argumento en favor de los jurados populares.

73. Aquí se evoca la noción de «interpretación constante y dominante» de Riccardo Guastini (Guastini, 2008: 74-75; Guastini, 2011: 217; Guastini, 2013a: 152; Guastini, 2013b, § 2 ap. 3). Sin embargo, al tiempo que Guastini aplica esa noción a la categoría de «interpretación *in abstracto*» (es decir, atribución de significado a disposiciones normativas), aquí se está hablando de «interpretación *in concreto*» (es decir, de subsunción de casos individuales en casos genéricos). Sobre esta última distinción pueden consultarse Guastini, 2004; Guastini, 2011.

de tal o cual tipo; o el tratarse de un caso de corrupción usualmente caracterizado por la ausencia de tal o cual tipo de prueba pero la presencia de tal o cual tipo de prueba diferente, etc.). Estudiar y poner de manifiesto estas correlaciones variables respecto de tipos de casos –lo que demostraría de por sí la falta de objetividad en fórmulas de EdP como las aquí analizadas– sería sumamente útil en términos predictivos y sumamente ilustrativo en términos teóricos. De allí la sugerencia de que un estudio del razonamiento probatorio jurídico, al menos en lo que a la suficiencia probatoria concierne, tenga que adoptar una perspectiva mucho más *realista*⁷⁴.

5. LOS EDP SIN DISTORSIÓN: LO OBJETIVO Y LO INTERSUBJETIVO

¿Significa todo esto que las fórmulas de EdP son completamente irrelevantes? Mi respuesta aquí es también negativa. Lo cual no debería resultar extraño, al menos en la medida en que se trace la distinción ya sugerida entre (a) estándares que «determina[n] el umbral de suficiencia probatoria a partir del cual una hipótesis sobre los hechos deberá considerarse como probada» [33] (EdP) y (b) estándares que establecen cuáles son las pautas argumentativas o motivacionales que deben tratarse expresamente cuando se juzgan como probadas o no ciertas premisas fácticas en una decisión judicial.

Lo primero presupone objetividad, al menos si se quiere sostener que «Está PROBADO que *p*», como enunciado resultante de la aplicación del estándar, tiene fuerza ilocucionaria descriptiva. Si lo antes dicho es correcto, esta posibilidad queda descartada. Lo segundo, en cambio, constituye una exigencia muy diferente. Se limita a indicarle a quien decide cuáles son los postulados, los criterios epistémicos, sobre los que debe pronunciarse al momento de establecer (de *evaluar autónomamente*) si la premisa fáctica está PROBADA. Así entendidos, los estándares de motivación probatoria proporcionan criterios intersubjetivamente controlables, y de la índole adecuada, de argumentación en favor de las premisas fácticas. Luego de la decisión, una vez motivada la sentencia, estos criterios permiten ver cuál es la base epistémica (la *prueba*) sobre la cual, quien juzgó, desplegó su evaluación personal de suficiencia probatoria (*i.e.* la determinación de que hay PRUEBA).

Esta distinción entre lo objetivo y lo intersubjetivo aparece de manera clara en un reciente artículo de Edgar Aguilera. Para mi sorpresa, él me ubica como un contendiente frente a su propia postura acerca de los EdP, postura que dice compartir con Ferrer. No obstante, desde el inicio de su trabajo Aguilera enfatiza: (i) que los enunciados probatorios pronunciados en la decisión judicial contienen irremediablemente un aspecto evaluativo, y (ii) que mi propia interpretación de aquello en que para Ferrer Beltrán –o para Larry Laudan, pero esto no viene al caso aquí– debería consistir la objetividad de los EdP es sumamente ingenua. Él entiende que el tipo de objetividad cuya búsqueda les atribuyo a esos autores no se condice con la que ellos realmente defienden: una

74. Véase lo dicho en n. 52.

objetividad no ingenua que no consistiría más que en lograr que las fórmulas de EdP provean de «criterios intersubjetivamente controlables» de justificación de premisas fácticas⁷⁵.

Mi sorpresa responde a dos razones. En primer lugar, al reconocer que los enunciados probatorios contienen indefectiblemente un aspecto evaluativo se concede todo lo que hace falta para descartar la tesis de la fuerza ilocucionaria descriptiva (a menos que se asuma que las evaluaciones morales en cuestión pueden ser objetivas, claro está). En segundo término, estoy plenamente de acuerdo con Aguilera respecto de que es ingenuo pensar que una fórmula de EdP puede determinar objetivamente el umbral de suficiencia probatoria. He intentado mostrarlo en las páginas precedentes. Comparto su insistencia en que hay que abandonar esa objetividad y conformarse con la fijación de criterios de control intersubjetivo. Mas disiento en que atribuir a Ferrer Beltrán una pretensión de objetividad tal sea incorrecto, o que ello responda a algo así como una interpretación poco caritativa de sus tesis. Pues suscribir que los EdP establecen de modo objetivo el umbral de suficiencia probatoria es insoslayable si se quiere sostener consistentemente que «Está PROBADO que *p*», pronunciado en la decisión judicial, tiene valor de verdad y fuerza descriptiva. Y negar que Ferrer sostenga esto último, a mi parecer, significaría traspasar los límites de una interpretación caritativa. De hecho, creo que sería una audaz interpretación *correctora*⁷⁶.

Sea como fuere, Aguilera logra poner de manifiesto que las fórmulas de EdP analizadas son adecuadas para suministrar criterios intersubjetivamente controlables de motivación. Se trata de fórmulas que le dicen a quien decide cuáles son las aristas de la justificación epistémica que debe observar y que debe explicitar en su decisión, en su motivación de la premisa fáctica. Es decir, son fórmulas que establecen cómo articular expresamente la base *probatoria* sobre la cual, quien juzgue, deberá llevar a cabo su evaluación autónoma a efectos de decidir si hay PRUEBA. Esto permitiría a los justiciables controlar que la decisión sobre la *quaestio facti* se haya adoptado por el tipo adecuado de razones y los habilitaría para juzgar por sí mismos si la evaluación judicial autónoma de suficiencia probatoria se considera apropiada a la luz del acervo probatorio y de las inferencias explicitadas. Esto último es, de todos modos, un control político-moral de la función judicial, un control evaluativo de una decisión evaluativa, semejante al que llevamos a cabo cuando deliberamos, por ejemplo, sobre el modo en que las cortes han tomado decisiones morales ponderando principios.

Quizás sería desesable que la legislatura pudiera indicar grados objetivos de suficiencia probatoria y privar al «órgano contramayoritario» de ese espacio de discrecionalidad evaluativa, tanto como sería deseable contar con criterios de justificación epistémica infalibles que nos doten de certezas racionales. La concepción racional de la prueba ha logrado derribar el mito de las certezas racionales y de la infalibilidad en las decisiones

75. Aguilera García, 2021.

76. Véase, sobre todo Ferrer Beltrán, 2001; Ferrer Beltrán, 2002, cap. I; Ferrer Beltrán, 2007: 20, 114; Ferrer Beltrán, 2021: 200 n. 288.

sobre «hechos probados». Falta ahora derribar el mito de los EdP objetivos, reconociendo esta otra limitación a efectos de empezar a gestionarla de manera realista. Frente a esto, las fórmulas que se proponen como estándares de prueba son herramientas sumamente útiles, sí, mas en su justa medida o, más bien, en la medida de sus posibilidades.

BIBLIOGRAFÍA

- ACCATINO, D. (2019). Teoría de la prueba: ¿somos todos «racionalistas» ahora? *Revus* 39
- AGUILERA GARCÍA, E. R. (2021). Dudando de las dudas sobre la formulación de estándares de prueba jurídicos (razonablemente) objetivos. En C. Vázquez Rojas (Ed.), *Ciencia y justicia. El conocimiento experto en la Corte*. México: Centro de Estudios Constitucionales.
- ALCHOURRÓN, C. E., & BULYGIN, E. (2006 [1971]). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea.
- ALCHOURRÓN, C. E., & BULYGIN, E. (2021 [1989]). Los límites de la lógica y del razonamiento jurídico. En C. E. Alchourrón & E. Bulygin (Eds.), *Análisis lógico y derecho* (335-358). Madrid: Trotta.
- ALEXY, R. (1993 [1986]). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ALSTON, W. P. (2000). *Illocutionary Acts & Sentence Meaning*. Ithaca, N.Y. – London: Cornell University Press.
- ATIENZA, M., & RUIZ MANERO, J. (1991). Sobre principios y reglas. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 10, 101-119.
- AUSTIN, J. L. (1962). *How to Do Things with Words*. Oxford: Oxford University Press.
- BAYÓN MOHINO, J. C. (1991). *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*. Madrid: Centro de estudios Constitucionales.
- BAYÓN MOHINO, J. C. (2000). Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico. *Isonomía* 13, 87-117.
- BAYÓN MOHINO, J. C. (2001). ¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico? *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 24, 35-62.
- BAYÓN MOHINO, J. C. (2009). Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano. *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica* 2009-2010 (1), 15-34.
- BAYÓN MOHINO, J. C., & RODRÍGUEZ, J. (2003). *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales. El debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- BOUVIER, H. (2012). *Particularismo y derecho: un abordaje pospositivista en el ámbito práctico*. Madrid: Marcial Pons.
- BULYGIN, E. (2006). *El positivismo jurídico*. Mexico: Distribuciones Fontamara.
- CELANO, B. (2005). ¿Podemos elegir entre particularismo y universalismo? *Discusiones* (5), 101-128.
- DANCY, J. (1992). *Moral Reasons*. Oxford, UK & Cambridge, USA: Blackwell.
- DEI VECCHI, D. (2014). Acerca de la fuerza de los enunciados probatorios: El salto constitutivo. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho* 34, 237-261.
- DEI VECCHI, D. (2018). *Problemas probatorios perennes*. México: Fontamara.

- DEI VECCHI, D. (2020). *Los confines pragmáticos del razonamiento probatorio*. Lima – México: Zela.
- DWORKIN, R. (1967). The Model of Rules. *The University of Chicago Law Review* 35 (1), 14-46.
- DWORKIN, R. (1978). *Taking Rights Seriously*. London: Duckworth.
- FERRER BELTRÁN, J. (2001). 'Está probado que p'. En L. Triolo (Ed.), *Prassi giuridica e controllo di razionalità* (73-96). Torino: G. Giappichelli.
- FERRER BELTRÁN, J. (2002). *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- FERRER BELTRÁN, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- FERRER BELTRÁN, J. (2011). La valoración de la prueba: verdad de los enunciados probatorios y justificación de la decisión. En J. Ferrer Beltrán, M. Gascón, D. González Lagier, & M. Taruffo (Eds.), *Estudios sobre la prueba* (15-59). México: Fontamara.
- FERRER BELTRÁN, J. (2013). Sobre el relativismo moral y la justificación de la democracia: victorias pírricas y malos argumentos. *Teoría política Annali* 3, 301-309.
- FERRER BELTRÁN, J. (2018). Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea. En D. M. Papayannis & E. Pereira Fredes (Eds.), *Filosofía del derecho privado (en prensa)* (401-430). Madrid-Barcelona-Sao Paulo-Buenos Aires: Marcial Pons.
- FERRER BELTRÁN, J. (2021). *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*. Madrid [etc.]: Marcial Pons.
- FERRER BELTRÁN, J., & GONZÁLEZ LAGIER, D. (2003). Introducción. *Discusiones* (3), 7-12.
- GEACH, P. T. (1965). Assertion. *Philosophical Review* 74 (4), 449-465.
- GOLDMAN, A. I. (2013). ¿Qué es una creencia justificada? En C. L. García, Á. Eraña, & P. King Dávalos (Eds.), *Teorías contemporáneas de la justificación epistémica* (199-231). México: UNAM.
- GONZÁLEZ LAGIER, D. (2013 [2001]). *Las paradojas de la acción*. Madrid – Barcelona – Buenos Aires – Sao Paolo: Marcial Pons.
- GONZÁLEZ LAGIER, D. (2020a). Prueba y argumentación ¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* (23), 79-97.
- GONZÁLEZ LAGIER, D. (2020b). What is Foundherentism, and what can it contribute to the Theory of Evidence in The Law? *COSMOS + TAXIS: Studies in Emergent Order and Organization* (8:4+5/6+7)
- GUASTINI, R. (2004). *L'interpretazione dei documenti normativi*. Milano: Giuffrè.
- GUASTINI, R. (2008). *Nuovi studi sull'interpretazione*. Roma: Aracne.
- GUASTINI, R. (2011). *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè.
- GUASTINI, R. (2013a). Esistencia empírica di norme. En R. Guastini (Ed.), *Distinguendo ancora* (145-152). Madrid – Barcelona – Buenos Aires – Sao Paolo: Marcial Pons.
- GUASTINI, R. (2013b). Il realismo giuridico ridefinito. En R. Guastini (Ed.), *Distinguendo ancora* (165-179). Madrid – Barcelona – Buenos Aires – Sao Paolo: Marcial Pons.
- GUASTINI, R. (2018). *Filosofía del derecho positivo. Manual de teoría del Derecho en el Estado Constitucional*. Lima: Palestra.
- HAACK, S. (2009 [1993]). *Evidence and Inquiry. A Pragmatist Reconstruction of Epistemology*. Amherst, N.Y.: Prometheus Books.
- HAACK, S. (2014). Belief in Naturalism: An Epistemologist's Philosophy of Mind. En L. Kwiatek, B. Brozek, & J. Stelmach (Eds.), *The Normative Mind* (229-249). Poland: Copernicus Center Pr.

- HART, H. L. A. (1982). Commands and Authoritative Legal Reasons. En H. L. A. Hart (Ed.), *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory* (243-268). Oxford: Clarendon.
- LAURENCE, S., & MARGOLIS, E. (1999). Concepts and Cognitive Science. En S. Laurence & E. Margolis (Eds.), *Concepts. Core Readings* (4-81). London: The MIT Press.
- MARMOR, A. (2001). *Positive Law and Objective Values*. Oxford: Clarendon Press.
- MONTMARQUET, J. A. (2007). «Pure» versus «Practical» Epistemic Justification. *Metaphilosophy* 38 (1), 71-87.
- PÉREZ BARBERÁ, G. (2020). Prueba legítima y verdad en el proceso penal I (en prensa). *Isonomía* (52)
- RAPETTI, P. A. (2019). *Desacuerdos en el derecho y positivismo jurídico*. Madrid [etc.]: Marcial Pons.
- RAZ, J. (1993). H. L. A. Hart (1907-1992). *Utilitas* 5 (02), 145-156.
- RAZ, J. (1998). The Purity of the Pure Theory. En S. L. E. Paulson (Ed.), *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes* (237-252). Oxford: Clarendon.
- REDONDO, M. C. (2005). Razones y normas. *Discusiones* (5), 29-66.
- REDONDO, M. C. (2018). *Positivismo jurídico «interno»*. Kranj Klub Revus.
- RODRÍGUEZ, J. L. (2002). *Lógica de los sistemas jurídicos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- RODRÍGUEZ, J. L. (2005). Introducción. Normas y razones: aspectos lógicos y sustantivos. *Discusiones* (5), 9-27.
- RODRÍGUEZ, J. L. (2021). *Teoría analítica del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- RODRÍGUEZ, J. L., & SUCAR, G. (1998). Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho. *Doxa: cuadernos de filosofía del derecho* 21 vol. II, 403-420.
- SBISÀ, M. (2009). Assertion among the Speech Acts. En S. Goldberg (Ed.), *The Oxford Handbook on Assertion (forthcoming)*. Oxford: Oxford University Press.
- SEARLE, J. R. (1968). Austin on Locutionary and Illocutionary Acts. *The Philosophical Review* 77 (4), 405-424.
- SEARLE, J. R. (1969). *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*. Cambridge: Cambridge University Press.
- SEARLE, J. R. (1995). *The Construction of Social Reality*. New York: The Free Press.
- SILK, A. (2019). Evaluational Adjectives. *Philosophy and Phenomenological Research*
- STALNAKER, R. (1978). Assertion. *Syntax and Semantics (New York Academic Press)* 9, 315-332.
- STRAWSON, P. F. (1962). Freedom and Resentment. En G. Watson (Ed.), *Proceedings of the British Academy, Volume 48* (1-25): Oxford University Press.
- TOH, K. (2005). Hart's Expressivism and his Benthamite Project. *Legal Theory* 11 (02), 75-123.
- TOH, K. (2007). Raz on Detachment, Acceptance and Describability. *Oxford Journal of Legal Studies* 27 (3), 403-427.
- TOH, K. (2015). Erratum to: Four Neglected Prescriptions of Hartian Legal Philosophy. *Law and Philosophy* 34 (3), 333-368.

