

## LA NO TAN SANA CRÍTICA RACIONAL

Dr. Diego DEI VECCHI\*

---

Fecha de recepción: 1 de febrero de 2019

Fecha de aprobación: 7 de octubre de 2019

### Resumen

El artículo intenta hacer explícitas las razones por las cuales los sistemas jurídico penales actuales son deficientes a la hora de proporcionar criterios adecuados para determinar cuándo las premisas fácticas de las decisiones judiciales están suficientemente justificadas. Recurriendo a una serie de distinciones provenientes del campo de la epistemología y de la filosofía del lenguaje se elucidan las razones de esa deficiencia y se muestra cuáles son los obstáculos que debe enfrentar toda empresa que pretenda solucionar el problema. A partir de allí, el texto reconstruye las dos principales líneas de pensamiento que, en la actualidad, intentan desde el ámbito académico proporcionar las herramientas adecuadas para superar esos obstáculos.

*Palabras clave: sana crítica racional – estándar de suficiencia probatoria – prueba – verdad*

**Title:** Not so Sound Rational Critique

### Abstract

The article attempts to make explicit the reasons why current criminal justice systems are deficient in providing adequate criteria for determining when the factual premises of judicial decisions are sufficiently justified. Using a series of distinctions drawn from the field of Epistemology and the Philosophy of Language, it elucidates the reasons for this deficiency and shows what obstacles any attempt seeking to solve the problem must face. From there, the text reconstructs the two main lines of thought that, at present, try to provide the adequate tools to overcome those obstacles.

*Keywords: Sound Rational Critique – Standards of Proof – Evidence – Truth*

**Sumario: I.; II.; III.; IV.; V.; VI.; VII. Bibliografía.**

---

\* Investigador, Universidad de Girona. Agradezco a Jordi FERRER BELTRÁN por sus comentarios a una versión preliminar de este texto así como también a las dos personas que dictaminaron la versión final en modo anónimo.

“La doctrina en general rechaza en la actualidad la pretensión de que pueda ser válida ante el derecho internacional de los Derechos Humanos una sentencia que se funde en la llamada libre o íntima convicción, en la medida en que por tal se entienda un *juicio subjetivo de valor que no se fundamente racionalmente* y respecto del cual no se pueda seguir (y consiguientemente criticar) el curso de razonamiento que lleva a la conclusión de que un hecho se ha producido o no o se ha desarrollado de una u otra manera. Por consiguiente, se exige como requisito de la racionalidad de la sentencia, para que esta se halle fundada, que sea reconocible el razonamiento del juez. Por ello se le impone que proceda conforme a la sana crítica, que no es más que la aplicación de un método racional en la reconstrucción de un hecho pasado”.<sup>1</sup>

## I.

En el ámbito de la filosofía del lenguaje hay quienes piensan que el acto lingüístico de aseverar tiene una importancia crucial. Para algunos esto se debe a que se trata de un acto de habla prioritario respecto de otros actos lingüísticos, como los de preguntar, ordenar, alertar, etc. Pero, ante todo, esa prioridad residiría además en que al aseverar asumimos compromisos que dejan entrever presupuestos filosóficos más profundos acerca de cómo está constituido el mundo.<sup>2</sup>

Entre esos compromisos, dos resaltan especialmente. El primero es el compromiso con algún concepto de verdad y con ciertas formas de corrección. Más específicamente, en cada aserción que llevamos a cabo nos comprometemos con que el contenido aseverado es verdadero a la luz de una noción más profunda de “verdad”. P. ej., quien asevera que “Dios existe” se compromete con la verdad de la proposición expresada en ese enunciado, es decir, con que Dios, en efecto, existe. El segundo compromiso es con el tipo de razones disponibles para mostrar a su interlocutor que la proposición es verdadera. No toda razón que alguien pueda alegar en favor del contenido de una aserción es el tipo de razón adecuada para ello.<sup>3</sup>

Un caso de recurso al tipo de razones inadecuado es el de PASCAL, al menos si se lo entiende como un argumento para creer en la existencia de Dios. PASCAL afirmaba que, como toda otra proposición, aquella según la cual Dios existe podía ser verdadera o no serlo. Ahora bien, si

---

<sup>1</sup> CSJN, “Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa”, 20 de septiembre de 2005 (Fallos: 328:3399). El resaltado es propio.

<sup>2</sup> Véase QUINE, “Acerca de lo que hay”, en *Desde un punto de vista lógico*, Barcelona, Orbis, 1984.

<sup>3</sup> Sobre la noción de aserción aludida véase ALSTON, *Illocutionary Acts & Sentence Meaning*, Ithaca, N.Y. - London, Cornell University Press, 2000, p. 120, y algunas consideraciones sobre su especial carácter en SBISÀ, “Assertion among the Speech Acts”, en GOLDBERG, *The Oxford Handbook on Assertion (forthcoming)*, Oxford, Oxford University Press, 2009. La idea de razones del tipo adecuado se remonta a STRAWSON, “Libertad y resentimiento”, en STRAWSON, *Libertad y resentimiento y otros ensayos*, Barcelona, Paidós, 1995 [1968]. Véase también DARWALL, *The Second-Person Standpoint: Morality, Respect, and Accountability*, Cambridge - Massachusetts - London, Harvard University Press, 2006.

creyésemos que fuera verdadera y si ese fuera el caso, luego de nuestra muerte viviríamos eternamente en el paraíso (por cierto, siempre que además hubiéramos hecho algunas cosas más, “incluso aquellas que contradicen a las otras”). En cambio, si tuviéramos esa creencia y Dios no existiese, nada ocurriría que no hubiera ocurrido de cualquier modo, siendo o no creyentes. En contraste, si no creyésemos en Dios y la proposición fuera, sin embargo, verdadera, luego de nuestra muerte estaríamos condenados a vivir en el infierno. Por lo tanto, parece, tenemos “razones” para creer en Dios.

Algo parecido sucede con aquellas personas creyentes que, a efectos de justificar su creencia en Dios, alegan el hecho de que esa creencia les depara paz o algún tipo de bienestar en su vida cotidiana. Quizás el nivel de sospecha aumentaría frente al astrónomo que asegurara que hay vida en otros planetas y apoyara su aserción en consideraciones relativas a la magnánima felicidad que esa creencia le deparara o en lo irrefrenable e intenso de la convicción que sintiera al respecto. Mucho menos indulgentes seríamos con el médico o la médica que nos garantizara que no tenemos una determinada enfermedad y alegara en favor de su aserción el hecho de que, si tuviéramos esa enfermedad, debería intervenirlos quirúrgicamente y eso le impediría hacer el viaje que tiene planeado. Simétricamente, ninguna gracia nos causaría recibir una condena penal o ser sometidos a una medida de coerción porque las personas que nos juzgan determinan que hemos cometido el delito del que se nos acusa o que somos peligrosos para el proceso iniciado en nuestra contra, todo sobre la base de que si así no lo creyesen y aseverasen la prensa hablaría mal de ellas o, simplemente, invocaran una corazonada vehemente respecto de que somos culpables o peligrosos.

Lo que está mal respecto de los argumentos delineados en todos los ejemplos precedentes es que no recurren al tipo adecuado de razones para la conclusión que quieren sustentar. En efecto, como decía QUINE, el procedimiento fundamental para determinar la verdad de un enunciado es compararlo de un modo u otro con el mundo o, al menos, con nuestra experiencia del mundo.<sup>4</sup> Ni los estados emocionales ni los beneficios que la verdad del enunciado depararía son modos de contrastar el enunciado con la realidad. En todo caso, a la inversa, es precisamente el estar convencido o tener la certeza acerca de la verdad del enunciado lo que requiere de una genuina

---

<sup>4</sup> QUINE, *Los métodos de la lógica*, Barcelona, Ariel, 1962, p. 25.

justificación, al tiempo que lo beneficioso o agradable que ello pueda resultar son razones inaptas a estos efectos.<sup>5</sup>

Esto conduce a la necesidad de distinguir entre dos tipos de razones de muy distinta índole, a saber: las razones epistémicas y las razones para la acción. En términos muy generales, quizás algo rudimentarios pero suficientes en este marco, las razones para la acción son aquellas que justifican hacer algo, al tiempo que las razones epistémicas son aquellas que justifican el contenido de nuestros enunciados acerca del mundo. En la filosofía esta distinción suele ir a la par de la distinción entre razonamiento teórico y razonamiento práctico, distinción no pacífica, claro está.<sup>6</sup>

## II.

Pues bien, lo que la CSJN nos está diciendo en el fallo del que se toma el epígrafe (y lo que las cortes suelen decir a lo largo y ancho del planeta) es que para decidir si imponer o no una pena a una persona es necesario determinar antes si ella ha cometido el delito por el que se la acusa acudiendo al tipo de razones adecuadas para ello. Al menos en un mundo gobernado por una visión cientificista como el nuestro, el único tipo de razones que justifican una reconstrucción determinada de un hecho pasado son las razones epistémicas o, más simplemente, las pruebas.<sup>7</sup> Hay que desarrollar a estos efectos un razonamiento teórico para lo cual alcanza con limitarse a acudir a la sana crítica racional (SCR). O al menos esto es lo que parece pensar la Corte, en consonancia con

---

<sup>5</sup> Esta es una de las razones por las cuales se rechazan los criterios probatorios que identifican la suficiencia probatoria con estados mentales, aun cuando se trate de estados proposicionales. En estos casos, se dice “el derecho procesal penal hace que el EdP sea parasitario del nivel de confianza que el investigador o juzgador de los hechos (en este caso, el jurado) tenga en la culpabilidad del acusado. De modo que, para el derecho, tenemos una prueba de la culpabilidad del acusado cuando los miembros del jurado se sienten fuertemente persuadidos de ello (o cuando asignen a la hipótesis de la culpabilidad una probabilidad mayor a x, en el caso de un estándar probabilístico). Sin importar cómo hayan llegado a tener ese alto nivel de confianza, está probado. Esto pone las cosas precisamente del revés” (LAUDAN, *Verdad, error y proceso penal: un ensayo sobre epistemología jurídica*, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 126). En el mismo sentido LAUDAN, “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, en ÍDEM, *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2011, p. 70.

<sup>6</sup> Véase SCHROEDER, “The Unity of Reasons”, en STAR, *The Oxford Handbook to Reasons and Normativity*. Oxford, Oxford University Press, 2018.

<sup>7</sup> No creo necesario discutir mayormente esta afirmación aquí, pero téngase en cuenta que no hay acuerdo acerca del carácter objetivo de considerar adecuadas a las razones que nuestra epistemología considera tales. Véase RORTY, *Philosophy and the Mirror of Nature*, Princeton, Princeton University Press, 1979. Cfr. ALSTON, “Concepts of Epistemic Justification”, *Epistemic justification. Essays in the theory of knowledge*, Ithaca, Cornell University Press, 1989 [1985]; HAACK, *Evidence and Inquiry. A Pragmatist Reconstruction of Epistemology*, Amherst, N.Y., Prometheus Books, 2009 [1993], cap. 9; BOGHOSSIAN, “How are objective epistemic reasons possible?”, en *Philosophical Studies*, n.º 106, 1-2, 2001, BOGHOSSIAN, *Fear of Knowledge: against Relativism and Constructivism*, Oxford - New York, Clarendon Press - Oxford University Press, 2006.

muchos otros tribunales. Es más, la exigencia de que así se decidan las cuestiones de hecho en sede judicial parece “elevarse” a la categoría de derecho fundamental.

No obstante, analizada rigurosamente, la cuestión no es tan sencilla. La SCR suele ser considerada un sistema de valoración de la prueba, es decir, un método para atribuir peso probatorio a determinados elementos de prueba individualmente considerados y en su conjunto. Se trata de un método según el cual lo que determina el peso probatorio concreto de una prueba o de un conjunto de elementos de prueba es su valor estrictamente epistémico. Ese peculiar tipo de valor remite a los criterios comunes de justificación epistémica. De allí que usualmente se diga entre procesalistas que la SCR está constituida por las reglas de la lógica y de la experiencia común.<sup>8</sup>

La experiencia común nos permite generar máximas (a modo de reglas generales) en virtud de las cuales inferimos ciertas conclusiones. P. ej., quien una lluviosa mañana de otoño vea que el dorso de la campera para lluvia de su compañero o compañera de trabajo recién llegada tiene una salpicadura discontinua de chispas de barro que emulan una columna vertebral, puede inferir (abducir, dirán algunos) que esa persona ha llegado en bicicleta e incluso que esa bicicleta carece de guardabarros. Esa inferencia se justifica, luego, acudiendo —por lo menos— a una máxima construida a partir de la experiencia pasada. Las máximas de experiencia suelen justificarse mediante razonamientos de tipo inductivo.<sup>9</sup> Nuestro catálogo de máximas nos permite *explicarnos* eventos individuales por medio de lo que suele denominarse razonamiento abductivo. Y una conclusión abductiva, una explicación, suele justificarse por medio de cadenas de razonamientos deductivos que consisten en subsumir observaciones individuales en las máximas de experiencia, como reglas generales.<sup>10</sup> Pero ¿cuándo una explicación es lo *suficientemente buena* como para ser tenida por verdadera?

---

<sup>8</sup> Sobre los criterios de justificación epistémica puede verse el luminoso trabajo de HAACK, *supra* nota 7, especialmente los cuatro primeros capítulos. Para una introducción a la enorme gama de discusiones relativas a esos criterios, véase la compilación de artículos que propone POJMAN, *The Theory of Knowledge. Classical and Contemporary Readings*, Belmont [etc.], Wadsworth, 1993. En el eslogan empleado muchas veces para “explicar” el sistema de valoración de la sana crítica, a las reglas de la experiencia común y las de la lógica se agregan las “reglas de la psicología”. Nunca me ha quedado claro qué reglas epistemológicas aceptables pueda emplear la psicología para fundamentar sus aserciones más allá de las reglas de la lógica y las de la experiencia. Si existiesen reglas tales, cabría preguntarse en qué sentido son aceptables y sobre la base de qué parámetros lo son (¿los de la lógica y la experiencia común?).

<sup>9</sup> Sin embargo, hay máximas injustificadas o máximas eminentemente valorativas. Su carácter epistémicamente pertinente es, como mínimo, altamente dudoso. Véanse MAZZARESE, *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 89-92; GONZÁLEZ LAGIER, *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, México D.F., Fontamara, 2013.

<sup>10</sup> Véase TUZET, *La prima inferenza : l'abduzione di C. S. Peirce fra scienza e diritto*, Torino, G. Giappichelli, 2006.

## III.

El momento en que la CSJN emitió el fallo citado al inicio —cuya enorme repercusión se encauzó más hacia reflexiones relativas al llamado principio de inmediación que hacia las concernientes a la suficiencia probatoria— se sitúa temporalmente dentro de un periodo en el que la discusión en materia de prueba comenzaba a cobrar un espacio medular tanto en el marco del derecho procesal, donde se la había descuidado por mucho tiempo, cuanto en el ámbito de la filosofía del derecho. El lugar central en esa discusión lo ocuparía desde entonces el movimiento que hoy suele denominarse concepción racionalista de la prueba.

No es fácil decir cuáles son los postulados que caracterizan a esa concepción, pero podríamos decir que uno de sus ideales de fondo reside en hacer epistémicamente inteligibles las decisiones sobre la suficiencia probatoria o, en el mejor de los casos, colaborar con la legislatura aportándole criterios estrictamente epistémicos dirigidos a determinar cuándo un enunciado fáctico podrá considerarse probado en diversos contextos de decisión.<sup>11</sup> Llamaré a los partidarios de esta concepción “epistemólogos esperanzados”, pues muchos confían en que es posible identificar y proponer límites de suficiencia probatoria genuinamente epistémicos. Ellos abogan, en definitiva, por un anhelo semejante al que la CSJN expresaba en el citado pasaje.

Sin embargo, el epistemólogo esperanzado no es tan ingenuo como para creer que el llamado a la epistemología o la remisión a las reglas de la SCR resuelvan todos sus problemas, sin más.<sup>12</sup> Por

---

<sup>11</sup> Véase, para una caracterización de la *concepción racionalista* y de sus presupuestos filosóficos, ACCATINO, “¿De qué hablamos cuando hablamos de concepción racionalista de la prueba jurídica?” (borrador en proceso de publicación proporcionado por la autora), 2018.

<sup>12</sup> De aquí que la distinción que trazo entre epistemólogos esperanzados y desengañados no deba confundirse con la que FERRAJOLI trazaba otrora entre ilustrados ilusos y desilusionados (véase FERRAJOLI, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2005 pp. 62-64). Para FERRAJOLI el ilustrado se torna iluso si cree “que se puede alcanzar la verdad ‘objetiva’”, al tiempo que la verdad alcanzada en un proceso es siempre *relativa o aproximativa* (véase, p. ej., pp. 45, 50, 55, etc.). El desilusionado, por su parte, es quien cree que la verdad objetiva no es nunca alcanzable y que, por lo tanto, las decisiones sobre hechos en los procesos judiciales quedan libradas al más crudo subjetivismo, desatado de todo criterio de corrección. Ahora bien, la bipartición que hace FERRAJOLI me parece problemática, confusa, en tanto no distingue entre enunciado fáctico y enunciado probatorio, al tiempo que la distinción resulta, en este punto, crucial. A diferencia de cuanto afirma FERRAJOLI, la verdad que puede alcanzarse en el proceso (o en cualquier disciplina científica) respecto del *enunciado fáctico* (e.g. ‘p’) no es *relativa*. Lo relativo son las razones en favor de ese enunciado, la prueba en su apoyo; si se prefiere, lo relativo es la corrección del *enunciado probatorio* (el que asevera que hay pruebas suficientes para aceptar que ‘p’ es verdadero). La corrección de ese enunciado es relativa a un determinado conjunto de elementos probatorios a la luz de un cierto contexto práctico, un contexto en que debe adoptarse un determinado curso de acción (sobre el punto, véanse FERRER BELTRÁN,

el contrario, la irrupción del movimiento racionalista en materia probatoria trajo consigo una constatación que muchas de las figuras más representativas, acaso todas, pusieron rápidamente de manifiesto, a saber: al ser un método o sistema de valoración, la SCR no establece ni impone un criterio específico de suficiencia de las pruebas. A decir verdad, esto resulta bastante evidente, pues dentro de las reglas de la lógica a las que la SCR debe responder, suelen decir desde antaño los y las procesalistas, está el principio de razón suficiente. De modo que resolver de acuerdo con la SCR si una acusación contra una persona está o no probada exige aplicar un principio (¿realmente lógico?) cuyas condiciones de satisfacción no están dadas por la SCR misma.

Y todavía más, lo cierto es que ni la lógica ni la epistemología ofrecen límite de suficiencia alguno a partir del cual una hipótesis pueda considerarse probada. No es este tampoco el espacio adecuado para profundizar en este problema, pero pongámoslo así: toda máxima de experiencia se remonta, tarde o temprano, a un razonamiento de tipo inductivo y no hay criterios lógicos para establecer cuándo un razonamiento inductivo es suficiente: ¿cuántos experimentos u observaciones son necesarios para que la generalización de la que se trate pueda considerarse suficientemente justificada? Por su parte, la epistemología tampoco proporciona un criterio categórico que nos permita decir cuándo una justificación es epistémicamente suficiente. En el mejor de los casos, lo que la epistemología pone a nuestro alcance es algo así como un criterio de resignación según el cual la mejor hipótesis ha de tenerse por la verdadera (sea lo que fuere que la hace mejor), aun si esa hipótesis se presenta, aisladamente, como improbable.<sup>13</sup>

Esto se vincula con un problema que trasciende con creces a la órbita de la decisión judicial y que afecta con la misma intensidad a toda empresa cognitiva. La justificación epistémica es falible en todo ámbito: en las ciencias, en el diagnóstico clínico, en la historia, en la investigación de crímenes y, naturalmente, en el marco de las decisiones judiciales. Por más que contemos con una robusta justificación epistémica, con innumerables observaciones y con máximas de experiencia bien sustentadas en estas, la proposición aseverada, aquella en favor de la cual esa justificación se

---

“Está probado que p”, en TRIOLO (Ed.), *Prassi giuridica e controllo di razionalità* (Vol. I.), Torino, G. Giappichelli, 2001, pp. 73-96; FERRER BELTRÁN, *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid Barcelona, Marcial Pons, 2005). Asumo aquí que tanto la versión esperanzada cuanto la desengañada de la epistemología son conscientes de ello. Lo que genera la contienda entre estas dos facciones es que, mientras la primera cree que es posible fijar criterios de suficiencia epistémica *a priori*, la segunda lo niega. Agradezco a un o una dictaminadora anónima por sugerirme hacer referencia a la distinción *ferrajoliana*.

<sup>13</sup> Lo que ahora llamo “principio de resignación” puede identificarse con la noción de *inferencia a la mejor explicación*, que se remonta a HARMAN, “The inference to the Best Explanation”, en *The Philosophical Review*, n.º 74, 1965. Véase también LIPTON, *Inference to the best explanation*, London-New York, Routledge, 1991; AMAYA, “Inference to the Best Legal Explanation”, en KAPTEIN (et. al.), *Legal Evidence and Proof: Statistics, Stories, Logic*, Farnham, Ashgate, 2009.

alega, puede ser falsa. Los seres humanos estuvieron alguna vez justificados en creer que la tierra era plana, pero hoy parece que esa creencia era falsa ya entonces a despecho de esa justificación; podríamos tener excelentes razones epistémicas en favor de la conclusión de que el paciente tiene lupus, pero podría no ser ese el caso; podríamos tener razones epistémicamente adecuadas en favor de que el acusado cometió el delito, pero él o ella podrían ser inocentes.

En estas condiciones, si no es la verdad de la proposición la que nos dota de justificación, dado que una proposición justificada puede siempre ser falsa ¿qué es lo que nos dice cuándo estamos epistémicamente justificados para aseverar cualquiera de esas cosas? Según lo dicho, en la medida en que nos limitemos a invocar a la SCR, aunque estaremos ponderando las razones del tipo adecuado, no tendremos criterios para decidir sobre la suficiencia de esas razones. A menos, por cierto, que estemos dispuestos a actuar sobre la base del principio de resignación. Pero este no parece tampoco ser el caso.

En efecto, una suposición adicional común entre epistemólogos esperanzados, incluso entre aquellos que actualmente revisan los postulados del garantismo clásico, es que actuar sobre la base del principio de resignación no es aceptable en ciertos ámbitos. Esta suposición se remonta al siglo XVIII y se esparce ampliamente tanto en la judicatura como entre juristas y la ciudadanía en general. En especial, actuar resignadamente no es admisible en el marco de la decisión judicial, sobre todo cuando la decisión entraña, p. ej., encarcelar a una persona. Para adoptar este tipo de decisión, se asume, hacen falta hipótesis especialmente robustas desde el punto de vista epistémico. Lo inadmisibles de actuar resignadamente a la luz de una hipótesis improbable, aun si es la mejor, es producto del modo en que se evalúan moralmente las consecuencias posibles de la decisión. Nadie parece poner en duda que condenar a un inocente es moralmente más indeseable que absolver a un culpable (o al menos nadie parece estar dispuesto a decirlo abiertamente). De modo que para actuar de un modo moralmente justificado al emitir un fallo condenatorio serán necesarias más pruebas que aquellas que satisfacen al principio de resignación. Esto muestra que, aun cuando el sistema de valoración de la prueba sea el de SCR, la suficiencia de las razones del tipo adecuado (esto es, las epistémicas) será función de un juicio *moral*.<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> La idea de que condenar a un inocente es mucho más indeseable que absolver a un culpable es un lugar común que suele remitirse a la que hoy se conoce como *ratio* de Blackstone, para quien lo primero era diez veces peor que lo segundo (BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Philadelphia, J.B. Lippincott Co, 1893, p. 359). Hoy es más usual plantear

#### IV.

Pero ¿quién dijo que todo está perdido? El epistemólogo esperanzado piensa que el solo hecho de que la completitud de la justificación epistémica esté ligada a consideraciones prácticas no nos condena necesariamente a claudicar ante el juicio moral *de cada juzgadora* o *juzgador*.<sup>15</sup> Si se quiere evitar dejar ese juicio librado a la discreción de quien decida, dice aquel, es necesario generar y emplear criterios de suficiencia epistémica especiales, criterios que en las últimas décadas se han ido instalando en la discusión bajo la etiqueta de *estándares de prueba*. En este orden de ideas, vimos que con una justificación epistémica cualquiera, por buena que sea, se corre el riesgo de, p. ej., condenar a una persona inocente o dejar libre a una culpable. Ante esto, ha de recurrirse a los estándares de prueba para fijar umbrales de suficiencia que, elevando la exigencia probatoria respecto del principio de resignación, atiendan a cuánto queremos disminuir cada riesgo a la luz del tipo de decisión a adoptar. Para poner un ejemplo: según nuestras convicciones morales (permítaseme suponer) condenar por error a una persona inocente y ejecutarle el patrimonio es menos grave que condenarla y encerrarla por un periodo considerable de tiempo en la cárcel. De modo que, en apariencia, sería “racional” contar con un estándar de prueba más exigente para casos como este último que para casos como el primero. Al mismo tiempo, de acuerdo con la ponderación de los valores en juego, los estándares de suficiencia probatoria podrían ser menos exigentes a efectos de imponer medidas cautelares “leves” como un embargo de bienes y aumentar la exigencia para otras más graves, como la prisión preventiva. Lo que determinaría en cada caso el nivel de suficiencia probatoria es, en definitiva, un juicio moral subyacente al estándar de prueba.

El epistemólogo esperanzado piensa que la fijación de estándares de prueba no implica dar la batalla por perdida y abandonar el sistema de valoración racional de la prueba, en particular, el de

---

la cuestión en términos de distribución de errores (LAUDAN, *Truth, error, and criminal law: an essay in legal epistemology*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006; LAUDAN, “La elemental aritmética epistémica del derecho II: los inapropiados recursos de la teoría moral para abordar el derecho penal”, en VÁZQUEZ, *Estándares de prueba y prueba científica*, Madrid - Barcelona - Buenos Aires - Sao Paulo, Marcial Pons, 2013, LAUDAN, *The Law's Flaws. Rethinking Trials and Errors?*, Milton Keynes, Lightning Source, 2016) o distribución de riesgo de errores (NANCE, *The Burdens of Proof*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, § 2.2; FERRER BELTRÁN, “Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea”, en PAPAYANNIS y PEREIRA FREDES, *Filosofía del derecho privado*, Madrid-Barcelona-Sao Paulo-Buenos Aires, Marcial Pons, 2018 [en prensa], p. 406-407, nota 12), y el juicio moral aludido suele manifestarse diciendo que esos errores o esos riesgos deben ser tratados *asimétricamente* (WALTON, *Legal Argumentation and Evidence*, University Park, Pa., Pennsylvania State University Press, 2002, p. 13-14) o con *sensibilidad más que mínima* (BAYÓN MOHINO, “Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano”, en *Análisis e derecho. Ricerche di giurisprudenza analitica*, 2009-2010, 1, 2009, p. 23-24).

<sup>15</sup> Cfr. STEIN, *Foundations of evidence law*, Oxford - New York, Oxford University Press, 2005, p. 117-119.

la SCR, ni en favor de sistemas tasados ni en favor de sistemas de íntima convicción. Basta con que los estándares distribuyan el riesgo de error, de acuerdo con el juicio moral correspondiente, fijando rigurosamente el nivel de suficiencia exclusivamente por medio de criterios epistémicos (*i. e.*, sin remitir a estados mentales o a otras razones del tipo inadecuado). En otras palabras, lo único que hay que hacer es delimitar cuál es el grado de justificación *epistémica* al cual se deja supeditada la adopción de cada tipo de decisión.<sup>16</sup> Aunque la epistemología no ofrezca por sí misma criterios de suficiencia tales, parece pensarse, por lo menos proporciona criterios que nos permiten cualificar de antemano, en abstracto, las hipótesis fácticas según su grado de justificación a la luz del tipo adecuado de razones. La tarea por realizar (idealmente por parte de las legislaturas) sería la de formular estándares que, acudiendo solo a esos criterios, gradúen las exigencias epistémicas para distintos tipos de hipótesis en consonancia con el tipo de decisión a adoptar. P. ej., un estándar que dijese que, a efectos de una condena, (a) la hipótesis se considerará probada solo si se han refutado todas las hipótesis alternativas plausibles, sería más gravoso que uno que dijese que (b) la hipótesis se considerará probada en la medida en que sea la mejor explicación de las evidencias con que se cuenta. O al menos así parece.

Es importante señalar que si los criterios de suficiencia (*i. e.*, los estándares) no se formularan recurriendo exclusivamente a criterios epistémicos, entonces sí se renegaría del sistema de valoración de la SCR y la batalla habría de darse definitivamente por perdida. Esto se debe a que entre los sistemas de valoración y los estándares de prueba hay una relación biunívoca:<sup>17</sup> si el estándar no se formula y aplica sobre la base de aquello que el sistema de valoración considera relevante para determinar el peso probatorio, entonces este último perdería vigor, caería en desuetudo. Al mismo tiempo, todo estándar es propio de algún sistema de valoración determinado: el estándar que dice que es prueba suficiente el testimonio de, p. ej., dos personas con tales o cuales características, se inscribe dentro del sistema de prueba legal o tasada, al cual dotaría de vigencia por medio de su aplicación. Un estándar que diga que hay prueba suficiente cuando la jueza o el juez se sientan plenamente convencidos, o cuando no tengan dudas, o cuando tengan el estado mental del que se trate, se inscribe dentro del sistema de íntima convicción, sistema al cual dotaría de

---

<sup>16</sup> Aunque con posturas divergentes respecto de cómo lograr este cometido, véase, p. ej., LAUDAN, *Truth, error, and criminal law*, *supra* nota 14, cap. 3; FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2007; FERRER BELTRÁN, “La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana”, en VÁZQUEZ, *Estándares de prueba y prueba científica*. Madrid - Barcelona - Buenos Aires - Sao Paulo, Marcial Pons, 2013, FERRER BELTRÁN, *supra* nota 14, NANCE, *supra* nota 14, § 2.2.

<sup>17</sup> DEI VECCHI, *Problemas probatorios perennes*, México, Fontamara, 2018.

vigencia a medida que es aplicado a los casos. Precisamente por esto, como se veía en el epígrafe, la CSJN rechaza invocar esos criterios de suficiencia a efectos de decidir: porque implican el abandono de la SCR.

## V.

Ahora bien, frente al optimismo del epistemólogo esperanzado, el epistemólogo desengañado señala que el de aquel es un anhelo tan noble como imposible. Las razones que informan su pesimismo son varias, pero quisiera enfatizar aquí solo una. El hecho de que la epistemología no proporcione de por sí estándares de suficiencia probatoria es en gran medida reflejo de que tampoco proporciona meta-criterios epistémicos de saturación de sus conceptos, *i. e.*, no dice cuándo una hipótesis puede ser calificada de acuerdo con los criterios epistémicos en cuestión. Veamos algunos de los criterios a los que el epistemólogo esperanzado ha intentado recurrir a efectos de proponer estándares acordes con su concepción, estándares *de lege* o *sententia ferenda*, claro está. Así, se requiere, p. ej., que la hipótesis sea plausible, o que no sea una hipótesis *ad hoc*, o se recurre a lo fácil o difícil de explicar la presencia de ciertas pruebas si la hipótesis en cuestión fuera verdadera o falsa, etc. Ahora bien ¿cuándo se verifican las condiciones que hacen que una hipótesis caiga dentro de la extensión de uno de esos conceptos?

Pareciera, piensa el epistemólogo desengañado, que determinar si las condiciones de aplicación del criterio epistémico del que se trata o de un conjunto de estos se han verificado, remite, una vez más, a la evaluación de la gravedad de los errores en juego según la decisión a adoptar. Es como si la epistemología padeciese de una dolencia autoinmune de carácter crónico. El estándar (a), p. ej., podría considerarse satisfecho con un conjunto de elementos de prueba *x* frente a un caso determinado, al tiempo que ese mismo conjunto *x* podría juzgarse como insuficiente para satisfacer ese mismo estándar en un caso distinto. Lo que determina la suficiencia o insuficiencia en uno u otro caso es, al parecer, el juicio moral relativo a los riesgos en juego. En este sentido, el epistemólogo desengañado es particularista respecto de la aplicación de los estándares de prueba y de los criterios epistémicos en general, pero no necesariamente por suscribir una posición meta-ética de corte particularista,<sup>18</sup> sino porque cree que los conceptos epistémicos adolecen de un tipo de indeterminación muy peculiar, un tipo de indeterminación que hace que calificar a una cierta hipótesis como una instancia de ese concepto (*e. g.* plausible, suficientemente plausible, no *ad hoc*,

---

<sup>18</sup> Cfr. DANCY, "Ethical Particularism and Morally Relevant Properties", en *Mind*, n.º 92, 368, 1983; DANCY, *Ethics without Principles*, Oxford - New York, Clarendon Press - Oxford University Press, 2004.

etc.) depende en un sentido crucial de cuán justificada se sienta la persona que debe decidir sobre la suficiencia probatoria para actuar en consecuencia.<sup>19</sup>

Si el epistemólogo desengañado creyese que las razones morales para actuar están “ahí afuera”, quizás no sería tan agorero como aparenta. Pues, desde ese punto de vista, determinar si las pruebas con que se cuenta son moralmente suficientes para llevar a cabo una cierta acción (*i. e.*, para hacerse responsable por ello) termina siendo algo parecido, si no idéntico, a determinar si hay vida en otros planetas o si queda dulce de leche en la heladera. A la luz de un objetivismo moral tal (una especie de factualismo) la justicia en la distribución del riesgo de error, o la maldad o bondad de una acción cualquiera, son hechos externos, objetivamente constatables. Más generalmente, esta sería una concepción meta-ética que pondría seriamente en duda la plausibilidad de la distinción entre razonamiento teórico y razonamiento práctico. De modo que, aunque el límite de suficiencia se determinaría al momento del juzgamiento (cosa que el epistemólogo esperanzado quería en principio evitar por medio del recurso a estándares legislativos), esa determinación sería producto de un acto cognitivo: la suficiencia se descubriría como cualquier otro evento y como cualquier caso de “corrección moral”. Ello permitiría objetividad y previsibilidad.

Por el contrario, si el epistemólogo desengañado suscribiese una meta-ética algo más modesta conjugada con una ontología más austera, sobre todo si fuera un escéptico que no solo niega que existan hechos morales sino que rechaza cualquier forma de objetivismo moral, entonces llegaría a la conclusión de que la suficiencia probatoria no solo se determina al momento del juzgamiento, sino que es además producto de un juicio subjetivo de quien debe decidir en cada caso. Todavía más, si él o ella fueran algo más radicales en su escepticismo moral, en la línea de ROSS, p. ej., dirían que la declaración de suficiencia de las razones epistémicas con que se cuenta para aceptar una hipótesis como verdadera y actuar en consecuencia equivale, como cualquier otro juicio moral, a dar un golpe sobre la mesa.<sup>20</sup>

Seguramente haya una buena cantidad de matices intermedios entre el optimismo del epistemólogo esperanzado y el pesimismo del desengañado escéptico en materia moral. Pero si este

---

<sup>19</sup> Algunos antecedentes respecto de estas inquietudes: BAYÓN MOHINO, *supra* nota 14, DEI VECCHI, “Acerca de la fuerza de los enunciados probatorios: El salto constitutivo”, en *Doxa*, n.º 34, 2014, GONZÁLEZ LAGIER, “Prueba y argumentación”, ponencia presentada en Congreso Mundial de Razonamiento Probatorio I, Girona, 2018.

<sup>20</sup> ROSS, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 2006 [1958], p. 267. Véase también GUASTINI, *Discutendo*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paolo, Marcial Pons, 2017.

último estuviera en lo correcto, habría que reconocer entonces que la SCR padece de esa dolencia crónica que la fuerza a hacer una concesión crucial a la íntima convicción. Pues aun cuando lo que se tome en cuenta para decidir si una hipótesis fáctica está probada sean razones epistémicas auténticas, la suficiencia de estas quedará necesariamente supeditada en cada caso particular a un juicio moral, subjetivo, de la persona que debe decidir. Un juicio moral que determina que esas razones epistémicas son moralmente suficientes y que, por tanto, justifican adoptar la decisión de la que se trate y asumir la responsabilidad correspondiente por los posibles errores.

## VI.

Creo que esta discusión y la exploración de los matices aludidos son decisivos para el desarrollo de la epistemología jurídica y para que ese desarrollo se traduzca en mejorías tangibles en la práctica decisoria, quizás no solamente la del ámbito judicial. Entre tanto, quizás puedan aprovecharse algunas de las enseñanzas que esa discusión nos depara hasta el momento a fin de identificar ciertos síntomas observables en la práctica judicial actual de declaración de “hechos probados”.

En efecto, puede decirse sin más que se trata de una práctica que carece y prescinde de estándares acordes al ideal de los paladines de la concepción racionalista de la prueba; una que se limita en el mejor de los casos a evocar livianamente a la SCR y al principio de razón suficiente a fines de decidir si ciertos hechos están suficientemente probados o no. Se trata, además, de una práctica en la que, si existen criterios morales objetivos de distribución del riesgo de error, estos son desconocidos por quienes juzgan, lo cual se evidencia en que no hay siquiera criterios morales unánimemente compartidos al respecto. En estas condiciones, las argumentaciones (o pseudo-argumentaciones) relativas a las declaraciones de hechos probados, no solo no evitan reducir esas decisiones a un juicio subjetivo de valor, sino que lo implican: precisamente en virtud de esa liviana evocación, la constitución de la suficiencia probatoria en cada caso se torna producto de la íntima convicción (moral) de quien decide. Ante esto, y a falta de razones ulteriores que justifiquen esa convicción, desgraciadamente, la práctica termina asemejándose en demasía a la de decidir dando un golpe sobre la mesa.

## VII. Bibliografía

ACCATINO, DANIELA, “¿De qué hablamos cuando hablamos de concepción racionalista de la prueba jurídica?”, en *Borrador en proceso de publicación proporcionado por la autora*, 2018.

ALSTON, William P., “Concepts of Epistemic Justification”, *Epistemic justification. Essays in the theory of knowledge*, Ithaca, Cornell University Press, 1989 [1985], pp. 81-115.

—, *Illocutionary Acts & Sentence Meaning*, Ithaca, N.Y. - London, Cornell University Press, 2000.

AMAYA, Amalia, “Inferest to the Best Legal Explanation”, en HENDRIK KAPTEIN (*et al.*), *Legal Evidence and Proof: Statistics, Stories, Logic*, Farnham, Ashgate, 2009, pp. 135-159.

BAYÓN MOHINO, Juan Carlos, “Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano”, en *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, 2009-2010(1) 2009, pp. 15-34.

BLACKSTONE, William, *Commentaries on the Laws of England*, Philadelphia, J.B. Lippincott Co, 1893.

BOGHOSSIAN, Paul, “How are objective epistemic reasons possible?”, en *Philosophical Studies*, n.º 106, 1-2, 2001, pp. 340-380.

—, *Fear of Knowledge: against Relativism and Constructivism*, Oxford - New York, Clarendon Press - Oxford University Press, 2006.

DANCY, Jonathan, “Ethical Particularism and Morally Relevant Properties”, en *Mind*, n.º 92, 368, 1983, pp. 530-547.

—, *Ethics without Principles*, Oxford - New York, Clarendon Press - Oxford University Press, 2004.

DARWALL, Stephen, *The Second-Person Standpoint: Morality, Respect, and Accountability*, Cambridge - Massachusetts - London, Harvard University Press, 2006.

DEI VECCHI, Diego, “Acerca de la fuerza de los enunciados probatorios: El salto constitutivo”, en *Doxa*, n.º 34, 2014, pp. 237-261.

—, *Problemas probatorios perennes*, México, Fontamara, 2018.

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

FERRER BELTRÁN, Jordi, “Está probado que p”, en L. TRIOLO (ed.), *Prassi giuridica e controllo di razionalità*, vol. I, Torino, Giappichelli, pp. 73-96.

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

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

—, “La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana”, en VÁZQUEZ, Carmen (ed.), *Estándares de prueba y prueba científica*, Madrid - Barcelona - Buenos Aires - Sao Paulo, Marcial Pons, 2013, pp. 21-39.

—, “Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba”, en PAPAYANNIS, Diego/PEREIRA FREDES, Esteban (coords.), *Filosofía del derecho privado*, Madrid-Barcelona-Sao Paulo-Buenos Aires, Marcial Pons, 2018, pp. 401-430 (en prensa).

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, México D.F., Fontamara, 2013.

—, “Prueba y argumentación”, ponencia presentada en Congreso Mundial de Razonamiento ProbatorioI Girona, 2018.

GUASTINI, Riccardo, *Discutendo*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, Marcial Pons, 2017, pp. 193-200.

HAACK, Susan, *Evidence and Inquiry. A Pragmatist Reconstruction of Epistemology*, Amherst, N.Y., Prometheus Books, 2009 [1993].

HARMAN, Gilbert H., “The inference to the Best Explanation”, en *The Philosophical Review*, n.º 74, 1965, pp. 88-95.

LAUDAN, Larry, *Truth, error, and criminal law: an essay in legal epistemology*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

—, “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, en ÍDEM, *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2011, pp. 57-86.

—, “La elemental aritmética epistémica del derecho II”, en VÁZQUEZ, Carmen (ed.), *Estándares de prueba y prueba científica*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 119-134.

- , *Verdad, error y proceso penal: un ensayo sobre epistemología jurídica*, Madrid, Marcial Pons, 2013.
- , *The Law's Flaws. Rethinking Trials and Errors?*, Milton Keynes, Lightning Source, 2016.
- LIPTON, Peter, *Inference to the best explanation*, London-New York, Routledge, 1991.
- MAZZARESE, Tecla, *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, Torino, Giappichelli, 1996.
- NANCE, Dale A., *The Burdens of Proof*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016.
- POJMAN, L. P., *The Theory of Knowledge. Classical and Contemporary Readings*, Belmont [etc.], Wadsworth, 1993
- QUINE, Willard Van Orman, *Los métodos de la lógica*, Barcelona, Ariel, 1962.
- , “Acerca de lo que hay”, en *Desde un punto de vista lógico*, Barcelona, Orbis, 1984, pp. 25-47.
- RORTY, Richard, *Philosophy and the Mirror of Nature*, Princeton, Princeton University Press, 1979.
- ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 2006 [1958].
- SBISÀ, Marina, “Assertion among the Speech Acts”, en GOLDBERG, S., *The Oxford Handbook on Assertion*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- SCHROEDER, Mark, “The Unity of Reasons”, en STAR, Daniel, *The Oxford Handbook to Reasons and Normativity*, Oxford, Oxford University Press, 2018.
- STEIN, Alex, *Foundations of evidence law*, Oxford - New York, Oxford University Press, 2005.
- STRAWSON, Peter F., “Libertad y resentimiento”, en ÍDEM, *Libertad y resentimiento y otros ensayos*, Barcelona, Paidós, 1995 [1968], pp. 37-67.
- TUZET, Giovanni, *La prima inferenza: l'abduzione di C. S. Peirce fra scienza e diritto*, Torino, G. Giappichelli, 2006.
- WALTON, Douglas N., *Legal Argumentation and Evidence*, University Park, Pa., Pennsylvania State University Press, 2002.