



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA  
DE MÉXICO**

**INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS  
PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO**

**“META-TEORÍA DEL DERECHO Y  
EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA”**

**T E S I S**

**QUE PARA OBTENER EL GRADO DE:  
DOCTOR EN DERECHO**

**PRESENTA:**

**LIC. EDGAR RAMÓN AGUILERA GARCÍA**

**TUTOR PRINCIPAL: DR. ENRIQUE CÁCERES**

**COMITÉ: DR. LARRY LAUDAN**

**DR. JUAN VEGA**

**DR. JULIO TÉLLEZ**

**TUTOR INVITADO: DR. HÉCTOR FIX-FIERRO**



**CIUDAD UNIVERSITARIA, 2011**



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

*A una tenaz sobreviviente;  
Creadora incansable de mejores mundos internos;  
Con eterna esperanza en la esperanza;  
A ti mi muy amada hermanita*

## Meta-Teoría del Derecho y Epistemología Jurídica

“No olvidemos que, en nuestro intento de articular abordajes muy distintos, deberemos operar con sistemas de sistemas, una tarea que sólo puede ser acometida desde el nivel de las grandes “generalizaciones orientadoras”. Una generalización interparadigmática requiere, antes que nada, del entorno adecuado que nos permita arrojar lo más lejos posible nuestras redes conceptuales. ...”

*“Sólo así podremos detenernos a examinar tantos detalles como queramos y tratar luego de articularlos en una gran imagen que pueda verse enriquecida con nuevos detalles, realizar los ajustes pertinentes... y así indefinidamente, ampliando cada vez más la gran imagen con nuevos detalles y viceversa. Porque el secreto del pensamiento contextual es que la visión global aporta significados a los que no puede accederse desde las partes y, en consecuencia, proporciona un significado nuevo a los elementos compositivos.”*

*Ken Wilber<sup>1</sup>*

---

<sup>1</sup> Wilber, Ken, *Antología*, Kairós, 2005, pp. 133-134.

Contenido

CAPÍTULO PRIMERO

INTRODUCCIÓN

I. OBJETIVO, 15

II. IDENTIFICACIÓN DE LOS PROYECTOS-PROGRAMAS RESPECTIVOS, 16

III. UBICACIÓN DEL PRODUCTO EVENTUAL DE LA INVESTIGACIÓN EN EL MARCO DEL  
“*CONSTRUCTIVISMO JURÍDICO INSTITUCIONAL*” DE CÁCERES, 23

IV. PRELIMINARES META-TEÓRICOS; LA RUTA METODOLÓGICA HACIA LA INTEGRACIÓN  
DE UN MODELO, 25

V. LA EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA DE LAUDAN: UN EJERCICIO DE RECONSTRUCCIÓN DE  
SUS OBJETIVOS, MOTIVACIONES Y METODOLOGÍA, 36

*1. Objetivos, 36*

*2. Motivaciones, 37*

*3. Metodología, 38*

VI. LA TEORÍA DE LA VALORACIÓN RACIONAL DE LA PRUEBA EN SEDE JUDICIAL (TVRPJ):  
UN EJERCICIO DE RECONSTRUCCIÓN DE SUS OBJETIVOS, MOTIVACIONES Y  
METODOLOGÍA, 40

*1. Objetivos, 40*

*2. Motivaciones, 41*

*3. Metodología, 44*

VII. ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND LAW (*AI AND LAW*): UN EJERCICIO DE RECONSTRUCCIÓN DE SUS OBJETIVOS, MOTIVACIONES Y METODOLOGÍA, 45

1. *Objetivos*, 45
2. *Motivaciones*, 46
3. *Metodología*, 51

VIII. EL CONSTRUCTIVISMO JURÍDICO COGNITIVO DE CÁCERES (CJC): UN EJERCICIO DE RECONSTRUCCIÓN DE SUS OBJETIVOS, MOTIVACIONES Y METODOLOGÍA, 52

1. *Un viraje hacia las cuestiones metodológicas en la Filosofía del Derecho: Evaluación y Naturalización*, 53
2. *Naturalización de disciplinas filosóficas*, 54
3. *El Constructivismo Jurídico (CJ) y la continuidad con los resultados de la ciencia (Results Continuity)*, 56
4. *El Constructivismo Jurídico (CJ) y el Naturalismo Ontológico*, 60
5. *El Constructivismo Jurídico (CJ) y el Naturalismo Semántico*, 61
6. *Las ramas de investigación del Constructivismo Jurídico (CJ)*, 63
7. *Objetivos del Constructivismo Jurídico Cognitivo (CJC)*, 65
8. *Motivaciones del Constructivismo Jurídico Cognitivo (CJC)*, 66
9. *Metodología del Constructivismo Jurídico Cognitivo (CJC)*, 68

IX. LOS CUATRO PROYECTOS Y EL ESQUEMA “X ES IMPORTANTE PARA RESOLVER-EXPLICAR ALGÚN PROBLEMA RELACIONADO CON ALGUNA DE LAS MÚLTIPLES PROPIEDADES ASOCIADAS AL DERECHO” (E), 69

X. ALGO MÁS SOBRE LA CONSTRUCCIÓN DEL *EXPLANANS* EN NUESTRA INVESTIGACIÓN, 80

---

CAPÍTULO SEGUNDO

EL PROYECTO DE EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA DE LARRY LAUDAN, 85

1. TRES VALORES (OBJETIVOS) BÁSICOS EN UN PROCEDIMIENTO PENAL, 85

1. *La reducción del error (Error Reduction)*, 85

2. *La distribución del error*, 98

3. *Valores no-epistémicos-políticos (Non-Epistemic-Policy Values)*, 116

II. LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD COMO OBJETIVO PREPONDERANTE DE UN  
PROCEDIMIENTO PENAL, 117

III. EPISTEMOLOGÍA APLICADA (EA) Y PROCEDIMIENTO PENAL: HACIA UNA  
EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA (EJ), 118

IV. RAZONES PARTICULARES QUE JUSTIFICAN LA REALIZACIÓN DE UN EJERCICIO DE  
EPISTEMOLOGÍA APLICADA AL DOMINIO DEL PROCEDIMIENTO PENAL, 122

V. LA FASE DESCRIPTIVA DE LA EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA: HACIA UNA META-  
EPISTEMOLOGÍA DEL DERECHO, 124

VI. LA FASE PRESCRIPTIVA DE LA EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA: EL *HARDCORE* Y EL  
*SOFTCORE*, 127

VII. EL *HARDCORE* DE LA EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA, 127

1. *El meta-principio aplicable a las rules of evidence*, 133

A. *Reglas de exclusión de evidencia y la protección al acusado en contra de una potencial condena falsa*, 138

B. *Reglas de exclusión de evidencia y una supuesta incompetencia de los miembros del jurado para valorar racionalmente la evidencia*, 142

C. *Exclusión de evidencia y la salvaguarda de los derechos constitucionales del acusado*, 146

2. *El meta-principio aplicable a las rules of procedure*, 160

A. El caso de la denominada “*Discovery Rule*”, 161

B. *La Teoría Subjetiva del Estándar de Prueba*, 163

C. *La imposibilidad de impugnar fallos absolutorios con base en el principio del Double Jeopardy*, 176

## VIII. EL *SOFTCORE* DE LA EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA, 184

1. *Rules of evidence, Rules of procedure, Beneficio de la Duda y el Principio de Indiferencia, 184*
2. *El caso de las denominadas “Affirmative Defenses” y el Principio de la no inversión de la carga de la prueba, 186*
3. *La proporción Blackstone y el Principio del respeto al compromiso dual del Estado, 189*
4. *El principio de la multiplicidad de estándares, 201*

## IX. RECAPITULACIÓN Y DISCUSIÓN PRELIMINAR, 203

---

### CAPÍTULO TERCERO

#### LA TEORÍA DE LA VALORACIÓN RACIONAL DE LA PRUEBA EN SEDE JUDICIAL (TVRPJ), 209

##### I. ‘TVRPJ’ FRENTE A LA “TRADICIÓN IRRACIONALISTA DE LA PRUEBA” (TIP), 209

##### II. CONCEPCIONES GENERALES EN LAS QUE SE BASA ‘TIP’, 209

1. *La imposibilidad de la verdad en los terrenos ontológico y epistemológico, 210*
2. *Respuesta de TVRPJ a la postura anterior, 210*
3. *“La verdad no es prioritaria” como una postura ideológica, 212*
4. *Respuesta de TVRPJ a la postura anterior, 213*
5. *“La verdad es irrelevante” como postura práctica, 218*
  - A. *La concepción retórico-persuasiva del proceso, 218*
  - B. *La concepción retórico-persuasiva del proceso y las funciones de la prueba, 219*
  - C. *Orígenes de la concepción retórico-persuasiva del proceso, 220*
6. *Crítica de Ferrer a la postura de Carnelutti, 223*
7. *El enfoque “formalista” de la prueba judicial, 225*
8. *Orígenes de la conjunción de las tesis A) y B) del enfoque formalista, 226*
  - A. *Distorsión del Principio de Libre Valoración, 226*
  - B. *Distorsión del Principio de “Inmediación”, 228*
9. *Crítica de TVRPJ a la conjunción de las tesis A) y B) del enfoque formalista, 229*



- A. *Ferrer y su crítica al criterio de la “Convicción Íntima”. (La diferencia entre las actitudes proposicionales de “aceptación” y “creencia”), 229*
- B. *Recapitulación del enfoque “formalista” de la prueba judicial, 240*
- 10. *Crítica a las tesis C) y D) del enfoque “formalista” de la prueba judicial, 241*

### III. ACEPCIONES DEL TÉRMINO “PRUEBA” PARA TVRPJ, 242

- 1. *Primera acepción, 243*
- 2. *Segunda acepción, 245*
  - A. *“Prueba” como procedimiento inferencial y la probabilidad lógica de Bacon-Cohen, 247*
  - B. *El papel preponderante de las “generalizaciones empíricas” en la estructura lógica de la “prueba como procedimiento inferencial”, 251*
  - C. *Probabilidad lógica y el campo de la Evidence and Inference, 254*
    - a) *La Prueba Directa, 255*
    - b) *La Prueba Indirecta, 258*
    - c) *La Cascaded Evidence, 259*
- 3. *Tercera acepción, 260*

### IV. LA DISCUSIÓN “ATOMISMO-HOLISMO”, 261

- 1. *Ventajas comunes de la la organización atomista y holista de la evidencia, 262*
- 2. *Dos características de las estructuras narrativas (historias) en cuanto a su empleo en el ámbito de la determinación judicial de los hechos: Necesarias y peligrosas, 266*
- 3. *Crítica a los modelos Atomista y Holista, 276*
- 4. *Enfoque mixtos, 277*
  - A. *En el ámbito teórico, 277*
  - B. *En el ámbito de la investigación empírica, 278*
  - C. *En el ámbito de la representación gráfica de la evidencia y el razonamiento probatorio en la Inteligencia Artificial Aplicada al Derecho (AI and Law), 281*
  - D. *En el ámbito de las teorías de la justificación epistémica, 282*
- 5. *El proyecto de Epistemología Jurídica Coherentista de Amalia Amaya, 284*

### V. RECAPITULACIÓN, 286

CAPÍTULO CUARTO  
LOS MODELOS DIALÉCTICO-PROCEDURALES DE ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE LA  
ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND LAW (AI AND LAW), 290

I. RECAPITULACIÓN, 290

II. LA TEORÍA DE LOS *LEGAL ARGUMENT SCHEMES* DE WALTON, 294

1. *Lógica Informal y el criterio RSA*, 294
2. *El criterio RSA, Falacias, Tipología de Diálogos y Esquemas Argumentales*, 295
3. *Antecedentes de la Teoría de los Esquemas Argumentales*, 300
4. *Toulmin y su esquema general de razonamiento presuntivo*, 301
5. *Warrants y Entimemas*, 302
5. *Warrants y Razonamiento Plausibilista (o Presuntivo)*, 304
7. *Esquemas Argumentales de Razonamiento Presuntivo*, 312
8. *Esquemas Argumentales de razonamiento presuntivo aplicables al razonamiento jurídico*, 315
9. *EArg's aplicables al denominado "Reasoning About Legal Evidence" (o EArg's de Razonamiento Probatorio)*, 317
10. *Critical Questions y Cargas probatorias (Burdens of proof)*, 333

III. EL *ADJUDICATION DIALOGUE* (AD) DE PRAKKEN, 338

1. *La estructura del Adjudication Dialogue (AD)*, 342
2. *La dinámica del Adjudication Dialogue (AD)*, 346
3. *El Adjudication Dialogue (AD) aplicado a ejemplos concretos*, 347

IV. REPRESENTACIÓN VISUAL (GRÁFICA) DEL RAZONAMIENTO PROBATORIO, 359

1. *Atomismo y Holismo en las representaciones visuales de la evidencia*, 361
2. *Lógica Informal y representación visual de procesos de argumentación*, 362
3. *Atomismo y representaciones visuales de la evidencia: El sistema Araucaria*, 368
4. *Holismo y representaciones visuales de la evidencia: El sistema AVERs*, 377
5. *Combinando diversas estrategias de diagramación: El sistema MarshalPlan*, 383

## CAPÍTULO QUINTO

### EL CONSTRUCTIVISMO JURÍDICO COGNITIVO (CJC) DE ENRIQUE CÁCERES, 389

#### I. RECAPITULACIÓN, 389

#### II. HACIA UNA TEORÍA NATURALIZADA DEL RAZONAMIENTO JUDICIAL, 391

#### III. LA TEORÍA DE LA MENTE COMO UN SISTEMA GENERADOR DE PROCESOS ESTRUCTURANTES SIMBÓLICOS (TMSGPES), 393

1. *Timothy Wilson y su descripción funcional del “Inconsciente Adaptativo” (InAd), 394*
2. *Más allá de la descripción funcional del Inconsciente Adaptativo (InAd): Cáceres y su propuesta teórica de la mente humana como “Sistema Generador de Procesos Estructurantes Simbólicos” (SGPES), 402*
3. *Principios cognitivos que rigen la operación del SGPES, 405*

#### IV. LA TEORÍA DEL CONSTRUCTIVISMO JURÍDICO NORMATIVO (TCJN), 407

1. *Fuentes del Derecho y Dimensión Sincrética, 407*
2. *Procesamiento de la dimensión sincrética mediante: Operaciones semánticas, 408*
3. *Procesamiento de la dimensión sincrética mediante: Operaciones hermenéuticas, 413*
  - A. *‘Interpretación Jurídica’ como proceso y como producto, 413*
  - B. *Interpretación jurídica como proceso y argumentación jurídica, 413*
  - C. *Derrotabilidad de argumentos interpretativos, 414*
4. *Procesamiento de la dimensión sincrética mediante: Operaciones estructurales, 415*
  - A. *Carácter hipertextual de la dimensión sincrética, 415*
  - B. *Conexiones meta-lingüísticas, 415*
  - C. *Conexiones estructurales, 418*
  - D. *Constelaciones normativas y constructo normativo, 416*
  - E. *La Teoría de la Supra-Regla como guía para la reconstrucción normativa, 416*
  - F. *Constelaciones normativas, constructo normativos y S-R., 418*
  - G. *Cadenas de S-R’s, 418*

#### V. LA TEORÍA DEL CONSTRUCTIVISMO JURÍDICO FÁCTICO (TCJF), 422

VI. LA TEORÍA DE LOS MODELOS MENTALES DE RAZONAMIENTO JUDICIAL (TMMRJ):  
HACIA UN CONSTRUCTIVISMO JURÍDICO COGNITIVO COMPLEJO QUE INTEGRE AL CJN Y  
AL CJF, 424

1. *Antecedente: El sistema computacional de apoyo a la toma de decisiones judiciales EXPERTIUS; hacia la caracterización de las representaciones mentales judiciales como “sistemas complejos”, 425*

A. *Descripción general del sistema, 425*

B. *Adquisición del conocimiento judicial experto en sus modalidades Extra-sistémica e Intra-sistémica en EXPERTIUS, 434*

a. *La arquitectura abstracta de las representaciones mentales judiciales, 434*

b. *Adquisición extra-sistemática del conocimiento y su representación, 435*

c. *Adquisición intra-sistémica del conocimiento, 444*

d. *Representación integral del conocimiento extra e intra-sistémicamente adquirido, 449*

C. *Lecciones de la experiencia EXPERTIUS acerca del razonamiento judicial, 451*

a. *Lecciones generales, 451*

b. *Lecciones de particular relevancia para la epistemología jurídica, 452*

2. *Del paradigma simbólico en EXPERTIUS al paradigma conexionista: Hacia la explicación de la arquitectura y dinámica de los “Modelos Mentales Judiciales” mediante el empleo de la metáfora neuronal, 458*

VII. LA TEORÍA DE LAS COMUNIDADES COGNITIVAS JUDICIALES (TCCJ), 468

---

CAPÍTULO SEXTO

ANÁLISIS COMPARATIVO DE LOS PROYECTOS: HACIA UN MODELO INTEGRAL DE  
EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA, 474

I. EL PROYECTO DE EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA DE LAUDAN, ¿UN PROGRAMA DÉBIL DE  
EPISTEMOLOGÍA APLICADA AL DERECHO? PREPARANDO EL TERRENO PARA LA CRÍTICA,

474

1. *Preparando el terreno para la crítica: ¿Un programa débil de epistemología aplicada al derecho?, 474*

2. *Problemas de índole metodológica*, 488
3. *Tensiones con la doctrina del jurado como una Black-Box*, 490
4. *La eficacia limitada de las propuestas de estándares objetivos*, 492
5. *De un criterio global de suficiencia probatoria a un sistema de criterios de suficiencia probatoria*, 498
6. *Sistema de Criterios de Suficiencia Probatoria y el BdeD Toolkit*, 501
7. *Sistema de criterios de suficiencia probatoria y “Duda Razonable”*, 504
8. *Problemas con la pretensión de exportar el marco de análisis epistémico de Laudan a países de la tradición del Civil Law: El caso particular del procedimiento penal en México*, 507
  - A. *Algunas características de la función jurisdiccional en la tradición del Civil Law*, 507
  - B. *Modelo integral del funcionamiento del procedimiento penal en materia común en México*, 514
    - a. *La variable institucional y la prevención-control de la criminalidad (Contribuyendo a la impunidad)*, 515
    - b. *Carga de trabajo excesiva y conformación de criterios de facto para la atención de asuntos (ampliando el “zoom” de la lente)*, 518
    - c. *Investigaciones deficientes y justicia “de escritorio”*, 521
    - d. *Consignaciones con detenido, sin previa orden de aprehensión (el platillo predilecto)*, 526
    - e. *Prácticas de Tortura para la obtención de “confesiones”*, 526
    - f. *El derecho a recibir “asesoría jurídica” al declarar ante el MP*, 528
    - g. *Los “Defensores Públicos”*, 529
    - h. *El papel del juez (Operaciones de “blindaje” del caso del MP)*, 531
    - i. *El sistema penitenciario (“Cerrando la pinza”)*, 534
9. *Recapitulación Final y algunas reflexiones*, 535
  - A. *Las prácticas penales mexicanas y el argumento Laplace-Nozick (L-N) de Laudan*, 537
  - B. *Las prácticas penales mexicanas y el análisis de la estructura de un marco dialógico tipo Witch-Hunt propuesto por Walton*, 541
  - C. *Conclusiones de la crítica al proyecto de Laudan*, 547

## II. LA TEORÍA DE LA VALORACIÓN RACIONAL DE LA PRUEBA EN SEDE JUDICIAL (TVRPJ), 550

1. *TVRPJ Vs. “la verdad es imposible”*, 551
2. *TVRPJ Vs. La Verdad no es prioritaria*, 560
3. *TVRPJ Vs “La verdad es irrelevante”*, 566

4. *El problema de la arbitrariedad judicial y su tratamiento por parte de TVRPJ, 581*
5. *El proyecto coherentista de Amaya, 582*

### III. LOS MODELOS DIALÉCTICO-PROCEDURALES DE ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE LA ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND LAW (AI AND LAW), 592

1. *Los procesos jurisdiccionales y el marco dialógico de la Critical Discussion (o Persuasion Dialogues). ¿Variaciones sobre un mismo tema?, 594*
2. *La discusión sobre la normatividad de los esquemas argumentales aplicables al razonamiento probatorio, 602*
3. *El problema de una visión estrictamente lógica del proceso de toma de decisiones judiciales, 609*

### IV. EL CONSTRUCTIVISMO JURÍDICO COGNITIVO DE CÁCERES, 612

1. *Cáceres y sus críticas a la teoría correspondentista de la verdad, 617*
2. *Cáceres y su crítica a la tesis de la “Exclusividad de la Verdad” como único objetivo que persiguen los procesos jurisdiccionales, 629*
3. *Ausencia de crítica epistémica del conocimiento heurístico experto elicitado durante el desarrollo de EXPERTIUS, 635*

### V. LAS CRÍTICAS CONDENSADAS, 637

### VI. HACIA UN MODELO INTEGRAL DE EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA, 646

1. *La función jurisdiccional como un intento falible de verificación de “hechos”, 646*
2. *El efecto “constitutivo” de la mente, hechos institucionales y la construcción colectiva de la realidad social, 646*
3. *Función jurisdiccional e independencia cognitiva de los hechos institucionales a ser verificados, 651*
4. *Función jurisdiccional y el ideal de la correspondencia absoluta: El papel veritativo-promotor de la Epistemología Jurídica, 653*
5. *Orientación veritativo-promotora de los procesos jurisdiccionales, legitimidad de la jurisdicción y racionalidad del contrato social, 654*

*A. Ferrajoli y su proyecto de refundación garantista de la jurisdicción penal, 654*

- B. *Liberalismo político y justificación de la autoridad estatal, 655*
  - C. *Ferrajoli y su propuesta de criterio de legitimidad de la función jurisdiccional penal, 659*
  - D. *Laudan y su propuesta de criterio de legitimidad de la función jurisdiccional penal, 662*
  - E. *Extendiendo el criterio de legitimidad de la jurisdicción penal a la función jurisdiccional en general, 671*
  - F. *Derecho subjetivo público a una jurisdicción legítima: Hacia un constitucionalismo epistémicamente orientado, 673*
6. *A modo de conclusión: Bases para una Epistemología Jurídica Cognitiva, 674*
- 

## VII. BIBLIOGRAFÍA

1. *De consulta general*
2. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*
3. *Sobre el procedimiento penal mexicano y la participación del ejército en labores de Seguridad Pública*
4. *Por Programa-Proyecto de Investigación*
  - A. *El proyecto de Epistemología Jurídica de Larry Laudan (EJ)*
  - B. *La Teoría de la Valoración Racional de la Prueba en sede Judicial (TVRPSJ)*
  - C. *Los Modelos Dialéctico-Procedurales de la Artificial Intelligence and Law (AI and Law)*
  - D. *El Constructivismo Jurídico Cognitivo de Enrique Cáceres (CJC)*

# AGRADECIMIENTOS

Como suele ser el caso, el presente trabajo constituye el fruto de un esfuerzo colectivo desplegado armónicamente por el sustentante y por los miembros del comité tutorial respectivo. En este sentido, deseo dejar constancia de mi profundo agradecimiento a las excelentes personas y brillantes investigadores con quienes tuve el honor -y la invaluable oportunidad- de discutir los avances de la investigación que a continuación se presenta; quienes generosamente me brindaron horas y horas de su tiempo e inmensas dosis de su amplio conocimiento. Sin lugar a dudas, sus lecciones y consejos han contribuido fundamentalmente a mi formación y me acompañarán permanentemente en el arduo camino de la vida académica en el que, desde hace tiempo, he decidido incursionar.

Afortunado soy pues, de haber sido guiado por mi tutor principal, el Doctor Enrique Cáceres, el Doctor Larry Laudan, el Doctor Juan Vega, y el Doctor Julio Téllez. Los méritos que esta investigación pueda tener los dedico como tributo a todos ellos (de sus deficiencias y errores, obviamente sólo yo soy responsable).

Con mi tutor principal estoy particularmente en deuda por permitirme acompañarle por más de una década en su empresa constructivista. Los años transcurridos bajo su tutela han significado para mí un intenso discipulado de continuo aprendizaje, de constante transformación y renovación... Cualquier cosa que pudiera decirle querido Mentor, invariablemente se quedaría corta... Atesoro su influencia, sus enseñanzas, su paciencia y las múltiples ocasiones en que su apoyo (y el de su familia) fue más allá del ámbito profesional... Muchas gracias.

Lo mismo sucede con el Doctor Larry Laudan, cuya generosidad y honestidad intelectuales sobrepasan mi limitada comprensión. Gracias a ti y a Rachel por recibirme en el seno de su casa, por las conversaciones interminables, por la amistad regalada a manos llenas...

Así mismo, quisiera agradecer al Doctor Francisco Alberto Ibarra Palafox, Coordinador de la Unidad de Estudios de Posgrado del Instituto de Investigaciones Jurídicas, por el apoyo permanente que recibí de él y de su eficiente equipo (María Esther, Paco). Como primer graduado del programa de doctorado en derecho por investigación del Instituto, por la excelente calidad de su multi-premiada investigación doctoral, el Doctor Ibarra es un referente obligado y un ejemplo a seguir para los doctorandos.

No puede faltar expresar mi agradecimiento al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en cuya vibrante vida intelectual he podido sumergirme por largos años ya, desde los tiempos de la dirección del Doctor Diego Valadés (a quien debo, entre otras cosas, el haber podido realizar mis labores contando con un monitor gigantesco que hacía más llevaderas mis debilidades visuales), hasta sus épocas actuales en que el Doctor Héctor Fix-Fierro ha recibido la estafeta como Director. El Instituto ha sido mi segunda casa (y a veces dudo si no la primera), y la comunidad de investigadores que lo conforman, me ha abrigado en el día a día de los seminarios de discusión y demás eventos académicos de alto nivel que mantienen al Instituto a la vanguardia de la investigación jurídica en nuestro país.

Agradezco de manera particular a los Doctores Héctor Fix-Fierro e Imer Benjamín Flores por el apoyo brindado para que, como corolario de mi doctorado, pudiera realizar una estancia de investigación en el *Center for Transnational Legal Studies* de Londres. El objetivo principal de dicha estancia fue realizar una extensión del tipo de análisis epistémico propuesto en este trabajo, al ámbito de los tribunales internacionales.

Por otro lado, agradezco a mis padres y hermanos su eterno cariño y comprensión. Sin ustedes, no podría explicar mi vida y la persona que soy.

Agradezco también a mi gran amigo y camarada, el abogado y catedrático Juan Pablo Medina Valverde, quien, pese a su lejanía, está siempre presente en mis pensamientos. Viejo, eres un ser humano admirable.

Por último, a ti, compañera de este viaje, por tu espíritu libre... mi corazón te ve...



## CAPÍTULO PRIMERO

### INTRODUCCIÓN

#### I. OBJETIVO

El objetivo de nuestra investigación consiste en realizar una propuesta de integración del conocimiento que ha venido paulatinamente generándose, con nulo o escaso intercambio de sus resultados, en el seno de cuatro proyectos-programas de investigación jurídica de vanguardia en progreso.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> A reserva de que posteriormente estipulemos lo que en este trabajo entendemos por “proyecto” o “programa de investigación” en materia de filosofía y teoría del derecho, por ahora y mediante una extensión plausible al campo del derecho, considéresele similar a las nociones de “programa científico de investigación” (PCI) y de “tradición científica”, propuestas respectivamente por Imre Lakatos y por Larry Laudan. Nosnik y Elguea explican que “... un PCI consiste en una serie de reglas metodológicas, de las cuales algunas nos indican qué patrones de investigación se deben seguir (*heurística positiva*) y cuáles evitar (*heurística negativa*). La heurística negativa, o “núcleo” del programa, es lo que contiene a los supuestos BASICOS del mismo, sin los cuales el programa no podría existir. Por otro lado, la heurística positiva, o “cinturón de protección”, está formado por una serie de hipótesis que han sido elaboradas, ajustadas, modificadas y ensanchadas sistemáticamente para no permitir que el núcleo sea refutado...” Por su parte, los mismos autores explican que una *tradición científica* consiste en “... un conjunto de presuposiciones generales acerca de las entidades y procesos en un área de estudio y acerca de los métodos o técnicas apropiadas para realizar investigaciones y construir teorías en esa misma área... Una tradición de investigación posee dos características esenciales, una *metodológica* y la otra *ontológica*. Ambas son interdependientes y capaces de influirse una a otra. La función metodológica consiste en un grupo de reglas de lo que es permisible hacer y no hacer en el área. El desarrollo de la tradición es radicalmente dirigido por esta función, que legitima a la vez que determina la actividad de investigación científica. Para Laudan, la actividad científica es esencialmente una actividad dirigida a la resolución de problemas, de tal forma que la función metodológica debe establecer *cánones de legitimidad para proponer preguntas o problemas y formas de responderlas o resolverlos*. Estos procedimientos... constituyen el contenido del entrenamiento que se proporciona a los futuros investigadores en el área. Por otra parte, y además de estas reglas metodológicas, las tradiciones de investigación poseen una función ontológica, que se refiere, esencialmente, a los objetos de estudio de la tradición. De la misma forma en que hay métodos legítimos e ilegítimos de estudio, hay objetos o fenómenos legítimos e ilegítimos de estudio. De esta forma la tradición determina sus límites, su rango de aplicabilidad y sus criterios de relevancia científica...” Véase Nosnik, Abraham y Elguea, Javier, “La discusión sobre el crecimiento del conocimiento científico en el cuento de la filosofía de la ciencia”, ITAM, Estudios Filosofía-Historia-Letras, 1985, disponible en:

[http://biblioteca.itam.mx/estudios/estudio/estudio02/sec\\_5.htm](http://biblioteca.itam.mx/estudios/estudio/estudio02/sec_5.htm); así como Elguea, J. (1981): "Progress and Degeneration in National Development Theories", propuesta para disertación doctoral. Escuela de Educación. Stanford University.

Por su parte, consideramos que un proyecto-programa de investigación en cualquier rama del conocimiento (física, biología molecular, química, sociología, derecho, filosofía de la ciencia, filosofía del derecho, etc.) surge en el marco y al amparo de lo que autores como Cáceres ha denominado “*comunidades cognitivas*”. Para este autor, los actos de cognición individuales (los cuales pueden describirse por medio de enunciados que reportan actitudes proposicionales del tipo “x cree, piensa, intuye, conjetura, cree justificadamente, sabe, que ‘p’”) no ocurren en el vacío, sino en el contexto proporcionado por una comunidad que genera reglas internas para la auto-generación y auto-preservación del cúmulo de estructuras cognitivas (así como de las dinámicas cognitivas que las producen) que están en la base de sus actividades. Las reglas de procesamiento de la información que caracterizan a la comunidad respectiva resultan de procesos dinámicos denominados “*acoplamientos estructurales*” y “*clausuras de operación*”. A continuación algunas citas relevantes: “... Knowledge is the result of diverse operational closures and structure-matching procedures that take place... within the cognizing agent. These structure-matching procedures are themselves the result of perceiving relevant disturbances (from the standpoint of the system’s own rules) that

Desempeñando inicialmente el papel de “*observadores meta-teóricos*”,<sup>3</sup> y eventualmente ubicándonos en el terreno de la discusión de las tesis sustantivas de dichos proyectos, llevaremos a cabo su revisión crítica y comparativa con el propósito de sentar las bases para el desarrollo de un *modelo integral* de *Epistemología Jurídica*, capaz de arrojar luces explicativas (en los planos descriptivo y prescriptivo) en torno al problema de la instrumentación, mediante normas jurídicas preponderantemente de carácter procesal y prácticas institucionales, del objetivo (fin, valor, interés) de averiguar *faliblemente* la verdad acerca de un conjunto de *cuestiones empíricas* (las implicadas en las alegaciones sobre la ocurrencia de ciertos *hechos jurídicamente relevantes* que realizan las partes en un proceso) cuando el Estado, generalmente a través de la operación de sus instancias judiciales (juzgados, tribunales, cortes, etc.), despliega la *función jurisdiccional* en los diversos dominios de controversias jurídicas (asumimos, claro, el supuesto de que dotar a los distintos procesos jurisdiccionales de una capacidad aceptable para determinar si tuvieron lugar o no ciertos hechos, se encuentra dentro de los fines que el Estado persigue al instaurarlos).

## II. IDENTIFICACIÓN DE LOS PROYECTOS-PROGRAMAS RESPECTIVOS

Al finalizar la etapa de revisión preliminar de la literatura relevante, estuvimos en condiciones de realizar dos clases de consideraciones en torno al problema de investigación planteado. A continuación nos referiremos a la primera clase:

- A) El problema de la implementación del objetivo de averiguar la verdad se presenta tanto al nivel de la estructura o andamiaje normativo del procedimiento o proceso respectivos (es decir, al nivel del contenido de algunas normas jurídicas pertenecientes al ámbito de lo que en la tradición del *Civil Law* o romano-germánica y en la tradición del *Common Law* suele ser denotado respectivamente por las expresiones “*derecho procesal*” y “*Law of Evidence*”); como al nivel del tipo de operaciones cognitivas

---

produce *cognitive dissonance*. The way cognitive consonance is restored is precisely via the implementation of structure-matching procedures that give rise to new supervenient states or structures (which imply operational closures as well). These supervenient structures are themselves commensurable with the environment’s behavior as it is in the case of scientific theories. But this doesn’t imply that the supervenient cognitive structures match the already given structure of a supposed external reality... I consider scientific practices and legal practices... as being both *cognitive activities*. Saying this implies that *there is a cognitive community organized to carry out the activity in question*. The members of the community have an arsenal of cognitive processing rules and contents at their disposal. These cognitive rules and contents *are immersed in the dynamics of the implementation of structure-matching procedures and of operational closures*... Following Vigotsky’s ideas, we can say that *there are no individual minds. Instead, each mind is a collective product*... (But) there is not only one kind of socially generated mind, but *different “situational selves”* that get activated depending on the social network that at a given time performs as a determining context and as a trigger of the respective situational self...” Véase Cáceres, Enrique, “Cognition, Epistemology, and Reasoning About Legal Evidence within the Legal Domain”, *Problema*, Núm. 2, Año 2008, pp. 243-264. Véase también la sección VII del Capítulo Quinto de este trabajo.

<sup>3</sup> Es decir, ubicados en un plano que nos permite revisar primeramente los presupuestos y asunciones metodológicas y ontológicas desde los que parten diversos proponentes de modelos teóricos, en este caso, referidos a alguna característica, rasgo, faceta, problema, etc. asociada al derecho.

relativas a la organización-sistematización del acervo probatorio disponible y a la evaluación-ponderación de dicho acervo por parte de quienes en un proceso jurisdiccional, tienen a su cargo *la tarea de juzgar las cuestiones de hecho* (“*triers of fact*” –miembros del jurado- en la tradición del *Common Law*, y generalmente, los propios jueces en la tradición del *Civil Law*). La tarea referida eventualmente desemboca en un pronunciamiento (o determinación) vinculante para las partes y definitivo (cuando el asunto adquiere el *estatus* de “*cosa juzgada*”) relativo a lo que *se considera que ocurrió en el mundo*. Pronunciamientos epistémicamente acertados (que tengan una tasa aceptable de éxito en determinar los hechos del caso de que se trate) resultan indispensables para la procedencia *legítima* de las consecuencias jurídicas respectivas que el ordenamiento relevante previamente atribuye a la clase de situaciones, eventos, estados de cosas, conductas, etc., de la cual los hechos considerados *probados* constituyen una instancia concreta.

- B) Simultáneamente, la incorporación e implementación del objetivo en comento invariablemente se inserta en el marco de una serie de objetivos adicionales (e incluso de presiones políticas y sociales) que compiten igualmente por ganarse un espacio en el anadamiage procesal respectivo (mediante su materialización en normas jurídicas adecuadas para su consecución), o bien, por ejercer una influencia menos explícita (y en ese sentido, subrepticia y hasta inconsciente), pero no por ello, menos importante, en el contenido de los *procedimientos heurísticos* (al conjunto de los cuales también se les llama ‘*expertise*’<sup>4</sup>) en torno al procesamiento de la información probatoria que se desarrollan progresivamente al interior de la comunidad judicial de referencia (en la cotidianeidad de sus *prácticas* de adjudicación), en la cual tienen lugar los procesos de socialización en los que participan los operadores jurídicos integrantes de dichas comunidades. Algunos ejemplos de estos objetivos o intereses adicionales que presionan por materializarse en el procedimiento respectivo, y particularmente refiriéndonos a la materia penal son: Brindar ventajas procesales a la categoría del “inculpado” (que se manifiestan en la instauración de principios tales como la “*presunción de inocencia*”, el “*in dubio pro reo*”, la “*carga ministerial de la prueba*”, o el estándar de valoración probatoria consistente en aportar evidencia suficiente para despejar toda duda razonable en torno a la culpabilidad del imputado). Dichas ventajas se fundan en la pretensión de evitar (dentro de ciertos parámetros) que el sistema cometa la clase de error epistémico consistente en condenar (y por tanto, someter a las consecuencias punitivas conducentes) a un inocente. Otros casos los podemos evidenciar en la presencia de reglas de *exclusión probatoria* que se fundan en intereses tales como disuadir a los cuerpos policíacos de desplegar una actuación transgresora de derechos fundamentales de las personas (como el derecho a la propiedad, a la privacidad, o a permanecer en un estado libre de tortura física y psicológica); en el interés de preservar la integridad y buen nombre de ciertas profesiones y

---

<sup>4</sup> Para una visión global desde la perspectiva cognitiva de los diversos componentes tareas, habilidades y otros aspectos que caracterizan al *expertise* del razonamiento jurídico, veáse Natt Gantt, Larry, “Deconstructing thinking like a lawyer: Analyzing the Cognitive Components of the Analytical Mind”, *Campbell Law Review* Vol. 29:413, 2007.

oficios (como el de abogado, psicólogo o sacerdote de algún culto) mediante la prohibición de que se divulguen informaciones vertidas en el contexto de secrecía y privacidad característico de algunas facetas de dichas profesiones u oficios; en el interés de preservar la institución de la familia (por ello es que en principio, un cónyuge o un hijo no están obligados a rendir testimonio en contra de su esposo(a) o de sus padres); en el interés de mantener buenas relaciones diplomáticas con otros Estados (por ello la existencia de la “inmunidad diplomática”); etc.

La segunda clase de consideraciones previas condujeron a percatarnos por un lado, de que la literatura relevante podía ya comenzar a ser clasificada en función de la manera de abordar el problema referido (desde el punto de vista de la estructura normativa del procedimiento en cuestión y de su contraste con otros sistemas que también pretenden realizar investigaciones empíricas, enfocándose en el tipo de procedimientos lógicos desplegados por los operadores para determinar que una proposición está probada o no, o incluyendo aspectos cognitivos más generales).

Por otra parte, pudimos así mismo determinar que la literatura respectiva –tentativamente clasificada con base en el tipo de tratamiento que otorgaba al problema en cuestión- estaba siendo producida (y continúa produciéndose) progresiva y sistemáticamente en el marco de lo que decidimos denominar “*proyectos*” o “*programas de investigación*”.

Para los efectos de este trabajo, estipulamos que las expresiones “*proyecto*” o “*programa de investigación jurídica*” denotan al abordaje de un problema o conjunto de problemas jurídicos (teórico-conceptuales y/o empíricos) mediante el empleo sistemático y consistente de ciertos presupuestos teóricos y metodológicos, por parte de un conjunto identificable de autores principales y discípulos de los mismos –quienes suelen sostener reuniones periódicas en foros diversos y publicar sus avances en revistas especializadas- que tiene como resultado la producción paulatina, progresiva y cada vez más especializada de conocimientos que asumen la modalidad de propuestas de solución de algunos de los problemas o sub-problemas identificados (construidos) como *relevantes* e *importantes*, y/o de sugerencias de rutas futuras hacia las que tenderá la investigación correspondiente.

Los proyectos o programas de investigación jurídica identificados son los siguientes:

- A) El proyecto-programa de “*Epistemología Jurídica*” de Larry Laudan (EJ). Dicho proyecto o programa de investigación, como veremos con mayor detalle posteriormente, nos proporciona la visión más global del problema relativo a la implementación del objetivo de averiguar la verdad como elemento esencial del despliegue de la función jurisdiccional. Laudan se plantea dicho problema al nivel del andamiaje normativo-jurídico del procedimiento o proceso en cuestión (con especial referencia a procedimientos penales y particularmente, al sistema de impartición de justicia penal de los Estados Unidos); y desde esta óptica, nos proporciona ciertas pautas epistémicas encaminadas tanto a generar diagnósticos respecto del estado (“*truth-promoting*” o veritativo-promotor, o “*truth-thwarting*” o veritativo-obstaculizador) en el que en un momento determinado se encuentra el contenido de las normas de derecho procesal que regulan el procedimiento

respectivo; como a realizar propuestas de reforma al sistema. Así mismo, Laudan reflexiona asumiendo frontalmente que el problema de habilitar al procedimiento o proceso de referencia para la averiguación de la verdad en torno a los hechos alegados por las partes, se plantea en un escenario caracterizado por la presencia simultánea de múltiples valores o intereses adicionales.<sup>5</sup>

- B) El proyecto-programa de la “*Teoría de la valoración racional de la prueba en sede Judicial*” (TVRPSJ). Este programa, pese a que reconoce el impacto que la regulación jurídico-procesal tiene en relación con el problema de la verdad en el sentido de que cierto tipo de actividad regulativa tiene efectos veritativo-promotores mientras que otro acarrea la disminución del potencial epistémico del sistema (efectos veritativo-obstaculizadores), se enfoca preponderantemente en el razonamiento por medio del cual los operadores jurídicos (principalmente los jueces) arriban a sus conclusiones fácticas.<sup>6</sup>
- C) Las investigaciones de la Inteligencia Artificial Aplicada al Derecho (*Artificial Intelligence and Law, o AI and Law*) orientadas al desarrollo de “*Modelos Dialéctico-Procedurales de Argumentación Jurídica*”. Las investigaciones en este terreno nos permiten ampliar el zoom de la lente respecto del razonamiento referido en B), las cuales se valen de herramientas tales como la lógica no-monotónica o el empleo de técnicas de visualización gráfica, al

---

<sup>5</sup> El exponente principal de este proyecto es su fundador, Larry Laudan. La producción académica considerada está conformada por los siguientes libros y artículos (papers) de investigación: Laudan, Larry, *Truth, Error, and the Criminal Law; An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge, 2006; “**The Social Contract and the Rules of Trial: Re-Thinking Procedural Rules**”; “**Deadly Dilemmas**”, *U of Texas Law, Public Law Research Paper No. 141*, Working Paper Series; “**Is Reasonable Doubt Reasonable?**”, *U of Texas Law, Public Law Research Paper No. 144*, Working Paper Series; “**The Elementary Epistemic Arithmetic of Criminal Justice**”, Working Paper Series; “**The Devastating Impact of Prior Crimes Evidence – And Other Myths of the Criminal Justice Process**”, *U of Texas Law, Public Law Research Paper No. 183, Northwestern Public Law Research Paper No. 10-74*, Working Paper Series; “**Strange Bedfellows: Inference to the Best Explanation and the Criminal Standard of Proof**”, *U of Texas Law, Public Law Research Paper No. 143*, Working Paper Series; “**Legal Epistemology: The Anomaly of Affirmative Defenses**”, Working Paper Series; “**The Presumption of Innocence: Material or Probatory?**”, Working Paper Series; “**Deadly Dilemmas II: Bail and Crime**”, *Northwestern Public Law Research Paper No. 08-44*, Working Paper Series; “**Deadly Dilemmas III: Some Kind Words for Preventive Detention**”, *Northwestern Public Law Research, Paper No. 11-24, U of Texas Law, Public Law Research Paper No. 187*, Working Paper Series, “**Need Verdicts Come in Pairs?**”, Working Paper Series, “**Re-Thinking the Criminal Standard of Proof: Seeking Consensus About the Utilities of Trial Outcomes**”, Working Paper Series, “**Taking the Ratio of Differences Seriously: The Multiple Offender and the Standard of Proof**”, or, **Different Strokes for Serial Folks**, Working Paper Series. A excepción del libro, los papers referidos pueden descargarse del sitio: [http://papers.ssrn.com/sol3/cf\\_dev/AbsByAuth.cfm?per\\_id=603402](http://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=603402)

<sup>6</sup> Los autores más representativos de esta corriente son: Michele Taruffo, Jordi Ferrer, Marina Gascón, Amalia Amaya, William Twining. Algunas de las obras consideradas fueron: Ferrer, Jordi, *Prueba y Verdad en el Derecho*, 2ª ed., España, Marcial Pons, 2005, 111 pp., *La Valoración Racional de la Prueba*, España, Marcial Pons, 2008; Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, 2ª. ed., trad. de Jordi Ferrer Beltrán, Italia, TROTTA, 2005, P. 542; *La motivación de la sentencia civil*, trad. de Lorenzo Córdova Vianello, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, p. 430; *La Prueba*, España, Marcial Pons, 2008; Gascón Abellán, Marina, *Los Hechos en el Derecho*, 3ª ed. España, Marcial Pons, 2010; Amaya, Amalia, *The tapestry of Reason; An Inquiry into the Nature of Coherence and its Role in Legal Argument*, Hart Publishing, en prensa; Twining, William, *Rethinking Evidence; Explanatory Essays*, Cambridge University Press, 2006, 532 pp., junto con Terence Anderson, *Analysis of Evidence*, Cambridge University Press, 2005, 436 pp.

efecto de especificar la estructura argumentativa-narrativa, dialógica o confrontativa y procedimental del razonamiento probatorio.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> Algunos de los autores más importantes de esta vertiente (generación de modelos dialéctico-procedurales de argumentación jurídica) de la *AI and Law* son: Douglas Walton y Henry Prakken. La producción académica considerada fue respectivamente: En el caso de Douglas Walton: “Enthymemes, Common Knowledge, and Plausible Inference”, *Philosophy and Rhetoric*, Vol. 34, 2001. pp. 93-11; “Applications of Argument Schemes”, Douglas Walton and Chris Reed, *Proceedings of the 4th Conference of the Ontario Society for the Study of Argumentation (OSSA2001)*, ed. H. V. Hansen, C. W. Tindale, J. A. Blair, and R. H. Johnson, 2001, Windsor, Canada, CD ROM; “Argumentation Schemes and Defeasible Inferences”, Douglas Walton and Chris Reed, *Workshop on Computational Models of Natural Argument*, ed. Giuseppe Carenini, Floriana Grasso and Chris Reed, *ECAI 2002, 15th European Conference on AI*, 2002; “Diagramming, Argumentation Schemes and Critical Questions” Chris Reed and Douglas Walton, *Anyone Who Has a View: Theoretical Contributions to the Study of Argumentation*, ed. Frans H. van Eemeren, J. Anthony Blair, Charles A. Willard and A. Francisca Snoek Henkemans, Dordrecht, Kluwer, 2003. pp. 195-21; “Argumentation Schemes in Argument-as-Process and Argument-as-Product” Chris Reed and Douglas Walton, *Proceedings of the Conference Celebrating Informal Logic @25*, Windsor, Ontario, 2003; “Is there a Burden of Questioning?”, *Artificial Intelligence and Law*, Vol. 11, 2003. pp. 1-43; “The Nature and Status of Critical Questions in Argumentation Schemes”, Douglas Walton and David M. Godden, *The Uses of Argument: Proceedings of a Conference at McMaster University*, 18-21 May 2005, ed. David Hitchcock, Hamilton, ON, OSSA, 2005 pp. 476-484; “Justification of Argumentation Schemes” *The Australasian Journal of Logic*, 3, 2005, 13 pages; “Critical Questions in Computational Models of Legal Argument”, Douglas Walton and Thomas F. Gordon, *IAAIL Workshop Series, International Workshop on Argumentation in Artificial Intelligence and Law*, ed. Paul E. Dunne and Trevor Bench-Capon, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2005, 103-111; “Common Knowledge in Legal Reasoning about Evidence” Douglas Walton and Fabrizio Macagno, *International Commentary on Evidence*, 3, 2005, 1-42; “The Impact of Argumentation on Artificial Intelligence”, Douglas Walton and David M. Godden, in *Considering Pragmatic-Dialectics*, ed. Peter Houtlosser and Agnes van Rees, Mahwah, New Jersey, Erlbaum, 2006, 287-299; “Araucaria as a Tool for Diagramming Arguments in Teaching and Studying Philosophy” Glenn Rowe, Fabrizio Macagno, Chris Reed and Douglas Walton, *Teaching Philosophy*, 29, 2006, 111-124; “Evaluating Corroborative Evidence”, Douglas Walton and Chris Reed, *Proceedings of the Conference of the International Society for the Study of Argumentation (ISSA)*, Amsterdam, SicSat, 2006, 881-885; “Argument from Expert Opinion as Legal Evidence: Critical Questions and Admissibility Criteria of Expert Testimony in the American Legal System”, David M. Godden and Douglas Walton, *Ratio Juris*, 19, 2006, 261-286; “Argument Diagramming in Logic, Law and Artificial Intelligence”; Chris Reed, Douglas Walton and Fabrizio Macagno, *Knowledge Engineering Review*, 22, 2007, 87-109; “Visualization Tools, Argumentation Schemes and Expert Opinion Evidence in Law”, *Law, Probability and Risk*, 6, 2007, 119-140; “Informal Logic and the Dialectical Approach to Argument”, Douglas Walton and David M. Godden, *Reason Reclaimed*, ed. H. V. Hansen and R. C. Pinto, Newport News, Virginia, Vale Press, 2007, 3-17; “A Dialogical Theory of Presumption”, *Artificial Intelligence and Law*, 16, 2008, 209-243 ; “Legal Reasoning with Argumentation Schemes”, Thomas F. Gordon and Douglas Walton, *12th International Conference on Artificial Intelligence and Law*, ed. Carole D. Hafner, New York, Association for Computing Machinery, 2009, 137-146.

Y en el caso de Henry Prakken: With G. Sartor, “A dialectical model of assessing conflicting arguments in legal reasoning.” *Artificial Intelligence and Law* 4 (1996) 331-368; “Modelling defeasibility in law: logic or procedure?” *Fundamenta Informaticae* 48, 253-271 (2001); “Relating Protocols for Dynamic Dispute with Logics for Defeasible Argumentation.” *Synthese* 127, 187-219 (2001). *special issue on New Perspectives in Dialogical Logic*, eds. S. Rahman & H. Rückert; With G. Sartor, “The role of logic in computational models of legal argument: a critical survey.” In A. Kakas and F. Sadri (eds.), *Computational Logic: Logic Programming and Beyond. Essays In Honour of Robert A. Kowalski, Part II*. Springer Lecture Notes in Computer Science 2048, Berlin 2002, 342-380; F.J. Bex, H. Prakken, C. Reed & D.N. Walton, “Towards a formal account of reasoning about evidence: argumentation schemes and generalisations.” *Artificial Intelligence and Law* 11 (2003), 125-165; With G. Sartor, “The three faces of defeasibility in the law.” *Ratio Juris* 17:1 (2004), 118-139; “Analysing reasoning about evidence with formal models of argumentation.” *Law, Probability & Risk* 3:1 (2004), 33-50; T.J.M. Bench-Capon, J.B. Freeman, H. Hohmann and H. Prakken, “Computational models, argumentation theories and legal practice.” In C. Reed and T.J.



- D) El “*Constructivismo Jurídico Cognitivo*” (CJC) de Enrique Cáceres en el que está basado el desarrollo del sistema computacional de apoyo a la decisión judicial en materia de constituciones, modificaciones y cancelaciones de pensiones alimenticias denominado EXPERTIUS.<sup>8</sup> Dicho modelo constituye la visión teórica que determina tanto las características de la metodología empírica empleada en las actividades de elicitación y representación del conocimiento,<sup>9</sup> así como la arquitectura del sistema en términos de sus módulos

---

Norman (eds.): *Argumentation Machines. New Frontiers in Argument and Computation*. Kluwer Argumentation Library, Kluwer Academic Publishers, Boston/Dordrecht/London 2004, 85-120; “AI & Law, logic and argument schemes.” *Argumentation* 19 (2005): 303-320. (special issue on *The Toulmin model today*; “Formal systems for persuasion dialogue.” *The Knowledge Engineering Review* 21 (2006): 163-188; T.J.M. Bench-Capon & H. Prakken, “Argumentation.” In A.R. Lodder & A. Oskamp (eds.): *Information Technology & Lawyers: Advanced technology in the legal domain, from challenges to daily routine*. Berlin: Springer Verlag, 2006, 61-80; H. Prakken & G. Sartor, “Presumptions and burdens of proof,” In T.M. van Engers (ed.), *Legal Knowledge and Information Systems. JURIX 2006: The Nineteenth Annual Conference*. Amsterdam etc, IOS Press (2006), 21-30); H. Prakken & G. Sartor, “Formalising arguments about the burden of persuasion.” *Proceedings of the 11th International Conference on Artificial Intelligence and Law*, Stanford, 2007. New York: ACM Press 2007, 97-106; H. Prakken, “Formalising ordinary legal disputes: a case study.” *Artificial Intelligence and Law* 16 (2008): 333-359; H. Prakken, “A Formal Model of Adjudication Dialogues.” *Artificial Intelligence and Law* 16 (2008): 305-328; H. Prakken & G. Sartor, “More on presumptions and burdens of proof.” In E. Francesconi, G. Sartor & D. Tiscornia (eds.), *Legal Knowledge and Information Systems. JURIX 2008: The Twenty-First Annual Conference*. Amsterdam etc, IOS Press (2008), 176-185); H. Prakken & G. Sartor, “A logical analysis of burdens of proof.” In H. Kaptein, H. Prakken & B. Verheij (eds.) *Legal Evidence and Proof: Statistics, Stories, Logic*, pp. 223-253. Farnham: Ashgate Publishing, Applied Legal Philosophy Series, 2009; H. Prakken, “On the nature of argument schemes.” In C.A. Reed & C. Tindale (eds.) *Dialectics, Dialogue and Argumentation. An Examination of Douglas Walton's Theories of Reasoning and Argument*, pp. 167-185. London: College Publications, 2010; “AI & Law on legal argument: research trends and application prospects.” Editorial for *ScriptEd, A Journal of Law, Technology & Society*, 5:3(2008), 449-454.

<sup>8</sup> Véase: [www.expertius.com.mx](http://www.expertius.com.mx)

<sup>9</sup> La Representación del Conocimiento constituye una disciplina, cuyo origen se encuentra íntimamente ligado al desarrollo de aplicaciones computacionales del tipo “*Expert Systems*” o “*Sistemas Expertos*”, los cuales constan principalmente de una “*Base de Conocimientos*” o “*Knowledge Base*” que contiene representaciones simbólicas acerca de las entidades (y procesos) que conforman el dominio de tareas y actividades para la que el sistema está diseñado. Dicha Base es operada o gestionada por el sistema a los efectos de realizar inferencias atinentes de acuerdo con la información que en ella se contiene. En este sentido, la expresión “Representación del Conocimiento” tiene dos sentidos: El primero consiste en la disciplina orientada al desarrollo de una gama de técnicas (tales como las reglas de producción (estructuras proposicionales moleculares condicionales), los denominados “marcos” (o “*frames*”), las redes semánticas, los grafos conceptuales, las ontologías, etc.) para representar simbólicamente el conocimiento que será usado por algún sistema experto etc. En otro sentido, la expresión en comento denota al producto(s) del empleo de dichas técnicas. Investigadores del *MIT Artificial Intelligence Lab* sostienen que una representación del conocimiento en este segundo sentido desempeña cinco funciones fundamentales que son:

“...A knowledge representation (KR) is most fundamentally a surrogate, a substitute for the thing itself, used to enable an entity to determine consequences by thinking rather than acting, i.e., by reasoning about the world rather than taking action in it; It is a set of ontological commitments, i.e., an answer to the question: In what terms should I think about the world?; It is a fragmentary theory of intelligent reasoning, expressed in terms of three components: (i) the representation's fundamental conception of intelligent reasoning; (ii) the set of inferences the representation sanctions; and (iii) the set of inferences it recommends; It is a medium for pragmatically efficient computation, i.e., the computational environment in which thinking is accomplished. One contribution to this pragmatic efficiency is supplied by the guidance a representation provides for organizing information so as to facilitate making the recommended inferences; It is a medium of human expression, i.e., a language in which we say things about the world...” Véase Davis, Randall, Shrobe, Howard, y Szolovitz, Peter, “What is a Knowledge Representation?”, en:

<http://groups.csail.mit.edu/medg/ftp/psz/k-rep.html>

“Tutorial”, “Inferencial” y “Financiero”. Las investigaciones en este terreno parten del supuesto consistente en que el operador judicial es un sujeto cognoscente que, como cualquier otro, se encuentra condicionado por su entorno en términos de la *comunidad cognitiva* a la que pertenece,<sup>10</sup> al interior de la cual aprende por socialización, los estilos de procesamiento de información que lo habilitarán para la solución del tipo de problemas y tareas a las que se enfrenta en sus prácticas cotidianas (entre las cuales se encuentra la tarea de determinar si ciertas proposiciones jurídicamente relevantes pueden considerarse probadas o no). Un elemento crucial de este proyecto es el de la consideración de los fenómenos de la adquisición inconsciente de información y de la conformación (también inconsciente) de las *teorías implícitas* presupuestas por el operador jurídico al realizar sus actividades técnicas.<sup>11</sup>

---

Por su parte, la expresión ‘elicitación del conocimiento’ denota al conjunto de técnicas desarrolladas al efecto de adquirir el conocimiento experto de agentes humanos, el cual posteriormente será representado en la base de conocimientos del sistema. Para una revisión panorámica de las diversas técnicas y metodologías de elicitación del conocimiento, véase Burge, Janet (investigadora del *Artificial Intelligence Research Group* del Worcester Polytechnic Institute), “Knowledge Elicitation Tool Classification”, disponible en:

[http://web.cs.wpi.edu/~jburge/thesis/kematrix.html#\\_Toc417957386](http://web.cs.wpi.edu/~jburge/thesis/kematrix.html#_Toc417957386)

<sup>10</sup> Véase nota 2.

<sup>11</sup> El principal exponente de este proyecto o programa es precisamente su fundador, Enrique Cáceres. Las obras consideradas fueron las siguientes: “Pasos hacia una teoría jurídica comunicativa”, *Crítica Jurídica*, México, núm. 16, 1995, pp. 27-51; *Estudio para la elaboración de un manual para la calificación de hechos violatorios de los derechos humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2005, pp. 573; “Institucionalismo Jurídico y Constructivismo Social”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Núm. 100, 2001; ¿*Qué es el derecho? Iniciación a una concepción lingüística*, 2ª. ed., México, Cámara de Diputados LVIII Legislatura, UNAM, 2001, p. 71; *Lenguaje y derecho*, 2ª. ed., México, Cámara de Diputados LVIII Legislatura, UNAM, 2001, p. 79; “Las teorías jurídicas como realidades hermenéuticas”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Núm. 103, 2002; “Psicología y constructivismo jurídico; Apuntes para una transición paradigmática interdisciplinaria”, en De Alba Medrano, Marcia (coord.), *Violencia Social*, México, UNAM, 2002, pp. 7-37; “Ius-neocognitrón (Consideraciones constructivistas sobre la aplicación de las redes neuronales en la reingeniería de las instituciones jurídicas)”, en Becerra Ramírez, Manuel y Ovilla Bueno, Rocío (coord.), *El desarrollo tecnológico y la propiedad intelectual*, México, UNAM, 2004, pp. 183-207; “Constructivismo Jurídico, Verdad y Prueba”, en Cáceres Nieto, Enrique, Flores, Imer, Saldaña, Javier y Villanueva, Enrique (Coords.), *Problemas contemporáneos de la Filosofía del Derecho*, México, UNAM-IIIJ, 2005; “Sobre la Utilidad del Estudio de la Jurisprudencia” *Revista Jurídica Estudiantil del Departamento de Derecho de la Universidad de Sonora*, “El Siete”, año 2, número 12, 2008; “Constructivismo Jurídico e Inteligencia Artificial en el Proyecto CONACYT-IIIJ-CCADET-TSJT”, *Revista Jurídica Estudiantil del Departamento de Derecho de la Universidad de Sonora*, “El Siete”, año 2, número 8, 2006; “Inteligencia Artificial, Derecho y E-Justice (El proyecto IIIJ-CONACYT)”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Núm. 116, 2006; “A constructivist model for the judicial determination of facts”, en las memorias de la 11ª *Conferencia Internacional sobre Inteligencia Artificial Aplicada al Derecho (ICAAIL)*, California, Estados Unidos, 2007; *Hacia un modelo de institución nacional para la protección y promoción de los derechos humanos del siglo XXI*, México, Comisión Nacional de Los Derechos Humanos, 2007, p. 174; *Justiniano; Un prototipo de sistema experto en materia de derechos humanos, elaborado con base en una concepción constructivista del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 88; *Constructivismo jurídico y metateoría del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 287; Cáceres, Enrique y Rodríguez Ortega, Graciela (Coords.), *Bases psicológicas del comportamiento jurídico en México*, México, UNAM-IIIJ, 2008, 182 pp; “Constructivismo Jurídico Fáctico y Elicitación del Conocimiento en el proyecto CONACYT-IIIJ-CCADET-TSJT”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldivar, Arturo (Coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM-IIIJ, 2008; “EXPERTIUS, A Mexican Judicial Decision-Support System in the Field of Family Law”, publicado en las memorias de la 21ª *Conferencia Internacional de la Fundación Internacional de Sistemas Jurídicos Basados en el*



### III. UBICACIÓN DEL PRODUCTO EVENTUAL DE LA INVESTIGACIÓN EN EL MARCO DEL “CONSTRUCTIVISMO JURÍDICO INSTITUCIONAL” DE CÁCERES

Ahora bien, antes de proseguir con la especificación de la ruta metodológica hacia la instauración de un diálogo entre los programas referidos y en última instancia, hacia la consecución de nuestro objetivo primordial –la elaboración de un modelo teórico integral de las relaciones (tensiones y problemas) entre derecho y verdad cuando el primero instituye procesos o procedimientos jurisdiccionales- debemos especificar el contexto de utilidad en el que proponemos quede inmerso dicho modelo:

En este sentido, el modelo integral resultante de la investigación se inscribe en el marco de una de las ramas del *Constructivismo Jurídico* de Cáceres, a la cual ha dado en llamar “*Constructivismo Jurídico Institucional*” (CJI), cuyo objeto de estudio son las *instituciones públicas* -creadas por el efecto performativo del discurso jurídico- las cuales constituyen *micro-ámbitos óntico-prácticos* en los que se desenvuelven los funcionarios que las integran.<sup>12</sup>

El objetivo básico del CJI consiste en promover y contribuir, con base en la combinación de conocimientos provenientes de disciplinas como la mercadotecnia social, la reingeniería de procesos, la enseñanza basada en problemas, etc., al incremento de la calidad con que dichas instituciones ejecutan sus funciones, de modo que, mediante su efecto socializador masivo respecto de los miembros de una comunidad determinada, contribuyan a la generación de representaciones sociales que, en última instancia, propicien la *eficacia del derecho* (el respeto al *principio de legalidad* por parte de servidores públicos y ciudadanos).

---

*Conocimiento* (JURIX), 2008; “Cognition, Epistemology, and Reasoning about Evidence within the Legal Domain”, trad. de Edgar R. Aguilera, en *PROBLEMA, Anuario de Teoría y Filosofía del Derecho del IJ-UNAM*, Núm. 2, 2008; “Pasos hacia una teoría constructivista y conexionista del razonamiento judicial en la tradición del derecho romano-germánico”, en *PROBLEMA, Anuario de Teoría y Filosofía del Derecho del IJ-UNAM*, Núm. 3, 2009, “Sociología jurídica y constructivismo; hacia una metodología para la determinación de la pensión alimenticia en el estado de Tabasco”, en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, Núm. 9, 2009; *Técnicas Ericksonianas para la Elicitación del Conocimiento Judicial en un Proyecto de Inteligencia Artificial Aplicada al Derecho*, México, IJ-UNAM, en prensa; “La Filosofía del Derecho en México en el Siglo XXI; Situación y Perspectivas”, México, IJ-UNAM, Bicentenario, obra colectiva, en prensa.

<sup>12</sup> Para profundizar en el estudio de las instituciones públicas, Cáceres emplea como marco teórico de referencia el modelo que Gregorio Robles propone para explicar la “naturaleza” convencional del derecho. Para Robles tanto los juegos, como el derecho (y las instituciones creadas por el efecto constitutivo de su discurso) comparten la propiedad de ser ámbitos óntico-prácticos. Por tal expresión se entiende “... una convención con efectos constitutivos (de ahí el término ‘óntico’) que determina el sentido que pueden tener cierto tipo de conductas (de ahí el término ‘práctico’)... un ámbito óntico-práctico es siempre producto de una convención (lo cual no implica necesariamente consenso, sino más bien la idea de contingencia)... La convención es contingente en el sentido de que no forma parte de lo dado en la naturaleza, i.e., podría haber sido de una manera diferente... Sin embargo, una vez que la convención ha sido constituida, entonces se convierte en necesaria; (por ejemplo), una vez que se ha determinado el tipo de piezas que participan en el ajedrez, jugar con esas piezas y no con otras es una condición necesaria de la existencia del juego... En el caso del derecho y los juegos, la convención o ámbito óntico-práctico que los caracteriza se formula mediante reglas, que nos son otra cosa sino proposiciones lingüísticas...”, Véase, Cáceres, Enrique, *Hacia un modelo de institución nacional para la protección y promoción de los derechos humanos del siglo XXI*, México, CNDH, 2007, pp. 72-73.

De forma más concreta, el modelo a obtenerse en esta investigación será considerado como parte del arsenal de herramientas teóricas, técnicas, tecnológicas y metodológicas que Cáceres propone en el contexto de un proyecto de “*ingeniería institucional*” (principal medio del que se vale el CJI) a los efectos de diseñar (e incidir deliberadamente en el comportamiento de) instituciones, en este caso jurisdiccionales, que de manera controlada, dirigida y sistemáticamente supervisada, incidan en la construcción social del tan anhelado y urgente *estado de derecho*, al amparo del cual los ciudadanos puedan estar mínimamente confiados en que la aplicación de las leyes que los rigen –cuando se trata de situaciones que han llegado a instancias judiciales- presupone una práctica de parte de los juzgados, tribunales y cortes respectivos consistente en realizar determinaciones fácticas (referidas a los hechos alegados jurídicamente relevantes) probablemente acertadas en la mayoría de los casos.<sup>13</sup>

Nuevamente haciendo referencia a la materia penal por lo delicado de sus implicaciones, la pretensión de esta ingeniería institucional sería garantizar (dentro de lo racionalmente justificable) que el sistema de justicia basará sus decisiones de condenar o absolver en determinaciones epistémicamente correctas (es decir, en creencias falibles, no obstante, probablemente verdaderas surgidas como resultado del seguimiento de las normas jurídico-procesales pertinentes por parte de múltiples actores con diversas funciones) en torno a los hechos alegados en cada caso particular.<sup>14</sup>

Así mismo, y dentro del marco de las herramientas tecnológicas de cuya implementación podría beneficiarse una institución jurisdiccional, el modelo integral aludido podrá ser empleado como punto de referencia de discusiones relativas al diseño de sistemas computacionales del tipo *Legal-Decision-support Systems*, o del tipo *Tutorials*,<sup>15</sup> así como para guiar las correspondientes actividades de *elicitación y representación del conocimiento* de jueces expertos pertenecientes a distintas *comunidades judiciales*, las cuales constituyen un componente crucial del proceso de desarrollo de sistemas como los referidos (principalmente tratándose de *Legal-Decision-support Systems*).

---

<sup>13</sup> *Ibidem*, pp 24-26, 30-35. El arsenal de herramientas teóricas, técnicas y metodológicas referido comprende el empleo de conocimientos provenientes de la ingeniería de procesos a efecto de controlar la calidad del trabajo y tareas desplegadas por los miembros de una institución, la adopción del modelo de aprendizaje significativo como base para el diseño de cursos de inducción y capacitación continua, la promoción del razonamiento moral entre los servidores públicos, conocimientos de mercadotecnia social, productos informáticos (y especialmente de informática jurídica) cuya implementación puede mejorar la eficiencia de tareas y proporcionar apoyo en la toma de decisiones, así como un enfoque sistémico que permite ubicar a la institución de que se trate en el marco de un entramado de sub-sistemas abiertos que interactúan constantemente.

<sup>14</sup> Decimos que el objetivo de dicha ingeniería institucional consistente en garantizar la realización frecuente de determinaciones fácticas epistémicamente correctas como base para la emisión de condenas y de absoluciones tendría que implementarse dentro de ciertos límites racionalmente justificables, ya que por la necesaria consideración de otros objetivos adicionales, algunos de los cuales son veritativo-obstaculizantes, la verdad tiene que realizar concesiones en terminus de ceder terreno a dichos intereses. En otras palabras, no es posible habilitar al sistema de justicia penal para la búsqueda de la verdad concibiéndolo como un ambiente puro, no constreñido por ningún interés ajeno a la verdad.

<sup>15</sup> Orientados preponderantemente a la transferencia de ciertas habilidades epistémicas cruciales, tales como determinar la *relevancia* de los distintos medios probatorios específicos que las partes ofrecen, la sistematización-organización de dicha información, y en determinar el grado de credibilidad individual y colectivo del acervo probatorio.

#### IV. PRELIMINARES META-TEÓRICOS; LA RUTA METODOLÓGICA HACIA LA INTEGRACIÓN DE UN MODELO

A efecto de lograr el objetivo referido previamente, en este apartado nos ocuparemos de generar las condiciones que posibiliten el inicio de una retro-alimentación comunitaria (entre los proyectos bajo nuestra consideración) y la eventual integración de un modelo.

Las condiciones referidas se traducen en el establecimiento de un itinerario metodológico específico, cuya estructura se encuentra fuertemente influenciada por las reflexiones de Enrique Cáceres en torno a las prácticas jus-filosóficas consistentes en la elaboración y discusión de diversos *modelos teóricos* generados con la intención de explicar distintos rasgos, características, o manifestaciones del fenómeno jurídico, por parte de las comunidades generadoras de productos discursivos denotados por la expresión '*filosofía del derecho*'.

Dichas reflexiones se inscriben en el marco de la visión constructivista del derecho que Cáceres ha venido desarrollando en el transcurso de la última década, y a la cual ha denominado "*Constructivismo Jurídico*" ("CJ"):

Antes de abordar las reflexiones del autor en comentario en torno a la práctica (sustentada en el 'conocimiento heurístico' respectivo, véase más adelante) de elaborar modelos teóricos con pretensiones explicativas respecto del derecho, comenzaremos por decir que para el desarrollo de su CJ, Cáceres sigue la línea de la "*naturalización de disciplinas filosóficas*".

En este sentido, el autor aludido está interesado en que las tesis constitutivas de su teoría mantengan un alto grado de continuidad y coherencia con los desarrollos y resultados más recientes provenientes de las investigaciones en el ámbito de las Ciencias de la Cognición.<sup>16</sup>

Siguiendo esta tendencia, para el Constructivismo Jurídico, la expresión 'derecho' denota al *sistema complejo*<sup>17</sup> conformado por los *modelos mentales jurídicos* (junto con las reglas de procesamiento de la información que los

---

<sup>16</sup> Véase la sección VI. EL CONSTRUCTIVISMO JURÍDICO COGNITIVO DE CÁCERES (CJC): UN EJERCICIO DE RECONSTRUCCIÓN DE SUS OBJETIVOS, MOTIVACIONES Y METODOLOGÍA, 2. *Naturalización de disciplinas filosóficas*.

<sup>17</sup> Luis Rocha, investigador del *Los Alamos National Laboratory*, define la expresión 'sistema complejo' del modo siguiente: "... A complex system is any system featuring a large number of interacting components (agents, processes, etc.) whose aggregate activity is nonlinear (not derivable from the summations of the activity of individual components) and typically exhibits hierarchical self-organization under selective pressures... Almost all interesting processes in nature are highly cross linked. In many systems, however, we can distinguish a set of fundamental building blocks, which interact nonlinearly to form compound structures or functions with an identity that requires more explanatory devices than those used to explain the building blocks. This process of emergence of the need for new, complementary, modes of description is known as hierarchical self-organization, and systems that observe this characteristic are defined as complex. Examples of these systems are gene networks that direct developmental processes, immune networks that preserve the identity of organisms, social insect colonies, neural networks in the brain that produce intelligence and consciousness, ecological networks, social networks comprised of transportation, utilities, and telecommunication systems, as well as economies." Véase:

[http://informatics.indiana.edu/rocha/complex/csm.html#N\\_2](http://informatics.indiana.edu/rocha/complex/csm.html#N_2)

Como puede observarse en las ideas anteriores, el elemento crucial que distingue a un sistema tradicional de uno complejo es que en el último caso, la interacción natural de los componentes del sistema da lugar al fenómeno de la

producen)<sup>18</sup> y por las *representaciones sociales*<sup>19</sup> que constituyen el patrimonio cognitivo de determinada sociedad civil en un momento histórico dado, que fungen como la base psico-social de las continuas transacciones comunicativas y otro tipo de conductas (todas ellas con alguna significación jurídica) realizadas por los integrantes de estos dos

---

“emergencia” (conocido como “superveniencia” en el ámbito filosófico) de un orden jerárquicamente mayor de estructuras compuestas o de funciones con una *identidad propia* que no se reduce a ( y en ese sentido, no se puede explicar mediante) la simple suma de la actividad de los componentes iniciales del sistema. A la emergencia de este orden jerárquico se le conoce como “*auto-organizatividad*”.

<sup>18</sup> De acuerdo con Cáceres, “... los modelos mentales son las *cartas de navegación* que determinan la manera en que interactuamos con el mundo y los demás...” Incluso las teorías científicas (y las sociales) constituyen una clase de estas cartas de navegación. De manera más técnica, Cáceres estipula que la expresión ‘modelo mental’ denota a todo sistema complejo (véase la nota previa) de *representaciones mentales* (constitutivas de los contenidos cognitivos de un sujeto en un momento determinado), así como a las reglas de generación que las producen. Dichas representaciones pueden comprender *imagenes mentales* o *proposiciones* acerca de eventos reales, imaginarios, o constituidos performativamente; pertenecientes al “mundo externo”, a mundos posibles, o a la realidad socialmente construida, de fenómenos pasados, presentes o futuros; implícitos o explícitos; de conocimiento experto u ordinario, etc. Ahora bien, los elementos simbólicos mencionados (imágenes, proposiciones, etc.) constituyen entidades que supervienen (o emergen) de patrones de conectividad neuronal y de funciones cerebrales que involucran la actividad de la amígdala, el hipocampo y el córtex, lo cual significa que las emociones tienen un papel importante en la generación de los modelos mentales (Nótese aquí el fenómeno de la “emergencia” de órdenes jerárquicos superiores con identidad propia, en este caso, los contenidos simbólicos, a partir de la interacción natural de ciertos componentes iniciales, en este caso, la interacción de las neuronas a la manera de creación de patrones o rutas neuronales. Por ello es que Cáceres comienza por atribuir a la expresión ‘modelo mental’ la propiedad de constituir un ‘sistema complejo’). La expresión ‘modelos mentales jurídicos’ denotaría entonces a los modelos mentales generados por el sistema cognitivo de los operadores del derecho, a través de los cuales de un lado, comprenden (o se representan internamente) las tareas diversas que enfrentan y así mismo, echan a andar estrategias apropiadas para llevar a cabo dichas tareas. Véase, Cáceres, Enrique, “Pasos hacia una teoría constructivista y conexionista del conocimiento judicial en la tradición del derecho romano-germánico”, Problema, Núm, 3, año 2009, pp. 219-252.

<sup>19</sup> Para una buena introducción a la teoría de las *representaciones sociales*, véase, Morales, Francisco, et. al. *Psicología Social*, Madrid, España, McGrawHill, 1998, pp. 815-842. La teoría de las representaciones sociales se ocupa del conocimiento (contenidos cognitivos, afectivos y simbólicos) que no sólo desempeña un papel significativo para las personas en su vida privada cotidiana, sino también para la vida y organización de los grupos en los que esa vida transcurre. En este sentido, el foco es puesto no en el individuo, sino en las entidades sociales o comunidades a través de las cuales, aquél realiza su proyecto de vida. Ejemplos de las comunidades referidas pueden ser la comunidad internacional, las naciones, los grupos étnicos, las instituciones gubernamentales, las organizaciones civiles, el ejército, partidos políticos, empresas, sindicatos de profesionistas, fundaciones, gremios de comerciantes, barras de abogados, comunidades científicas, grupos religiosos, clubes, universidades, sociedades de exalumnos, fraternidades, pandillas, la delincuencia organizada, los núcleos familiares etc. De hecho, con los avances tecnológicos actuales, ha surgido el concepto de las comunidades virtuales, cuyos intercambios comunicativos trascienden las limitaciones espaciales y temporales, teniendo lugar preponderantemente en el ciberespacio. Pues bien, las reglas cognitivas de procesamiento de la información, así como los productos resultantes de aquellas, constituyen el conocimiento característico que proporciona la sensación de identidad colectiva a los miembros de las distintas comunidades, el cual es denotado por la expresión “representaciones sociales”. Este conocimiento es “custodiado” y perpetuado por medio de mecanismos institucionalizados (en mayor o menor grado) de socialización. Morales et. al., atribuyen dos características básicas a las representaciones sociales, a saber: a) el carácter social de su génesis; b) el hecho de que son compartidas ampliamente y distribuidas dentro de una colectividad, lo cual implica que los grupos en cuestión manifiestan ciertos patrones específicos de pensamiento, sentimiento y actuación. En este sentido, el término ‘representaciones sociales’ está afectado de ambigüedad proceso-producto: Por un lado, denota a los procesos, la sociogénesis por la que se crea el conocimiento colectivo a través del discurso y la comunicación; por otro, al producto final de ese proceso, el conocimiento colectivamente distribuido e individualmente accesible.

grandes sectores (operadores del derecho y ciudadanos), de las cuales emerge (superviene) la dinámica permanente de eventos y estados de cosas constitutivos de la realidad social desde la perspectiva jurídica en un periodo histórico determinado.<sup>20</sup>

Desde un nivel de abstracción mayor, tanto servidores públicos (u operadores jurídicos), como ciudadanos, son considerados y tratados en consecuencia por Cáceres, como *sujetos cognoscentes* por igual. En este sentido, ambos comparten ciertas características propias de la operación normal del sistema cognitivo humano.

Manteniéndose en este nivel de abstracción, Cáceres caracteriza a la *dimensión representacional* del sujeto cognoscente (donde tienen lugar fenómenos de procesamiento de información que implican la generación y sucesiva transformación de las diversas clases de estructuras cognitivas que conforman los modelos mentales y representaciones sociales previamente aludidas) como un *Sistema Generador de Procesos Estructurantes Simbólicos (SGPES)*, el cual a su vez superviene de la actividad cerebral basada en el fenómeno de la sinapsis neuronal (a lo cual volveremos posteriormente).<sup>21</sup>

Dicho SGPES se encarga, de modo inconsciente preponderantemente,<sup>22</sup> de generar y *compilar* el conocimiento resultante de las experiencias de interacción simbólica que el sujeto cognoscente (un científico, un filósofo del derecho, un dogmático jurídico, o los diferentes operadores técnicos como jueces, abogados, etc.) tiene en distintos *procesos de socialización*.

Este conocimiento es denotado por la expresión “*conocimiento heurístico*”, el cual se traduce en estructuras cognitivas que amalgaman *conocimiento declarativo* o estático (por ejemplo, arborescencias semánticas, clasificaciones, mapas conceptuales, etc.), con *conocimiento procedural* (reglas cognitivas de transformación y reglas de composición), cuya activación y capacidad de adaptación está en la base del despliegue de las habilidades que le permiten al sujeto resolver problemas y desarrollar actividades características del contexto de socialización en cuestión.<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup> La definición propuesta resulta de la condensación-integración de diversos componentes a los que el autor alude en múltiples trabajos, tales como: Cáceres, Enrique, *Hacia un modelo de institución nacional para la protección y promoción de los derechos humanos del siglo XXI*, México, CNDH, 2007; “Cognition, Epistemology, and Reasoning about Evidence within the Legal Domain”, trad. de Edgar R. Aguilera, en *PROBLEMA, Anuario de Teoría y Filosofía del Derecho del IIJ-UNAM*, Núm. 2, 2008; y Cáceres, Enrique y Rodríguez Ortega, Graciela (Coords.), *Bases psicológicas del comportamiento jurídico en México*, México, UNAM-IIJ, 2008, 182 pp.

<sup>21</sup> Véase, Cáceres, Enrique, *Técnicas Ericksonianas para la Elicitación del Conocimiento Judicial en un Proyecto de Inteligencia Artificial Aplicada al Derecho*, México, IIJ-UNAM, en prensa.

<sup>22</sup> *Ibidem*. Como hemos dicho, y como veremos con mayor detalle más adelante, la propuesta constructivista de Cáceres se nutre de los más recientes avances de las Ciencias Cognitivas. En este campo se reconoce plenamente la amplia gama de procesos cognitivos que se desarrollan de manera inconsciente. Véase por ejemplo, la excelente obra divulgativa sobre lo que ha dado en llamarse el “*Inconsciente Adaptativo*” en Wilson, Timothy, *Strangers to Ourselves*, Belknap, Harvard, EUA, 2002.

<sup>23</sup> Véase Cáceres, Enrique, “Constructivismo Jurídico e Inteligencia Artificial en el Proyecto CONACYT-IIJ-CCADET-TSJT”, *Revista EL SIETE*, año 2, número 8.

Por su parte, las tesis anteriores son compatibles con el movimiento novedoso de *Epistemología Social* (o el giro hacia las prácticas en Filosofía de la Ciencia), impulsado en nuestro país entre otros, por Sergio Martínez.<sup>24</sup>

De hecho Cáceres, en un artículo reciente, se vale del marco de la Epistemología Social de Martínez para caracterizar (desde el punto de vista meta-teórico) a la Filosofía del Derecho en México, y con base en ello, diagnostica el estado del arte de la disciplina.<sup>25</sup>

La caracterización de la Filosofía del Derecho desde la perspectiva de la Epistemología Social implica concebirla genéricamente como el producto de la interacción compleja entre el conjunto de prácticas que se conforman y llevan a cabo al interior de la *comunidad cognitiva*<sup>26</sup> constituida por los generadores de filosofía del derecho (la cual, en la actualidad, experimenta los efectos de la globalización), y el conocimiento heurístico en el que dichas prácticas se sustentan.

Una propiedad sumamente importante de la relación entre el contexto de prácticas específicas y las estructuras heurísticas referidas es la de constituir un ciclo de retro-alimentación, lo cual, a continuación explicamos:

Como ya dijimos, las prácticas correspondientes (en este caso, las prácticas jus-filosóficas) se encuentran sustentadas en el conocimiento heurístico que está en la base del despliegue de las habilidades que permiten a los agentes epistémicos resolver los problemas y desempeñar las tareas que caracterizan las prácticas en cuestión.

En este sentido, para Martínez, una estructura heurística “...es una colección de procedimientos heurísticos funcionalmente relacionados y organizados de manera jerárquica alrededor de la tarea a resolver o de un determinado tipo de problema... consiste en una serie de procedimientos heurísticos integrados en una estructura normativa (por lo menos en parte) implícita en un conjunto de prácticas que tienen coherencia funcional...”<sup>27</sup>

Por su parte, el contenido de las estructuras heurísticas, a su vez refleja lo que Martínez denomina la “*dependencia epistémica*” del medio o entorno, en el sentido de estar determinado por variables como la interacción de dichos agentes con los co-partícipes de la práctica (otros estudiantes, tutores, etc.), por limitaciones en términos de

---

<sup>24</sup> Véase Martínez, Sergio, *Geografía de las prácticas científicas: Racionalidad, heurística y normatividad*, 1a. ed., IIFs-UNAM, México, 2003, 206 pp. Del mismo autor, “La cognición corporizada en practicas: Implicaciones para la Filosofía de la Ciencia”, en Martínez, Huang, Guillaumin (Comps.), *Historia, practicas y estilos en la Filosofía de la Ciencia; Hacia una Epistemología plural*, UAM, 2008, en prensa. Véase también, “La geografía de la razón científica; dependencia epistémica y estructura social de la cognición”, en Martínez y Guillaumin (Comp.), *Historia, Filosofía y Enseñanza de la Ciencia*, México, UNAM-IIF, 2005. Así mismo, véase “Un lugar para las prácticas en una Filosofía de la Ciencia Naturalizada”, en Esteban y Martínez (Comp.), *Normas y Prácticas en la Ciencia*, UNAM-IIF, 2008, pp. 151-167. Y por último, “Science as evolution of technologies of cognition”, Instituto Max Planck, en prensa.

<sup>25</sup> Véase, Cáceres, Enrique, “La Filosofía del Derecho en México en el Siglo XXI; Situación y Perspectivas”, México, IIF-UNAM, Bicentenario, obra colectiva, en prensa.

<sup>26</sup> Véase nota 2.

<sup>27</sup> Op. Cit., nota 24, Martínez, Sergio, *Geografía de las prácticas científicas*, pp. 97, y 56. La noción de estructura heurística está basada en otra más básica, en la idea de “regla heurística”. Martínez explica al respecto que “... una regla heurística es un sistema de instrucciones que nos permite resolver un problema, no de manera exacta, o no en todos los casos, pero sí de un modo que no requiere una computación excesiva en comparación con los recursos cognitivos disponibles...” Véase, Martínez, Sergio, “La geografía de la razón científica; dependencia epistémica y estructura social de la cognición”, en Martínez y Guillaumin (Comp.), *Historia, Filosofía y Enseñanza de la Ciencia*, México, UNAM-IIF, 2005, p. 274.

recursos materiales (equipo de cómputo, cubículos de estudio, acceso a cierto tipo de biblio-hemerografía, fuentes de financiamiento, etc.), en términos de tiempo disponible, y en términos de las capacidades, personales y colectivas, de procesamiento de información.<sup>28</sup>

Con base en las ideas precedentes, Cáceres caracteriza a los procesos de generación de filosofía del derecho de la siguiente manera:

“... La formación de filósofos del derecho ocurre dentro de una comunidad en la que son socializados mediante la enseñanza del paradigma suscrito por dicha comunidad que incluye a las prácticas filosófico-jurídicas que en ella tienen lugar. Estas prácticas, conjuntamente con los demás elementos constitutivos de su medio, inducen la generación de las estructuras heurísticas compartidas por la comunidad. Dichas estructuras, que incluyen conocimiento implícito, consisten en procedimientos integrados en una estructura normativa jerárquica con coherencia funcional, que permite resolver un determinado tipo de problemas mediante inferencias confiables para un contexto dado. De las estructuras heurísticas articuladas en prácticas (y a cuya articulación contribuyen los filósofos del derecho ya formados), surgen las tradiciones filosófico-jurídicas que consisten en la manera de plantearse problemas, generar explicaciones y en general producir el conocimiento distintivo de la tradición. La filosofía del derecho puede admitir diversas tradiciones...”<sup>29</sup>

Ahora bien, en lo que sigue dirigiremos nuestra atención, de entre la pluralidad de prácticas jus-filosóficas, a las que tienen que ver con la construcción de distintos *explanandum* respecto de los cuales se generan múltiples modelos filosófico-jurídicos que corresponden a sus *explanans*.

Sin embargo, es importante decir desde ahora que estos modelos (o *explanans*) tienen el potencial de repercutir en la práctica de los operadores jurídicos (jueces, abogados, etc.) en la medida en que sean suscritos por dichos operadores. En este sentido, dichos *explanans* fungen como parte de los insumos cognitivos que conforman el contenido de los modelos mentales aludidos con anterioridad.<sup>30</sup>

Entrando en materia de las prácticas consistentes en la elaboración tanto de *explananda*, como de *explanans*, Cáceres sostiene que, contrariamente a lo que identifica como una postura “externalista”, los distintos *explanandum* no constituyen fenómenos que yacen “fuera de nosotros”, nítidamente acotados, esperando a ser elegidos y explicados.<sup>31</sup>

Esta postura externalista –de acuerdo con nuestro autor– parece olvidar, o al menos, no tomar en cuenta seriamente, algunas de las lecciones más importantes de las ciencias cognitivas contemporáneas, según las cuales, ni si quiera las unidades más elementales del mundo empírico, como un árbol, una roca, etc., están exentas de la participación intensa de nuestro cerebro en términos de la generación/construcción de la experiencia sensorial respectiva. Considérese en este punto, lo que nos dice el fisiólogo Francisco Rubia:

---

<sup>28</sup> *Ibidem*, *Geografía de las prácticas científicas*, p. 6.

<sup>29</sup> *Op. Cit.*, nota 25.

<sup>30</sup> Véase Nino, Carlos, *Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica; Con especial referencia a la Dogmática Penal*, México, UNAM, 2000. Véase también, Cáceres, Enrique, “Constructivismo Jurídico Meta-Jurisprudencial”, en prensa.

<sup>31</sup> *Op. Cit.*, nota 25.

“... (existe algo que llamamos) realidad externa, lo “ahí afuera”, que suponemos idéntico a lo que percibimos, pero que sabemos que *no es así*, ya que **muchos tipos de energía se escapan a nuestros receptores por no poder captarlos. Pero es que, además, lo que percibimos está influenciado por nuestro propio cerebro, de forma que el resultado no es lo que existe “ahí afuera”, sino una mezcla de estímulos externos y construcción cerebral.** Esto lo vemos muy claro en las ilusiones ópticas que no reflejan fielmente la realidad...”<sup>32</sup>

Aunado a lo anterior, y como lo sugieren los recientes estudios sobre *plasticidad neuronal*, incluso nuestro rango cotidiano de “percepciones” (que algunos solían considerar como “dado” con base en una supuesta *plataforma homogénea* de procesos cognitivos) puede verse amplificado (alterado) por la actividad cerebral en la medida en que nuestra supervivencia requiera de ciertas interacciones con el medio ambiente en que nos desenvolvemos, distintas a las que suelen entenderse como “normales” desde estándares externos a la comunidad en cuestión.<sup>33</sup>

Asimismo, en el caso de los fenómenos sociales-culturales, éstos tampoco se encuentran ahí afuera listos para ser percibidos por nuestros dispositivos para la captación y procesamiento de información sensorial (que en última instancia, consituye una amplia gama de tipos de energía).

---

<sup>32</sup> Véase Rubio, Francisco, *La experiencia mística y la neurobiología*, Drakontos, 2009, pp. 10-11.

<sup>33</sup> Un caso sumamente interesante es el de los niños pertenecientes a la tribu nómada de los “*Sea Gypsies*”. A este respecto, el psiquiatra y psicoanalista Norman Doidge nos comenta que: “...The Sea Gypsies are nomadic people who live in a cluster of tropical islands in the Burnese archipelago and off the west coast of Thailand. A wandering water tribe, they learn to swim before they learn to walk, and live over half their lives in boats on the open sea where they are often born and die. They survive by harvesting clams and sea cucumbers. Their children dive down, often thirty feet beneath the water surface, and pluck up their food, including small morsels of marine life, and have done so for centuries. By learning to lower their heart rate, they can stay under water twice as long as most swimmers. They do this without any diving equipment... what distinguishes these children... is that *they can see clearly under water because as sunlight passes through water, it is bent or “refracted”, so that light doesn’t land where it should on the retina...* The Gypsies learned to control the shape of their lenses and, more significantly, to control the size of their pupils, constricting them 22 percent. *This is remarkable, because human pupils reflexively get larger under water, and pupil adjustment has been thought to be a fixed, innate reflex, controlled by the brain and nervous system...* The Sea Gypsies have survived using a combination of their experience of the sea and holistic perception. So attuned are they to the moods of the sea that when the tsunami of December 26 of 2004, hit the Indian Ocean, killing hundreds of thousands, they all survived. They saw that the sea had begun to recede in a strange way, and this drawing back was followed by an unusually small wave; they saw dolphins begin to swim for deeper water, while the elephants started stampeding to higher ground, and they heard the cicadas fall silent. The Sea Gypsies began telling each other their ancient story about “The wave that eats people”, saying it had come again. Long before modern science put this all together, they had either fled the sea to the shore, seeking the highest ground, or gone into very deep waters where they also survived. What they were able to do, as more modern people under the influence of analytical science were not, was put all these unusual events together *and see the whole*, using an exceptionally wide-angle lens., exceptional even by Eastern standards. Indeed Burnese boatmen were also at sea when these preternatural events were occurring, but they did not survive. A Sea Gypsy was asked how it was that the Burnese, who also knew the sea all perished. He replied: “They were looking at squid. They were not looking at anything. They saw nothing, they looked at nothing. *They don’t know how to look...*” *The Brain that Changes Itself*, pp. 289, 301-302... La capacidad perceptiva amplificada (desde la perspectiva de un occidental) que le permitió sobrevivir a la tribu nómada de los gitanos marinos es explicada por Doidge haciendo alusión a la propiedad de la plasticidad del cerebro, de la manera que sigue: “...Culture can influence the development of perceptual learning because perception is not (as many assume) a passive, “bottom up” process that begins when energy in the outside world strikes the sense receptors, then passes signals to the “higher” perceptual centers in the brain. The perceiving brain is active and always adjusting itself. Seeing is as active as touching, when we run our fingers over an object to discover its texture and shape. Indeed, the stationary eye is virtually incapable of perceiving a complex object. Both our sensory and our motor cortices are always involved in perceiving. The neuroscientists Manfred Fahle and Tomaso Poggio have shown experimentally that “higher” levels of perception affect how neuroplastic change in the “lower” sensory parts of the brain develops...” *Ibidem*, p. 301.



La comprensión de, y la participación incluso simultánea en, los distintos contextos que conforman el tejido complejo de una cultura, es asequible gracias al efecto *constitutivo*<sup>34</sup> de una variedad de discursos que son emitidos por diferentes actores sociales a través de diversos canales de comunicación con los que, como miembros de una sociedad, continuamente entramos en contacto.

El efecto constitutivo referido implica la gestación de múltiples esquemas cognitivos, los cuales se traducen en *sistemas de creencias*, desde los que el sujeto estructura y da sentido a su experiencia social, mismos que se robustecen y evolucionan en la medida en que experimentamos más y más instancias de las situaciones que los esquemas en cuestión son capaces de estructurar.

Con base en lo anterior, podemos decir que el filósofo del derecho no se despierta un buen día, abre las ventanas de su habitación (la cual, como la mayoría piensa, podría estar situada en las alturas de una torre de marfil muy alejada de los problemas prácticos y cotidianos de la profesión), se asoma a la realidad social y capta automáticamente, si su intuición está sintonizada en la frecuencia adecuada para recibir las señales, el mensaje de un fenómeno jurídico que *clama* por una explicación sofisticada.

Una explicación plausible de lo que ocurre, de acuerdo con la reconstrucción que hacemos del pensamiento de Cáceres en este ámbito meta-teórico, es un proceso como el siguiente:

El discurso jurídico, principalmente el oficialmente sancionado por las legislaturas, a la manera de un efecto en cascada, al ser procesado por los distintos actores sociales genera una gama de contextos comunicativos de los que el hombre ordinario (por medio de la actividad, como vimos, generalmente inconsciente de su SGPES) a lo largo de su vida, pero muy importantemente en etapas tempranas de ésta, extrae los mensajes cruciales acerca de la estructura jurídica de la realidad social, los cuales se traducen en *sistemas de creencias* (y representaciones sociales) que, no sin sufrir modificaciones, re-adaptaciones y ajustes, lo acompañan en sus vivencias como miembro de una sociedad, robusteciéndose *enactivamente* por aquellas.<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> Véase Cáceres, Enrique, “Institucionalismo Jurídico y Constructivismo Social”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Núm. 100, 2001, sobre el *efecto constitutivo* de las diversas modalidades de comunicación en las que somos capaces de participar.

<sup>35</sup> El concepto de “enacción” fue propuesto por el biólogo y epistemólogo chileno Francisco Varela. Básicamente constituye una crítica a quienes conciben a las “representaciones mentales” del sujeto cognoscente como representaciones isomorfas de un mundo externo previamente establecido y estructurado. En este sentido, Varela destaca la importancia de la socialización experimentada por el sujeto cognoscente, e incluso su muy particular historia de vida, en términos de condicionar la manera de procesar la información, de cuyo resultado se obtiene la realidad en la que “vive”. Varela no asume una postura idealista desde la cual todo lo que el sujeto percibe y comprende no es más que una proyección de su mente y de la coherencia de las reglas con las que aquella trabaja, más bien propone una ruta intermedia (entre realismo e idealismo) en la que no hay afuera un mundo preestablecido, no obstante, si puede hablarse de estímulos externos que son procesados de una forma condicionada por la socialización e historia de vida del sujeto. Dicho procesamiento implica un acoplamiento de estructuras previas, del cual “emerge un mundo” que permite de un lado, la incrustación-interpretación coherente de la perturbación ambiental inicialmente detectada, y de otro, la generación de una conducta o acción efectiva en ese mundo emergido. *La acción o conducta efectuada, a su vez genera otra perturbación en el ambiente, generándose con ello un círculo de interacción en el que el mundo y las creencias previas se encuentran en constante interdefinición correlativa.*

Dichos *sistemas de creencias* (cuya conformación es fuertemente influenciada por el discurso jurídico) nos permiten funcionar en nuestra vida cotidiana. De hecho son fundamentales en la medida en que nos permiten de un lado, *comprender* el engranaje complejo de la vida social (¿Qué actores sociales puede haber? ¿Qué roles desempeñan? ¿Cuáles son las instituciones básicas? etc.), así como *participar* en los diversos contextos sociales a los que la formulación de nuestros planes, objetivos, intereses y necesidades nos conducen (Dichos planes son congruentes, al menos generalmente, con la comprensión básica de la estructura y modo de operar de la sociedad).

Por factores tales como el nivel de desarrollo democrático de la sociedad en cuestión (el cual, en la medida en que aumenta requiere de un conocimiento más profundo del modo de operar de ciertas instituciones cruciales, así como de la interacción persistente con éstas), o la socialización profesional como operador jurídico, etc., los sistemas de creencias referidos adquieren grados mayores de sofisticación, con lo cual se establecen las condiciones que posibilitan un espectro de experiencias jurídicas más amplio y complejo.

Ahora bien, con base en su *bagaje de socialización –o background-* (quizá se trata de alguien con formación original, o con un desarrollo progresivo de intereses co-extensivos con los de, un epistemólogo, un filósofo de la ciencia, un filósofo moral, un teórico social con influencias marxistas, un filósofo del lenguaje, un economista, un politólogo, un científico cognitivo, etc.),<sup>36</sup> el jus-filósofo evoca diversos elementos del sistema de creencias que posee como partícipe *-él mismo-* de la experiencia colectiva de carácter jurídico (con lo cual se garantiza que su propuesta teórica no será contra-intuitiva), y los somete a procesos que implican su revisión crítica a través de múltiples reformulaciones recursivas.<sup>37</sup>

---

Véase Varela, Francisco, *Conocer. Las ciencias cognitivas: tendencias y perspectivas. Cartografía de las ideas actuales*, Barcelona, Gedisa, 1990, 120 p.

<sup>36</sup> Este aspecto del bagaje de socialización adquiere capital importancia en el marco actual del frecuente planteamiento de rutas hacia la *inter-, multi-* y la *trans-disciplinarietàad*, y de la tendencia a naturalizar (en el sentido de mantener continuidad con otras ciencias, sobre todo, de carácter empírico) las diversas disciplinas filosóficas.

<sup>37</sup> La idea es que, dado que el derecho es un concepto que difiere de otros como el de “electrón” o “fotosíntesis” en el sentido de que *es empleado por las personas, de manera cotidiana, para comprender el entorno social en que están inmersas y a sí mismas* (lo que Leiter denomina un *concepto hermenéutico*), es decir, dado que al menos una noción de las características del derecho y de su modo de operar está en la base de cómo los miembros de una sociedad caracterizan su mundo social y cómo se entienden a sí mismos dentro de ese mundo (noción que es proporcionada por el propio discurso jurídico), el jus-filósofo debe considerar su visión del derecho (constituida por creencias y actitudes hacia éste) como una fuente *digna* de información susceptible de ser explicada y sistematizada por la teoría. Se trata entonces, de una defensa de la relevancia de las “folk Theories” para las elaboraciones teóricas sobre el derecho. Éstas difieren de las “Folk Theories” en otros campos en cuanto a su grado de exactitud, e implicaciones prácticas debido a que una noción mínimamente acertada de las características del derecho y su modo de operar debe estar presente en los participantes de las prácticas jurídicas. El argumento no es que la visión popular del derecho es siempre correcta, completa y acabada. Si este fuera el caso, no tendría sentido teorizar acerca del derecho. Se trata entonces, de una fuente de información más o menos confiable que constriñe al teórico a efectos de considerar explicar los aspectos prevalecientes de esa visión (ya que, para el caso del derecho, una objeción en el sentido de que una teoría que lo intenta explicar resulta contra-intuitiva, adquiere mayor fuerza que en otros campos, debido a que esos otros conceptos no son fundatorios ni presupuestos de práctica alguna en donde participe toda la sociedad). Para la revisión de la noción de “concepto hermenéutico”, véase Leiter, Brian, “Legal Realism, Hard Positivism, and the Limits of Conceptual Analysis”, en Leiter, Brian, *Naturalizing Jurisprudence; Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford University Press, 2007. Por su parte, véase Dickson, Julie, *Evaluación*

El escaneo-monitoreo de las experiencias y sistemas de creencias jurídicos (que forman parte de las representaciones sociales del mundo jurídico) a la luz de los distintos presupuestos teórico-metodológicos de los que diversos teóricos pueden partir (tomando en cuenta los distintos bagajes de socialización que pueden tener), conduce a la eventual construcción de un *área de oportunidad para la reflexión filosófico-jurídica*.

La definición del(las) área(s) de oportunidad para la reflexión teórico-jurídica suele implicar la atribución de cierta(s) propiedad(es) al derecho o a alguna de sus facetas de operación, a la que, a su vez, se asocia un conjunto de problemas “coherente” con dicha propiedad (o “visible” como resultado de la predicación de la propiedad respectiva), así como una metodología apropiada para el abordaje de los mismos.

En este sentido, Cáceres sostiene que la *pluralidad teórica* en el ámbito de la Filosofía del Derecho puede explicarse como el fenómeno de la *múltiple y diversa instanciación* del siguiente esquema abstracto (derivada de la cada vez más imperante situación de diversidad de bagajes de socialización con la que distintos pensadores, investigadores, estudiosos, académicos, etc., se aproximan al derecho):

(E) “X es importante para resolver-explicar (o para contribuir a la solución o explicación de) algún problema o conjunto de problemas relacionado con alguna de las múltiples propiedades susceptibles de ser asociadas al derecho”.<sup>38</sup>

---

en la *Teoría del derecho*, UNAM-IIIJ, 2006, pp. 52-56, para revisar el requisito de considerar las creencias y actitudes comunes en torno al derecho como parte de los criterios de adecuación de una teoría jurídica exitosa.

<sup>38</sup> Op. Cit., nota 25, Cáceres. Como el propio Cáceres comenta, este esquema se encuentra fuertemente influenciado por la propuesta de *Teoría Jurídica de Evaluación Indirecta* de la profesora Julie Dickson, cuyas tesis principales son:

- a) La dicotomía descriptiva/evaluativa característica de la forma en que ha venido planteándose el debate sobre la evaluación en la teoría del derecho, es engañosa, debido a que.
- b) La expresión “evaluativa” en la dicotomía en cuestión no agota las posibilidades de evaluación que pueden realizarse; se restringe exclusivamente a una evaluación de tipo moral
- c) Es posible realizar una evaluación no-moral (indirecta) del derecho
- d) Es inevitable que el teórico realice esta clase de evaluaciones no-morales y, por tanto,
- e) La construcción de teorías jurídicas implica cierto grado de evaluación.

La idea central de Dickson es que al darse a la tarea de construir una teoría jurídica, su autor tiene que pronunciarse en términos de los aspectos, características o propiedades que considera *importantes* acerca del derecho y, por tanto, *relevantes* para los efectos de proporcionar una *explicación adecuada* del mismo. Estos juicios de importancia se expresan por medio de proposiciones evaluativas indirectas (PEI) del tipo “X es una característica, rasgo, propiedad o elemento *importante* del derecho”. Las razones que fundamentan estos juicios de importancia pueden ser proposiciones evaluativas directas (PED), es decir, proposiciones que adscriben un valor moral a la propiedad identificada como importante, del tipo “X es buena (moralmente justificada, etc.)”. El esquema de esta forma de fundamentar los juicios de importancia sería: “X es una propiedad importante” debido a que “X está moralmente justificada (o es buena)”. Sin embargo, pese a que lo anterior es una posibilidad, con Dickson sostenemos que no es necesario, ya que el fundamento de los juicios de importancia puede ser proporcionado, a su vez, como explica la autora, por otra(s) proposición(es) evaluativa(s) indirecta(s). De hecho, esta otra posibilidad es clave para que Dickson erija sobre ella el edificio de su *“teoría jurídica de evaluación indirecta”*. Dickson reconoce, aunque no limitativamente, tres proposiciones evaluativas indirectas que podrían estar suministrando apoyo o fundamento a los juicios de importancia que realiza el teórico del derecho del modo que sigue: “X es un rasgo, característica o propiedad importante...”:

En lo anterior, junto con grados mayores de invulnerabilidad contra-argumentativa en que suelen traducirse los estándares de calidad por los que atraviesan, radica el *valor agregado* de los modelos del filósofo del derecho en contraste con el conocimiento, generalmente “de receta”, que se requiere aplicar como ciudadano ordinario para participar en los contextos jurídicos cotidianos (pagar por bienes y servicios, cumplir con obligaciones fiscales, tramitar una licencia de conducir, contraer matrimonio, emitir un testamento, etc.).<sup>39</sup>

- 
- 1.- Debido a que se trata de una característica (propiedad, rasgo, o elemento) que es invariablemente exhibida por la institución del derecho y porque enfocar nuestra atención en ella nos permite develar un aspecto crucial del modo distintivo de operar (es decir, del funcionamiento) del derecho;
  - 2.- Debido a su impacto significativo (preponderante, etc.) en nuestro razonamiento práctico; y
  - 3.- Debido a que habiendo explicado esta característica nos ubicamos en un mejor plano para llevar a cabo una evaluación directa (moral) del derecho, es decir, para la sucesiva fase de escrutinio moral a la que podemos someter al derecho.

En este sentido, y haciendo referencia a la teoría de Raz, Dickson muestra que el teórico puede elegir como características importantes del derecho dos cuestiones íntimamente relacionadas:

- A) Por un lado, el que generalmente se crea que éste tiene la pretensión de ser una *autoridad práctica legítima* o justificada, es decir, una que identifica correctamente los requerimientos del razonamiento práctico y que los transmite o comunica a quines se encuentran sujetos a él por medio de sus directivas; y
- B) Por otro, la creencia generalizada de los gobernados de que efectivamente el derecho tiene esta pretensión (nótese que toma como ejemplo el caso específico de la teoría de Raz)

Posteriormente Dickson sostiene que es posible que los juicios de importancia emitidos por el teórico respecto de estas dos características, pueden hallarse recibiendo sustento de las proposiciones evaluativas indirectas que previamente identificamos como del tipo 2 del modo que sigue:

Las características mencionadas son importantes porque el derecho actuará con base en dicha pretensión y tratará a los que se encuentran bajo su dominio como sujetos de esa autoridad, llegando a emplear incluso estrategias especiales, como el constreñimiento de su libertad, etc., de negarse a cumplir con sus directivas, lo cual es importante porque apunta a que *el derecho realiza una afectación considerable a la estructura de nuestro razonamiento práctico, al modo en que deliberamos sobre qué hacer*. Véase Dickson, Julie, Op. Cit., nota 37, pp. 65-89.

<sup>39</sup> En el artículo de Cáceres al que venimos dando seguimiento (Op. Cit., nota 25), el autor presenta la visión común, en términos de ciertas propiedades básicas, que el hombre medianamente culto, según Hart, asocia al derecho: “*Podríamos esperar de todo hombre culto que fuera capaz de identificar estas características destacadas, en una forma esquemática del tipo siguiente. Ellas comprenden (i) reglas que prohíben o hacen obligatorios ciertos tipos de conductas bajo amenaza de aplicar una pena; (ii) reglas que exigen que indemnicemos a quienes hemos dañado de ciertas maneras; (iii) reglas que especifican qué es lo que tenemos que hacer para otorgar testamentos y celebrar contratos u otros acuerdos que confieren derechos y crean obligaciones; (iv) tribunales que determinan cuáles son las reglas y cuándo han sido transgredidas, y que fijan el castigo a aplicar o la compensación a pagar; (v) una legislatura que hace nuevas reglas y deroga las anteriores...*” (Véase, Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, traducción de Carrió, Genaro, México, Editora Nacional, 1980, pp. 3-4). No es que el jus-filósofo no tenga clara esta visión o bosquejo superficial que, como dijimos, a la manera de un “conocimiento de receta” es incluso necesario como presupuesto para la mayoría de nuestras interacciones sociales cotidianas. A este respecto Cáceres sostiene que: “...los problemas que preocupan al filósofo del derecho son diferentes a los de una amena plática de café entre amigos que hablan de derecho, es decir, el dominio del mundo que buscan explicar es diferente al del hombre común; las propiedades atribuibles al derecho que considera relevantes son también distintas (dado que se busca generar un objeto distinto al del hombre común, las piezas del mecano también son diferentes); el ensamblado de las piezas requiere de una metodología confiable que permita obtener los resultados adecuados a las preguntas que busca contestar (para armar el cochecito que aparece en la caja del mecano se deben seguir rigurosamente las reglas del instructivo); los estándares para admitir que el cochecito fue correctamente armado son más elevadas y presuponen haber seleccionado piezas relevantes y haberlas ensamblado siguiendo el instructivo.

“Desmetaforizando” la explicación anterior, podríamos decir que: (i) los problemas planteados por los filósofos del derecho son diferentes a los del hombre común, lo cual implica que (ii) las propiedades del derecho relevantes para construir sus teorías son distintas a las intuiciones generales del hombre común. (iii) Dichas propiedades buscan ser

Teniendo en mente la posibilidad de que (E) sea instanciado de maneras diversas, un aspecto crucial en nuestro intento por sentar las bases para la instauración de un diálogo entre los programas que son objeto de nuestro análisis (y para la eventual articulación de un modelo integral) consiste en tratar de elucidar el *bagaje* presupuesto a la instanciación particular que de (E) realiza cada uno de ellos.

Este esfuerzo de elucidación del *bagaje* referido constituye una medida cautelar adecuada (o al menos así lo proponemos) a los efectos de evitar la frecuente situación en la que el teórico en cuestión tiene la ilusión de estar realizando un trabajo comparativo entre al menos dos modelos sin reparar en que tal vez las diferencias que identifica, así como las deficiencias que atribuye a uno y/u otro como resultado de su diagnóstico, no sean sino espejismos fundados en las asunciones (muchas veces apresuradas) de que ambos “hablan” de “lo mismo” y de que hay que declarar, por tanto, al vencedor, en vista de que no pueden hallarse simultáneamente en lo correcto.<sup>40</sup>

No obstante, debemos aclarar que la propuesta de medida cautelar anterior no nos conduce necesariamente a la posición a la que algunas lecturas posibles del *posmodernismo* (tan difundido actualmente) parecen arribar en el sentido de que los distintos modelos teóricos que pueden generarse respecto de algún fenómeno no aspiran a tener un estatus mayor que el de “*percepciones*” particulares constreñidas por las reglas metodológicas, ontología y léxico de los cuales cada una parte. Dichas percepciones serían igualmente legítimas, pero además, *incommensurables*.

En escenarios como éste no hay espacio para la crítica (ni siquiera para la comunicación entre los modelos respectivos); en ambientes de este tipo, la especificación de los constreñimientos metodológicos del modelo en cuestión tienen la función adicional de *blindar* al modelo en contra de cualquier intento de refutación (a no ser que provenga del mismo paradigma suscrito por el modelo).<sup>41</sup>

Lo que sostenemos en contraste, es que esfuerzos como el que realizaremos a continuación orientados a la elucidación del *bagaje* presupuesto por cada una de las comunidades a estudiar, nos permitirá ubicarnos en una posición en la que exista un menor riesgo de cometer errores de interpretación y de comunicación al echar a andar el ejercicio dialógico respectivo y en la que las críticas que eventualmente realizaremos tengan mayores probabilidades

---

articuladas en teorías que no son sino sistemas de creencias coherentemente organizadas, (iv) mediante ciertas reglas de procesamiento de la información (métodos), (v) cuya finalidad es proporcionar sistemas de creencias expresables proposicionalmente que proporcionen explicaciones coherentes, abstractas y generales al dominio del mundo que pretenden explicar...” Cáceres, Op. Cit., nota 25.

<sup>40</sup> En línea con la medida cautelar referida, Brian Bix sostiene que: “... A partir de que uno se da cuenta que frecuentemente estamos ante la presencia de propósitos diferentes en las competencias referents al análisis del mismo concepto, podemos entender por qué algunos debates en la literatura jusfilosófica se entienden mejor si partimos de la idea de que estamos frente a teóricos que están hablando desde diferentes niveles, los cuales realmente no escuchan lo que el otro dice...” Y en otra parte el autor en comentario sostiene que: “...El mérito de una teoría conceptual solo puede evaluarse una vez que tenemos claro cuál es el propósito de dicha tesis... diferentes teorías conceptuales tienen propósitos distintos. Más aún, los teóricos no suelen señalar con claridad qué propósitos subyacen a sus afirmaciones conceptuales, lo cual hace difícil evaluar los méritos de dichas afirmaciones, o bien, se dificulta comparar las tesis distintas...” Véase Bix, Brian, *Filosofía Del Derecho; Ubicación de los problemas en su contexto*, Vega, Juan, Flores, Imer, Toticaguena, Rodrigo (Trad.), UNAM-III, 2010, p. 11 (para la primera cita) y p. 19 (para la segunda).

<sup>41</sup> Véase sección X. ALGO MÁS SOBRE LA CONSTRUCCIÓN DEL *EXPLANANS* EN NUESTRA INVESTIGACIÓN

de ser más atinentes (y quizá más sofisticadas) que las que podrían lanzarse desde una revisión superficial y directa del contenido de las tesis particulares de los proyectos.

Como primer paso de nuestro itinerario metodológico, realizaremos a continuación una reconstrucción del contexto (o bagaje) -en términos de la serie de objetivos, motivaciones y presupuestos metodológicos- en el que surgen los programas (proyectos) bajo examen en esta investigación, al efecto de realizar un análisis posterior, primeramente expositivo de las tesis y argumentos fundamentales de cada programa; luego un análisis de carácter crítico, que finalmente culminará en la articulación de un modelo integral más robusto en la medida en que no constituye la mera suma de elementos, sino una cuidadosa articulación coherente de diversos componentes depurados por la discusión.

## V. LA EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA DE LAUDAN: UN EJERCICIO DE RECONSTRUCCIÓN DE SUS OBJETIVOS, MOTIVACIONES Y METODOLOGÍA

### 1. *Objetivos*

En el caso de EJ, los objetivos de Laudan son:

1. Ofrecer argumentos a favor de la tesis de que, a pesar de la confluencia de distintos valores, intereses u objetivos, el de averiguar la verdad *debe ser* el de mayor peso e influencia en lo que respecta al diseño de la estructura – y de la conformación de las prácticas- de un procedimiento penal. Dichos argumentos tienen que ver, como lo veremos en su oportunidad, con la justicia del fallo, con la legitimidad de la función jurisdiccional, así como con posibilitar el cumplimiento de la obligación del Estado consistente en reducir a rangos aceptables el valor del *riesgo compuesto* (o agregado) de sufrir daños de parte de nuestros congéneres (prevención y control del delito), así como de parte del propio Estado en términos de una condena falsa.

2. Proponer un esquema general de análisis desde el que se puede tratar a cualquier procedimiento penal como un objeto de reflexión de la epistemología aplicada, lo cual implica hacer énfasis en su faceta de *sistema de investigación sobre cuestiones empíricas* (sobre ciertos eventos acaecidos en el pasado que involucran conductas humanas probablemente constitutivas de algún delito de acuerdo con el ordenamiento respectivo) y preguntarse si su diseño en efecto lo habilita para la averiguación de la verdad acerca de los hechos que se alegan. De llegar a determinarse que la anatomía del procedimiento en cuestión está impregnada injustificadamente de artilugios *truth-thwarting*, una segunda parte del análisis consiste en preguntarse si hay otros valores que aquellos dispositivos materializan, y si es el caso, determinar si deben permanecer a la luz de la preponderancia del valor de la verdad (establecida por los argumentos prescriptivos previamente aludidos).

3. Demostrar la viabilidad de dicho esquema de análisis mediante su aplicación a un estudio de caso: El sistema de impartición de justicia penal norteamericano.

4. En relación con el objetivo precedente, demostrar la hipótesis de que el sistema norteamericano ha optado por una configuración que relega la obtención de la verdad (y su objetivo gemelo de minimizar el riesgo de cometer los errores paradigmáticos –condenas falsas y absoluciones falsas- considerados en conjunto) a un plano secundario, privilegiando el interés de proteger al acusado inocente de una potencial condena falsa (protección que, como veremos más adelante, acoge tanto a acusados inocentes como culpables materialmente hablando, toda vez que dado que la diferenciación respectiva no puede realizarse a priori, la concesión de la protección se hace en torno a la clase abstracta de “el acusado”).

En última instancia podemos decir que la audiencia principal a la que se dirige el discurso de Laudan es la constituida por los órganos legislativos pertinentes encargados de diseñar el procedimiento penal por medio de la promulgación de las respectivas reglas procesales. En este sentido, podemos caracterizar a dicho proyecto como parte de lo que actualmente se ha dado en llamar “*Legisprudence*”.<sup>42</sup>

## **2. Motivaciones**

Por su parte, dos grandes factores motivan la reflexión epistemológica en torno al derecho que Laudan propone: De un lado, el hecho de que la filosofía del derecho (sobre todo, la filosofía jurídica analítica de habla inglesa) se interese preponderantemente en problemas tales como elucidar “la naturaleza del derecho” (principalmente mediante el empleo del análisis conceptual que busca establecer verdades analíticas contenidas ya en el propio concepto de derecho), o en delimitar el tipo de relaciones que se establecen entre el derecho y la moral, sin concebir la importancia de dar cuenta de las relaciones que, a nivel de lo que Hart denominara las “*reglas de adjudicación*”, tienen lugar entre el objetivo de resolver la controversia de que se trate y otros dos intereses principales: La averiguación de la verdad y la concesión del beneficio de la duda a alguna de las partes.<sup>43</sup> Sobre todo, cuando se trata del entramado complejo de las reglas de adjudicación que articulan la estructura (de instituciones, funcionarios y competencias) de un sistema de impartición de justicia penal.

El otro factor consiste en el ambiente de confusión que impera en la academia y judicatura norteamericanas en términos de los efectos *truth-promoting* y *truth thwarting* de los distintos dispositivos que configuran la arquitectura del procedimiento penal en aquel país.

---

<sup>42</sup> Agradezco a mi tutor principal el Dr. Enrique Cáceres, por sus comentarios que me guiaron en la dirección de establecer esta conexión.

<sup>43</sup> Como veremos en su momento, Laudan reconoce que existe una pléyade de valores o intereses que presionan fuertemente en la dirección de verse reflejados en la arquitectura de un procedimiento (penal) a través de reglas particulares, como el interés de lograr un procedimiento que instancia el principio de una justicia pronta y expedita, el de proteger a la institución del matrimonio, a las relaciones internacionales con otros Estados, a la integridad de ciertas profesiones, etc.

### 3. Metodología

Ahora bien, la metodología de Laudan al nivel más general, consiste en extender al dominio jurídico (particularmente al diseño de procedimientos penales), la noción *Peirceana* de la necesidad de implementar mecanismos dinámicos y evolutivos de *auto-corrección*, como una propiedad fundamental de todo sistema genuino y no dogmático de investigación sobre cuestiones empíricas.

Dichos mecanismos se traducen en dispositivos de *retroalimentación* que permiten la detección, tanto de “errores” en términos de la violación de las reglas metodológicas que guían la indagación empírica respectiva, como de las falencias en que, una vez puestas en operación, pueden incurrir las propias reglas metodológicas referidas.

En suma, se trata de un sistema capaz de adquirir una meta-consciencia de su operar que parte de reconocer que su funcionamiento está condicionado por las elecciones en torno a la estructura regulativa de sus procesos de averiguación, e igualmente, que dicha armazón metodológica es falible y perfectible, y que el conocimiento de las manifestaciones particulares de dicha falibilidad se hace posible mediante el monitoreo constante de su proceder en casos concretos.

Para lograr la adquisición de la meta-consciencia aludida anteriormente, Laudan sienta las bases conceptuales para la elaboración de un diagnóstico sobre el estado epistémico general que guarda la configuración de un procedimiento penal. Como veremos más detalladamente en su momento, la forma en que Laudan plantea llevarlo a cabo consiste en realizar un experimento mental en el que se suprima la consideración de otros factores característicos de la complejidad subyacente al diseño de procedimientos penales, distintos al objetivo (valor o interés) de averiguar la verdad, con el propósito de obtener una comprensión más depurada de la incidencia aislada de este elemento en el fenómeno a estudiar.

El resultado del experimento anterior es un modelo general de *procedimiento penal epistémicamente óptimo*, el cual, contrario a lo que pudiera pensarse como estrategia natural, no implica la construcción, regla por regla, del mismo, sino la confección de un conjunto de *meta-principios estructurales* cuyo grado de abstracción se encuentra por encima de propiedades contingentes, como la decisión de instaurar un sistema adversarial, o la de diferenciar entre los agentes encargados grosso modo, de los problemas que plantea la *questio juris*, de los encargados de la *questio facti*. Se trata entonces de una *meta-epistemología* del derecho penal en la medida en que los principios mencionados constituyen perfiles generales a los que deben ajustarse las reglas particulares -con incidencia epistémica- de un ordenamiento (procedimental penal).

La aplicación de los principios en comento al procedimiento particular que a Laudan interesa estudiar (al menos en su obra *Truth, Error, and The Criminal Law*<sup>44</sup>), hacen brotar los dispositivos *truth-thwarting* del sistema en cuestión.

Una vez detectados estos dispositivos, Laudan procede a incorporar las variables restantes -en términos de los valores extra-veritativos (no necesariamente contra-veritativos en todos los casos) que desempeñan también

---

<sup>44</sup> Véase Laudan, Larry, *Truth, Error, and the Criminal Law; An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge, 2006



papeles importantes en la configuración del procedimiento; primero, por medio de la determinación de si los dispositivos *truth-thwarting* identificados materializan o no algún valor o interés distinto al de averiguar la verdad; y luego, a través del examen de los argumentos que se ofrecen para respaldar su presencia en la anatomía del sistema con vista a determinar si han de ser eliminados, o de alguna manera matizados a efecto de disminuir sus secuelas obstaculizadoras en relación con la verdad.

Ahora bien, uno de los meta-principios fundamentales del sistema epistémicamente óptimo de Laudan puede formularse en los siguientes términos: El grado de severidad del criterio o estándar de prueba a ser implementado debe fijarse mediante un *procedimiento racional* cuyo diseño no pierda de vista las repercusiones de esta tarea en términos de habilitar al sistema de impartición de justicia penal para incurrir -en su operar cotidiano- dentro de los linderos avalados por el pacto social en torno al balance apropiado en que se da cumplimiento a las obligaciones estatales interconectadas consistentes en proteger al ciudadano de los posibles actos delictivos de otros miembros de la sociedad (reducir el riesgo de ser víctima de delitos serios), y en proteger al ciudadano de una potencial condena falsa (reducir el riesgo de ser erróneamente condenado).

El procedimiento racional mencionado constituye una aplicación particular, al campo del derecho, de las teorías generales de la *Decisión Racional* y de las *Utilidades Esperadas*. En este sentido, además de tratarse de un proyecto preponderantemente de “*Legisprudence*”, también podemos caracterizar la propuesta de Laudan como una vertiente del “*Análisis Económico del Derecho*”, en la medida en que propone el empleo de teorías económicas de carácter metodológico para diseñar políticas públicas que se reflejan en el contenido (perfil) de buena parte de las reglas procesales que estructuran un procedimiento penal.<sup>45</sup>

Por último, sostenemos que el proyecto de Laudan es naturalizado –como él mismo manifiesta- en el sentido de que el autor se encuentra en la búsqueda permanente de información empírica resultante de estudios confiables a los efectos de respaldar (y, si es el caso, modificar) sus aseveraciones teóricas.

Considérese por ejemplo el caso de los estudios en torno al perfil de los ofensores reincidentes que Laudan toma en cuenta para sustentar la tesis de que las condenas verdaderas tienen un efecto muy importante en términos de *incapacitación por encarcelamiento*, y su tesis complementaria de que las absoluciones falsas fracasan en términos de lograr dicha incapacitación, lo cual incrementa el riesgo del ciudadano norteamericano de ser víctima de un delito serio.

Otro ejemplo es la consideración de diversos estudios, sobre todo el del profesor Michael Rissinger, al efecto de establecer una tasa (*rate*) promedio de condenas falsas que el sistema norteamericano produce en un periodo determinado. Dicha información, junto con las cifras relativas al porcentaje de condenas del sistema, es empleada por el autor para ofrecer argumentos en torno a la dificultad de implementar en la práctica un estándar de prueba que

---

<sup>45</sup> Agradezco al Dr. Cáceres por los comentarios que me guiaron en esta dirección en términos de la forma de caracterizar el proyecto de Laudan.

garantice, en cierta medida, el cumplimiento del ideal expresado por la *proporción Blackstone* (10 absoluciones falsas por cada condena falsa).

Otro caso es el de la consideración de las cifras relativas al porcentaje de absoluciones del sistema en cuestión (35%), información que junto con el análisis de la excesiva severidad del estándar *Beyond All Reasonable Doubt* (BARD) y la consideración de la plausible ocurrencia frecuente de casos en los que la evidencia es suficiente para sustentar la creencia racional en la culpabilidad del acusado, pero no para justificar la emisión de una condena, conduce a la inferencia también plausible del costo alto, en términos de absoluciones falsas, que significa el contar con un estándar tan riguroso como el referido (costo que se incorpora al procedimiento como un componente estructural).

## **VI. LA TEORÍA DE LA VALORACIÓN RACIONAL DE LA PRUEBA EN SEDE JUDICIAL (TVRPJ): UN EJERCICIO DE RECONSTRUCCIÓN DE SUS OBJETIVOS, MOTIVACIONES Y METODOLOGÍA**

### **1. Objetivos**

El caso de la TVRPJ es más difícil de caracterizar en términos de una estructura homogénea de motivaciones, objetivos y metodología, por el hecho de que, a diferencia del caso de la EJ, varios autores, procedentes de distintas tradiciones jurídicas (*Civil Law* y *Common Law*) conforman la comunidad en cuestión. Los autores a considerar son: Michele Taruffo, Jordi Ferrer, Marina Gascón, Amalia Amaya, y William Twining (aunque, por ser indirectamente referidos en las discusiones de los autores mencionados, también trataremos la vertiente psicológica de estudios sobre la estructura del razonamiento probatorio representada por las investigaciones de Pennington y de Wagenaar). No obstante, con las reservas pertinentes relativas a las características particulares de cada proyecto, la siguiente nos parece una reconstrucción plausible:

El objetivo fundamental, sobre todo de la vertiente Iberoamericana (o del *Civil Law*), de la comunidad aludida consiste en delinear un proyecto alternativo de *dogmática procesal* que, con base en las funciones atribuidas a esta clase de discurso jurídico perfiladas por Nino en la década de los ochenta, contribuya a prescribir a los jueces (y en términos generales, a cualquier funcionario con la tarea de aplicar el derecho) cómo deben valorar el contenido de los medios probatorios de los que disponen en el marco de la tarea constituida por la determinación de si ciertos hechos (expresados por medio de proposiciones aseverativas) jurídicamente relevantes, ocurrieron o no, en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.

El modelo de valoración racional que se propone es tomado de los avances contemporáneos que en torno a la metodología para la obtención de conocimiento empírico, se ha experimentado en las ciencias naturales. En este sentido, otra forma de plantear el objetivo primordial de esta comunidad (repetimos, en su vertiente de investigación dentro del marco del *Civil Law*), es la de actualizar las sugerencias de reconstrucción del sistema legislado (procesal)

que la dogmática puede (y debe) hacer, acudiendo para ello a los marcos de racionalidad empírica general disponibles al día de hoy.

El caso de Amaya difiere de los anteriores, ya que desarrolla una propuesta teórica en la que vincula la valoración probatoria referida, o en otras palabras, a las condiciones de justificación de declaraciones de hechos probados, con el grado apropiado de *coherencia óptima*, cuya determinación es realizada por un “*agente epistémicamente responsable*.” En este sentido, la actividad probatoria –el recabar ítems evidenciarios, la generación de hipótesis diversas, la estructuración de los argumentos que las respaldan, así como su evaluación- se sitúa dentro del marco más general proporcionado por el *modelo de deberes y virtudes éticas* que los distintos participantes en el procedimiento de investigación empírica-jurídica –detectives, fiscales, miembros del jurado, jueces, magistrados, etc.- tendría que seguir de acuerdo con Amaya.

## 2. Motivaciones

Ahora bien, algunos de los factores que en nuestra reconstrucción, motivan el proyecto de TVRPJ, son:

1. Como en el caso de Laudan, la detección de la tendencia generalizada en el campo de la teorización filosófico-jurídica consistente en abocarse, de manera avasalladora, al estudio de la *Questio Juris*, es decir, a la diversa gama de problemas sumamente interesantes que plantea tanto la concepción del derecho como un sistema normativo, como la interpretación y aplicación de las normas jurídicas de dicho sistema (problemas tales como cuáles son las propiedades lógicas predicables del sistema normativo, la posibilidad de emplear la lógica deóntica para su modelado, los derivados de la ambigüedad y vaguedad en que se encuentran formuladas las normas del sistema, la presencia de antinomias y lagunas normativas, el elenco de métodos de interpretación jurídica disponible, la posibilidad de atribuir intenciones a cuerpos colegiados, los conflictos de valores subyacentes a las normas aplicables al caso, la consideración y estructura de los principios, la plausibilidad de la tesis de la respuesta correcta, etc.).<sup>46</sup>

---

<sup>46</sup> En este sentido, Larry Laudan manifiesta que: “...Siendo tan obvio que el derecho depende fundamentalmente de cuestiones vinculadas con la verdad, los hechos y las pruebas, llama la atención que los filósofos del derecho del siglo XX dedicaron escasos esfuerzos a investigar sobre ellas. Esto es debido, en parte, a que los filósofos del derecho se han preocupado por cuestiones como la *legitimidad de la pena* o los derechos de los acusados (o, peor aún, por problemas acerca de la esencia del derecho) y, conducidos por la voluntad de analizar el derecho en términos de la moralidad política, *el estudio del rol de la verdad y la prueba en el derecho ha sido sistemáticamente ignorado por los grandes teóricos de este ámbito...*” (Véase Ferrer, Jordi, *La Valoración Racional de la Prueba*, España, Marcial Pons, 2008). Por su parte, en su libro “Prueba y Verdad en el Derecho”, Ferrer comenta que: “... Jerome Frank dedicó buena parte de sus trabajos a poner de manifiesto la atención insuficiente que tradicionalmente se venía dedicando a los problemas de los hechos... Setenta años después de *Law and the Modern Mind* sigue siendo válida la observación crítica de Frank... Los teóricos del derecho en general, *se han preocupado más por la justificación de las decisiones judiciales*, dando por descontado el problema de la selección de las premisas, o bien, estudiando principalmente las decisiones interpretativas y la selección de las premisas normativas del razonamiento judicial. *Los problemas de la determinación de los hechos a los efectos de seleccionar las premisas fácticas, en cambio, no han sido generalmente objeto principal de estudio teórico...*” (Véase Ferrer, Jordi, *Prueba y Verdad en el Derecho*, 2ª ed., España, Marcial Pons, 2005, 111 pp.). Así mismo, Amalia Amaya nos dice que: “...Issues concerning the nature of justification are among the most discussed topics in legal theory and philosophy of law. Despite the enormous amount of literature on legal justification, *the problem of the justification of conclusions about*

2. Otro factor motivador es la tendencia predominante en los estudios de dogmática procesal tradicional en los sistemas del *Civil Law* a reproducir de manera acrítica, el contenido de las regulaciones adjetivas, con escasa o nula reflexión en torno a las posibilidades de adecuación de dichas reglas al objetivo de averiguar la verdad, así como en torno a las tensiones que se producen entre el objetivo mencionado y otros intereses.<sup>47</sup>

3. El escaso o nulo tratamiento que en la corriente tradicional de dogmática recibe el tema de la estructura del razonamiento por medio del cual los juzgadores determinan la ocurrencia (o no ocurrencia) de hechos jurídicamente relevantes para la resolución de controversias a partir del material probatorio disponible, así como el tema de las condiciones en que dicho razonamiento es aceptable, o en otras palabras, las condiciones de justificación de sus declaraciones de hechos probados.

4. El predominio en la corriente tradicional, de una actitud “pesimista” que parte de considerar que, por la simple incorporación de reglas y formalidades a la indagación empírica –como sucede en el caso de los procedimientos jurídicos- no puede coherentemente sostenerse que la averiguación de la verdad sea uno de sus objetivos. En ese sentido, la indagación deviene en un mero proceso de *fijación formal de los hechos* (mucho más si se consideran los remanentes negativos del sistema de *prueba tasada* que establece valores probatorios predeterminados, vinculantes para el juez).

5. Así mismo, la convivencia, mayor o menor en función de la rama del derecho considerada, de los restos negativos (que constituyen una distorsión del proyecto original) del sistema de *prueba tasada* con una interpretación del principio de “*libre valoración*” (o libre convencimiento), según la cual, lo importante en la determinación de la ocurrencia o no de ciertos hechos jurídicamente relevantes, es que el juzgador realice la declaración respectiva, es decir, que incorpore las aseveraciones fácticas particulares como las premisas menores de su razonamiento silogístico que lo lleva, en última instancia, a atribuir las consecuencias jurídicas contempladas por el ordenamiento para el caso en cuestión.

Esta postura destaca excesivamente (para los autores de la TVRPJ) la *función constitutiva* de las declaraciones de hechos probados de parte del juez consistente en la modificación de los esquemas mentales de los destinatarios del ordenamiento jurídico, desde la cual pueden percibir, como efecto del pronunciamiento judicial correspondiente, nuevos estados de cosas como el que Juan ahora es culpable del delito X, o que se encuentra obligado al pago de daños y perjuicios, etc. La postura precedente, conduce a una concepción “*irracionalista-formalista*” de la valoración de la prueba jurídica, bajo la cual, el contacto (probable) con lo que en realidad sucedió como resultado de las determinaciones que realiza el juez, pierde importancia y se diluye, en tanto se sigan las formalidades del

---

*disputed questions of fact has been paid scant attention. As is widely acknowledged, there is an imbalance between the amount of work devoted to normative issues and the work devoted to factual matters in legal scholarship. The relative neglect of the problem of the justification of conclusions about disputed question of fact is one consequence of the focus of legal scholarship on problems concerning questions of law...*” (Amaya, Amalia, “A coherence theory of evidence and proof”, trabajo en progreso).

<sup>47</sup> Véase Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, 2ª. ed., trad. de Jordi Ferrer Beltrán, Italia, TROTTA, 2005, pp. 21-26.

procedimiento, o bien, se llegue al *íntimo convencimiento* de que las cosas sucedieron como las reporta un conjunto de aseveraciones.

6. Por último, pero no por ello, menos importante, resulta indispensable hacer referencia a la influencia que en la vertiente Iberoamericana de TVRPJ ha tenido la denominada “tradicón racionalista”, tanto de la adjudicación, como de la valoración probatoria, sistemáticamente presentada por William Twining hacia 1982, la cual aparece en las ediciones de 1990, 1994, y de 2006 de su “*Rethinking Evidence*”.<sup>48</sup>

A efecto de articular la tradición referida, Twining devela los presupuestos que, de acuerdo con su análisis, comparten distintos autores anglo-americanos desde Bentham (siglo XIX), pasando por Wigmore (principios del siglo XX), hasta Cohen (década de los setenta del siglo XX). El conjunto de presupuestos y asunciones que caracteriza al modelo racionalista es el siguiente:

*The Rationalist Tradition’s Basic Assumptions*<sup>49</sup>

A Rational Model of Adjudication	Rationalist Theories of Evidence and Proof
<p>A. <i>Prescriptive</i></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. The direct end</li> <li>2. of adjudicative law</li> <li>3. is rectitude of decision through correct application</li> <li>4. of valid substantive laws</li> <li>5. deemed to be consonant with utility (or otherwise good)</li> <li>6. and through accurate determination</li> <li>7. of the true past facts</li> <li>8. material to</li> <li>9. precisely specified allegations expressed in categories defined in advance by law i.e. facts in issue</li> <li>10. proved to specified standards of probability or likelihood</li> <li>11. on the basis of the careful</li> <li>12. and rational</li> <li>13. weighing of</li> <li>14. evidence</li> <li>15. which is both relevant</li> <li>16. and reliable</li> <li>17. presented (in a form designed to bring out truth and discover untruth)</li> <li>18. to supposedly competent</li> <li>19. and impartial</li> <li>20. decision makers</li> <li>21. with adequate safeguards against corruption</li> <li>22. and mistake</li> <li>23. and adequate provision for review and appeal</li> </ol> <p>B. <i>Descriptive</i></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>25. Generally speaking, this objective is largely achieved</li> <li>26. in a consistent</li> <li>27. fair</li> <li>28. and predictable manner.</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Knowledge about particular past events is possible.</li> <li>2. Establishing the truth about particular past events in issue in a case is a necessary condition for achieving justice in adjudication. Incorrect results are one form of injustice.</li> <li>3. The notions of evidence and proof in adjudication are concerned with rational methods of determining questions of fact and questions of law, questions of fact and questions of value, and questions of fact and questions of opinion.</li> <li>4. The establishment of the truth of alleged facts in adjudication is typically a matter of probabilities, falling short of absolute certainty.</li> <li>5. (a) judgments about the probabilities of allegations about particular past events can and should be reached by reasoning from relevant evidence presented to the decision maker: (b) The characteristic mode of reasoning appropriate to reasoning about probabilities is induction.</li> <li>6. Judgments about probabilities have, generally speaking, to be based on the available stock of knowledge about the common course of events: this is largely a matter of common sense supplemented by specialized scientific or expert knowledge when it is available.</li> <li>7. The pursuit of truth (i.e. seeking to maximize accuracy in fact-determination) is to be given a high, but not necessarily an overriding, priority in relation to other values, such as the security of the state, the protection of family relationships, or the curbing of coercive methods of interrogation.</li> <li>8. One crucial basis for evaluating “fact-finding” institutions, rules, procedures, and techniques is how far they are estimated to maximize accuracy in fact-determination, but other criteria such as speed, cheapness, procedural fairness, humanness, public confidence, and the avoidance of vexation for participants are also to be taken into account.</li> <li>9. The primary role of applied forensic psychology and forensic science is to provide guidance about the reliability of different kinds of evidence and to develop methods and devices for increasing such reliability.</li> </ol>

<sup>48</sup> Véase Twining, William, *Rethinking Evidence; Explanatory Essays*, Cambridge University Press, 2006, pp. 75-86.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 76.

Twining resume la tradición en comento en las siguientes palabras:

“... The characteristic assumptions of discourse about evidence within the Rationalist Tradition can be succinctly restated as follows:

- a) epistemology is cognitivist rather than skeptical;
- b) a correspondence theory of truth is generally preferred to a coherence theory of truth;
- c) the mode of decision making is seen as “rational”, as contrasted with “irrational” modes such as battle, compurgation, or ordeal;
- d) the characteristic mode of reasoning is induction;
- e) the pursuit of truth as a means to justice under the law commands a high, but not necessarily overriding, priority as a social value...”<sup>50</sup>

En la siguiente caracterización (propuesta por Ferrer) de lo que para la corriente iberoamericana de la TVRPJ significa suscribir la tradición racionalista en torno a la valoración probatoria, podemos percatarnos de su filiación con su símil anglo-americano:

“... (La pertenencia de este trabajo) a la tradición racionalista conlleva la defensa de algunas tesis centrales:

- a) La averiguación de la verdad como objetivo institucional de la actividad probatoria en el proceso judicial; b) la aceptación del concepto de verdad como correspondencia, por ser éste el más adecuado para dar cuenta de las exigencias de la aplicación del derecho: aplicar la norma que prescribe una consecuencia jurídica para el caso en que se de el hecho *h* requiere que se haya producido *h*, y por tanto, que los enunciados que se declaran probados en el proceso se correspondan con lo ocurrido en el mundo;
- c) el recurso a las metodologías y análisis propios de la epistemología general para la valoración de la prueba, por ser éstos los mejores instrumentos disponibles para maximizar las probabilidades de que la decisión adoptada sobre los hechos se corresponda con la verdad. Todo ello, claro, con la condición de que nos encontremos en el ámbito de la libre valoración de la prueba”.<sup>51</sup>

### **3. Metodología**

En cuanto a la metodología empleada, los autores de TVRPJ recurren básicamente al análisis conceptual (“de términos como “aceptación” y “creencia”, con base en el cual determinan la incongruencia o incompatibilidad del principio del libre *convencimiento* con objetivos epistémicos); al empleo de métodos de filosofía lingüística (como la detección de ambigüedades y la clarificación de expresiones –“prueba como resultado”, “prueba como medio”, “prueba como actividad”, “medio probatorio genérico”, “medio probatorio específico”- o la identificación de diversas funciones del lenguaje, como la descriptiva, la prescriptiva, o la performativa, como base para realizar el análisis de la proposición “está probado que ‘p’” emitida por un juez); elaboran modelos conceptuales sobre los distintos momentos de la actividad probatoria (conformación del conjunto de elementos de juicio, valoración de dichos elementos, y adopción de la decisión), que son usados al efecto de “medir” el impacto de la regulación de la mayoría de los ordenamientos en torno a cada etapa; intentan hacer extensiones, al campo del derecho, de teorías de la epistemología (como la discusión de las diversas teorías de la verdad y de la justificación), de modelos de

---

<sup>50</sup> Ibidem, p. 78.

<sup>51</sup> Véase, Ferrer, Jordi, *La Valoración Racional de la Prueba*, España, Marcial Pons, 2008, pp. 19-20.

probabilidad desarrollados en la filosofía de la ciencia (como el modelo de la probabilidad inductiva, lógica, o Baconiana, cuya reivindicación contemporánea y pertinencia para el derecho es propuesta principalmente por Jonathan Cohen), así como de modelos que desarrollan con mayor detalle los principios de la probabilidad lógica, como los proporcionados por el campo de la *Evidence and Inference*. Algunos otros, como Twining et. al. recuperan la técnica de diagramación de argumentos jurídico-fácticos desarrollada por John Henry Wigmore en lo que constituyera los albores de la denominada Lógica Informal, y la proponen como herramienta teórica para elucidar la estructura del razonamiento probatorio, y como técnica de análisis práctico a disposición de los abogados al efecto de preparar su argumentación y estar en condiciones de detectar puntos débiles..

## VII. ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND LAW (AI AND LAW): UN EJERCICIO DE RECONSTRUCCIÓN DE SUS OBJETIVOS, MOTIVACIONES Y METODOLOGÍA

### 1. Objetivos

De las consideradas en este trabajo, la *AI and Law* constituye el ejemplo de comunidad con un mayor grado de estructuración y cohesión. En efecto, *AI and Law* cuenta con un *Journal* internacional (*International Journal on Artificial Intelligence and Law*),<sup>52</sup> el cual a la fecha consta de 17 volúmenes; una conferencia bienal (*International Conference on Artificial Intelligence and Law, o ICAIL*) que acaba de celebrar su doceava versión;<sup>53</sup> y una conferencia anual (*International Conference on Legal Knowledge and Information Systems*), cuya vigésimo segunda edición está por tener lugar en diciembre de 2009 en Holanda.<sup>54</sup> Así mismo, cuenta con dos asociaciones: La *International Association for Artificial Intelligence and Law (IAAIL)*,<sup>55</sup> y la *Foundation for Legal Knowledge-Based Systems (JURIX)*.<sup>56</sup>

El objetivo más general de la comunidad en comento consiste en desarrollar modelos descriptivos, susceptibles de ser eventualmente implementados en sistemas de cómputo de diversos tipos, del razonamiento que posibilita la resolución de los distintos problemas y el desempeño de diversas tareas que caracterizan a la profesión jurídica en sus diversas modalidades.

Como puede observarse en la reconstrucción de la historia de la comunidad en comento que realiza Tom Gordon (quien fuera presidente de la *IAAIL* durante el periodo 2006-2007),<sup>57</sup> la evolución de las investigaciones han llevado a *AI and Law* a centrarse en las *actividades argumentativas* de los juristas como el eje en torno al que giran tanto las reflexiones de carácter teórico (que no obstante, no pierden de vista la eventual implementación computacional),

---

<sup>52</sup> <http://www.springerlink.com/content/100239/>

<sup>53</sup> <http://idt.uab.cat/icail2009/>

<sup>54</sup> [http://www.frg.eur.nl/arw/sectie\\_informatica\\_recht/jurix2009/](http://www.frg.eur.nl/arw/sectie_informatica_recht/jurix2009/)

<sup>55</sup> <http://www.iaail.org/>

<sup>56</sup> <http://www.jurix.nl/>

<sup>57</sup> <http://www.tfgordon.de/Home>

las cuales son denotadas por la expresión “*Computational Legal Theory*”, como el desarrollo de prototipos de sistemas específicos (o la rama *aplicada* o *pragmática*).<sup>58</sup>

Por su parte, los modelos de razonamiento jurídico, y particularmente, los relativos a las actividades argumentativas de los juristas, desarrollados por la *Computational Legal Theory (CLT)*, se presentan de manera informal (en el sentido de estar expresados en lenguaje natural, como el caso de los trabajos de Walton y Feteris), o en términos de sistemas formales (lenguajes artificiales) que son instancias o desarrollos de la lógica no-monotónica (cuyo ejemplo paradigmático es el trabajo del actual presidente de la IAAIL, el profesor Henry Prakken).

Con base en el estado del arte que ofrecen Jaap Hage<sup>59</sup> y Prakken y Feteris,<sup>60</sup> podemos decir que el objetivo tanto de la vertiente informal, como de la formal, de la CLT, consiste en desarrollar los que han sido denominados *Modelos Dialécticos de Argumentación Jurídica (Dialectical Models of Legal Argument)*, influenciados fuertemente por el enfoque Pragma-Dialéctico de la Argumentación (*Pragma-Dialectics*), o Escuela de Ámsterdam, desarrollado por los investigadores Franz Van Eemeren y Rob Grootendorst.<sup>61</sup> La mayoría de estos modelos se emplean a los efectos de comprender el proceso de justificación de proposiciones jurídicas en distintos contextos (o marcos dialógicos) decisionales (incluidos los judiciales).

## 2. Motivaciones

Por su parte, la reconstrucción que realizamos acerca de las motivaciones para la configuración de la tendencia actual de desarrollar modelos dialécticos de argumentación jurídica es la siguiente:

1. El tránsito de una visión mecánica del razonamiento jurídico, con base en la cual sólo podían concebirse aplicaciones computacionales del tipo *demostradores automáticos de teoremas* –con escasas probabilidades de proporcionar asistencia interesante en los problemas que plantea el ejercicio cotidiano de la profesión jurídica- hacia el

---

<sup>58</sup> Arno Lodder, (desarrollador del modelo dialéctico de argumentación jurídica DIALAW) se refiere a las áreas aplicada (o práctica) y teórica (a la que se le conoce como *Computational Legal Theory*) de la *AI and Law*, en los siguientes términos: “... To build good working applications is a first goal of AI and Law research. This line of research could be called *practical or applied AI and Law*. Since computers are rigid, the models have to be precise. A question that arises is how legal reasoning can be described precisely if there is no consensus about what legal reasoning precisely is? Trying to answer this question is the second goal for AI and Law research. There is no pretension that one right answer can be given, *but precise models (and computer programs) can contribute to a better insight into law and legal reasoning. This line of research could be called theoretical AI and Law or computational legal theory...*” (Lodder, Arno, *DiaLaw; On legal justification and dialogical models of argumentation*, Kluwer, 2000, pp. 3-4). Trevor Bench-Capon –uno de los padres fundadores de la comunidad- se refiere al contraste entre la rama aplicada o práctica y la CLT de corte formal, del modo siguiente: “...The systems discussed in the previous section were (proposals for) implemented systems, based on *informal accounts* of some underlying theory of reasoning. Other AI & Law research aims at specifying theories of reasoning *in a formal way, in order to make general reasoning techniques from logic available for implementations...*” (T.J.M. Bench-Capon & H. Prakken, *Argumentation*. In A.R. Lodder & A. Oskamp (eds.): *Information Technology & Lawyers: Advanced technology in the legal domain, from challenges to daily routine*. Berlin: Springer Verlag, 2006, 61-80)

<sup>59</sup> Véase Hage, Jaap, “Dialectical Models in Artificial Intelligence and Law”, en <http://www.springerlink.com/content/gx5m773p2011807q/>

<sup>60</sup> Véase Prakken, Henry, y Feteris, Elaine, “Dialectical Legal Argument: Formal and Informal Models”, en <http://www.springerlink.com/content/m222662052001mh3/>

<sup>61</sup> <http://home.medewerker.uva.nl/f.h.vaneemeren/>



reconocimiento de las complejidades derivadas de la *derrotabilidad* que caracteriza gran parte de las inferencias que despliegan los operadores del derecho.<sup>62</sup>

2. Otro factor motivador ha sido el reconocimiento de lo poco apto que resulta emplear el enfoque denominado “*Automated Reasoning*”, cuyo objetivo consiste en que el sistema de cómputo en cuestión, sustituya al usuario humano en la totalidad de procesos de razonamiento que la tarea respectiva requiere.

El enfoque “*Automated Reasoning*” enfrenta el problema conocido como “*knowledge acquisition bottleneck*”, el cual consiste en la enorme dificultad para identificar (adquirir) la totalidad de procesos cognitivos desplegados por el operador jurídico al desempeñar la tarea en cuestión (lo cual presupone una teoría sofisticada de dichos procesos), así como en la dificultad de representar dichos procesos y conocimiento de modo que permitan su manipulación computacional (ya que no siempre existen técnicas lo suficientemente desarrolladas como para capturar la complejidad de los procesos identificados).<sup>63</sup>

---

<sup>62</sup> En este sentido, considérese lo que Bench-Capon nos dice al respecto: “...A popular view of what Artificial Intelligence can do for lawyers is that it can do no more than deduce the consequences from a precisely stated set of facts and legal rules. This immediately makes many lawyers skeptical about the usefulness of such systems: this mechanical approach seems to leave out most of what is important in legal reasoning. A case does not appear as a set of facts, but rather as a story told by a client. For example, a man may come to his lawyer saying that he had developed an innovative product while working for Company A. Now Company B has made him an offer of a job, to develop a similar product for them. Can he do this? The lawyer firstly must interpret this story, in the context, so that it can be made to fit the framework of applicable law. Several interpretations may be possible. In our example it could be seen as being governed by his contract of employment, or as an issue in Trade Secrets law. Next the legal issues must be identified and the pros and cons of the various interpretations considered with respect to them. Does his contract include a non-disclosure agreement? If so, what are its terms? Was he the sole developer of the product? Did Company A support its development? Does the product use commonly known techniques? Did Company A take measures to protect the secret? Some of these will favour the client, some the Company. Each interpretation will require further facts to be obtained. For example, do the facts support a claim that the employee was the sole developer of the product? Was development work carried out in his spare time? What is the precise nature of the agreements entered into? Once an interpretation has been selected, the argument must be organized into the form considered most likely to persuade, both to advocate the client’s position and to rebut anticipated objections. Some precedents may point to one result and others to another. In that case, further arguments may be produced to suggest following the favourable precedent and ignoring the unfavourable one. Or the rhetorical presentation of the facts may prompt one interpretation rather than the other. Surely all this requires the skill, experience and judgment of a human being? *Granted that this is true, much effort has been made to design computer programs that will help people in these tasks, and it is the purpose of this chapter to describe the progress that has been made in modelling and supporting this kind of sophisticated legal reasoning.*” (T.J.M. Bench-Capon & H. Prakken, *Argumentation*. In A.R. Lodder & A. Oskamp (eds.): *Information Technology & Lawyers: Advanced technology in the legal domain, from challenges to daily routine*. Berlin: Springer Verlag, 2006, 61-80).

<sup>63</sup> En este sentido, Bench-Capon sostiene que: “...Kevin Ashley’s book on HYPO (Ashley, 1990) opens with a description of an advocate charged with preparing a case at short notice. His vision suggests that a system which is able to accept the facts of the case and then generate arguments for the two sides to the case and counterarguments to them, together with the precedents on which they are based, would provide the answer to such an advocate’s needs. We have discussed several systems which could provide such support, *but all of them are critically dependent on the possibility of acquiring a large amount of knowledge and representing it in a form which can be manipulated by the system... This is an instance of the well known “knowledge acquisition bottleneck”, which has proved a major barrier to the practical exploitation of intelligent techniques in many domains.* At one time it was expected that this barrier would be lower in the legal domain because of the availability of documented sources, but this has proven to be so only for routine, regulation-dependent tasks...” (T.J.M. Bench-Capon & H. Prakken, *Argumentation*. In A.R. Lodder & A. Oskamp (eds.): *Information Technology & Lawyers: Advanced technology in the legal domain, from challenges to daily routine*. Berlin: Springer Verlag, 2006, 61-80).

Una forma de matizar el problema del “*knowledge acquisition bottleneck*” referido consiste en diseñar la aplicación respectiva con una distribución diferente de las cargas cognitivas<sup>64</sup> correspondientes al sistema y las correspondientes al usuario. En este sentido, los denominados “*argument assistants*” constituyen una clase de sistemas con el balance idóneo entre las cargas mencionadas.<sup>65</sup> Dichos *argument assistants* constituyen manifestaciones computacionales de los referidos modelos dialógicos de argumentación jurídica.

3. Así mismo, otro factor crucial que explica el giro hacia las cuestiones de argumentación en *AI and Law* es que al nivel de las Ciencias Computacionales e Inteligencia Artificial en general, también ha ocurrido un viraje en este sentido (es decir, hacia el análisis y generación de prototipos en torno a actividades argumentativas):<sup>66</sup>

a) Por un lado, desde la perspectiva más teórica (de carácter formal), han sido evidenciadas las insuficiencias de la lógica deductiva clásica o estándar (proposicional y de predicados) para modelar el razonamiento “de sentido común” (“*Common-Sense Reasoning*”).

---

<sup>64</sup> Esta expresión la tomo del Dr. Cáceres en seminarios informales.

<sup>65</sup> Al respecto, Bart Verheij (desarrollador del sistema ARGU-MED), comenta que: “... Clearly, argument assistants must be distinguished from automated reasoning systems, which are more common. The latter automatically perform reasoning on the basis of the information in their “knowledge base”. In this way, an automated reasoning system can carry out reasoning tasks for the user. Argument assistants do not (or do not primarily) reason autonomously; the goal of assistance systems is not to replace the user’s reasoning, but to assist the user in his reasoning process... in the development of argument assistants, some of the difficulties of building automated reasoning systems can be avoided or become less critical. For instance, *the acquisition and representation of knowledge become less of a bottleneck since such tasks can to a large extent be left to the user (or users) of an argument assistance system*: using such a system can in fact come down to constructing a representation of the arguments that are relevant to the problem at hand. A side effect of the mediation of the construction by the argument assistant is that the representation becomes available in a format that is –at least partially– understandable to the system. Perhaps more importantly, the responsibility for the representation remains largely on the side of the user, and can be adapted at will. In the Law, the acquisition and representation of knowledge are specially notorious because of the law’s inherent complexities, such as its open and dynamic nature. As a consequence, a computer representation of a part of the law can hardly ever be complete and will easily become obsolete. By leaving a considerable part of the representational tasks to the user, these complexities are less intense for argument assistance systems than for automated reasoning systems. In fact, this is a relevant incentive to develop argument assistants in the first place...”, (Verheij, B. (2005). *Virtual Arguments. On the Design of Argument Assistants for Lawyers and Other Arguers*. T.M.C. Asser Press, The Hague. 10-12). En esta misma línea sobre las ventajas de los *argument-assistants* en relación con la intensidad en que se presenta el “*knowledge-acquisition bottleneck*”, Bench-Capon sostiene lo siguiente: “... There are two ways to cope with the bottleneck problem: to solve it or to avoid it. The problem could be solved by automating the process of knowledge acquisition. This would, however, require major advances in machine learning and natural language understanding. Moreover, if we wish to acquire knowledge from sources which need considerable interpretation – such as the case decisions which play a significant role in argumentation – the problems may well appear insurmountable. To avoid the bottleneck we must find an area or task *in which the amount of knowledge to be acquired can be kept within reasonable bounds*... One approach is to *focus on more tractable aspects of the task*, so that it might take the form of providing tools to support *information retrieval and structuring of arguments*. Another is to constrain the application, for example building a teaching system, where the completeness of the knowledge ceases to be an issue... Argument structuring systems... are an example of the attempt to focus on more tractable aspects of a task. They do not require a knowledge base since the arguments are provided by the user... “ (T.J.M. Bench-Capon & H. Prakken, *Argumentation*. In A.R. Lodder & A. Oskamp (eds.): *Information Technology & Lawyers: Advanced technology in the legal domain, from challenges to daily routine*. Berlin: Springer Verlag, 2006, 61-80).

<sup>66</sup> Véase, J. Dix, S. Parsons, H. Prakken & G. Simari, Research Challenges for Argumentation. *Computer Science - Research and Development* 23 (2009): 27-34, en [http://drops.dagstuhl.de/opus/volltexte/2008/1577/pdf/08042.Dagstuhl\\_Manifesto.pdf](http://drops.dagstuhl.de/opus/volltexte/2008/1577/pdf/08042.Dagstuhl_Manifesto.pdf)

Las insuficiencias referidas tienen que ver básicamente con la propiedad conocida como “*monotonidad*” que caracteriza, en parte, a los sistemas de lógica formal deductiva. En términos generales, la monotonicidad consiste en que las conclusiones obtenidas a partir de un fragmento de razonamiento (argumento), al que también se le denomina “teoría”, deben obtenerse igualmente aún cuando la teoría inicial sea incluida dentro del marco de otra más amplia (teoría 2). De hecho, la verdad de las conclusiones necesariamente debe persistir en cualquier modalidad de expansión de la teoría inicial (en cualquier supra-conjunto de proposiciones que incluya a las inicialmente consideradas).

Así mismo, las conclusiones de la teoría 1 pueden servir, ellas mismas, como teoría inicial a efecto de explorar sus implicaciones lógicas. En este sentido, dentro de los sistemas que satisfacen la propiedad de monotonicidad, no es posible que la teoría 1 co-exista con la conjunción constituida por la verdad de su conclusión y la posibilidad de que eventualmente pueda ser falsa a la luz de nueva información (que amplifica el conjunto inicial de proposiciones).<sup>67</sup>

El problema es que, en la mayoría de las ocasiones los agentes humanos no contamos con información completa, absolutamente verdadera, del ambiente en que actuamos. Contamos más bien, con bocetos burdos (*rules of thumb*) con base en los cuales realizamos inferencias que, no obstante a su falibilidad, constituyen herramientas indispensables para explorar nuestras opciones de acción.

Así mismo, generalmente estamos abiertos, en mayor o menor grado según las demandas de acción del contexto específico, a revisar las conclusiones obtenidas, a la luz de nueva información entrante, lo cual crea el problema de decidir qué creencia preferir a partir de las razones que las sustentan. Este problema no es abordado por la lógica formal deductiva, pues trabaja sobre el presupuesto de la verdad definitiva de las premisas, y, en ese sentido, constituye una herramienta adecuada para determinar qué verdades se siguen de otras verdades (por medio del uso de ciertas reglas de inferencia lógica).

El punto es que, en los contextos prácticos, muy pocas veces requerimos actuar como demostradores de teoremas, sino como agentes que toman decisiones sensatas, basados en la información disponible (que en la mayoría de las veces es incompleta), los objetivos perseguidos, así como, si es el caso, en el marco institucional en el que la decisión ha de tomarse.<sup>68</sup>

---

<sup>67</sup> Véase el excelente artículo de Tom Gordon, Gordon, Thomas F. "[The Importance of Nonmonotonicity for Legal Reasoning](#)." *Expert Systems in Law; Impacts on Legal Theory and Computer Law*. Eds. H. Fiedler, F. Haft and R. Traummüller. Tübingen, 1988. 111-26.

<sup>68</sup> Idem.

Con base en lo anterior, no es que se destierre del panorama a los sistemas que satisfacen la propiedad de la monotonicidad, sino que se comienzan a explorar formas de complementarlos, sobre todo mediante el desarrollo de sistemas de lógica no-monotónica (considerados adecuados para el modelado del razonamiento derrotable).<sup>69</sup>

Una de las modalidades de lógica no-monotónica que explícitamente permite la articulación tanto de las razones que sustentan una conclusión como de las que, o bien respaldan algún tipo de ataque a las bases de la misma (*Undercutters*), o bien proporcionan soporte a la conclusión opuesta (*Rebutters*), es la denominada “*Argument-Based Non-Monotonic Logics*” o “*Logics for Defeasible Argumentation*”.

b) Ahora bien, desde una perspectiva más práctica, las cuestiones relativas a la argumentación entre agentes también ha adquirido suma importancia, sobre todo en relación con los problemas que plantea el diseño de la “*Semantic Web*”, y el área denominada “*Multi-Agent Systems*” (o también “*Distributed Systems*”).<sup>70</sup>

Los pilares de la *Semantic Web* son: A) La utilización de los denominados “meta-datos” que permiten caracterizar el contenido y utilidad de una fuente de información en la red; B) el desarrollo de las llamadas “Ontologías”, que constituyen especificaciones formales que permiten definir rigurosamente los términos (*tags*) que se usan como meta-datos, así como las relaciones que entre ellos se establecen, y; C) el empleo de técnicas basadas en diversos formalismos al efecto de razonar con los meta-datos y las ontologías respectivas.<sup>71</sup> Con estos elementos se potencia la recuperación atinente de información mediante el diseño de diversos motores de búsqueda.

El problema es que, derivado de la falta de homogeneidad en cuanto a los términos que se emplean como meta-datos, así como de la falta de homogeneidad entre las ontologías desarrolladas, se crea un contexto tipo “*Torre de Babel*”, el cual requiere de la intervención de agentes (artificiales no humanos) que establezcan puentes razonables de comunicación y resuelvan, mediante inferencias plausibles (tomando en cuenta razones a favor y en contra), problemas de compatibilidad ontológica y llenado de lagunas informativas.<sup>72</sup>

Así mismo, en el área de los *Multi-Agent Systems* encontramos sistemas conformados a su vez, por múltiples agentes que interactúan entre sí. Una de esas modalidades de interacción consiste en la negociación a los efectos de lograr un objetivo común mediante la realización de concesiones recíprocas. En este sentido, se requiere dotar a los agentes, en lo individual, de mecanismos de razonamiento capaces de tratar con información incompleta y aproximada, y de llegar a conclusiones plausibles respecto de la lectura de su ambiente en el menor tiempo posible (de acuerdo con la situación de que se trate). Además se requiere, y esto se aplica también a los problemas de interoperatividad ontológica de la *Semantic Web*, de la instauración de *protocolos formales* que establezcan el orden de participación a los efectos de exponer objetivos y argumentos dentro de la negociación, el tipo de intercambio

---

<sup>69</sup> Véase, Prakken, Op. Cit., nota 66.

<sup>70</sup> Véase, Prakken, Op. Cit., nota 66, y Walton, Douglas, “The Impact of Argumentation on Artificial Intelligence”, *Douglas Walton and David M. Godden, in Considering Pragma-Dialectics, ed. Peter Houtlosser and Agnes van Rees, Mahwah, New Jersey, Erlbaum, 2006, 287-299.*

<sup>71</sup> Véase, Prakken, Op. Cit., nota 66.

<sup>72</sup> Idem.

comunicativo que es requerido para participar adecuadamente en cierto estado del diálogo, así como los criterios de terminación de la negociación.<sup>73</sup>

### 3. Metodología

En lo que respecta a la metodología para la generación de los Modelos Dialécticos de Argumentación Jurídica referidos, podemos evidenciar en el caso de *AI and Law*, un ejemplo muy claro de las tendencias actuales de investigación, las cuales se manifiestan, por un lado, a través de un *enfoque de resolución de problemas* que permite articular una amplia gama de propuestas teóricas de otros campos para el fin común de resolver el problema planteado (en este caso la elaboración de modelos dialécticos de argumentación jurídica); y de otro, en la naturalización del modelo resultante en el sentido de someterlo a la prueba del modelado computacional, ya mediante el pronto diseño de prototipos, o ya por medio de la utilización de formalismos de representación que si bien dilatan más en términos de materializarse en aplicaciones concretas (en contraste con la rama práctica), sitúan al modelo en etapas muy próximas a su implementación.

Así mismo, se trata de un ejemplo de cómo mediante su empleo en casos particulares de aplicación (como el área jurídica), las teorías más generales experimentan importantes desarrollos, como ha sucedido con la Teoría de la Argumentación, la Lógica No-Monotónica, y el denominado Razonamiento Derrotable.

En su excelente trabajo "*Computational Models, Argumentation Theories, and Legal Practice*"<sup>74</sup>, Bench-Capon, Prakken, et. al., dan cuenta de la forma en que diversas propuestas teóricas que hacen énfasis en la argumentación han venido informando el trabajo de la *AI and Law*, tanto en su rama práctica, como en la teórica (o *Computational Legal Theory*).

Con base en los estudios del enfoque Pragma-Dialéctico (el cual se ha convertido en el enfoque paradigmático en las Ciencias Computacionales e Inteligencia Artificial en general),<sup>75</sup> los autores mencionados elaboran un modelo de cuatro capas a efecto de monitorear el impacto de diversas propuestas teóricas.

El modelo consta de la capa lógica, la capa dialéctica, la capa procedural y de la capa heurística.<sup>76</sup> A continuación presentamos un cuadro que muestra las contribuciones de diversas teorías a las cuatro capas aludidas:

---

<sup>73</sup> Idem.

<sup>74</sup> Véase: J.M. Bench-Capon, J.B. Freeman, H. Hohmann and H. Prakken, "Computational models, argumentation theories and legal practice", In C. Reed and T.J. Norman (eds.): *Argumentation Machines. New Frontiers in Argument and Computation*. Kluwer Argumentation Library, Kluwer Academic Publishers, Boston/Dordrecht/London 2004, 85-120.

<sup>75</sup> Véase Walton, Douglas and David M. Godden, "*The impact of Argumentation on Artificial Intelligence*", in *Considering Pragma-Dialectics*, ed. Peter Houtlosser and Agnes van Rees, Mahwah, New Jersey, Erlbaum, 2006, 287-299

<sup>76</sup> Respecto a la influencia del enfoque Pragma-Dialéctico en la conformación de las cuatro capas, los autores comentan que: "...According to the Pragma-Dialectical Theory, argumentative dialogue passes through various stages –confrontation, communication, argumentation, and resolution. At the confrontation stage disagreement

Capa Lógica	Capa Dialéctica	Capa Procedural	Capa Heurística
La teoría de Toulmin sobre la estructura general de los argumentos derrotables, la cual se basa en las llamadas “ <i>warrants</i> ”.	La teoría del razonamiento derrotable de Pollock, con especial referencia a sus conceptos de “Undercutter” y de “Rebutter”,	La tradición filosófica que enfatiza el aspecto procedural de la racionalidad: Rawls; Rescher; Habermas; Alexy (en el campo jurídico). La teoría de las diversas clases de diálogos, así como de las transiciones inter-dialécticas de Walton.	La teoría de las estrategias heurísticas de convencimiento en vista de una “audiencia universal de Perelman y Olbrechts-Tyteca.
La teoría de los “ <i>Esquemas Argumentales</i> ”, desarrollada en los trabajos de Kienpointer Eemern, Walton, y Blair. Dicha teoría constituye una extensión de las investigaciones inauguradas por Toulmin en torno a la estructura de los argumentos derrotables.	El modelo abstracto del estatus de los argumentos a partir de la consideración de sus contra-argumentos de Dung; y de Bondarenko et. al.	La <i>Formal Dialectics</i> de Hamblin y de MacKenzie	Las teorías sobre las condiciones de la argumentación persuasiva en el contexto de una negociación de Graus, et. al; y Parsons, et. al.

Posteriormente Bench-Capon, Prakken, et. al., identifican en cuáles de esas capas hacen énfasis los diversos modelos dialéctico-procedurales de argumentación jurídica propuestos tanto por la rama práctica, como por la teórica (o Computacional Legal Theory).<sup>78</sup>

## VIII. EL CONSTRUCTIVISMO JURÍDICO COGNITIVO DE CÁCERES (CJC): UN EJERCICIO DE RECONSTRUCCIÓN DE SUS OBJETIVOS, MOTIVACIONES Y METODOLOGÍA

A efecto de lograr una mejor comprensión de los objetivos, motivaciones y metodología particulares del CJC, comenzaremos por la inclusión del mismo en el marco más general de la propuesta constructivista para el estudio del derecho que Cáceres realiza. Dicho proyecto, denominado “Constructivismo Jurídico” (CJ), constituye un ejemplo de la manera en que se puede “*naturalizar*” la Filosofía del Derecho.

Para llevar a cabo lo anterior, es conveniente dar cuenta somera del surgimiento del interés en las cuestiones metodológicas (meta-teóricas) al interior de la Filosofía del Derecho (de corte anglo-sajón):

---

surfaces. The communication stage seeks to identify points of agreement, for example, what argument forms will be accepted. Argumentation then goes forward, if successful, towards reaching a resolution. Clearly our model reflects the first three stages. At the end of the day, the final response will reflect a resolution of the dispute. So all four stages are represented...” Véase: J.M. Bench-Capon, J.B. Freeman, H. Hohmann and H. Prakken, “Computational models, argumentation theories and legal practice”, In C. Reed and T.J. Norman (eds.): *Argumentation Machines. New Frontiers in Argument and Computation*. Kluwer Argumentation Library, Kluwer Academic Publishers, Boston/Dordrecht/London 2004, 85-120.

<sup>78</sup> Idem.

## 1. *Un viraje hacia las cuestiones metodológicas en la Filosofía del Derecho: Evaluación y Naturalización*

Brian Leiter reconstruye el viraje referido en el título de este apartado del modo que sigue:

Al establecer las diferencias entre su proyecto de teoría jurídica y el del profesor estadounidense Ronald Dworkin, H. L. A. Hart en su respuesta póstuma a las críticas de aquel, hace énfasis en el carácter *descriptivo* de su teoría, entendiendo por ello lo siguiente:

Su objetivo no es por un lado, ofrecer una explicación del derecho partiendo de una percepción del mismo como una institución social moralmente justificada (como intrínsecamente buena para la humanidad). Por otro, tampoco es justificar mediante argumento moral alguno, los rasgos que desde su perspectiva, son distintivos del fenómeno jurídico.<sup>79</sup>

Sabido es que uno de los recursos metodológicos que Hart emplea en su explicación del derecho consiste en lo que llamó “*el punto de vista interno*” de los participantes de las prácticas jurídicas, el cual le permitió realizar análisis esclarecedores de los conceptos de “obligación” y “regla de reconocimiento”.

El uso de este recurso parece generar una inconsistencia con el compromiso explícito de permanecer en el plano descriptivo, es decir, de ofrecer una explicación moralmente neutra, si es el caso que los participantes mencionados, cuyo punto de vista interno hay que asumir, consideran al derecho como un fenómeno moralmente justificado.

La respuesta de Hart a esta supuesta tensión es que uno puede seguir siendo descriptivo aunque lo que se describa (o explique) sea o presuponga una evaluación.<sup>80</sup>

Las aclaraciones de Hart respecto al punto de vista interno dieron pie a que la comunidad de la filosofía y la teoría del derecho (*Jurisprudence*) girara su atención a los aspectos metodológicos de la elaboración de teorías jurídicas.<sup>81</sup>

En una primera etapa, el debate se centró en el problema del papel que juega la evaluación en la construcción de una teoría del derecho (*el debate sobre la evaluación*).

Posteriormente, tomando en cuenta la crisis por la que actualmente atraviesa el análisis conceptual<sup>82</sup> y uno de sus modos peculiares de proceder consistente en apelar a las intuiciones sobre la extensión de los conceptos bajo

---

<sup>79</sup> Véase, Carrió, Genaro, *Dworkin y el Positivismo Jurídico*, México, UNAM-III, 1981.

<sup>80</sup> Idem.

<sup>81</sup> Véase Leiter, Brian, “Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence”, en Leiter, Brian, *Naturalizing Jurisprudence; Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford University Press, 2007.

<sup>82</sup> Me refiero a aquel cuyo objetivo es la generación de proposiciones necesariamente verdaderas acerca del concepto en cuestión, exclusivamente con base en una reflexión *a priori* (sin referencia a los hechos) sobre el significado de las palabras, el cual es empleado como el método privilegiado de la filosofía analítica del derecho de corte anglo-sajón, según lo expresa Julie Dickson. Véase Dickson, Julie, *Evaluación en la Teoría del Derecho*, UNAM-III, 2006, pp. 19-32.

análisis, según da cuenta de ello Brian Leiter, la reflexión se centró en las relaciones que una teoría del derecho puede entablar con las ciencias empíricas (*el debate sobre la naturalización*).<sup>83</sup>

Entre los protagonistas del debate sobre la evaluación, podemos citar a Julie Dickson, Dworkin, Finnis y Perry; mientras que Brian Leiter (quien destaca la pertinencia de los argumentos de Quine en contra del análisis conceptual para la discusión metodológica de la teoría del derecho) y Jules Coleman, figuran como los personajes principales del debate sobre la naturalización.

A continuación, basándonos en las observaciones de Leiter, explicaremos en qué consiste naturalizar una disciplina filosófica:

## **2. Naturalización de disciplinas filosóficas**

De acuerdo con Brian Leiter, decimos que una disciplina filosófica es naturalizada *grosso modo*, “cuando mantiene continuidad con las ciencias”<sup>84</sup> (‘P’).

No es necesario, de acuerdo con este autor, que la naturalización de una disciplina filosófica presuponga la solución del denominado “*problema de la demarcación*” en las ciencias, es decir, el problema relativo a determinar los linderos del conocimiento científico a efecto de diferenciarlo de las pseudociencias, sino que es suficiente con la posibilidad de hacer referencia a casos paradigmáticos y exitosos de investigación científica.<sup>85</sup>

Tampoco es necesario que “ciencias” en ‘P’ denote exclusivamente a las llamadas “ciencias duras”, aunque como también comenta Leiter, algunos naturalistas (llamados “Hard Naturalists”) si sostienen esta tesis; sino que, también las ciencias sociales (o ciencias “suaves”) participan en la naturalización de la filosofía.<sup>86</sup>

Por su parte, puede hablarse de “continuidad” en al menos dos sentidos:

- A) Lo que Leiter denomina la “*continuidad con los resultados científicos*” (*Results continuity*); por ejemplo, una epistemología prescriptiva (que pretende decirnos cómo debemos formar nuestras creencias sobre el mundo) se naturaliza cuando toma en cuenta los estudios empíricos sobre cognición que explican la forma en que, de hecho, funciona nuestro sistema cognitivo, de tal modo que las pautas normativas que establece (las exigencias que impone), no rebasan los límites de lo que estamos en condiciones de realizar como agentes cognoscentes humanos.

---

<sup>83</sup> Véase Leiter, Brian “Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence”, en Leiter, Brian, *Naturalizing Jurisprudence; Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford University Press, 2007. Véase también, Coleman, Jules, “Methodology”, en Coleman, Jules and Shapiro, Scott (Eds.) *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, 2002.

La crisis a la que hacemos referencia relativa al análisis conceptual, se deriva principalmente de los ataques de Quine a la clásica distinción filosófica entre enunciados analíticos y enunciados sintéticos.

<sup>84</sup> Véase Leiter, Brian, “Re-Thinking Legal Realism; Toward a Naturalized Jurisprudence”, Leiter, Brian, *Naturalizing Jurisprudence; Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford University Press, 2007. Véase también, Leiter, Brian, “Naturalism in Legal Philosophy”, en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, en <http://plato.stanford.edu/entries/lawphil-naturalism/>

<sup>85</sup> Idem.

<sup>86</sup> Idem.



B) Lo que el autor en comento llama la “*continuidad con los métodos científicos*” (*Methods continuity*); en este sentido, el criterio de naturalización es menos exigente y sólo requiere que la disciplina filosófica emplee o emule las diversas modalidades de explicación que pueden hallarse en el estilo discursivo de los reportes científicos.

Hasta aquí hemos visto que mantener continuidad con las ciencias puede tener que ver con la consideración de sus resultados de modo que la teoría que se propone sea congruente con aquellos, o con la emulación de sus métodos, específicamente de sus métodos de explicación, a lo cual se le conoce como “*Naturalismo Metodológico*”.

Sin embargo, mantener continuidad con las ciencias también puede tener que ver por un lado, con que el objeto de explicación sea idéntico a, o supervenga de, entidades físicas (*Naturalismo Ontológico*); o bien, con que las tesis constitutivas de la teoría sean susceptibles de ser investigadas empíricamente (*Naturalismo Semántico*). Las últimas dos concepciones de naturalización se ubican bajo el rubro de “*Naturalismo Sustantivo*”.<sup>87</sup>

---

<sup>87</sup> La principal motivación para la naturalización, como refiere Leiter, proviene de los ataques de Quine al tipo de análisis conceptual empleado generalmente por los filósofos, por medio del cual, pretenden explicar “la naturaleza” de los fenómenos bajo investigación.

“*Explicar la naturaleza del fenómeno estudiado*” significa aislar/identificar las características que hacen al mismo “lo que es”, es decir, sus “características esenciales”, las cuales se expresan por medio de *proposiciones necesariamente verdaderas*, válidas para todo tiempo y lugar. En otras palabras, el objetivo de esta clase de indagaciones es el establecimiento de un conjunto de enunciados analíticos que presentan la forma de equivalencias del tipo  $A=B$ , las cuales son verdaderas únicamente en virtud del significado de los términos en que se expresa el concepto que sustituye a A, *sin referencia a los hechos*. El blanco de Quine es precisamente la distinción tradicional entre enunciados analíticos y enunciados sintéticos. Para este autor, todo enunciado es susceptible de responder al tribunal de la experiencia, es decir, es *revisable* con base en el acontecer empírico. Entonces, en la base de la distinción analítico/sintético, hay más bien, un hecho histórico consistente en la disposición de algunas comunidades a resistirse a renunciar a un subconjunto de la totalidad de enunciados producto de sus investigaciones, *a pesar de la evidencia empírica recalcitrante*. Esta resistencia a renunciar a ciertos enunciados se muestra en los ajustes *ad hoc* (los cuales siempre son posibles) que se realizan al sistema de creencias o “teoría” de referencia, a efecto de asimilar la evidencia en contra, mediante la neutralización o matización de sus efectos. En última instancia, puede decirse que hablar de enunciados analíticos y sintéticos es un artificio retórico que enmascara la *actitud dogmática* de considerar verdaderos a ciertos enunciados no obstante la evidencia en contrario, debido a que renunciar a ellos, por el lugar central que ocupan y las funciones primordiales que desempeñan, podría implicar el derrumbe de la red de creencias que en conjunto constituyen un sistema teórico particular. Por otra parte, la forma en la que procede este tipo de análisis conceptual, mediante la técnica de “apelar a las intuiciones” sobre la extensión del concepto bajo examen, también ha sido objeto de la manifestación de reservas por parte de Leiter y Cummins: “Apelar a las intuiciones”, de acuerdo con uno de los principales defensores del análisis conceptual (Jackson), consiste en destacar lo más obvio y central de un concepto según lo revelan nuestras intuiciones acerca de sus casos paradigmáticos de aplicación. En este sentido, Jackson recomienda centrar nuestra atención en “la forma ordinaria en que son entendidos los conceptos” (la cual está inmersa en la manera en que comúnmente se expresan y piensas quienes emplean el concepto en cuestión), a efecto de elucidar las “teorías populares” (o “Folk Theories”) que subyacen a su uso. Esta técnica basada en intuiciones también puede emplearse como la base para rechazar la propuesta del contenido de algún concepto precisamente porque no es compatible con la información que nos proporcionan nuestras intuiciones acerca del mismo. Un caso que se considera exitoso relativo a esta segunda modalidad del empleo de las intuiciones es el de los contraejemplos de Gettier al análisis de “conocimiento” en términos del enunciado “creencia verdadera y justificada” (a lo que volveremos más adelante). Para abordar empíricamente el estudio de las teorías populares en las que se sugiere confiar, Jackson incluso propone el diseño de encuestas de opinión sobre los casos paradigmáticos de aplicación del concepto relevante, a efecto de mantener un registro de sus patrones de utilización en la sociedad. Asimismo, respecto de las teorías populares aludidas, Jackson menciona que “no hay nada sacrosanto en ellas. En efecto, nos han servido bien, pero no tan bien como para que se considere irracional *modificarlas a la luz de algún descubrimiento pertinente sobre nosotros o sobre el mundo*”. Esta consideración por parte de Jackson apunta en la dirección del status *prima facie* de los resultados del análisis de conceptos con base en sus teorías populares. Por su parte, Leiter considera fatales las concesiones de Jackson para quienes pretenden

Toca el turno ahora de especificar en qué sentido puede decirse que el Constructivismo Jurídico de Cáceres constituye un programa de investigación jurídica naturalizado, a lo que dedicaremos el siguiente apartado.

### **3. El Constructivismo Jurídico (CJ) y la continuidad con los resultados de la ciencia (Results Continuity)**

En la ruta hacia su naturalización, la epistemología estableció nexos con disciplinas como las neurociencias y las ciencias cognitivas,<sup>88</sup> lo cual dio paso al surgimiento de una epistemología “*constructivista*” congruente con sus resultados, cuyo principal postulado es que la realidad es, en cierto sentido, *inventada* por el sujeto cognoscente; se trata de un constructo cognitivo que aquel proyecta al exterior y que se genera conforme a las *reglas de procesamiento de la información* disponibles en un tiempo y lugar determinados.

Esta postura, que reconoce el papel activo que los sujetos cognoscentes desempeñan en los procesos de construcción de la realidad que experimentan, colisiona con el proyecto epistemológico precedente conocido como “empirismo”, para el cual, la justificación de nuestras teorías (sistemas de creencias) acerca del mundo depende, en última instancia, de estar cimentada en la experiencia, es decir, de que en la base de la urdimbre de proposiciones que

---

que puede establecerse un conjunto de proposiciones necesariamente verdaderas resultantes del análisis conceptual, ya que, en todo caso, las teorías populares adolecen del vicio de *localidad* (son parroquiales) y quizá sean erróneas, por lo que no puede sostenerse que dicho método arroje luces sobre ninguna “naturaleza” de los fenómenos. Otro caso que en su tiempo se consideró exitoso relativo al empleo de las intuiciones fue el del concepto de “espacio”, el cual, según Kant, quedaba adecuadamente explicado por la geometría euclídeana, lo cual resultó ser una equivocación con el surgimiento de las geometrías no-euclídeas (contra-intuitivas). Algo similar aconteció con los contraejemplos de Gettier a los que anteriormente hicimos referencia. Como dijimos, Gettier pretendía demostrar que el análisis de “conocimiento” en términos de “creencia verdadera y justificada” no era correcto. Sin embargo, como aclara Leiter, los recientes estudios de Weinberg, Shaun Nichols y Stephen Stich demostraron que los contraejemplos reportaban en todo caso, *hechos etnográficos* acerca de las intuiciones epistemológicas de ciertos grupos socio-económicos pertenecientes a cierta cultura. Esto quiere decir que no necesariamente el análisis de “conocimiento” en términos de “creencia verdadera y justificada” es contra-intuitivo para otros sectores y otras culturas. Entonces, de nuevo, como en el caso de Kant, los esfuerzos de Gettier no arrojan luces respecto de “la naturaleza” del fenómeno investigado (respecto de la naturaleza del conocimiento). Otra de las razones por las que Quine propone naturalizar el caso particular de la epistemología tiene que ver con su crítica al proyecto “fundacionalista” de justificación epistémica, según el cual, una teoría está justificada si en los cimientos de aquella puede hallarse evidencia proporcionada por los sentidos (*sensory inputs*). El problema es que la misma información sensorial puede constituir la base de justificación de más de una teoría. En términos de Cáceres, los mismos hechos pueden constituir “observables” de diversas teorías que, incluso, como suele ser el caso, son rivales. En este sentido, todo lo que puede entrar en una relación de justificación, como la evidencia disponible y la teoría de referencia, o en el caso de la toma de decisiones judiciales, las razones jurídicas y la decisión final, enfrenta este problema al que llamaremos “*indeterminación de la base justificatoria*”, en virtud del cual, en el caso del derecho, el conjunto de “razones jurídicas” relevantes en un caso concreto, no justifica una única decisión correcta en la mayoría de los casos. Véase Leiter, Brian, “Re-Thinking Legal Realism; Toward a Naturalized Jurisprudence”, “Why Quine is not a Postmodernist”, y “Beyond the Hart/Dworkin Debate; The Methodology Problem in Jurisprudence”, todos ellos en, Leiter, Brian, *Naturalizing Jurisprudence; Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford University Press, 2007.

<sup>88</sup> Cuando digo que la epistemología estableció nexos con las disciplinas mencionadas, no me refiero a nexos formales de colaboración, sino a una actitud consistente en considerar a las teorías confeccionadas por dichas disciplinas como verdaderas y explicativas de los fenómenos investigados.

pretenden justificarlas, pueda hallarse cierto tipo de información privilegiada, la proporcionada por nuestra capacidad de observación<sup>89</sup> de lo que acontece fuera de nosotros

Sin embargo, como en su momento expuso Quine, ningún conjunto de experiencias o datos sensoriales es susceptible de fundamentar una única teoría; además del hecho de que frecuentemente suele ocurrir que algunas de las teorías que se basan en la misma información sensorial, resultan ser rivales entre sí.<sup>90</sup>

En este mismo sentido se expresa Cáceres parafraseando a Einstein, cuando dice que “no es cierto que la realidad determine el contenido de nuestras teorías, sino viceversa, son nuestras teorías lo que condiciona lo que percibimos como real”<sup>91</sup>.

De este modo, y ante el derrumbe del empirismo, el Constructivismo Jurídico de Cáceres explora las implicaciones que se siguen en el campo del derecho, de asumir una epistemología constructivista que, a su vez, se nutre de los avances provenientes de disciplinas como las neurociencias y las ciencias cognitivas.<sup>92</sup>

Una de las tesis más importantes del CJ es que el derecho tiene la capacidad de afectar las esferas cognitiva (psicológica) y conductual de sus destinatarios, como presupuesto para incidir en la construcción de la realidad social.

El impacto del derecho en la primera de ellas tiene que ver con su incidencia en la manera en que los miembros de una comunidad determinada perciben (captan o comprenden) por un lado, las características de gran parte de la realidad social en que se desenvuelven, y de otro, la forma en que pueden ser partícipes de aquella.

La afectación a la percepción/comprensión referida anteriormente, a su vez, tiene un efecto determinante del tipo de interacciones comunicativas que los miembros de una comunidad están en posibilidades de desplegar, es decir, que dicha afectación al fuero interno condiciona la manera en que aquellos *se conducen* en el mundo.

Como puede observarse, la incidencia del derecho en el ámbito intra-psíquico de sus destinatarios es un presupuesto de su posible impacto en la esfera conductual de aquellos.

Cáceres explica la influencia que el derecho es capaz de ejercer en el modo en que percibimos nuestro mundo social de la siguiente manera:

El derecho es esencialmente un fenómeno comunicativo, cobra vida no en los fríos y estáticos códigos que contienen su discurso, sino en las interacciones sociales que se originan al entrar en contacto con ellos.<sup>93</sup>

Los miembros ordinarios de la sociedad (quienes no son funcionarios estatales) suelen hacer contacto con el derecho no a través de la lectura directa de sus requerimientos, sino mediante mecanismos “vicarios” de transmisión

---

<sup>89</sup> “Observación” en su sentido más amplio que se refiere a lo que podemos captar por medio de la gama de sentidos con los que contamos, y también en el sentido de una observación amplificada o asistida por diversos instrumentos científicos como los microscopios, telescopios, etc.

<sup>90</sup> Véase Leiter, Brian, Op. Cit., nota 87.

<sup>91</sup> Véase Cáceres, Enrique, “Constructivismo Jurídico Metarepresentacional”, en prensa.

<sup>92</sup> Como menciona Cáceres, las diversas teorías del derecho son el resultado de las epistemologías disponibles en su época de creación. Véase Cáceres, Enrique, *Hacia un modelo de institución nacional para la protección y promoción de los derechos humanos del siglo XXI*, México, Comisión Nacional de Los Derechos Humanos, 2007, p. 174

<sup>93</sup> Véase Cáceres, Enrique, “Institucionalismo Jurídico y Constructivismo Social”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Núm. 100, 2001.

de los mensajes con que son *socializados*, es decir, en el flujo cotidiano de la comunicación con sus congéneres y con las instituciones de su comunidad.<sup>94</sup>

En estos contextos comunicativos, preponderantemente lingüísticos, el lenguaje, en sus modalidades oral y escrita, desempeña un papel crucial consistente en incidir en la generación de *esquemas representacionales del mundo* (que son estados psicológicos o mentales), en el interior de los sujetos cognoscentes que lo procesan. Estos esquemas actúan como *disparadores de conducta*.

Los esquemas referidos se almacenan en la *memoria a largo plazo*<sup>95</sup> y son recuperados posteriormente en las ocasiones en que se entra en contacto con la información que los activa, de modo que el sujeto cognoscente, en cierto sentido, exhibe la “reacción comportamental” previamente preparada para el contexto en cuestión.

Esto no quiere decir que esté fatalmente constreñido por sus esquemas previos, ya que, pueden adaptarse, mediante las modificaciones pertinentes según lo novedoso del caso correspondiente, generándose así, nuevos esquemas para la continuación del ciclo.

Algunos de estos esquemas representacionales reflejan el contenido del discurso jurídico, cuya activación es presupuesta para comprender y participar en los escenarios y contextos más comunes de la vida social (la realización de operaciones de compra-venta, la contratación de servicios, la participación en los procesos democráticos, el planteamiento de controversias en sede judicial, etc.).

Con base en lo anterior, Cáceres sostiene que el discurso en que el derecho se formula, tanto en su dimensión semántica, como en los contextos de su aplicación (la dimensión pragmática), tiene el potencial de desempeñar primordialmente una *función constitutiva*.

Esta función constitutiva tiene un efecto configurante de las estructuras cognitivas (esquemas) que establecen, en términos generales, *las condiciones que hacen posible la experiencia jurídica* para sus destinatarios.<sup>96</sup> Más específicamente, dichos esquemas constituyen las condiciones para:<sup>97</sup>

- a) La pensabilidad de hechos y conductas jurídicos
- b) La identificación en el mundo de hechos, actores y conductas jurídicamente relevantes (que son instancias de los conceptos y categorías constitutivos de la ontología que mediante su discurso, el derecho promueve)
- c) La generación de discurso descriptivo (por medio del cual, los actores sociales caracterizan las situaciones en que ellos y sus congéneres están inmersos, a lo que Balkin se refiere como la función del derecho de proliferar la verdad)
- d) La atribución de valores de verdad a las descripciones anteriores

---

<sup>94</sup> Véase Cáceres, Enrique, “Pasos hacia una teoría jurídica comunicativa”, *Crítica Jurídica*, México, núm. 16, 1995, pp. 27-51; y Cáceres, Enrique, “Constructivismo Jurídico Sociorepresentacional (Propuesta para abordar el estudio de la incidencia del derecho en los procesos de construcción social de la realidad)”, en Cáceres, Enrique y Rodríguez Ortega, Graciela (Coords.), *Bases psicológicas del comportamiento jurídico en México*, México, UNAM-III, 2008, 182 pp.

<sup>95</sup> Término proveniente de la psicología cognitiva que denota uno de los módulos en que está dividida la memoria.

<sup>96</sup> Véase Cáceres, Enrique, “Institucionalismo Jurídico y Constructivismo Social”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Núm. 100, 2001.

<sup>97</sup> Véase Cáceres, Enrique, *Constructivismo Jurídico y Meta-Teoría del Derecho*, México, UNAM-III, pp. 195-197.

- e) La afortunabilidad de las preferencias performativas jurídicas, es decir, para que operen cambios en la realidad social por vía de la performatividad del discurso que generan algunos actores sociales
- f) La evaluación de las conductas (tanto las propias como las de los demás miembros de la comunidad) en el sentido de si se ajustan o no a lo que el derecho requiere
- g) La comprensión de la realidad social en términos jurídicos
- h) La participación en los diversos contextos y escenarios de índole jurídica
- i) La planificación de la conducta, es decir, para la formulación de objetivos jurídicos y el encauzamiento del comportamiento hacia la obtención de aquellos

La aludida función constitutiva que, en términos generales el discurso jurídico es capaz de llevar a cabo, se desarrolla por medio de diversas sub-funciones,<sup>98</sup> tales como:

- A) La función descriptiva del lenguaje jurídico, el cual por medio de sus definiciones, descripciones y explicaciones informa al sujeto que entra en contacto con aquellas sobre cómo es, cuál es la configuración de, gran parte del mundo social que habita;
- B) La función prescriptiva del lenguaje jurídico con base en la cual, los miembros de la comunidad aprenden sobre aquello que pueden realizar (permisiones), lo que deben realizar (obligaciones) y lo que deben abstenerse de hacer (prohibiciones); o
- C) La función performativa del discurso que permite a los destinatarios del derecho saber cuáles son los cambios en la configuración de la realidad social que van operándose.

Con base en lo que hemos dicho, la realidad social que experimentan los miembros de una comunidad puede entenderse como el acervo de creencias ante las cuales se ha aprendido a reaccionar emocional, sentimental, cognitiva y conductualmente, en un momento histórico y en un punto geográfico determinados.<sup>99</sup>

En ese sentido, el derecho actúa como variable en la construcción de esa realidad social si y sólo si, de hecho, ha incidido en la generación de los esquemas representacionales con base en los cuales aquellos se orientan y se conducen en el mundo.<sup>100</sup>

De lo dicho hasta aquí, observamos que el CJ asume el recurso explicativo de la psicología cognitiva consistente en la consideración de la mente como un *dispositivo procesador de información* (proveniente de varios canales de comunicación, siendo el lingüístico el más preponderante).

Como tal, admite *inputs informativos*, los procesa internamente con base en ciertas reglas que al efecto se emplean, obteniendo con ello productos cognitivos que anteceden al *output* o manifestación comportamental externa.<sup>101</sup>

---

<sup>98</sup> Véase, Cáceres, Op. Cit., nota 96.

<sup>99</sup> Véase, Cáceres, Enrique, “Las teorías jurídicas como realidades hermenéuticas”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Núm. 103, 2002.

<sup>100</sup> Véase Cáceres, Op. Cit., nota 96; y Cáceres, Enrique, “Psicología y constructivismo jurídico; Apuntes para una transición paradigmática interdisciplinaria”, en De Alba Medrano, Marcia (coord.), *Violencia Social*, México, UNAM, 2002, pp. 7-37.

<sup>101</sup> Véase Cáceres, Op. Cit., nota 92.

Así mismo, asume también el denominado *binomio cognitivo-conductual* que sostiene que la conducta, en última instancia, se genera en la actividad interna del sujeto cognoscente, es decir, en el procesamiento de información que aquel efectúa.<sup>102</sup>

Con estos presupuestos se perfila una noción de “derecho” que lo caracteriza como el conjunto de insumos, reglas de procesamiento de la información, productos cognitivos y conductas jurídicas que aquellos disparan en los operadores jurídicos, así como el conjunto de insumos, reglas de procesamiento, representaciones sociales y conductas jurídicas desplegadas con base en ellas, por parte de los miembros de la sociedad civil<sup>103</sup>; con lo que podemos percatarnos de la continuidad que el CJ mantiene, es decir, de su congruencia o compatibilidad, con los avances y resultados de las ciencias de la cognición.

#### **4. El Constructivismo Jurídico (CJ) y el Naturalismo Ontológico**

Como mencionamos en su oportunidad, se entiende que una disciplina filosófica mantiene compromisos ontológicos naturalistas cuando su objeto de explicación se identifica con, o *superviene* de, una entidad física.

Siguiendo este orden de ideas, puede decirse que el CJ mantiene compromisos ontológicos naturalistas en el sentido de que propone una teoría “precientífica” (como la caracteriza el propio Cáceres) del modo de operar de lo que llama el Sistema Generador de Procesos Estructurantes Simbólicos (SGPES), el cual *superviene* de la actividad cerebral, es decir, de un soporte *físico* de procesamiento simbólico (SFPS).<sup>104</sup>

Con base en las operaciones elementales de asociación desplazamiento y condensación, el SGPES genera un caudal de objetos mentales, como las representaciones proposicionales (entre las que podemos hallar las inducciones o generalizaciones), los conceptos, las categorías, mapas mentales, mapas conceptuales, arborescencias semánticas, imágenes mentales, etc., que se encuentran en diversos niveles de superveniencia unos respecto de otros.

Decir que el SGPES superviene del SFPS nos permite mantener la independencia de los tipos de fenómenos que acontecen en uno y otro, a pesar de que, los que ocurren en el primero requieran necesariamente de los que ocurren en el segundo, es decir, que la clase de fenómenos que pueden ocurrir en el SGPES *no se reducen* a una clase de fenómenos que ocurren en el SFPS. Además, esta noción de superveniencia nos permite sostener que lo que acontece en el SGPES tiene *efectos causales* en el comportamiento del sujeto cognoscente, es decir, no se trata de un mero *epifenómeno*.

Ahora bien, tomando en cuenta la reciente literatura en torno al tema del procesamiento inconsciente de información, en la que podemos hallar las investigaciones de Timothy Willson relativas a un “Inconsciente Adaptativo”<sup>105</sup>, y la literatura sobre las creencias de fondo que determinan nuestra forma de actuar, a las que se ha

---

<sup>102</sup> Idem.

<sup>103</sup> Idem.

<sup>104</sup> Véase Cáceres, Enrique, *Técnicas Ericksonianas para la Elicitación del Conocimiento Judicial en un Proyecto de Inteligencia Artificial Aplicada al Derecho*, México, IIJ-UNAM, en prensa.

<sup>105</sup> Véase, Willson, Timothy, *Strangers to Ourselves*, Belknap, Harvard, EUA, 2002.

denominado “teorías implícitas”, Cáceres vuelve a hacer un ejercicio de congruencia con los resultados de las investigaciones empíricas al conceder un lugar central a dichos conceptos en su explicación de la manera en que opera el SGPEs.<sup>106</sup>

### **5. El Constructivismo Jurídico (CJ) y el Naturalismo Semántico**

La naturalización semántica de una teoría implica, como se ha dicho, confeccionar sus tesis centrales de modo que sean susceptibles de ser empíricamente investigadas. En otras palabras, implica considerar el despliegue de metodologías empíricas como criterio de justificación preponderante de las proposiciones que aseveran la presencia o satisfacción de las condiciones de verdad vinculadas a las proposiciones centrales de la teoría en cuestión.

En este sentido, podemos decir que el CJ satisface también el criterio de naturalización, toda vez que las tesis sustantivas de sus diversas ramas son susceptibles de investigación empírica. De hecho, la investigación empírica de las mismas es un objetivo expreso de Cáceres.

En el camino hacia la consecución del objetivo anterior, en el ámbito de la rama del CJ denominada por su autor “Constructivismo Jurídico Sociorepresentacional”, un equipo multidisciplinario encabezado por los doctores Rodríguez y Cáceres diseñó una metodología *ex profeso* para abordar el estudio de los factores que inciden en el incumplimiento jurídico del mexicano, con especial referencia a las normas de tránsito.

En aquel estudio, la investigación empírica de las *representaciones sociales* que respecto al derecho y sus instituciones tienen los ciudadanos, con base en la técnica de elaboración de redes semánticas naturales (las cuales permiten hacer una meta-representación científicamente probada de aquellas), jugó un papel central.<sup>107</sup>

El estudio muestra que, con base en la creencia de corrupción de las autoridades y mediante un análisis costo-beneficio de la situación, el ciudadano prefiere, una vez que viola las leyes de tránsito que imponen el límite de velocidad permitido, incurrir en otra violación (pero ahora respecto de las leyes penales), consistente en el cohecho, a seguir el procedimiento oficialmente establecido para el pago de las multas, en el cual se pierde mucho tiempo y probablemente, de nuevo, por una creencia básica en la corrupción de las autoridades, tenga que pagar más dinero que el que ofrece al oficial de tránsito para evitar la multa (cohecho en su modalidad disuasoria).

Con lo anterior se ofrece evidencia empírica de que es con base en las creencias constitutivas de las representaciones sociales de los ciudadanos, que se explica, desde la perspectiva de un observador externo, su proceder jurídico o antijurídico.<sup>108</sup>

---

<sup>106</sup> Véase Cáceres, Op. Cit., nota 104.

<sup>107</sup> Véase “Constructivismo Jurídico Sociorepresentacional (Propuesta para abordar el estudio de la incidencia del derecho en los procesos de construcción social de la realidad)”, en Cáceres, Enrique y Rodríguez Ortega, Graciela (Coords.), *Bases psicológicas del comportamiento jurídico en México*, México, UNAM-IIJ, 2008, 182 pp.

<sup>108</sup> El estudio mencionado tiene repercusiones positivas en el diseño de políticas públicas en el sentido de que generalizando los motivos que el ciudadano tiene para recurrir al cohecho disuasorio en el caso de las violaciones a las normas de tránsito, para todo tipo de situaciones en que se recurre a esta clase de cohecho, pueden exportarse

Un caso más de investigación empírica de las tesis sustantivas del CJ (es decir, otro caso de satisfacción del criterio de naturalización semántica) es el relativo a otra de sus ramas, la que Cáceres ha llamado “Constructivismo Jurídico Cognitivo” (CJC).

El CJC se encarga del estudio de los insumos jurídicos, reglas de procesamiento, estructuras cognitivas resultantes y conducta jurídica desplegada sobre la base de dichas estructuras, por parte de los operadores del derecho.

El caso al que haremos referencia tiene que ver con una clase específica de operadores jurídicos, los jueces.

En el marco de un proyecto de Inteligencia Artificial Aplicada al Derecho, cuyo objetivo consistió en el desarrollo de un sistema experto que proporciona asistencia a los jueces en el proceso de toma de decisiones, vinculado a la materia de alimentos del derecho familiar en el Estado de Tabasco, Cáceres ha podido convalidar empíricamente un modelo de razonamiento judicial, cuyos esbozos pueden encontrarse ya en uno de los artículos seminales del autor, titulado “Psicología y Constructivismo Jurídico; Apuntes para una transición paradigmática interdisciplinaria”.<sup>109</sup>

Con base en un marco teórico y metodológico desarrollado, también *ex profeso*, por el investigador en comento, se diseñaron herramientas para la elicitación y la representación del conocimiento judicial (fase que antecede a las actividades de programación de un sistema experto), a la luz de cuya aplicación, pudo constatarse que, en la práctica, los jueces realizan un procesamiento cognitivo muy sofisticado y complejo de la información (primordialmente lingüística) con la que entran en contacto en una controversia judicial a fin de determinar el marco normativo aplicable, así como lo que fue el caso en el mundo, y así estar en condiciones de decidir el caso correspondiente.

De hecho, el desempeño exitoso de sus funciones por parte del sistema experto resultante –denominado EXPERTIUS- convalida también el mencionado modelo del razonamiento judicial, del cual el sistema constituye una de sus posibles implementaciones computacionales.

A estas alturas, luego de este recorrido, a la manera de un preludio, por los presupuestos metodológicos del CJ, estamos en mejores condiciones de comprender la importancia de su irrupción en el panorama de la filosofía y la teoría del derecho. A continuación nos enfocaremos en el repaso de sus ramas o dominios de investigación.

---

para esa amplia gama de situaciones, las soluciones que en términos de políticas públicas (auxiliadas por el empleo de ciertas técnicas de mercadotecnia social) pueden diseñarse para afrontar el cohecho en el primer tipo de casos.

<sup>109</sup> Véase Cáceres, Enrique, “Psicología y constructivismo jurídico; Apuntes para una transición paradigmática interdisciplinaria”, en De Alba Medrano, Marcia (coord.), *Violencia Social*, México, UNAM, 2002, pp. 7-37.



## 6. Las ramas de investigación del Constructivismo Jurídico (CJ)

Como explica Cáceres, para el CJ, el término “derecho” denota al sistema complejo constituido por:

- A) “El conjunto de insumos jurídicos cognitivos (leyes, decretos, tesis jurisprudenciales, teorías dogmáticas, teorías generales del derecho, etc.)
- B) Las reglas de procesamiento de los insumos referidos en A) por parte de los juristas (reglas de interpretación, metodología para realizar reconstrucciones normativas, etc.)
- C) Los productos cognitivos de los juristas, resultantes del procesamiento referido en B) (arborescencias semánticas, mapas mentales, reconstrucciones normativas, imágenes mentales de hechos y actos jurídicos, etc.)
- D) Las conductas realizadas por los juristas a partir de los productos cognitivos referidos en C), incluyendo a las comunicativas
- E) Los insumos jurídicos, reglas de procesamiento de información, representaciones sociales y conductas efectuadas por la sociedad civil a partir de dichas representaciones
- F) La incidencia de las conductas de los juristas y sociedad civil en los procesos de construcción social de la realidad.”<sup>110</sup>

De esta guisa, el término “Constructivismo Jurídico” denota al enfoque teórico y metodológico cuyo objetivo consiste en explicar al sistema complejo de fenómenos denotado por “derecho” en el sentido anteriormente expuesto de la expresión; o en los términos en que lo hemos venido planteando en la discusión precedente, cuyo objetivo es explicar la manera en que el derecho incide en las esferas cognitiva y conductual tanto de juristas como de sociedad civil, al determinar el modo en que comprenden y se conducen por el mundo social que, en última instancia, se va construyendo y manteniendo en la interacción comunicativa cotidiana que se establece entre los dos grandes sectores referidos.

Los *dominios nucleares* que, de acuerdo con la estipulación que de “derecho” hace el CJ, son los siguientes:

- A) *Constructivismo Jurídico Cognitivo* (o cognoscitivo), cuyo objeto de estudio consiste en los insumos jurídicos (como el discurso del derecho positivo en sus modalidades legislativo y jurisprudencial, el discurso de la dogmática jurídica, discursos de una abstracción mayor como los de la filosofía y la teoría del derecho, las aseveraciones, argumentos y contrargumentos de las partes en el caso de la controversia judicial, los medios de prueba que sustentan las aseveraciones y argumentos referidos, etc.), reglas de procesamiento de la información (como las operaciones y criterios que siguen los juristas para resolver los problemas de ambigüedad y vaguedad que afectan a las palabras en que se expresa el derecho, los métodos de interpretación que se emplean a efecto de asignar significados a los textos normativos, las meta-reglas de derrotabilidad que se aplican en caso de conflictos entre normas, los criterios que se siguen para la elaboración de reconstrucciones normativas, las reglas y criterios relativos a la ponderación de medios probatorios, etc.), estructuras cognitivas resultantes (representaciones mentales en sus diversas modalidades como las representaciones proposicionales, conceptos, categorías, imágenes, mapas mentales, arborescencias semánticas, las normas supervenientes de constelaciones normativas, la representación mental de lo que fue

---

<sup>110</sup> Véase Cáceres, *Hacia un modelo de institución nacional para la protección y promoción de los derechos humanos del siglo XXI*, México, Comisión Nacional de Los Derechos Humanos, 2007.

el caso en el mundo, etc.), y la conducta jurídica desplegada sobre la base de las estructuras precedentes (como la decisión judicial de un caso, etc.).<sup>111</sup>

- B) *Constructivismo Jurídico Sociorepresentacional*, cuyo objeto de estudio consiste en los insumos, reglas de procesamiento, representaciones sociales resultantes y conducta jurídica llevada a cabo sobre la base que proporcionan dichas representaciones, por parte de la sociedad civil. Como vimos anteriormente, la investigación empírica de las representaciones sociales puede repercutir positivamente en el diseño de políticas públicas diseñadas con el objetivo de proveer al mejoramiento de la eficacia del derecho. El trabajo representativo de esta rama del CJ es el libro “Factores psicológicos del incumplimiento jurídico del mexicano” que reporta una investigación conjunta entre el Instituto de Investigaciones Jurídicas y la Facultad de Psicología, ambos de la UNAM, coordinada por el doctor Cáceres (de parte de la primera institución) y por la doctora Graciela Rodríguez (de parte de la segunda).<sup>112</sup>
- C) *Constructivismo Jurídico Institucional*, cuyo objeto de estudio son las instituciones públicas -creadas por el efecto performativo del discurso jurídico- las cuales constituyen micro-ámbitos óntico-prácticos en los que se desenvuelven los funcionarios que las integran. El objetivo básico es proveer, con base en la combinación de conocimientos provenientes de disciplinas como la mercadotecnia social, la reingeniería de procesos, la enseñanza basada en problemas, etc., al incremento de la calidad con que dichas instituciones ejecutan sus funciones, de modo que, mediante su efecto socializador de los miembros de la comunidad, contribuyan a la generación de representaciones sociales que promuevan la eficacia del derecho.<sup>113</sup>

---

<sup>111</sup> Los trabajos paradigmáticos que desarrollan esta línea de investigación del CJ, han sido presentados por Cáceres en diversos foros internacionales en los que discuten los miembros de la comunidad de la Inteligencia Artificial Aplicada al Derecho: “Inteligencia Artificial, Derecho y E-Justice (El proyecto IIJ-CONACYT)”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Núm. 116, 2006; “A constructivist model for the judicial determination of facts”, en las memorias de la *11ª Conferencia Internacional sobre Inteligencia Artificial Aplicada al Derecho (ICAAIL)*, California, Estados Unidos, 2007; “Constructivismo Jurídico Fáctico y Elicitación del Conocimiento en el proyecto CONACYT-IIJ-CCADET-TSJT”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldivar, Arturo (Coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM-IIJ, 2008; “EXPERTIUS, A Mexican Judicial Decision-Support System in the Field of Family Law”, publicado en las memorias de la *21ª Conferencia Internacional de la Fundación Internacional de Sistemas Jurídicos Basados en el Conocimiento (JURIX)*, 2008; “Cognition, Epistemology, and Reasoning about Evidence within the Legal Domain”, trad. de Edgar R. Aguilera, en *PROBLEMA, Anuario de Teoría y Filosofía del Derecho del IIJ-UNAM*, Núm. 2, 2008; “Pasos hacia una teoría constructivista y conexionista del razonamiento judicial en la tradición del derecho romano-germánico”, en *PROBLEMA, Anuario de Teoría y Filosofía del Derecho del IIJ-UNAM*, Núm. 3, 2009.

<sup>112</sup> Véase Cáceres, Enrique, “Constructivismo Jurídico Sociorepresentacional (Propuesta para abordar el estudio de la incidencia del derecho en los procesos de construcción social de la realidad)”, en Cáceres, Enrique y Rodríguez Ortega, Graciela (Coords.), *Bases psicológicas del comportamiento jurídico en México*, México, UNAM-IIJ, 2008, 182 pp.

<sup>113</sup> Los trabajos representativos de este dominio son: *Estudio para la elaboración de un manual para la calificación de hechos violatorios de los derechos humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2005, pp. 573; y *Hacia un modelo de institución nacional para la protección y promoción de los derechos humanos del siglo XXI*, México, Comisión Nacional de Los Derechos Humanos, 2007, p. 174.

Otros dominios a los que llamaré *periféricos*, no porque sean menos importantes, sino simplemente debido a que no se derivan directamente de la estipulación que de “derecho” hace el CJ, son los siguientes:

- A) *Constructivismo Jurídico Metajurisprudencial*, que parte de considerar a las teorías jurídicas como “*realidades hermenéuticas*”<sup>114</sup> que condicionan la percepción del fenómeno jurídico, en lugar de entenderlas como yendo tras la verdad de lo que el derecho es. En este sentido, aborda en su estudio, los procesos de construcción de las mismas, las creencias básicas subyacentes, la epistemología que presuponen, los objetivos que persiguen, los problemas que sus autores hallan en las teorías precedentes y que intentan superar. Asimismo, se interesa por destacar las virtudes epistémicas –como la coherencia explicativa, la simplicidad, la elegancia, el que sus tesis sean susceptibles de investigación empírica o no, etc.- que aquellas pueden satisfacer.
- B) *Constructivismo Jurídico Pedagógico*, cuyo interés primordial consiste en diseñar diversas herramientas para la enseñanza del derecho a varios niveles (tanto en la formación general del abogado, como en la capacitación especializada de los operadores jurídicos), partiendo de investigaciones empíricas del *conocimiento heurístico* –aquel que se desarrolla con base en la experiencia en la resolución de problemas prácticos- que efectivamente emplean los operadores del derecho en el ejercicio de su profesión.

Con base en el panorama previo que presenta al Constructivismo Jurídico de Cáceres como una propuesta de naturalización de modelos teórico-jurídicos y habiendo expuesto sus diversas ramas o dominios, demos paso a la elucidación de los objetivos, motivaciones y metodología del Constructivismo Jurídico-Cognitivo:

### **7. Objetivos del Constructivismo Jurídico Cognitivo (CJC)**

Con base en el panorama previo, podemos decir que el objetivo primordial del Constructivismo Jurídico Cognitivo (con especial referencia a los operadores judiciales) de Cáceres consiste en el levantamiento de modelos empíricos del proceso de toma de decisiones judiciales en distintas ramas del derecho, asumiendo para ello el paradigma del sujeto cognoscente (agente decisor judicial) como *procesador cognitivo de información*.

Este enfoque permite poner de relieve, en los diversos modelos, el conocimiento heurístico –el cual, como vimos, sustenta a, y se retro-alimenta de, las prácticas de la comunidad cognitiva de operadores jurídicos respectiva- que los jueces emplean al efecto de resolver los problemas y desempeñar las tareas (entre ellas, las de carácter epistémico, como determinar la relevancia de los medios de prueba, así como establecer el grado de confiabilidad-credibilidad que les corresponde, etc.) que caracterizan el contexto decisional en cuestión.

Como explica el autor,<sup>115</sup> los modelos referidos no toman en consideración a un solo operador experto, ni a representantes de una sola instancia dentro de la jerarquía judicial, sino que buscan representar la gama amplia de los criterios que emplean distintos funcionarios en los diversos niveles de la estructura institucional de algún Tribunal

---

<sup>114</sup> Es decir, un sistema de creencias a las cuales los individuos han aprendido a reaccionar emotiva, sentimental, comitiva y conductualmente. Véase Cáceres, Enrique, “Las teorías jurídicas como realidades hermenéuticas”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Núm. 103, 2002.

<sup>115</sup> Reporte final EXPERTIUS, en prensa.

Superior de Justicia. En este sentido, Cáceres entiende a la comunidad de juzgadores como una “*mente colectiva*”. Con ello, se establecen las condiciones para diagnosticar el grado de entropía del sistema modelado (ocasionado en gran medida por el fenómeno de la *para-consistencia* en las decisiones correspondientes), y para plantear diversos mecanismos de nega-entropización.<sup>116</sup>

Una cuestión más en la que debemos hacer énfasis en relación con los modelos empíricos que Cáceres propone realizar es que pueden constituir la base de múltiples salidas a la investigación, como propuestas de reforma en términos de la educación que reciben, tanto abogados (en las universidades), como los funcionarios judiciales mismos, las cuales serían congruentes con los paradigmas del constructivismo educativo, de la enseñanza basada en competencias, el basado en el planteamiento de problemas prácticos, etc.; otra salida plausible consiste en hacer uso de las tecnologías de la información para diseñar manifestaciones computacionales de los modelos referidos, tales como “tutores inteligentes”, los denominados “*argument assistants*” para la diagramación de argumentos jurídicos, “*legal-decision-support Systems*” (del cual EXPERTIUS es un ejemplo).

De hecho, los modelos cognitivos de toma de decisiones judiciales del CJC incurrirían dentro del dominio de la vertiente informal de la *Computational Legal Theory* de la *AI and Law* (como también lo hace el producto final de nuestro trabajo). Sin embargo, se distancian de la tendencia predominante consistente en encauzar las investigaciones exclusivamente hacia los aspectos (lógicos) relacionados con la confrontación dialógica de las partes y la intervención del juez como mero árbitro y evaluador de los argumentos respectivos, en la medida en que dichas cuestiones son consideradas como una dimensión superveniente (y en ese sentido, sólo como parte del problema complejo de decidir controversias judiciales) en el marco de una estructura cognitiva que satisface las propiedades de ser dinámica, evolutiva, co-dependiente y jerárquica.

En efecto, como veremos con mayor detalle en su oportunidad, los modelos del CJC destacan también la importancia de las micro-decisiones que dan inicio y permiten el tránsito de una fase procesal a otra, como la base subyacente en la que tienen lugar actividades centrales, como la resolución de los problemas que la práctica plantea en relación con las tareas cognitivas propias de cada micro-decisión, lo cual tiene una incidencia progresiva en la conformación de la confrontación dialógica en cuestión.<sup>117</sup>

### **8. Motivaciones del Constructivismo Jurídico Cognitivo (CJC)**

Ahora bien, en relación con las motivaciones del CJC, podemos decir que un factor muy importante consiste en la visión que, de acuerdo con nuestro autor, se encuentra ampliamente difundida en varios sectores de nuestro país (teóricos, dogmáticos, funcionarios y sociedad en general) que concibe al proceso de toma de decisiones judiciales fundamentalmente como una instancia del razonamiento silogístico en donde la(s) norma(s) aplicable (en modalidad de estructura condicional) al caso concreto se utiliza como la premisa mayor, la descripción de los hechos

---

<sup>116</sup> Idem.

<sup>117</sup> Idem.

en cuestión como premisa menor, de lo cual se *deducen* las consecuencias jurídicas respectivas que normalmente se entienden como la imposición de sanciones (civiles, administrativas, penales, etc.).<sup>118</sup>

La visión anterior persiste en el cotidiano operar del funcionario judicial pese a los esfuerzos diversos de la academia (como la corriente del Neo-constitucionalismo influenciado en buena medida por la teoría del derecho de Dworkin y la teoría de la ponderación de principios de Alexy, la propuesta teórica del “Derecho como Argumentación” de autores como Manuel Atienza y de Jaime Cárdenas), e incluso de múltiples magistrados progresistas y nuevas generaciones de abogados.

La visión silogística del razonamiento judicial que en la práctica predomina se combina con dos tesis características de un positivismo al que nuestro autor califica de *ingenuo*, que consisten por un lado, en percibir las normas jurídicas como proposiciones lingüísticas dadas (*positum*) y de otro, en que la noción de *certeza jurídica* depende crucialmente de la no consideración de elementos extra-normativos por parte del juez al decidir.

Lo anterior, se piensa, garantizaría que cada juzgador, e incluso, los miembros de la sociedad en general, identifique los mismos insumos normativos “transparentes para todo público”, con lo cual, a su vez se garantiza la homogeneidad en los criterios (razones jurídicas) que serán empleados en la resolución de controversias jurídicas

Las tesis anteriores son ampliamente rebatidas, aún sin acudir al enfoque cognitivo del CJC, de la siguiente forma:

- En cuanto a la preponderancia de operaciones deductivas y por ende, la suficiencia de la lógica formal estándar (proposicional y de predicados, o cuantificacional) como medio para representar el razonamiento judicial, por los estudios relativos a la derrotabilidad (no-monotonicidad) de la inferencia jurídica, provenientes de las tradiciones anglófona (Hart –quien habla de la derrotabilidad de conceptos jurídicos; Endicott, quien desarrolla las ideas de Hart sobre la vaguedad del lenguaje jurídico e incluso avanza la tesis de que el empleo de múltiples expresiones vagas por parte del legislador constituye una condición necesaria para el buen funcionamiento de los sistemas jurídicos actuales; Peczenik, quien avanza la tesis de que es imposible que el operador jurídico de carne y hueso emita proposiciones jurídicas infalibles basadas en un conocimiento total y absoluto del sistema jurídico, etc.) y de la tradición continental (Toulmin, Perelman, etc.); así como por los estudios de la *Computational Legal Theory* de la *AI and Law*.
- En cuanto a lo “dado” de las normas jurídicas y a la no consideración de elementos extra-normativos, por las teorías de la interpretación jurídica; así como por estudios, como el de Nino, que predicen funciones del discurso de la dogmática jurídica que rebasan la mera paráfrasis y sistematización del contenido de los códigos y que consisten primordialmente en sugerir al juez reconstrucciones del sistema normativo, las cuales implican en muchas ocasiones, la incorporación de elementos novedosos (que incluyen principios morales) al sistema, así como la propuesta de innovadoras soluciones a casos prácticos para los cuales el conjunto de

---

<sup>118</sup> Véase, Cáceres, Enrique, “Inteligencia Artificial, Derecho y E-Justice (El proyecto IJJ-CONACYT)”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Núm. 116, 2006.

normas existentes es insuficiente. Todo ello mediante un ropaje discursivo que, en apariencia, mantiene una adhesión (que el célebre autor argentino califica de dogmática) hacia la legislación.

En adición a lo anterior, desde un enfoque cognitivo, se pone de manifiesto que los jueces deciden los casos que se les presentan con base, no en normas aisladas, sino en estructuras cognitivas complejas (representaciones mentales) que implican el procesamiento cognitivo (contextualmente determinado por la comunidad jurisdiccional de referencia) de múltiples insumos discursivos (legislación, doctrina, teorías filosófico-jurídicas generales, jurisprudencia, las aseveraciones de las partes, así como la evidencia presentada), las cuales presentan una arquitectura de sistema complejo.

### **9. Metodología del Constructivismo Jurídico Cognitivo (CJC)**

Ahora bien, la metodología para el desarrollo de modelos cognitivos judiciales, desarrollada *ex profeso* para el sistema EXPERTIUS, respecto de la cual está en proceso la prueba de su capacidad de cobertura a otras ramas del derecho, constituye una innovación en el campo de las actividades interconectadas consistentes en la *elicitación* del conocimiento judicial, así como en su *representación*.<sup>119</sup>

Por medio de lo que Cáceres ha dado en llamar el *método de elaboración teórica co-participativa*, el cual implica el devolver en formato teórico las experiencias en la toma de decisiones compartidas por el conjunto de jueces expertos con el que se trabaja y realizar las modificaciones y ajustes pertinentes hasta que aquellos se vean reflejados en la teoría resultante, el autor en comentario elabora un modelo abstracto de la arquitectura de las representaciones mentales del operador judicial.<sup>120</sup>

Se trata de una estructura tipo “*sistema complejo*” (con propiedades dinámicas, evolutivas, co-dependientes y jerárquicas) que en su nivel subveniente contempla las micro-decisiones que permiten transitar de una fase procesal a otra (fijación de la litis, apertura de la fase de pruebas, audiencia, etc.) hasta la emisión de la sentencia respectiva. La dinámica de las decisiones referidas va conformando en forma progresiva, en un nivel superveniente, la confrontación dialógica que caracteriza el caso en cuestión.<sup>121</sup>

Con base en la metáfora de la caja negra, que aplicada al caso del sujeto cognoscente implica concebirlo como un dispositivo que admite información del exterior (“input”), la cual es procesada internamente y devuelta al medio en que se desenvuelve el agente a la manera de una respuesta adecuada (“output”), Cáceres plantea dividir las actividades de elicitación-representación en adquisición extra-sistemática (“inputs” y “outputs” de la estructura superveniente) e intra-sistemática (procesos en la base subveniente) del conocimiento judicial.<sup>122</sup>

---

<sup>119</sup> Véase, Reporte final, EXPERTIUS, en prensa, y “EXPERTIUS, A Mexican Judicial Decision-Support System in the Field of Family Law”, publicado en las memorias de la 21ª Conferencia Internacional de la Fundación Internacional de Sistemas Jurídicos Basados en el Conocimiento (JURIX), 2008.

<sup>120</sup> Idem.

<sup>121</sup> Idem.

<sup>122</sup> Idem.

Por su parte, la adquisición extra-sistemática implicó la conformación (con base en criterios estadísticos) de una muestra representativa de expedientes judiciales (en versión electrónica) en la materia en cuestión; de la totalidad de documentos constitutivos del expediente, se decidió concentrar la atención en el análisis de sentencias; posteriormente se desarrolló una técnica de diagramación de argumentos para la representación de las diversas estructuras argumentativas inducidas del recuento que el juez realiza en la sección conducente; se realizó la traducción de las actividades de diagramación a lo que el autor llamó “*Tablas de Oposición Dialógicas*”; y, por medio de un ejercicio de inducción se obtuvieron un conjunto de patrones argumentativos de las partes por cada tipo de juicio (constitución, modificación, y cancelación de pensión alimenticia) y cada tipo de contendientes (esposa Vs. esposo, etc.) a los que se les denominó “*templates*”. Las estructuras de argumentación que no pudieron ser incluidas en alguno de los patrones previos fueron denominados casos “*atípicos*”. Ambos, “*templates*” y “*atípicos*” conforman la base de “*escenarios*”, cada uno de los cuales, condiciona un comportamiento de evaluación probatoria distinto de parte del juez. La base de escenarios corresponde al nivel superveniente de la arquitectura de las representaciones mentales judiciales.<sup>123</sup>

Así mismo, la adquisición intra-sistemática implicó el desarrollo de lo que Cáceres llamó “*Legal Cognitive Task Analysis*”. Este método consiste en la asociación de diversas tareas cognitivas a cada una de las fases y sub-fases en que se divide el procedimiento respectivo a partir del análisis de las denominadas “proposiciones prescriptivas de conductas mentales” que se encuentran en los códigos (sustantivos y procesales) dirigidas al juzgador.

Por su parte, a cada tarea cognitiva fueron vinculados un conjunto de problemas que en la práctica jurisdiccional se presentan. Durante las sucesivas sesiones de trabajo con los jueces, se elicitaron las estrategias de solución para resolver los distintos problemas asociados a cada tarea de la denominadas “zona no-crítica” (Fijación de la Litis; Audiencia) y “zona crítica” (Evaluación de Pruebas, cuyas sub-fases son Valoración de medios probatorios individuales y Adminiculación).<sup>124</sup>

## **IX. LOS CUATRO PROYECTOS Y EL ESQUEMA “X ES IMPORTANTE PARA RESOLVER- EXPLICAR ALGÚN PROBLEMA RELACIONADO CON ALGUNA DE LAS MÚLTIPLES PROPIEDADES ASOCIADAS AL DERECHO” (E)**

Como ha podido observarse en la revisión previa del contexto (objetivos, motivaciones y presupuestos metodológicos) en que surgen los programas objeto de nuestra consideración, cada uno de ellos considera como punto de partida a la creencia (constructo) -crucial en las representaciones sociales de cualquier sociedad occidental en la actualidad- desde la cual se comprende que cierta clase de actores sociales (funcionarios estatales) desempeña la función genérica de resolver las controversias que entre los miembros de una comunidad se suscitan en su mayoría

---

<sup>123</sup> Idem.

<sup>124</sup> Idem.

con base en alegatos relativos al incumplimiento de ciertas obligaciones jurídicas establecidas por las normas del ordenamiento en cuestión.<sup>125</sup>

Ahora bien, antes de continuar es importante destacar que los cuatro proyectos que estamos tomando en cuenta se distancian de la forma tradicional de discutir la función jurisdiccional característica de la filosofía analítica del derecho, en particular, de la teoría de la adjudicación. En este sentido, resulta conveniente analizar brevemente el capítulo que el *Oxford Handbook of Jurisprudence*<sup>126</sup> dedica a dichas cuestiones. En él, William Lucy aborda el problema de la adjudicación en términos de lo que podemos y debemos esperar de los jueces al ejercer sus funciones jurisdiccionales.

El capítulo mencionado se estructura en torno a las posturas tanto de los denominados *escépticos* como de los *no-escépticos*, en relación con la posibilidad de que la adjudicación cumpla con dos estándares fundamentales: La condición de racionalidad (¿Pueden ofrecerse razones jurídicas para justificar la decisión del juez en todos los casos?, y la de legitimidad (¿Existe la obligación de obedecer las decisiones judiciales?).

Lucy comenta que ambas condiciones han sido tratadas por autores como Neil MacCormick, Ronald Dworkin y Joseph Raz (los no-escépticos) al discutir la distinción entre casos fáciles y difíciles (*Easy and Hard cases*).

Es interesante destacar que la caracterización de los *Hard cases* por parte de los no-escépticos (independientemente de las diferencias terminológicas y estrategias de exposición), ha tendido a hacer énfasis exclusivamente en las fuentes de duda *respecto a la norma aplicable* al caso de que se trate.

Considérese lo que a continuación nos dice Lucy:

“...For MacCormick, Hard cases arise when courts face one or other of three problems *which ensure that there is doubt as to the applicable law.*”<sup>127</sup>

Los problemas son:

- A) “...The first is the problem of relevancy; is there an applicable proposition of law in this case?”<sup>128</sup>
- B) “...The second, that of interpretation; which from a range of apparently applicable propositions of law, or which from a range of competing interpretations of an apparently applicable proposition of law, applies in this case?”<sup>129</sup>

---

<sup>125</sup> Esta creencia permite estructurar y dar significación jurídica a una gran cantidad de experiencias sociales, la cual constituye un constructo teórico, no está ahí afuera simplemente, de hecho se encuentra arraigada muy dentro del ciudadano moderno.

<sup>126</sup> Al que contribuyen los filósofos del derecho más destacados de nuestro tiempo con *papers* (capítulos) que pretenden ofrecer el panorama del estado del arte en lo que se refiere a los diversos problemas de índole filosófica en el derecho. Entre dichos autores podemos citar a Brian Bix, John Finnis, Andrei Marmor, Jules Coleman, Scott Shapiro, Brian Leiter, Jeremy Waldron, Gerald Postema, Benjamín Zipursky, etc.

<sup>127</sup> Véase, Lucy, William, “Adjudication”, Coleman, Jules, Shapiro, Scott (Eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, 2003, p. 213.

<sup>128</sup> *Ibidem*, Lucy, p. 212.

<sup>129</sup> *Idem*.



- C) "...The third, ...is the problem of classification; does the apparently applicable proposition of law actually apply to the facts of the case (LRLT (which stands for MacCormick's Legal Reasoning and Legal Theory), 68-9, 95, and 203)".<sup>130</sup>

Según Lucy, Dworkin y Raz coinciden con esta caracterización de los *Hard cases*:

"...That Dworkin's characterization of hard cases is much the same as MacCormick's becomes clear not solely as a result of any sustained analysis of the notion by Dworkin, but principally as a consequence of reflection upon the examples he adduces."<sup>131</sup>

"...Raz, too, accepts that unregulated cases arise on the same grounds as hard cases; for purposes of identification the two can therefore be regarded as the same. Hence unregulated cases, just like hard cases, come into being either when 'the law applying to... them has gaps' (AL, 181) or when the relevant law is riddled with 'intended or unintended indeterminacy of language and intention' (AL, 193). The first situation is obviously coextensive with MacCormick's problem of relevancy while the second overlaps with both the problems of classification and interpretation."<sup>132</sup>

Tomar como eje de la caracterización de los *Hard cases* a las fuentes de duda acerca de la(s) norma(s) aplicable(s), quizá es un signo de la influencia que la división de labores entre el juzgador y el jurado que opera en la tradición del *Common Law*, ejerce sobre la reflexión filosófica de la función jurisdiccional en la filosofía analítica del derecho de corte anglo-sajón.

Ahora bien, el reto que lanzan quienes sostienen una posición escéptica respecto a que las prácticas adjudicatorias puedan satisfacer las condiciones de racionalidad y legitimidad se basa en el problema que plantea la *incommensurabilidad valorativa* en algunos casos de conflictos entre valores subyacentes a las normas jurídicas. Veamos nuevamente lo que dice Lucy:

"...A and B (values) are incommensurate if it is neither true that one is better than the other nor true that they are of equal value. Obviously this entails that there is no metric with which to value them should one have to choose between them. Since there is no way in which incommensurable values can themselves be valued and a choice made between them on the basis of a higher level evaluation, it seems that the choice between them cannot be made by reference to *compelling reasons*."<sup>133</sup>

¿Por qué debe importarnos la cuestión de la *incommensurabilidad valorativa* como obstáculo para satisfacer las condiciones de racionalidad y legitimidad? Como dice Lucy:

"...In so far as values and value choices are unavoidably part of hard case adjudication, and in so far as some or all of those values conflict and are incomparable, then some judicial choices cannot be rationally justified. What is meant by the latter is that a choice one way or the other cannot be based upon compelling reasons; in the face of incommensurability reason is indeterminate. There is, in relation to these judicial choices, a *rationality or justification deficit*... no single choice is given salience by virtue of reason, there is no rational compulsion to choose X rather than Y. However, choosing X rather than Y does not show that favoring Y would be a mistake".<sup>134</sup>

---

<sup>130</sup> Idem.

<sup>131</sup> Ibidem, Lucy, p. 213.

<sup>132</sup> Ibidem, Lucy, p. 214.

<sup>133</sup> Ibidem, Lucy, p. 236.

<sup>134</sup> Ibidem, Lucy, pp. 240-241.

En términos de la condición de legitimidad, las preguntas que surgen pueden ser:

¿Por qué habría una obligación de obedecer una decisión judicial que no ha sido el resultado de la aplicación de una norma jurídica —es decir, que no ha sido justificada por medio de razones de tipo jurídico— cuando se supone que para ello deseamos un sistema de adjudicación?<sup>135</sup>

¿Si los jueces decidirán estos casos conforme a factores como su ideología (que quizá pueden compartir), qué es lo que hace mejor a un sistema de adjudicación que otras formas no arbitrarias de resolución de conflictos?<sup>136</sup>

Una de las corrientes escépticas históricas en el ámbito anglo-sajón fue el denominado “Realismo Americano”. En su proyecto reivindicatorio de esta corriente, Brian Leiter<sup>137</sup> la caracteriza como una concepción del derecho *proto-naturalizada*, y sostiene que una nota característica de los realistas fue su “escepticismo *empírico* hacia las normas” (“*Empirical Rule-Skepticism*”) en oposición a lo que denomina un “escepticismo conceptual hacia las normas” (“*Conceptual Rule-Skepticism*”), de lo que generalmente fueron acusados.

Se trataba pues de un tipo de escepticismo que no negaba la existencia de las normas jurídicas, lo cual implicaría estar sosteniendo un concepto erróneo de derecho (que de acuerdo con el análisis conceptual realizado por Hart, consiste, como verdad analítica, en la unión de, e interacción compleja entre, reglas primarias y secundarias), sino uno que presuponía dichas normas. Sin embargo, ponía en duda los *poderes causales* que, en términos de las razones con base en las cuales efectivamente deciden los jueces en la práctica, dichas normas podían ejercer.

Este escepticismo hacia los poderes causales que las normas podrían ejercer estaba motivado no por una desilusión generalizada derivada de percatarse de que, por los efectos de la textura abierta del lenguaje en que están formuladas las normas, su capacidad de guiar las conductas de los ciudadanos y de ofrecer criterios estables al juzgador para decidir conflictos fuere devastadoramente nulificada (posición que les atribuyó Hart, a la que denominó “Absolutistas desilusionados”).

---

<sup>135</sup> Ibidem, Lucy, 247-267. Recordemos que, de acuerdo con el análisis de Hart, la regla secundaria de adjudicación (o más bien, las reglas), tienen como objetivo por un lado, facultar a ciertos oficiales para ejercer la función jurisdiccional, que consiste precisamente en resolver las controversias en torno al cumplimiento o no de las normas primarias de obligación; y, por otro, constituir la infraestructura institucional en que esta función se desempeña. De hecho, estas normas secundarias de adjudicación, se acuerdo con el autor en comento, subsanan lo que llama el defecto de la “insuficiencia de la presión social difusa” característico de las sociedades pre-jurídicas: “The third defect of this simple form of social life is the *insufficiency of the diffuse social preasume* by which the rules (the primary ones) are maintained. Disputes as to whether an admitted rule has or has not been violated will always occur and will, in any but the smallest societies, continue interminably, if there is no agency specially empowered to ascertain finally, and authoritatively, the fact of violation... punishment for violation of the rules... are not administered by a special agency but are left to the individuals affected or by the group at large. It is obvious that the waste of time involved in the group’s unorganized efforts to catch and punish offenders, and the smoldering vendettas which may result from self help in the absence of an official monopoly of ‘sanctions’, may be serious.” Véase Hart, *The concept of Law*, Clarendon Press, 1981, p. 91.

<sup>136</sup> Véase, Lucy, Op. Cit., nota 127, pp. 247-267.

<sup>137</sup> Véase, Leiter, “Legal Realism and Legal Positivism reconsidered” en Leiter, *Naturalizing Jurisprudence*, Oxford University Press, 2007, pp. 73-78.

La *indeterminación racional* que los realistas atribuían al derecho estaba basada, además de en el hecho de la indeterminación inherente derivada del empleo de lenguaje vago (a lo que Hart se refirió como una cuestión marginal o residual), en la indeterminación derivada de la existencia de *conflictos irresolubles* desde el punto de vista jurídico, entre interpretaciones de normas legisladas o reglas extraídas de precedentes, para cuya obtención fueron empleados cánones igualmente legítimos de interpretación jurídica. La suposición de que estos casos ocurrían con frecuencia, motivó a los realistas a interesarse precisamente en los factores “extra-jurídicos” que en efecto eran considerados por los jueces, y que explicaban causalmente sus decisiones.

Ahora bien, la razón por la que EJ, TVRPJ, *AI and Law*, y CJC difieren de la forma previa de abordar la problemática asociada al constructo teórico de la función judicial *se debe precisamente a la atribución de propiedades diversas a dicha función a la luz de sus intereses, motivaciones y presupuestos metodológicos*.

En este sentido, partiendo del supuesto de que el ejercicio de la función jurisdiccional presupone la instauración de alguna clase de procedimiento, y de que ciertas cuestiones fácticas han de ser probadas como requisito para la toma de la decisión correspondiente que resuelve el conflicto, EJ destaca como una de las modalidades o facetas de dicho procedimiento, la de constituir un *sistema de investigación sobre cuestiones empíricas*.

Lo anterior plantea la posibilidad de tratar al sistema referido como un objeto de reflexión de la Epistemología Aplicada mediante la siguiente pregunta: ¿El procedimiento X –que busca preponderantemente averiguar la verdad acerca de lo que las partes alegan que ocurrió- en efecto posee una arquitectura que lo habilita para dicho objetivo?

Por su parte, TVRPJ también está interesada en reflexionar sobre la incidencia del valor de averiguar la verdad en el despliegue de la función jurisdiccional, así como sobre las posibles tensiones entre el objetivo referido y otros valores que también entran en juego.

Sin embargo, a diferencia de Laudan, no dirige la atención (al menos, no directamente) a la incidencia que dichas cuestiones tienen en la configuración de la arquitectura normativa de los procedimientos respectivos, sino a la estructura abstracta del razonamiento que conduce a la determinación de los hechos del caso a partir de la evidencia disponible, así como a las modalidades bajo las cuales es aceptable dicho razonamiento en vista del objetivo preponderante de que lo que se declare probado sea probablemente verdadero.

Lo anterior permite plantear la pregunta siguiente: ¿Cuáles podrían ser los patrones de razonamiento evidenciario (o probatorio) congruentes con el objetivo referido?

En el caso de *AI and Law*, esta comunidad concibe a la justificación de las decisiones que resuelven conflictos jurídicos como una modalidad del *razonamiento derrotable* (o no-monotónico), y en particular, como un proceso de argumentación dialéctica (consideración de razones a favor y razones en contra) y procedimental (el intercambio argumentativo sigue un determinado *protocolo* que incluye los criterios de terminación del intercambio, lo cual contribuye a la racionalidad de la decisión respectiva), cuya estructura es susceptible de ser explicada por medio de modelos informales, formales (que desarrollan la propiedad de la no-monotonicidad mediante la consideración de

argumentos y contra-argumentos) y gráficos o visuales (que emplean herramientas originalmente surgidas en el terreno de la lógica informal en su vertiente de *diagramación* de argumentos no-deductivos), respecto de los cuales se tiene la pretensión de transformarlos en aplicaciones computacionales de diversas clases.

Por último, CJC concibe a la función jurisdiccional como una tarea genérica desempeñada por *comunidades cognitivas de operadores judiciales*. En este sentido, el proceso de toma de decisiones está determinado por los *esquemas cognitivos* que sustentan a -y se retro-alimentan de- las prácticas judiciales comunitarias respectivas. Es conveniente, por tanto, modelar las modalidades de operación de dichas comunidades y mantener un *monitoreo constante* al respecto, al efecto de evidenciar las condiciones reales de eficacia del discurso jurídico positivo (legislado y jurisprudencial preponderantemente) en términos de cómo es cognitivamente procesado, y así estar en condiciones de implementar diversas estrategias de *nega-entropización* -que no necesariamente implican la tradicional promulgación de más y más leyes -sustantivas y adjetivas- con lo cual se tendrían mayores probabilidades de materializar los estados de cosas sociales deseados.

Como también hemos podido observar, los proyectos considerados en esta investigación emergen motivados en gran medida por la detección de incongruencias en diversas corrientes de pensamiento ortodoxas.

En este sentido EJ debate primordialmente con la postura que sostiene que no debemos perder oportunidad alguna para introducir en la anatomía de los procedimientos penales, dispositivos que beneficien a la clase genérica de “el acusado” (reglas de exclusión de evidencia, un grado excesivamente alto en términos de la severidad del estándar de prueba, medios de impugnación preponderantemente procedentes en contra de condenas, etc.).

Por su parte, TVRPJ surge como reacción a lo que identifica como la postura o concepción “*irracionalista*” de la prueba judicial, a la que le atribuye el peligro grave de generar las condiciones de un proceso de toma de decisiones arbitrarias.

La concepción irracionalista referida se conforma, de acuerdo con TVRPJ, mediante la combinación de diversos elementos tales como la invocación de teorías coherentistas o consensualistas de la verdad; una concepción formalista-ritualista del proceso jurisdiccional que implica la renuncia a atribuir al mismo el interés en averiguar lo que ocurrió por el sólo hecho de que otros valores ajenos al mencionado se materializan en reglas que forman parte de la arquitectura del proceso, y/o por el hecho de que la certeza absoluta es imposible; una interpretación de expresiones como “convicción íntima” o “libre convicción”, según la cual, lo que importa en la determinación de los hechos por parte del juez, es que realice la declaración respectiva y de paso a las consecuencias jurídicas correspondientes (dicha concepción de los términos en comento establece nexos muy tenues –sólo causales en el mejor de los casos- con los elementos de juicio o medios de prueba disponibles y permite la intervención de juicios subjetivos -prejuicios, creencias irracionales, etc.- que nada tienen que ver con determinar los “hechos” del caso en cuestión); una concepción extrema del “principio de inmediación” según la cual la segunda instancia no entra al análisis de las cuestiones fácticas por considerarse que el juez de la causa tiene siempre un mejor acceso epistémico a

los “hechos” del caso, toda vez que ha tenido la oportunidad de presidir él mismo las audiencias en donde se desahogan los medios de prueba respectivos; y pocas exigencias de motivación de las decisiones en la práctica.

Así mismo, en el caso de la *AI and Law*, el desarrollo de modelos dialéctico-procedurales de argumentación jurídica de las vertientes formal e informal de la *Computational Legal Theory*, surge en contra de la visión tradicional *mecánica* del razonamiento judicial, desde la cual sólo podían concebirse aplicaciones de Inteligencia Artificial en el campo del derecho del tipo “*demostradores automáticos de teoremas*”, y en consecuencia, en contra del enfoque metodológico para el desarrollo de aplicaciones computacionales denominado “*Automated Reasoning*”, cuyo objetivo consiste en la emulación de la totalidad de los procesos de razonamiento del usuario de modo que el sistema lo desplace eventualmente en la tarea específica.

Por último, CJC de Cáceres surge en parte, a los efectos de refutar la postura que el autor califica de “*positivismo ingenuo*” que impera como parte de las representaciones compartidas, tanto de operadores judiciales, como de la sociedad en general (al menos en México). Esta visión se encuentra en la base de las creencias comunes incluso de los legisladores, en congruencia con la cual se considera que la técnica más apropiada para inducir estados sociales deseados consiste en la promulgación de cantidades ingentes de legislación.

En la siguiente tabla puede observarse más claramente lo dicho:

Proyecto	Propiedades atribuidas al constructo “función judicial”	Problemas que surgen	Metodología <sup>138</sup>	Corriente ortodoxa a refutar
EJ	- Su ejercicio implica contar con un procedimiento que se desempeñe adecuadamente como <i>sistema de investigación sobre cuestiones empíricas</i> (las implicadas en las alegaciones que realizan las partes) - Constituye entonces, un objeto de reflexión de la <i>Epistemología Aplicada</i> .	- ¿Su arquitectura lo habilita a los efectos de averiguar la verdad? - De no ser así ¿qué modificaciones estructurales procede proponer?	- Hacer una extensión al campo del derecho, de la noción Peirceana de “ <i>sistema auto-correctivo</i> ” como propiedad necesaria de todo sistema no dogmático y genuino de investigación sobre cuestiones empíricas. - Proponer un procedimiento epistémicamente óptimo por medio de una meta-epistemología: Una serie de principios que establecen los perfiles generales que las distintas reglas procedimentales tendrían que satisfacer. - Utilizar los principios referidos para detectar los dispositivos <i>truth-thwarting</i> del procedimiento en cuestión. - Considerar los argumentos a favor de los dispositivos <i>truth-thwarting</i> al efecto de determinar si deben prevalecer, o de algún modo ser matizados por medio de otras alternativas que remedien la tensión epistémica.	La postura que concibe que debemos diseñar el procedimiento penal con el objetivo preponderante de evitar, en lo posible, que se cometan condenas falsas, sin importar los efectos de esta política en términos de la comisión global de errores epistémicos (absoluciones falsas y condenas falsas) (El denominado <i>Garantismo</i> : Dworkin, Stein, Ferrajoli, etc.).
TVRPJ	La función jurisdiccional persigue, en todas las ramas del derecho, el	¿Cuáles son las propiedades características del razonamiento que	- Análisis conceptual - Métodos de filosofía lingüística para identificar	La denominada “ <i>Teoría Irracionalista de la Prueba Jurídica</i> ” que, de acuerdo con el análisis

<sup>138</sup> En este pequeño cuadro no podemos reproducir la complejidad de la metodología que caracteriza a cada proyecto, salvo a la manera de notas generales. En este sentido, véase la sección de presupuestos metodológicos de cada proyecto.

	objetivo preponderante de averiguar lo que ocurrió (que las declaraciones de hechos probados emitidas por el juez, correspondan plausiblemente a los hechos).	permite determinar los hechos del caso en cuestión a partir de los medios de prueba disponibles? ¿Cuáles son las modalidades bajo las cuales el razonamiento referido es aceptable?	ambigüedades y estipular significados. - Extensión al campo del derecho de la discusión sobre teorías de la verdad y de la justificación epistémica. - Extensión al campo del derecho de la discusión sobre teorías de la probabilidad en Filosofía de la Ciencia (probabilidad objetiva o frecuentista, subjetiva al estilo teorema de Bayes, y probabilidad lógica o inductiva de Bacon y Cohen) - Extensión al campo del derecho de herramientas del campo de la <i>Evidence and Inference</i> ..	de este proyecto, establece las condiciones para una toma arbitraria de decisiones.
<b>AI and La</b>	Las decisiones acerca de qué argumento está justificado en un contexto (marco dialógico) jurídico específico constituyen instancias de razonamiento derrotable, no-monotónico.	¿Cómo desarrollar modelos informales y formales, dialécticos y procedurales de argumentación jurídica para su eventual implementación computacional?	- Enfoque de <i>resolución de problemas</i> que permite articular una amplia gama de teorías que enfatizan los procesos argumentativos en otras ramas del conocimiento: Hacer extensiones al campo del derecho de las teorías que hablan de la estructura de los argumentos derrotables (Toulmin, esquemas argumentales); de aquellas que tratan los aspectos procedurales de la argumentación (la Formal Dialectics de Hamblin, tipología de diálogos de Walton, etc.); así como de aquellas que tratan los aspectos heurísticos o retóricos de la argumentación (Perelman, etc.)	- La “visión mecánica del razonamiento jurídico”. - El enfoque “ <i>Automated Reasoning</i> ” Para el desarrollo de aplicaciones computacionales.
<b>CJC</b>	La función judicial es desempeñada por comunidades cognitivas de operadores jurídicos, lo cual implica que la toma de decisiones judiciales está determinada por el acervo de esquemas cognitivos implícitos en el despliegue de las prácticas de la comunidad en cuestión. (Los esquemas referidos contienen el conocimiento declarativo y procedural que los jueces emplean para desarrollar las tareas cognitivas características de cada fase procesal, de cuyo desempeño superviene la representación mental de la confrontación dialógica característica del caso).	¿Cuál es la estructura abstracta de las representaciones mentales judiciales? -¿Cómo levantar modelos cognitivos del proceso de toma de decisiones judiciales?	- Naturalizar las explicaciones del razonamiento judicial haciendo un ejercicio de congruencia con los recientes avances de las Ciencias Cognitivas (método Naturalizado), empleando los paradigmas del procesamiento de la información, el modelo conexionista, el modelo enactivo, así como los estudios sobre adquisición y procesamiento inconsciente de la información, como recursos explicativos de los procesos cognitivos del agente epistémico. - Metodologías desarrolladas <i>ex profeso</i> para elicitación y representación los esquemas cognitivos (estructuras heurísticas) con base en los que efectivamente deciden los jueces.	El “positivismo ingenuo” imperante en la práctica

Por otro lado, resulta igualmente conveniente tratar la cuestión relativa a las pretensiones prescriptivas y/o descriptivas de los proyectos bajo examen. En este sentido tanto en EJ, como en TVRPJ, encontramos la presencia del elemento prescriptivo con mayor énfasis que en las comunidades restantes. Veámoslo:<sup>139</sup>

Ambas confeccionan un arsenal de argumentos en respaldo de la tesis de que, pese a que otros valores también impactan el diseño de un procedimiento y, por ende, la estructura del razonamiento judicial, el valor de averiguar la verdad debe ser el predominante.

Así, Laudan avanza argumentos, como hemos dicho, que tienen que ver:

1. Con la justicia del fallo (a lo que la TVRPJ denomina el argumento de la oportunidad o posibilidad ideológica);
2. Con la legitimidad de los órganos de impartición de justicia penal, y el más complejo,
3. Con las bases que permiten al Estado cumplir con su obligación de mantener dentro de rangos aceptables el valor del riesgo compuesto (o agregado) consistente en la suma del valor del riesgo de ser víctima de un delito y del valor del riesgo de ser erróneamente condenado.

Por su parte, TVRPJ, y en concreto, Taruffo y Ferrer, amplían el catálogo referido del modo que sigue: La verdad debe ser el objetivo fundamental en el proceso jurisdiccional toda vez que:

4. Existe la *oportunidad teórica* en el sentido de que, no obstante a que se trata de inferencias falibles-derrotables y, por ende, no puede obtenerse certeza plena (como en cualquier investigación sobre hechos pasados), puede sostenerse una teoría correspondentista de la verdad a *nivel semántico* (el término “verdad” significa correspondencia con la realidad) que implica asumir un realismo “moderado” (no ingenuo) que toma en consideración tanto el papel de los esquemas conceptuales, así como el de la actividad cerebral en la construcción de la realidad, como el hecho de que en la configuración de los procedimientos de investigación (científicas y/o jurídicas) intervienen diversos valores, algunos de ellos contra-epistémicos. En este sentido, las teorías coherentista y consensualista (*warranted assertibility*) de la verdad se consideran meros criterios para determinar cuándo un enunciado es verdadero.
5. Por lo general, en los sistemas occidentales impera el principio de la “*libre valoración*” (“*Free Proof*”), el cual debe interpretarse como estableciendo una conexión crucial entre las indagaciones empírico-jurídicas sobre ciertos hechos y los principios de la racionalidad general en cuanto a la obtención de conocimiento empírico (a lo que se le denomina la *oportunidad o posibilidad “práctica”*)
6. Imponer consecuencias jurídicas (por vía de la adjudicación) con base en “descripciones” probablemente verdaderas de los hechos es un presupuesto de la pretensión del derecho de motivar las conductas de sus destinatarios. De lo contrario, no puede haber certeza en torno a la cuestión de cuándo

---

<sup>139</sup> Agradezco a mi co-tutor, el Dr. Juan Vega, por sus atinados comentarios en torno a la importancia de diferenciar los aspectos prescriptivos de los descriptivos de los distintos proyectos considerados.

proceden dichas consecuencias y, por ende, no hay razón para que los sujetos consideren a las normas jurídicas como parte de su esquema de motivaciones.

7. Impera, sobre todo en países de tradición romano-germánica, la doctrina jurídica consistente en recurrir a los principios de la lógica y a las máximas de experiencia y la “sana crítica” para decidir. Se piensa que esta doctrina permite establecer también la conexión con los mecanismos de obtención de conocimiento empírico de las ciencias naturales, con lo cual, se recupera la noción de la verdad como objetivo fundamental.

8. No sólo a nivel doctrinal (o incluso legal), como es el caso del apartado anterior, existe una conexión con la racionalidad general empírica (y por ende con la verdad), sino que también a nivel constitucional, por vía del denominado “derecho de defensa” (o de audiencia en algunas latitudes), el cual incluye el “derecho a la prueba” que a su vez comprende los siguientes derechos: Que sean admitidos todos los medios de prueba *relevantes* para demostrar los hechos en cuestión; que sean practicados en su totalidad (por ejemplo los que se desahogan en audiencias); que sean en efecto considerados por el juzgador (no recurriendo a la adminiculación global para evitar ofrecer el argumento razonado que debe haber para ponderar cada medio probatorio individual); que sean valorados “*racionalmente*” (por medio de los principios de la racionalidad general que permiten obtener conocimiento empírico), y; que se motive la decisión fáctica.

Una vez dado este paso, Laudan se propone reflexionar sobre el perfil estructural general que los procedimientos penales (siendo el sistema norteamericano de impartición de justicia su estudio de caso) tendrían que satisfacer al efecto de que, con independencia de sus particularidades, constituyan instancias genuinas de un sistema no dogmático de investigación acerca de cuestiones empíricas que, a su vez, satisface la propiedad de la auto-correctividad.

Dicha propiedad consiste, por un lado, en la capacidad de detectar los errores que en términos de violación a las reglas metodológicas que guían la *indagación empírica*, pueden cometerse en las distintas facetas del procedimiento; y por otro, con base en el reconocimiento de que dichas reglas son falibles (y perfectibles), en la disposición de suplementar o sustituir aquellas que han probado ser ellas mismas la causa de los errores respectivos.<sup>140</sup> Esta disposición es congruente con el objetivo de minimizar el riesgo de que el sistema cometa errores epistémicos (condenar al que no cometió el delito que se le imputa y exonerar al delincuente) considerados en conjunto. De este modo, el ideal al que se aspira consiste en reducir cada vez más (dentro de los límites de la condición humana) la brecha entre la validez de los veredictos desde el punto de vista procesal o formal, y su corrección epistémica.

Dado que, como se ha visto, Laudan reconoce que la verdad no es el único objetivo en lo que concierne a los valores involucrados en el diseño de un procedimiento penal, una parte integral de su proyecto consiste en establecer los límites que la realización de concesiones que “el diseñador” hace a favor de otros valores tendría que respetar.

---

<sup>140</sup> Véase la sección 1. La reducción del error (Error Reduction), del Capítulo siguiente.



Uno de los objetivos, intereses o valores que más presión ejerce por ganar terreno en términos de materializarse en reglas procedimentales es el de proteger al acusado inocente de una potencial condena falsa, es decir, el interés por concederle el beneficio de la duda. Qué componente del sistema ha de emplearse para incorporar dicho beneficio y qué dosis (o cuota) del mismo es apropiada, son interrogantes que reciben respuestas basadas en argumentos muy sofisticados de parte de Laudan.

Por su parte, habiendo también dado el paso de establecer la obtención (falible) de la verdad como objetivo prioritario, en lugar de asumir una perspectiva global (holista) de todo el sistema, TVRPJ se enfoca en el razonamiento del *trier of fact*, y asumiendo que éste tiene la función de “reconstruir acertadamente” los hechos, propone cuál debe ser la forma adecuada de valorar los medios de prueba disponibles, acudiendo para ello a la metodología de obtención de conocimiento empírico en las ciencias naturales (a lo que denominan la racionalidad general).

Ahora bien, pese a que los modelos de argumentación dialéctica y procedural (de la *Computational Legal Theory*) y los modelos empírico-cognitivos del CJC son preponderantemente descriptivos, su eventual implementación computacional puede implicar un elemento prescriptivo en la medida en que el usuario *debe* interactuar con el sistema de acuerdo con sus lineamientos propios de navegación, y en la medida en que la aplicación en cuestión incide en la forma en que el usuario comprende la(s) tarea(s) propias del dominio del sistema. En este sentido, Bench-Capon comenta lo siguiente:

“... Another barrier to acceptance of these tools may be that they are often based on *normative views* of what legal reasoning should be. *As such they will prove acceptable only in so far as users are able and willing to relate these normative models to their tasks as they see them, or can be persuaded that the normative model is superior to their current practice.* As an example, consider a system for structuring evidential arguments, such as MarshalPlan. It has been argued that if judges would systematically make their generalisations that connect the evidence to their conclusion explicit, this would improve the quality of their decisions, because it would enable critical testing of these generalisations (Wagenaar et al., 1993). Although in civil law systems judges are required to justify their decisions on matters of fact, these requirements are rather weak, and judges almost never make the generalisations that may underlie their decisions explicit. A system that required them to do so would therefore be accepted only if the judges can be convinced or forced to change their practice.”<sup>141</sup>

Como hemos visto, para facilitar el proceso de implementación de la manifestación computacional en cuestión, Cáceres propone, y en efecto emplea, una metodología de elaboración y desarrollo teórico del modelo de toma de decisiones al que ha dado en llamar “método co-participativo”. Dado que dicha forma de proceder implica dar formato teórico a las propias experiencias de los jueces elicitados, así como la sucesiva realización de ajustes hasta lograr que aquellos se vean reflejados en el modelo teórico final, se contribuye a la matización del problema de la “resistencia” que los potenciales usuarios pudieran manifestar ante la incorporación de la aplicación computacional respectiva como herramienta cotidiana de sus prácticas.

---

<sup>141</sup> Véase, T.J.M. Bench-Capon & H. Prakken, *Argumentation*. In A.R. Lodder & A. Oskamp (eds.): *Information Technology & Lawyers: Advanced technology in the legal domain, from challenges to daily routine*. Berlin: Springer Verlag, 2006, 61-80.

## X. ALGO MÁS SOBRE LA CONSTRUCCIÓN DEL *EXPLANANS* EN NUESTRA INVESTIGACIÓN

Situados en este punto de nuestro itinerario metodológico en el que hemos realizado un esfuerzo por explicitar el contexto (en términos de los objetivos, motivaciones y metodología) en el que surgen los proyectos objeto de nuestra investigación; y en el que hemos realizado una propuesta de cómo ese contexto deviene en una particular forma de instanciar el esquema (E) propuesto por Cáceres para explicar el *pluralismo teórico* en filosofía del derecho, estamos en condiciones de explicitar uno más de nuestros compromisos meta-teóricos, a lo que a continuación damos paso:

Sostenemos que el *progreso* en la filosofía jurídica no consiste en una dinámica cíclica que implica la vigencia de algún paradigma jus-filosófico hegemónico (periodo de estabilidad), su total derrumbe por la imposibilidad de asimilar algún(os) contra-argumento(s) crucial(es) (periodo de crisis), y el surgimiento de uno nuevo que ofrece una visión fresca y totalmente diferente de concebir y abordar problemas relevantes, el cual eventualmente entra en crisis permitiendo así, la continuidad del ciclo referido (visión Kuhneana).<sup>142</sup>

Nuestro rechazo de la visión Kuhneana del progreso científico (y particularmente del progreso en filosofía del derecho que su extensión a este campo implicaría) está fuertemente influenciada por el modelo que en torno a esta cuestión (del progreso) es propuesto por Larry Laudan. Dicho modelo es sintéticamente expuesto por Velasco en la siguiente cita:

“... Mientras que Kuhn circunscribe los debates racionales dentro de un mismo tipo de presupuestos lingüísticos, ontológicos y metodológicos propios de una determinada tradición, *Laudan reconoce que la coexistencia de tradiciones rivales y las confrontaciones dialécticas entre ellas no sólo son normales en la historia de la ciencia, sino también esenciales para el crecimiento y mejoramiento del conocimiento científico...* Laudan considera que la identificación de diferentes esquemas conceptuales y concepciones de mundo incorporadas en las diferentes teorías y tradiciones no puede ser sino una consecuencia de los procesos de comunicación y traducción entre los partidarios de esas tradiciones. Solamente a través de estos procesos comunicativos es posible evaluar el *grado* de divergencia entre los diferentes compromisos ontológicos, axiológicos y metodológicos, que a su vez define el *grado* de incompatibilidad o inconmensurabilidad entre diferentes tradiciones... la evaluación de la capacidad de una tradición para resolver problemas empíricos y conceptuales es un proceso complejo en el que se sopesan comparativamente cada problema y cada solución dentro de cada teoría y dentro de cada tradición en relación con otras teorías y tradiciones *coexistentes* y en relación con el pasado de la propia tradición...”<sup>143</sup>

Como puede observarse en la cita transcrita, en el modelo de Kuhn una de las condiciones de racionalidad de los debates teóricos (científicos) es que éstos se produzcan entre interlocutores que asumen los mismos presupuestos lingüísticos, ontológicos y metodológicos, es decir, entre científicos que suscriben el mismo *paradigma* de referencia.

---

<sup>142</sup> Véase Kuhn, Thomas, *The Structure of Scientific Revolutions*, University of Chicago Press, 1996.

<sup>143</sup> Véase Velasco, Ambrosio, “Pluralismo de Tradiciones, Racionalidad y Hermenéutica”, en *Progreso, Pluralismo y Racionalidad en la Ciencia*, UNAM, 1999, 280-286.

En otras palabras, para Kuhn, no es posible que exista un debate (al menos no uno racional e inteligible) entre dos o más paradigmas, dado que los presupuestos que caracterizan a cada uno de ellos tienen supuestamente el efecto de imposibilitar inclusive la más mínima comunicación entre sí (aunque los miembros de paradigmas diferentes tengan la ilusión de tener un intercambio argumentativo). De ahí la famosa tesis Kuhneana de la *incommensurabilidad* entre paradigmas diferentes.<sup>144</sup>

Bajo este marco, cualquier intento de revisión de teorías o modelos ajenos al paradigma al que pertenece quien realiza dicho ejercicio, resultaría infructuoso; estaría fatalmente destinado al fracaso en la medida en que simplemente no tiene acceso al “mundo” en el que habitan las teorías o modelos que intenta revisar. Se trata, como se ha dicho, supuestamente de mundos inconmensurables.

La contra-argumentación de Laudan al modelo Kuhneano de progreso científico se desarrolla del siguiente modo:

Una premisa fundamental en el razonamiento de Kuhn para concluir que diferentes paradigmas son inconmensurables es que “cada paradigma presupone (y está caracterizado por) una serie de asunciones lingüísticas, ontológicas y metodológicas que diverge de cualquier otro paradigma” (‘p’).

Sin embargo, si a ‘p’ no se le trata sin más como un dogma incuestionable, ella misma presupone un ejercicio que Kuhn niega sea posible llevar a cabo. La sola identificación de esquemas conceptuales y concepciones de mundo incorporadas en los diversos paradigmas (o tradiciones como Laudan prefiere), presupone intercambios comunicativos exitosos (que seguramente implican traducciones mutuas) entre los partidarios de dichos paradigmas, los cuales les permiten el acceso recíproco a esas dimensiones supuestamente impenetrables.

Aunado a lo anterior, e insistimos, si ‘p’ no constituye más que un dogma, la conclusión relativa a la divergencia entre presupuestos conceptuales y metodológicos, que a su vez conduce a la conclusión de inconmensurabilidad o incompatibilidad, no tiene lugar en abstracto ni se manifiesta en códigos absolutos (o divergen o no divergen, o son compatibles o no lo son), sino que admiten grados, de modo que la divergencia y la conmensurabilidad pueden plantearse como continuos que requieren de la especificación de qué teorías se están comparando concretamente.

---

<sup>144</sup> Como explican Nosnik y Elguea, en la construcción del aparato conceptual para describir el avance científico que Kuhn propone, este autor es fuertemente influenciado por la noción Wittgensteineana de “universos de discurso”, término que denota a los “...sistemas lingüísticos cerrados en los que los elementos obtienen el significado de su lugar en el contexto sistemático y lo pierden al salir o ser extrapolados de éste. Más aún, estos universos de discurso tienen la característica de no ser traducibles entre sí, lo cual imposibilita, las más de las veces, la comunicación, entre ellos. La estructura de las revoluciones científicas e originó en un intento por aplicar esta noción de universos de discurso al análisis de la historia de la ciencia y de las teorías científicas...” Véase Nosnik, Abraham y Elguea, Javier, “La discusión sobre el crecimiento del conocimiento científico en el cuento de la filosofía de la ciencia”, ITAM, Estudios Filosofía-Historia-Letras, 1985, disponible en: [http://biblioteca.itam.mx/estudios/estudio/estudio02/sec\\_5.html](http://biblioteca.itam.mx/estudios/estudio/estudio02/sec_5.html)

Si las cosas sucedieran como Kuhn las plantea, incluso la comunicación cotidiana entre personas ordinarias que hablan distintos lenguajes estaría en tela de juicio, y sin embargo, nos comunicamos.

Así mismo, si las cosas ocurrieran como el modelo de Kuhn lo establece, tampoco sería posible la comunicación entre agentes artificiales no humanos, entre los cuales existen tantos lenguajes de programación, ontologías y conceptualizaciones de mundo, tan diversos como la creatividad de sus diseñadores. Y sin embargo, pese a esta situación tipo “*torre de Babel*” y de falta de homogeneidad entre bases de datos, bancos de información y toda clase de sistemas computacionales, hoy la *Semantic Web* y la tecnología de los *Multi-Agent Systems* son una realidad.<sup>145</sup>

Y por último, si aceptáramos el modelo de Kuhn, no habríamos podido llevar a cabo nuestro ejercicio de elucidación del contexto de objetivos, motivaciones, y metodología en el que surgen los programas de las comunidades a las que hemos aludido en este trabajo (o en todo caso, éste sólo fue una ilusión).

En efecto, los autores respectivos pueden estar en desacuerdo en relación con la forma en la que hemos planteado el contexto del surgimiento del programa al que sostenemos que pertenecen (en última instancia no podemos abstraernos a nuestros vicios y prejuicios personales al realizar reformulaciones e interpretaciones de tesis ajenas, sobre todo cuando los autores en cuestión no han planteado explícitamente su proyecto en esos términos). Sin embargo, al menos de este modo, hemos propuesto un punto de referencia para situar la eventual discusión que podría surgir al respecto. En otras palabras, hemos propuesto una base respecto de la cual podemos estar de acuerdo o diferir (incluso para diferir se requiere de un mínimo de éxito comunicativo para especificar aquello en lo que no se está de acuerdo).

Pues bien, tomando como referencia las ideas de Laudan en torno al progreso científico, sostenemos que el progreso en la filosofía del derecho se logra a través de un *enfoque orientado a la resolución de problemas*, el cual implica la puesta en marcha de métodos heurísticos (no rígidos) para el establecimiento de nexos comunicativos (dialógicos) entre distintas posturas, corrientes, paradigmas o tradiciones con el propósito de evaluar comparativamente la capacidad que cada una de ellas tiene para resolver determinado problema o conjunto de problemas.<sup>146</sup>

La visión anterior no se aleja del proceder habitual en esta disciplina (al menos en la de corte analítico). Un ejemplo clásico y muy claro de ello lo constituye el caso del profesor Hart, quien desarrollara su influyente (e incluso determinante del rumbo de las discusiones actuales en la tradición respectiva) propuesta de positivismo jurídico a partir de la reconstrucción tanto de la denominada “*teoría del mandato*” de Austin, como de cierta caracterización de la corriente del “*Realismo Americano*”.<sup>147</sup>

---

<sup>145</sup> Ver número 2. Motivaciones, de la sección VII. ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND LAW (*AI AND LAW*): UN EJERCICIO DE RECONSTRUCCIÓN DE SUS OBJETIVOS, MOTIVACIONES Y METODOLOGÍA, de este Capítulo.

<sup>146</sup> Véase Velasco, Ambrosio, “Pluralismo de Tradiciones, Racionalidad y Hermenéutica”, en *Progreso, Pluralismo y Racionalidad en la Ciencia*, UNAM, 1999, 280-286.

<sup>147</sup> Véase, Hart, H.L.A.; *The Concept of Law*, Clarendon Press, 1981.

Sin embargo, también son conocidos los casos de caracterizaciones poco afortunadas del pensamiento de otros autores como base para la crítica y ulterior desarrollo de propuestas teóricas (aún cuando ambos pertenecen a la misma tradición o paradigma jus-filosófico). Considérese por ejemplo, la crítica frecuente que Dworkin recibe en el sentido de haber dirigido sus críticas (en la etapa inicial del desarrollo de su teoría) a una versión del positivismo de Hart que nunca sostuvo.<sup>148</sup>

La crítica anterior no menoscaba las grandes contribuciones que Dworkin ha hecho al campo por medio de la articulación paulatina de su propuesta teórica denominada “*Interpretive Theory of Law*”,<sup>149</sup> sin embargo si va orientada a enfatizar lo diferentes que eran los objetivos y presupuestos metodológicos de estos dos grandes filósofos: Por un lado, el proyecto de Hart es descriptivo y general, emplea métodos de filosofía lingüística como el acudir a las convenciones que gobiernan el significado de ciertas expresiones al efecto de ofrecer análisis conceptuales más refinados, etc. Por su parte, el de Dworkin es un proyecto prescriptivo (pretende establecer las condiciones que el razonamiento judicial debe instanciar para legitimar la intrusión del Estado en la esfera de libertades de los ciudadanos, y en este sentido, concibe a la filosofía del derecho como un ejercicio de moralidad política), y particular (en términos de tomar en cuenta únicamente el sistema norteamericano, y en concreto a los jueces de ese sistema).<sup>150</sup>

Para evitar ser blanco fácil de críticas como las emitidas contra Dworkin hemos llevado a cabo (dentro de los límites de nuestras capacidades), como primer paso, la elucidación (reconstrucción) comparativa del contexto, en términos de objetivos, motivaciones y presupuestos metodológicos, que circunda a los cuatro proyectos referidos, con lo cual ha comenzado la comunicación entre ellos.<sup>151</sup>

El siguiente paso en nuestro itinerario metodológico consiste en la exposición sistemática de las *tesis sustantivas* de cada proyecto con vista primero, a la continuación en un momento posterior de la discusión intercomunitaria; así mismo con vista a la eventual articulación de un modelo que ofrezca una explicación sobre la manera en que inciden (así como de la manera en que deberían incidir), tanto en la arquitectura del proceso (o procedimiento) en cuestión, como en las representaciones mentales desde las que deciden los operadores judiciales, las relaciones (y tensiones) entre el objetivo de averiguar la verdad acerca de lo que las partes alegan, y otros objetivos como el de pretender incidir en la distribución de los errores epistémicos previsibles que eventualmente –pese a nuestros mejores esfuerzos- se cometerán, es decir, el interés de otorgar beneficios de la duda a cierta parte.

Ahora bien, seguramente el lector se preguntará en este momento cómo es que pretendemos construir un modelo integrado cuando de entrada, como hemos visto, EJ y TVRPJ tienen pretensiones normativas al elaborar sus

---

<sup>148</sup> Véase Carrió, Genaro, *Dworkin y el Positivismo Jurídico*, México, UNAM-IIIJ, 1981; y Aguilera, Edgar, “La teoría del derecho de Ronald Dworkin”, *Revista EL SIETE*, Febrero, 2008, pp. 23-27.

<sup>149</sup> Stavropoulos, Nicos, “Interpretivist Theories of Law”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2003 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <http://plato.stanford.edu/entries/law-interpretivist/>

<sup>150</sup> Véase Carrió, Genaro, *Dworkin y el Positivismo Jurídico*, México, UNAM-IIIJ, 1981; y Aguilera, Edgar, “La teoría del derecho de Ronald Dworkin”, *Revista EL SIETE*, Febrero, 2008, pp. 23-27.

<sup>151</sup> Véase Bix, Op. Cit., nota 40, pp. 11, 19.

teorías, en contraste con *AI and Law* y CJC. En concreto, ¿Cómo conciliar los diferentes niveles de discurso: prescriptivo y descriptivo?

La respuesta parte de nuestra asunción de un enfoque orientado hacia la resolución de problemas (como característica integral del progreso del conocimiento jus-filosófico): Recordemos que desde esta misma perspectiva parten las prácticas metodológicas de *AI and Law* orientadas a la elaboración de los denominados modelos dialéctico-procedurales de argumentación jurídica, la cual les permite articular coherentemente una amplia gama de componentes pertenecientes a diversas propuestas teóricas, con relativa independencia de si sus autores hubieren tenido o no pretensiones normativas.

Las pretensiones descriptivas-explicativas o normativas-prescriptivas, son en una primera fase, irrelevantes. La razón de ello es que el modelo integrado eventualmente ha de enfrentar las demandas de su naturalización en el sentido de tener que determinarse si es apto para manifestarse en distintas aplicaciones computacionales, y si las aplicaciones resultantes tienen un grado importante de aceptación por parte de los usuarios.<sup>152</sup> En este sentido, este trabajo puede considerarse como perteneciente a la *Computational Legal Theory* en su vertiente informal.

Para concluir esta sección no nos resta más que presentar el panorama relativo a la estructura del resto de la investigación: En el capítulo segundo realizaremos la presentación sistematizada del proyecto de Epistemología Jurídica de Laudan (EJ); En el capítulo tercero haremos lo propio respecto de la “Teoría de la Valoración Racional de la Prueba Judicial” (TVRPJ); El cuarto capítulo aborda las investigaciones de la *Artificial Intelligence and Law* (particularmente las orientadas al desarrollo de los denominados “modelos dialéctico-procedurales de argumentación jurídica”; El capítulo quinto se dedica al Constructivismo Jurídico Cognitivo de Cáceres; Y en el capítulo sexto retomamos primero la discusión inter-comunitaria haciendo énfasis en las críticas que podrían hacerse recíprocamente los programas bajo análisis, y posteriormente damos paso a la presentación del modelo integral en sus aspectos descriptivo y normativo (o prescriptivo).

---

<sup>152</sup> Esta tendencia a reutilizar elementos de otras teorías, formatos de representación, sistemas, etc. es ya tradicional en el campo de las ciencias computacionales. A dicho enfoque se manifiesta en el diseño de software por medio del enfoque denominado “*Component-based software engineering*”; o en el campo de la web semántica en términos de la reutilización de ontologías diversas. Véase Aguilera García, Edgar, “Inteligencia Artificial Aplicada al Derecho”, UNAM-IIIJ, 2007, pp. 16-17.

## CAPÍTULO SEGUNDO

### EL PROYECTO DE EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA DE LARRY LAUDAN

#### 1. TRES VALORES (OBJETIVOS) BÁSICOS EN UN PROCEDIMIENTO PENAL

En su libro *Truth, Error, and the criminal Law*<sup>153</sup>, Larry Laudan realiza una profunda reflexión epistemológica (en breve veremos en qué consiste dicho análisis) en torno al sistema de justicia penal (*Criminal Justice System*) de los Estados Unidos de Norteamérica.

Como preámbulo al abordaje del sistema elegido, nuestro autor hace referencia a tres clases de valores u objetivos básicos que ejercen una influencia fundamental en la configuración del andamiaje normativo-estructural, así como en la de las prácticas respectivas, de la mayoría de los sistemas de impartición de justicia<sup>154</sup>. A saber:

- A) La minimización del riesgo de cometer errores (condenas falsas y absoluciones falsas como ejemplos paradigmáticos), o para abreviar, la reducción del error (*Error Reduction*), también referido como la búsqueda de la verdad<sup>155</sup>
  - B) La distribución del error (*Error Distribution*) orientada hacia la protección del acusado inocente de una potencial condena falsa<sup>156</sup>
  - C) Valores no-epistémicos-políticos (*Non-Epistemic-Policy Values*)<sup>157</sup>
- A continuación aludiremos a cada uno de ellos:

##### ***1. La reducción del error (Error Reduction)***

Bajo este reflector, el procedimiento penal se presenta como un *sistema de investigación de hechos* del (acaecidos en el) pasado, mismo que, como cualquier sistema de este tipo, pretende que las conclusiones que se obtienen como resultado de su operar, frecuentemente hagan contacto con lo que en efecto tuvo lugar.

En otras palabras, el sistema procura que las determinaciones que realice constituyan una descripción muy probablemente acertada de los acontecimientos respecto de los que se inquiere. Claro, siempre dentro del contexto de la falibilidad inherente a esta clase de indagaciones. Es decir, siempre teniendo en mente que, dado que no estamos en el terreno de las inferencias puramente deductivas<sup>158</sup>, es razonable esperar que eventualmente se

---

<sup>153</sup> Véase Laudan, Larry, *Truth, Error, and the Criminal Law; An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge, 2006.

<sup>154</sup> A los que también me referiré con la expresión “procedimientos penales”.

<sup>155</sup> Op. Cit., Laudan, nota 153, p. 1.

<sup>156</sup> Ibidem, pp. 1-2.

<sup>157</sup> Ibidem, p. 2.

<sup>158</sup> De conformidad con la lógica formal deductiva, lo adecuado o no (“goodness”) de un argumento es una cuestión que depende de si está o no conformado por premisas verdaderas unidas a su conclusión por medio de inferencias válidas (que instancian formas argumentales generales, como el modus ponens, etc., las cuales abstraen del contenido de las premisas). A este criterio se le conoce como “soundness”. Las conclusiones de un argumento deductivo son, de acuerdo con lo anterior, verdades que se siguen necesariamente de otras verdades. Sin entrar, por ahora, en la discusión de si el razonamiento por medio del cual un *trier of fact* arriba a sus conclusiones fácticas es de carácter inductivo, abductivo, plausibilista, etc., lo importante en este momento es destacar que nos encontramos en el terreno

produzcan errores (declarar culpable a alguien que no cometió el delito que se le imputa, o inocente al perpetrador de algún acto delictivo).<sup>159</sup>

Considérese en este punto, lo que a continuación Laudan plantea en relación con la imposibilidad de toda investigación acerca de eventos pasados, de alcanzar certeza absoluta; la imposibilidad de borrar toda sombra de duda imaginable; la imposibilidad de contar con un sistema de investigación infalible:

“Some thinkers, especially those in Roman law countries, traditionally held that the defendant is entitled to *every* BoD (Benefit of the Doubt). If one took this notion seriously, then the SoP (Standard of Proof) would have to be set to 1.0 (or 100 percent), thus excluding all possible doubts. *But, of course, we cannot take that proposal seriously. To begin with, it implies that we can have fully certain, second-hand knowledge about past events. The empiricist philosophers decisively undermined that possibility more than two centuries ago. As they showed, there is always room for some doubt in any criminal trial, as there is likewise scope for doubt about almost any assertion about the past. Perhaps key prosecution witnesses were lying; perhaps the police planted incriminatory evidence; perhaps a seemingly voluntary confession was false. If one is minded to credit every possible sort of doubt, inductively reasoning to a conclusion of guilt about a crime becomes impossible.*”<sup>160</sup>

---

de las inferencias-argumentos derrotables (“*defeasible reasoning*”). En este sentido, un criterio más apropiado para la determinación de la propiedad referida anteriormente como “goodness” de un argumento derrotable es el propuesto por la Lógica Informal, la cual, precisamente irrumpe en el panorama como un movimiento que rechaza la utilización del concepto formal de validez de la lógica deductiva, a los efectos de evaluar la argumentación cotidiana en contextos tales como la discusión política, el debate jurídico, etc. Walton se refiere a este criterio en los siguientes términos: “In order to be good, (ordinary, everyday) arguments do not require true premises linked to their conclusions by valid inferences, rather good arguments require premises that are acceptable, premises that are relevant to the conclusion, and premises that provide sufficient support or evidence for the acceptability of the conclusion (R.S.A. criteria)”. Walton, Douglas, Godden, David, “Informal Logic and the Dialectical Approach to Argument” *Douglas Walton and David M. Godden, Reason Reclaimed, ed. H. V. Hansen and R. C. Pinto, Newport News, Virginia, Vale Press, 2007, 3-17*. En efecto, como veremos en breve en el cuerpo del texto principal, la información de la que dispone un *trier of fact* es incompleta, inexacta, sólo aproximada. En este sentido, las premisas que empleará en su razonamiento no pueden considerarse verdades absolutas. Por ello es que la relación entre dichas premisas y la conclusión respectiva no es deductiva, es decir, la conclusión no se sigue necesariamente de aquellas (dichas premisas pueden co-existir con la conclusión opuesta). Las premisas sólo transmiten un cierto grado de soporte o apoyo hacia la conclusión en cuestión. Pero aunado al hecho de que la información con la que se cuenta en este contexto es siempre incompleta, aproximada, etc., el *trier of fact* puede incurrir en razonamientos falaces como resultado de la atribución de grados mayores o menores de soporte a las distintas piezas informativas de las que dispone, que no corresponden con los que genuinamente les serían atribuibles con base en sus méritos. Así mismo, dado que el grado de soporte global (el suministrado por todas las premisas e inferencias intermedias realizadas con base en ellas) esperado constituye una decisión política que se toma en el dominio en cuestión (decisión a la que se le conoce como la fijación del estándar de prueba), puede también suceder que el *trier of fact* interprete erróneamente el contenido de dicha política, lo cual lo llevaría a considerar “probadas” ciertas proposiciones que en realidad no lo están a la luz del estándar vigente. A estas dos últimas situaciones que se suman a la inexactitud y falta de completitud de la información, Laudan se refiere como errores procesales que ocasionan que un veredicto sea inválido. Op. Cit., Laudan, nota 153, p. 13.

<sup>159</sup> Al respecto Laudan sostiene que: “Occasional mistakes are inevitable, and thus, tolerable in any form of human inquiry...”, Op., Cit., Laudan, nota 153, p. 4. “...However much one tries to avoid them, errors will occur from time to time...”, Ibidem, p. 1, “We are not dealing with deductive relations between premises and conclusions but with uncertainty and fallible inferences. It is in the nature of ampliative rules of inference that they will sometimes lead to erroneous conclusions...” Op., Cit., Ibidem, p. 84.

<sup>160</sup> Op. Cit., Laudan, nota 153, p. 65.



Para continuar con esta cuestión y poner de relieve el amplio espectro de fuentes potenciales de error epistémico (expresión que definiremos con mayor rigor en breve), Laudan propone concebir al procedimiento de justicia penal norteamericano desde una perspectiva diacrónica, es decir, como una sucesión de filtros por los que paulatinamente atraviesa la evidencia disponible, desde el momento en que el crimen es cometido, hasta la emisión del veredicto o fallo respectivo (Obviamente esta descomposición analítica muestra las peculiaridades del sistema de referencia que Laudan toma en cuenta. Sin embargo, en principio, puede adoptarse, sin mayores problemas, este tipo de análisis para cualquier procedimiento penal, incluso el mexicano).

Desde esta perspectiva, nos situamos en mejores condiciones de apreciar cómo, por el simple transcurrir del tiempo, aunado a factores tales como la tendencia de cierto tipo de evidencia a desaparecer, o a deteriorarse (por ejemplo, los recuerdos que los testigos registran en su memoria, huellas dejadas en cierto tipo de superficie u otras condiciones ambientales, etc.),<sup>161</sup> al grado de capacidad y pericia desplegado por los operadores que realizan la

---

<sup>161</sup> En lo que hace a la evidencia física, y en particular a ciertos indicios denominados “orgánicos” como sangre, semen, saliva, orina, pelos, excremento y sudor, que pudieron ser dejados en la escena del crimen, el célebre criminalista Rafael Moreno hace referencia a ciertas características de la superficie o soporte receptora de dichos indicios que ejercen una influencia decisiva en términos de condicionar el tipo y éxito de las pruebas que habrán de practicarse sobre ellos en el laboratorio. Entre dichas características tenemos las siguientes: La permeabilidad o impermeabilidad del soporte (la cual influye fuertemente sobre el tamaño y forma de las manchas de sangre por ejemplo); la lisura o aspereza del plano receptor; la coloración y composición química donde está asentada la mancha respectiva, etc. Por ejemplo, en el caso de la sangre, factores como los mencionados determinan la calidad de la “imagen hematoscópica” que puede levantarse. Dicha imagen es analizada desde el punto de vista químico a efecto de establecer si en realidad se trata de una mancha de sangre, a qué especie animal corresponde, a qué individuo pertenece, el lugar del cuerpo en que se produjo la hemorragia respectiva, así como la fecha plausible del evento. Por otra parte, la imagen hematoscópica es considerada junto con los demás indicios para llevar a cabo la reconstrucción de los hechos. Véase Moreno, Rafael, “Los indicios biológicos del delito”, INACIPE, 2007, pp. 33-44. En el caso de la memoria de testigos, éste ha sido un tema ampliamente abordado por la “psicología forense”. En efecto, los estudios realizados han demostrado que no es necesario que el testigo mienta para ofrecer un testimonio “inexacto” de los hechos que presenció. En este sentido, Laura Engelhardt, refiriéndose al sistema norteamericano, comenta que: “... The courts’ reliance on witnesses is built into the common-law judicial system, a reliance that is placed in check by the opposing counsel’s right to cross-examination—an important component of the adversarial legal process—and the law’s trust of the jury’s common sense. The fixation on witnesses reflects the weight given to personal testimony. As shown by recent studies, *this weight must be balanced by an awareness that it is not necessary for a witness to lie or be coerced by prosecutorial error to inaccurately state the facts—the mere fault of being human results in distorted memory and inaccurate testimony...*” Estudios realizados durante la década de los setenta por Elizabeth Loftus demuestran el efecto de distorsión que la intervención de un tercero puede tener al momento de hacer evocar el recuerdo en el testigo en cuestión. En este sentido, Engelhardt comenta que: “... Courts, lawyers and police officers are now aware of the ability of third parties to introduce false memories to witnesses. For this reason, lawyers closely question witnesses regarding the accuracy of their memories and about any possible “assistance” from others in the formation of their present memories...” Sin embargo, no es necesaria la intervención de un tercero para que el recuerdo respectivo sufra algún grado de distorsión, ya que el propio acto de “percibir” un evento implica ya una participación activa del sujeto cognoscente por vía de la “interpretación” de dicho evento. Al respecto, nuestra autora comenta que: “... So what is an “original memory?” The process of interpretation occurs at the very formation of memory—thus introducing distortion from the beginning...” Además, el recuerdo en cuestión suele sufrir distorsiones por el mero hecho de que quien lo almacena cuenta lo que vio (para sí mismo, a otros, o como testigo dentro de un procedimiento). En este sentido Engelhardt sostiene que: “... Furthermore, witnesses can distort their own memories without the help of examiners, police officers or lawyers. Rarely do we tell a story or recount events without a purpose. Every act of telling and retelling is tailored to a particular listener; we would not expect someone to listen to every detail of our morning commute, so we edit out extraneous material. *The act of telling a story adds*

investigación respectiva,<sup>162</sup> a las decisiones estratégicas de las partes referidas a la forma en que presentarán sus versiones de los hechos, etc., el conjunto total de ítems evidenciarios (vestigios o rastros dejados por la comisión de ciertos hechos) constantemente experimenta vejaciones, de modo que el conjunto “depurado” con el que finalmente hace contacto el *trier of fact* constituye un sub-conjunto de aquel (razón por la cual la probabilidad de que su fallo corresponda con lo que en efecto sucedió, disminuye o se eleva en función de la mayor o menor incidencia que en el caso concreto han tenido los factores mencionados). Veámoslo:

1. “There is, to begin with, the crime itself. Jones, let us suppose, mugged Smith and stole his wallet.
2. That event is now past. What survive *are traces or remnants of the crime*. These include memories of the participants and eyewitnesses, and physical evidence of the crime (Jones' fingerprints on Smith's wallet, contusions on Jones' face, etc.).
3. *The police will come to find some, but rarely all, of these traces.*
4. If they and the prosecutor decide that they have a solid case against Jones, they will next have to persuade a judge or a grand jury that the case is strong enough to go forward.
5. Supposing that all these hurdles have been leapt, the prosecutor will now choose from among the traces known to the police a subset that he intends to enter as evidence at the trial.
6. Jones's attorney will make a similar decision.
7. At Jones' pre-trial evidential hearing, a judge will decide which of these submitted traces can be revealed to the jury.
8. Once the evidence questions are settled, the judge may wrongly decide to dismiss the charges against the accused.

---

*another layer of distortion, which in turn affects the underlying memory of the event.* This is why a fish story, which grows with each retelling, can eventually lead the teller to believe it... Memory is affected by retelling, and *we rarely tell a story in a neutral fashion*. By tailoring our stories to our listeners, our bias distorts the very formation of memory—even without the introduction of misinformation by a third party. The protections of the judicial system against prosecutors and police “assisting” a witness’ memory may not sufficiently ensure the accuracy of those memories. Even though prosecutors refrain from “refreshing” witness A’s memory by showing her witness B’s testimony, the mere act of telling prosecutors what happened may bias and distort the witness’s memory. *Eyewitness testimony, then, is innately suspect....*” Véase Engelhardt, Laura, “The Problem with Eyewitness Testimony”, *Stanford Journal of Legal Studies*, Vol. 1:1, 1999, disponible en línea en: <http://agora.stanford.edu/sjls/Issue%20One/fisher&tversky.htm>

<sup>162</sup> En cuanto a este punto, el propio Moreno hace referencia a que el manejo inapropiado de los indicios que pueden encontrarse en la escena del delito “...conduce a su contaminación, deterioro o destrucción, siendo éstas las causas más frecuentes que impiden su ulterior examen en el laboratorio. Nunca debemos olvidar, por elemental que parezca... que en el laboratorio sólo se estudia lo que se envía, y que el análisis se inicia sobre el indicio que se recibe, no sobre el que se manda, por lo cual si durante el trayecto o el tiempo transcurrido éste se altera, será sobre esa evidencia alterada sobre la que iniciaremos nuestro trabajo...” Véase Moreno, Rafael, *Los indicios biológicos del delito*, INACIPE, 2007, p. 26. Algunas de las recomendaciones que deben seguirse por parte de los operadores encargados de la investigación son: i asegurar la escena del crimen (no tocar nada); ii fotografiar toda la escena desde diferentes ángulos y hacer un bosquejo de la misma siendo preciso en las dimensiones; iii trabajar en equipo (experto forense y policía) al buscar la evidencia relevante; iv levantar y marcar la evidencia lo más pronto posible (momento en que inicia la “cadena de custodia”); v embalar la evidencia; registrar por escrito todos los detalles de la escena; entregar la evidencia al laboratorio de criminalística; resguardar la evidencia en un lugar seguro y apropiado. En relación con la denominada “cadena de custodia” de la evidencia (iv en adelante), el autor en comentario sostiene que “...se debe tener un registro fiel del curso seguido por los indicios, es decir, qué personas los tuvieron en sus manos, a partir del momento en que fueron levantados del escenario del delito, hasta que fueron entregados al laboratorio de criminalística y, finalmente, resguardados. Es de tal importancia este registro, que cuando no se guarda cuidadosamente, el indicio descubierto puede perder valor procesal...” Véase Moreno, Rafael, *Los indicios biológicos del delito*, INACIPE, 2007, p. 30. Evidentemente, el factor humano implica la posibilidad de cometer errores en diversos momentos cruciales del procedimiento descrito.

9. Once the trial begins, if it gets this far, the now heavily filtered evidence will be presented and subjected to cross-examination.
10. Once both sides have had their say, the judge will instruct the jury about the relevant law that Jones is alleged to have broken, and on the threshold of proof that they should use in deciding whether to convict Jones.”<sup>163</sup>

Laudan alude a las fuentes potenciales de error en cada una de las etapas referidas, de la manera siguiente:

1. “Important evidence, either inculpatory or exculpatory, may elude the best efforts of prosecution and defense to find it.
2. The prosecution may find exculpatory evidence but suppress it and the defense may be aware of inculpatory evidence that it "forgets" to mention.
3. The judge's rulings on the admissibility of evidence submitted for trial may end up including evidence that is likely to mislead the jury or excluding evidence that the jury should hear.
4. The grand jury may err in their decision to indict.
5. The defendant may refuse to testify or subpoenaed witnesses with important information may disappear.
6. Witnesses with relevant evidence might not be called because both prosecution and defense fear that their testimony would undermine their respective cases.
7. The judge may misinstruct the jury with respect to the relevant law, or botch the instructions about the standard of proof --which occurs more often than you might imagine.
8. Even if all else goes properly, the jury may draw inappropriate inferences about guilt or innocence from the evidence before them or they may misunderstand the level of proof required for a conviction.
9. Even once the verdict is pronounced, the room for error has not disappeared. If the jury voted to convict, the accused may file an appeal. Appellate courts may refuse to hear it, even when the defendant is innocent. Or, they may take the appeal but reverse it when the verdict is sound or endorse the verdict when it is false.
10. If the defendant is acquitted, double jeopardy precludes further appeal, even if the trial was riddled with acquittal-enhancing errors.”<sup>164</sup>

Ahora bien, la conformación de ciertas prácticas al interior del sistema, o la toma de ciertas decisiones en torno a la configuración del andamiaje normativo-estructural del mismo, pueden generar un impacto positivo o negativo en términos de impulsar su potencial para averiguar la verdad, o bien, en términos de incrementar la falibilidad inherente al empleo de inferencias derrotables (extraídas de información incompleta) como base para sus conclusiones. El impacto negativo de las prácticas o decisiones referidas se traduce en un aumento de la cuota de errores que el sistema probablemente produce en un periodo determinado.

Por ello es que para Laudan, hablar del interés en la minimización del riesgo de cometer errores como un objetivo básico es simplemente una forma de refrendar que el procedimiento penal busca la obtención de la verdad: *“To say that we are committed to error reduction in trials is just another way of saying that we are earnest about seeking the truth.”*<sup>165</sup>

En este punto resulta apropiado dirigir nuestra atención al tratamiento que Laudan otorga al concepto de error epistémico:

---

<sup>163</sup> Laudan, p. 16. Nosotros hemos enumerado el proceso descrito.

<sup>164</sup> Laudan, p. 17. La enumeración también la hemos realizado nosotros.

<sup>165</sup> Laudan, p. 2.

En este sentido, nuestro autor distingue entre “errores procesales” y “errores epistémicos”: Los errores procesales son aquellos que tienen que ver sólo con la violación o inadecuada caracterización y/o interpretación por parte del juez o del *trier of fact*, de reglas de procedimiento, como las que, por distintas razones o valores subyacentes, requieren la exclusión de cierta evidencia, o aquellas que imponen cierto estándar de prueba (o grado de exigencia probatoria). Al respecto, el autor citado comenta lo siguiente:

*“I should say straightaway that I am not using the term ‘error’ as appellate courts are apt to use it. For them, an ‘error’ occurs in a trial just in case some rule of evidence or procedure has been violated or misinterpreted or misapplied. Thus, a higher court may determine that an error occurred when a trial judge permitted the introduction of evidence that the prevailing rules should have excluded or when some constitutional right of the defendant was violated. Courts will find that an error occurred if a judge, in his instructions to the jury about the law, made some serious mistake or other, in the sense of characterizing the relevant law in a way that higher courts find misleading or incorrect. Very occasionally, they will decide that an error occurred if the jury convicted someone when the case against the defendant failed to meet the standard of proof beyond a reasonable doubt...”<sup>166</sup>*

Por su parte, los errores epistémicos se cometen cuando el fallo condenatorio o absolutorio no corresponde con la culpabilidad o inocencia genuinas (o materiales) del acusado. La violación o no de las reglas procesales es irrelevante. Es irrelevante también que esas reglas sean, como las llama Laudan, *truth-promoting o truth-thwarting*.<sup>167</sup> En este sentido los errores epistémicos por antonomasia son las condenas falsas y las absoluciones falsas.

Sin embargo, la perspectiva de los errores epistémicos es más general, no sólo se refiere a la decisión final, sino también a las decisiones intermedias por medio de las cuales o bien, se continúa, o bien, se pone fin al procedimiento.

En este sentido, serán errores epistémicos aquellas decisiones que implican continuar el procedimiento cuando el acusado es inocente (por ejemplo, en el contexto mexicano, decidir consignar, conceder auto de formal prisión, o en el derecho anglo sajón, aceptar la declaración de culpabilidad de un inocente y proceder a dictar sentencia sin juicio, etc.); o aquellas decisiones que implican dejar libre, en cualquier punto del procedimiento antes de la sentencia, a alguien genuinamente culpable (por ejemplo, en el contexto mexicano, decidir el no ejercicio de la acción penal, decidir no consignar, no otorgar auto de formal prisión, etc.).

También pueden analizarse estas decisiones intermedias a efecto de determinar si son válidas o inválidas (desde el punto de vista procesal, es decir, desde el punto de vista de la satisfacción o no de los requisitos establecidos por la ley). En este sentido, puede determinarse que se ha dado un seguimiento impecable a las reglas del procedimiento, pero esta cuestión es independiente de la determinación de si se trata de decisiones correctas o incorrectas desde el punto de vista epistemológico. A este respecto, Laudan comenta que:

*“...errors, in my sense, have nothing to do with whether the system followed the rules (the sense of ‘error’ relevant for appellate courts) and everything to do with whether judicial outcomes convict the guilty and free the innocent. Even if no errors of the procedural sort that worries appellate courts have occurred, an outcome may be*

---

<sup>166</sup> Op. Cit., Laudan, nota 153, pp. 9-10, 195.

<sup>167</sup> Ibidem, p. 3.

*erroneous if it ends up freeing the guilty or convicting the innocent. The fact that a trial has scrupulously followed the letter of the current rules governing the admissibility of evidence and procedures –and thus avoids being slapped down by appellate courts for breaking the rules– is no guarantee of a correct outcome... Accordingly, our judgment that an error has occurred in a criminal case will have nothing to do with whether the judicial system followed its own rules and everything to do with whether the truly guilty and the truly innocent were correctly identified...*<sup>168</sup>

Se trata de una cuestión independiente ya que, como veremos más adelante, puede ser que las reglas procesales actúen ellas mismas como causa del error epistémico en cuestión (*truth-thwarting rules* que incrementan la falibilidad natural a la que el sistema, de por sí, es propenso), y que dicho error, relacionado con alguna de estas decisiones intermedias, tenga efectos en cascada reflejándose en la emisión de un fallo falso, ya condenatorio o ya absolutorio.<sup>169</sup>

Ahora bien, con base en la denotación más amplia que la expresión “errores epistémicos” tiene para Laudan (la cual no sólo toma en cuenta los veredictos o fallos falsos), éstos pueden ser de dos tipos: Un hallazgo incriminatorio falso o un hallazgo exoneratorio falso. El autor resume su postura del modo que sigue:

*“I will be using the term ‘error’ in a more strictly logical and epistemic sense. When I say that an error has occurred, I will mean either*

- a). that, in a case that has reached the trial stage and gone to a verdict, the verdict is false, or*
- b). that, in a case that does not progress that far, a guilty party has escaped trial or an innocent person has pleaded guilty and the courts have accepted that plea. In short, for the purposes of our discussion, an error occurs when an innocent person is deemed guilty or when a guilty person fails to be found guilty. For obvious reasons, I will call the first sort of error a false inculpatory finding and the second a false exculpatory finding.”*<sup>170</sup>

---

<sup>168</sup> Ibidem, p. 10.

<sup>169</sup> Evidentemente si hay buenas razones para pensar que las reglas que conforman el procedimiento penal en cuestión, las cuales condicionan su operar, son del tipo *truth-conducive* (como las llama Laudan), no se tendría entonces que marcar tan tajantemente la cuestión de la independencia que existe entre los errores procesales y los errores epistémicos. Véase Ibidem, pp. 210-211. Sin embargo, dado que, salvo por esfuerzos como el que se halla en la obra de Laudan, la filosofía del derecho ha desatendido las delicadas relaciones entre la aplicación del derecho y la búsqueda de la verdad, es plausible suponer que la mayoría de los procedimientos al menos en el mundo occidental, en especial los penales (por razones que tienen que ver con la pretensión de otorgar al acusado una protección excesiva con tal de evitar que el sistema eventualmente condene e imponga las penas correspondientes a personas inocentes), incorporan en su estructura dispositivos que constituyen obstáculos a la obtención de la misma, precisamente debido a la escasez generalizada de reflexiones sistemáticas que permitan a los diseñadores y demás operadores del sistema en cuestión, adquirir consciencia del operar del mismo como resultado de sus condicionantes estructurales, los cuales, por ser perfectibles, tendrían que ser frecuentemente sometidos a revisión bajo las gafas epistemológicas al efecto de su depuración razonada dentro del contexto de la consideración de otros valores que, a su vez, compiten junto con la obtención de la verdad, por ganarse un lugar en la arquitectura del sistema de referencia. Así las cosas, llegamos a una situación en la que puede suceder que el sistema en cuestión se desempeñe mejor en su modalidad de sistema de investigación de cuestiones empíricas si en efecto se violan algunas de las reglas que lo constituyen. En este sentido Laudan sostiene que: “... *given that many of the current rules... are actually conducive to mistaken verdicts, it may well happen that trials that follow the rules are more apt to produce erroneous verdicts than trials that break some of them...*”. Ibidem, Laudan, p. 10. Y en otra parte sostiene que: “... Under current circumstances, an overturned or reversed verdict is not ipso facto likely to be an erroneous verdict in the sense in which I have been using the term. By contrast, if the kinds of rules of evidence that I have been advocating here were in place, then evidence of rule braking in a trial would warrant a presumption of a genuinely erroneous verdict...” Ibidem, Laudan, p. 211.

<sup>170</sup> Ibidem, p. 10.

Por su parte, la distinción entre errores epistémicos y procesales se basa, como ha podido observar el lector, en otra distinción fundamental para Laudan, la de inocencia y culpabilidad materiales, e inocencia y culpabilidad probatorias. Veámoslo:

*“In brief: it is legitimate, and in some contexts essential, to distinguish between the assertion that ‘Jones is guilty’, in the sense that he committed the crime, and the assertion that ‘Jones is guilty’, in the sense that the legal system has condemned him. I propose to call the first sense, material guilt (hereinafter:  $guilt_m$ ) and the second, probatory guilt ( $guilt_p$ ). Clearly,  $guilt_m$  does not imply  $guilt_p$ , nor vice versa. Similarly, we can distinguish between Jones’ material innocence ( $innocence_m$ ), meaning he did not commit the crime, and his probatory innocence ( $innocence_p$ ), meaning he was acquitted or otherwise released from judicial scrutiny. Again, neither judgment implies the other...”<sup>171</sup>*

Con base en las consideraciones precedentes, Laudan caracteriza los errores epistémicos de la manera que sigue: *“...With these four simple distinctions in hand, we can combine them in various useful ways. For instance, Jones can be  $guilty_m$  but  $innocent_p$ ; again, he can be  $innocent_m$  but  $guilty_p$ . Either of these situations would represent an error by the system.”<sup>172</sup>*

Laudan comenta que hablar de culpabilidad e inocencia materiales (o genuinas) se confronta con dos posturas:

1. Aquella que sostiene que la existencia de los estados genuinos de culpabilidad e inocencia de los acusados dependen de que sean declarados así por el tribunal respectivo.<sup>173</sup> Bajo esta visión, los pronunciamientos judiciales son constitutivos de la inocencia o culpabilidad materiales, sin importar el vínculo entre la emisión del fallo y la evidencia presentada, el cual pudo haber sido *racional* (en el sentido de haberse desplegado inferencias cautelosas a partir de los indicios estrictamente relevantes), o meramente *causal* (en el sentido de que algún(s) ítem(s) evidenciario(s) provocó en el miembro del jurado, un estado de convicción).

2. Aquella que sostiene que la culpabilidad e inocencia dependen de que la evidencia presentada sea o no suficiente para persuadir al *trier of fact* de acuerdo con el estándar de suficiencia probatoria requerido. Laudan identifica a Henry Chambers como representante de esta postura, quien dice que: *“...what is true is what the trial evidence indicates is true.”<sup>174</sup>*

Ahora bien, 2 tiene la ventaja de que, a diferencia de 1, se enfoca en lo que se puede probar en juicio. Es decir, para 2, la evidencia presentada desempeña un papel crucial: Si satisface el grado de suficiencia requerido (*Beyond All Reasonable Doubt* o BARD), esa evidencia justifica la emisión de una condena, si no, se justifica la emisión de un veredicto absolutorio. Mientras que, por su parte, en 1, con tal de que el tribunal realice la declaración respectiva (de culpabilidad o inocencia), la importancia de la evidencia puede diluirse hasta el punto de la insignificancia.

No obstante, ambas posturas son rechazadas por Laudan, quien sostiene que *“...verdicts don’t make the facts and neither does the evidence presented at trial; they only give official sanction to a particular hypothesis about those facts. Strictly speaking, the only people innocent are those who did not commit the crime, whatever a jury may conclude about their guilt and regardless of what the*

---

<sup>171</sup> Laudan, p. 12.

<sup>172</sup> Laudan, p. 12.

<sup>173</sup> Laudan p. 11.

<sup>174</sup> Citado por Laudan, p. 11.

*available evidence seems to show. Likewise, the truly guilty (those who committed the crime) are guilty even if a jury rationally acquits them...*<sup>175</sup>

La contra-argumentación de Laudan a 1 y 2 es la siguiente: Si en efecto el pronunciamiento de culpabilidad por parte del tribunal tuviera la propiedad de, en algún modo, generar el estado de culpabilidad, no tendría sentido hablar de que el sistema eventualmente produce absoluciones falsas, debido a que el propio concepto de absolución falsa implica que el *trier of fact* exoneró a alguien que, de hecho, cometió el delito que se le imputaba. Es decir, que era culpable. Pero, ¿cómo podría alguien poseer la propiedad de ser culpable con antelación al, y con independencia del, pronunciamiento del tribunal respectivo, si supuestamente es este pronunciamiento el que constituye dicha propiedad? Dado que locuciones como “el sistema absolvió a alguien que si había cometido el delito que se le imputaba” (o equivalentes), o “el sistema condenó a alguien que no realizó la conducta delictiva respectiva”<sup>176</sup> (o equivalentes), tienen pleno sentido, 1 y 2 deben rechazarse:

*“...one often hears it said... that the accused "is innocent until proven guilty," as if the pronouncing of the verdict somehow created the facts of the crime. If it were correct that only a guilty verdict or guilty plea can render someone guilty, then there could be no false acquittals for it would make no sense to say, as the phrase 'false acquittal' implies, that someone actually guilty was acquitted by a jury. Since such locutions make perfect sense, we must reject the notion that guilt and innocence are somehow created by a verdict.”<sup>177</sup>*

De hecho, si adoptáramos 1 y/o 2 tampoco podría hablarse de condenas falsas, puesto que bajo las posturas mencionadas, no hay *criterio externo* de corrección de la decisión. El criterio consiste simplemente en la verificación de si hubo pronunciamiento o no por parte del tribunal (postura 1), o en la verificación de si el veredicto o fallo se justifica en términos de la suficiencia de la evidencia de acuerdo con el estándar requerido (postura 2). No hay referencia a hechos ajenos a la actividad de y en las cortes. Y si no podemos hablar de errores epistémicos –condenas y absoluciones falsas como ejemplos paradigmáticos- cualquier proyecto de EA al derecho penal estaría muerto antes de nacer, puesto que se piensa por *default*, que las resoluciones de los operadores del sistema son por definición (analíticamente), verdaderas (que infaliblemente rastrean los eventos realmente acaecidos). En este ambiente, no hay nada que hacer para el epistemólogo, ya que, a la manera de un dogma incuestionable, el sistema es perfecto desde el punto de vista de la obtención de la verdad.

---

<sup>175</sup> *Ibidem*, p. 12.

<sup>176</sup> Véase el excelente estudio del profesor Michael Rissinger, denominado “Innocents Convicted: An Empirically Justified Factual Wrongful Conviction Rate”, en *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 97, no. 3, 2007. Este trabajo constituye el primer estudio empírico realizado a los efectos de determinar la frecuencia con la que el sistema de justicia penal de los Estados Unidos de Norteamérica, durante la década de los ochenta, condenó erróneamente a personas acusadas de cometer violaciones que culminaron en la muerte de la víctima, usando para ello las cifras de exoneraciones basadas en el empleo de la técnica de análisis del ADN. El resultado del estudio es que se cometieron errores en el orden del 3.3 %.

<sup>177</sup> *Op. Cit.*, Laudan, nota 153, p. 11.

Sin embargo (y esto se dirige principalmente a 2), debido a que la evidencia disponible no siempre ofrece un panorama completo acerca de la inocencia o culpabilidad genuinas de alguien<sup>178</sup>, y debido al tipo de inferencias que caracterizan la determinación de la ocurrencia o no de hechos pasados con base en dicha evidencia –las cuales son falibles (o derrotables)- tiene todo sentido esperar que el sistema eventualmente producirá, como reflejo de esta falibilidad inherente, y a pesar de los mejores esfuerzos desplegados por un conjunto ideal de operadores jurídicos bienintencionados y altamente capacitados, una cuota de errores (principalmente condenas y absoluciones falsas) a pesar de que el *trier of fact* decida sobre la base de la *culpabilidad aparente* del acusado (determinada por la valoración de la evidencia disponible).

Refiriéndose a las curvas que representan respectivamente la distribución de la culpabilidad aparente (con base en la evidencia disponible) entre la población de los genuinamente inocentes y de los genuinamente culpables (dentro de cierto periodo de operación del sistema), a lo cual volveremos más adelante, Laudan comenta lo siguiente:

“Because those curves partially overlap, we face the problem of false acquittals and false convictions. *Some guilty persons will appear more innocent than some truly innocent persons do and, of course, some innocent persons will appear guiltier than some truly guilty persons do. So long as those curves partially overlap, jurors –however well-intentioned and sagacious-- are going to reach erroneous conclusions about the guilt and innocence of some defendants...* While the problem of some degree of overlap between the two curves is insoluble --in the sense that a certain minimal overlap will always exist so long as evidence is incomplete and human judgment is fallible-- the magnitude of the problem can be vastly decreased if, by an act of imagination, we were to "pull" the two distributions further away from one another.”<sup>179</sup>

Además, la que hemos llamado “falibilidad inherente” al sistema puede verse incrementada por la incorporación de dispositivos “*truth-thwarting*” (aunque es frecuente que el efecto “*truth thwarting*” no se perciba por los diseñadores del sistema), como los que, por distintas razones, impiden que el *trier of fact* entre en contacto con toda la evidencia relevante efectivamente recabada,<sup>180</sup> o aquellos que impiden que el sistema auto-monitoree y se pronuncie respecto de la validez o invalidez de las inferencias del *trier of fact*, como el renunciar a (la omisión de) regular las asignaciones de grados de credibilidad (*reliability*) a los diversos ítems de evidencia,<sup>181</sup> que, en el sistema norteamericano se combina con el establecimiento de lo que Laudan llama un estándar de prueba subjetivo (a lo cual volveremos más adelante), que no hace referencia a la estructura de la evidencia, sino a grados de confiabilidad en la culpabilidad del acusado (o a grados de probabilidad atribuibles a la hipótesis inculpativa).<sup>182</sup>

---

<sup>178</sup> En este punto inciden factores como: La frecuencia con la que cierto tipo de evidencia tiende naturalmente a desaparecer, las condiciones en que cierto tipo de delito suele perpetrarse (las cuales hacen más o menos favorable la recolección de evidencia), el grado de planificación con que el delincuente llevó a cabo el delito, la frecuencia con la que la policía comete errores al recolectar la evidencia, la frecuencia con la que la evidencia tiende a desaparecer al ser procesada mediante ciertas técnicas forenses, la frecuencia con la que las partes suprimen cierta evidencia por favorecer a sus intereses, etc.

<sup>179</sup> Op. Cit., Laudan, p. 118

<sup>180</sup> Ibidem, 17-25, 121-122, capítulo 6 (147-170), y capítulo 7 (171-193).

<sup>181</sup> Ibidem, 120-121.

<sup>182</sup> Ibidem, 38-40, 44-47, 52-54, 76-81.



En este marco de falibilidad inherente e incrementada (por aspectos estructurales del sistema) no puede mantenerse en pie la postura 2, ya que, como dijimos anteriormente, puede determinarse en algún caso concreto, que se ha dado un seguimiento impecable a las reglas procesales, pero ello no implica necesariamente, por lo expuesto, que el fallo se ajusta con lo que en realidad ocurrió, es decir, con la culpabilidad o inocencia materiales del acusado.

En este punto, es pertinente mencionar otra distinción importante que Laudan realiza entre veredictos o fallos válidos e inválidos. Veámoslo:

*“A verdict of guilty will be valid, as I propose to use that term, provided that the evidence presented at trial establishes, to the relevant standard of proof, that the accused person committed the crime in question. Otherwise, a guilty verdict is invalid. Naturally enough, an acquittal will be valid as long as the conditions for a valid conviction are not satisfied and invalid otherwise.”*<sup>183</sup>

Laudan reconoce dos formas de incurrir en veredictos o fallos inválidos:

*“The notion of validity aims to capture something important about the quality of the inferences made by the trier of fact, whether judge or jury. Invalid verdicts can occur in one or both of two ways:  
a), the trier of fact may give more or less weight to an item of evidence than it genuinely merits, or  
b). she may misconceive the height of the standard of proof. In either case, the verdict is inferentially flawed.”*<sup>184</sup>

Por tanto, puede tratarse de un veredicto válido y, no obstante (simultáneamente), falso:

*“Just as a deductive inference can be valid even when its conclusion is false (“All horses can fly. All stallions are horses. Therefore all stallions can fly.”), so a verdict can be simultaneously valid and false. Using the terminology of the previous section, it can be a valid verdict that Jones is guilty,<sup>m</sup> even while it is true that Jones is innocent.<sup>m</sup> By the same token, a verdict of not guilty may be valid even if Jones is guilty.”*<sup>185</sup>

La postura 2 (la culpabilidad o inocencia del acusado está determinada por la evidencia disponible) subsume erróneamente la noción de veredicto correcto desde el punto de vista epistemológico (verdadero) en la noción de veredicto válido. En este sentido Laudan comenta que:

*“Sometimes, truly innocent people are wrongly convicted and truly guilty people are wrongly acquitted, even though the jury drew the conclusions that were appropriate from the evidence available to them. (Basically, Chambers confuses what I will be calling the validity of a verdict with its truth.)”*<sup>186</sup>

Pero aún hay otro argumento más que Laudan ofrece para no sucumbir al llamado de 1 y 2, y éste tiene que ver con la altura del estándar de prueba que opera en el sistema. Es decir, con el grado de exigencia probatoria que se requiere para condenar al acusado, el cual actúa, junto con las reglas que excluyen la evidencia, como un dispositivo que incrementa la falibilidad inherente del sistema.

---

<sup>183</sup> Ibidem, p. 13.

<sup>184</sup> Ibidem pp. 13, 195.

<sup>185</sup> Ibidem, p. 13.

<sup>186</sup> Ibidem, p. 12.

A reserva de que se aborde con mayor profundidad en subsecuentes secciones el concepto de estándar de prueba, baste por ahora decir que uno tan exigente como el que opera en el sistema norteamericano (BARD) implica la decisión deliberada de ignorar aquellos casos en que el acusado exhibe, con base en la valoración de la evidencia disponible, un grado de culpabilidad arriba del 50% (condición bajo la cual sería razonable creer que cometió el delito que se le imputa), pero inferior al 90% (o 95%), que es el grado de confianza en la culpabilidad con el que suele asociarse a BARD. Respecto a este punto, Laudan comenta:

“...there are some inferences we can draw from the data we have at hand. Begin with the fact that the acquittal rate in criminal trials across the United States falls in the range of 30-40 percent... Let us take the midpoint of this range, 35 percent, and see what we can plausibly infer from it. The first and most obvious... inference is that, in the opinion of the jurors (and judges) most defendants are guilty. Indeed, their apparent guilt is so striking that a clear majority have been found to be guilty BARD. *So, if about 65 percent of those who went to trial were adjudged guilty BARD, there were, probably numerous others whose apparent guilt was well above 0.5 and who, therefore, may well have been guilty...*”<sup>187</sup>

En este sentido, se cuenta con un mecanismo de valoración de la evidencia que se muestra amigable, en exceso, hacia el acusado. La razón de ello es que la sociedad norteamericana (y la mayoría de las sociedades occidentales), considera mucho más grave (o más costoso) el error consistente en condenar falsamente a alguien, que el error de exonerarlo falsamente. En línea con esta consideración de los costos relativos de los errores respectivos, se desea reducir el riesgo de que el acusado inocente pague (de acuerdo con la política criminal imperante) por delitos que no cometió, imponiendo la carga de la prueba al fiscal y exigiéndole que cumpla un estándar muy riguroso.

Por ahora no entraremos en la crítica que Laudan hace dirigida a un estándar tan exigente (y subjetivo), ni en el mecanismo que propone para determinar cuál sería su altura (o grado de exigencia) racional. Lo que hay que destacar en este momento es que en un sistema como el norteamericano, que opera con el estándar BARD (similar a la convicción íntima que opera como estándar en muchos de los sistemas del *Civil Law*, como el nuestro), podemos esperar una gran cantidad de veredictos válidos pero falsos. Especialmente con referencia a las absoluciones.

Como explica Laudan, se trata de una asimetría incorporada a la estructura del sistema que directamente resulta de la modulación severa de la altura (grado de suficiencia) del estándar de prueba. Veamos lo que el autor comenta:

“We... distinguished between material guilt ( $guilt_m$ ) and innocence ( $innocence_m$ ) and probatory guilty ( $guilt_p$ ) and innocence ( $innocence_p$ ). *There is a salient asymmetry between the two pairs of distinctions. It consists in the fact that*  
*i). while a finding of  $guilt_p$  sustains (fallibly) the assertion of  $guilt_m$  (that is to say, the legal system justifiably assumes that someone proved to be guilty is genuinely guilty),*  
*ii). a finding of  $innocence_p$  (a “not-guilty” verdict) warrants no inference about  $innocence_m$ . That, indeed, is why juries do not make findings of innocence but of not-guilty, that is, insufficient proof to warrant conviction.*”<sup>188</sup>

---

<sup>187</sup> Laudan, p. 108.

<sup>188</sup> Laudan, p. 96.

De hecho, para ahondar en ii), ninguna de las decisiones por las que el acusado podría quedar libre en un punto del procedimiento previo a la emisión de un fallo absolutorio, permite inferir que el acusado fue hallado inocente(m) por el operador respectivo. Más bien, lo que ocurre en estos casos es que el Estado ha fracasado en su intento de armar un caso cuya evidencia se eleve (sea suficiente) al estándar requerido para el punto de decisión en cuestión. Esta falencia justifica una decisión de inocencia(p). Pero, de nuevo, inocencia(p) (decretada en cualquier momento del procedimiento), no implica necesariamente inocencia(m). Al respecto, nuestro autor sostiene que:

“From the moment of arrest forward, virtually all the judicial decisions about the accused fail to include a finding of innocence(m) among their possible outcomes. As we have seen, at no decision point in the process –a prosecutor’s decision not to press charges, a gran jury’s finding of no bill, a judge’s decision to dismiss a case at arraignment, a jury’s acquittal, a judge’s directed verdict, or an appellate reversal of a conviction- can we find an outcome that would enable us to infer that the accused was found or believed by the relevant decision-maker to be innocent(m), that is, that he probably did not commit the crime. Instead, everyone of these decision points involves asking whether the case against the accused raises to the appropriate SoP. At no pint does the failure of the State to satisfy the relevant SoP justify an assertion of innocence(m)...<sup>189</sup>

Hay sin embargo, un caso en el que la emisión de un veredicto de inocencia(p) (es decir, de no culpabilidad probatoria) otorga la licencia de inferir (plausiblemente) la inocencia material del acusado. Esto se produce cuando indebidamente, de acuerdo con el análisis de Laudan, se sitúa la carga de la prueba sobre los hombros de éste y se le vincula con la exigencia de satisfacer un estándar de prueba (un grado de exigencia probatoria), o bien de la preponderancia de la evidencia (*Preponderance of Evidence*), o bien, del tipo BARD. Lo anterior suele suceder en los casos en que se alega la concurrencia de alguna “*defensa afirmativa*” (o “causa excluyente de responsabilidad” en nuestro ámbito).<sup>190</sup>

Así pues, las tesis contenidas en 1 (la culpabilidad o inocencia materiales son estados creados/constituidos por los pronunciamientos judiciales) y 2 (la culpabilidad o inocencia está determinada por la evidencia disponible en juicio), caen por tierra cuando se toman en cuenta estos argumentos que enfatizan la falibilidad inherente al sistema, pero sobre todo, a la luz de los argumentos que destacan un incremento considerable en dicha falibilidad por la incorporación de dispositivos *truth-thwarting* a nivel de su estructura.

Alguien que cometió efectivamente un homicidio, no se vuelve mágicamente inocente (los hechos que cometió no son de ningún modo borrados) por que un *trier of fact* –quizá predispuerto en forma irracional a absolver por experimentar alguna especie de simpatía por el acusad- no lo haya declarado culpable (postura 1), ni porque un *trier of fact* que en efecto valora racionalmente la evidencia disponible, no lo haya encontrado culpable (postura 2).

---

<sup>189</sup> Ibidem, p. 97.

<sup>190</sup> Agradezco a Larry Laudan por su amabilidad en hacerme ver esta cuestión en un seminario informal. La situación a la que nos referimos también puede predicarse del contexto mexicano en la medida en que suele suceder que, en la práctica, la etapa que se conoce como “juicio” consiste en dar oportunidad a la defensa de exponer sus argumentos, ya que se considera derrotada la presunción de inocencia por la actividad probatoria del Ministerio Público que obra en el expediente de la Averiguación Previa con base en el cual se realiza la consignación respectiva ante el juez competente.

De acuerdo con 1, la sola ausencia de fallo condenatorio (a lo que tiende el sistema norteamericano por un deseo excesivo de proteger al inculpado), no sólo sería indicativo (lo cual no es el caso), sino el factor que constituye (crea) la inocencia del inculpado. Puede ser que el acusado efectivamente sea inocente(m), pero esto nada tiene que ver con el hecho de haber sido hallado así por un sistema que tiende a que sus exoneraciones probablemente sean falsas como reflejo de la decisión de que opere un estándar de prueba tan exigente a favor del acusado.

Así mismo, no se registran mágicamente en el pasado eventos que no acontecieron sólo por el hecho de que un *trier of fact* —quizá predispuesto irracionalmente a condenar por experimentar alguna clase de aversión o animosidad personal en contra del acusado- lo haya declarado culpable (postura 1), ni por el hecho de que un *trier of fact* que en efecto valora la evidencia racionalmente, lo haya encontrado culpable (postura 2).

## **2. La distribución del error**

Este objetivo o interés asume como premisa básica, el reconocimiento de que, aún cuando se hayan realizado grandes esfuerzos por evitar la comisión de errores, eventualmente, de tiempo en tiempo, éstos fatalmente se producirán.<sup>191</sup>

La afirmación anterior quizá sea insoportable para los operadores jurídicos de estas latitudes, para quienes la sola idea de admitir que el sistema condena de vez en cuando a personas inocentes es simplemente imposible.<sup>192</sup>

En mayor o menor medida, esta actitud parece estar presente también en los operadores (sobre todo judiciales) del sistema de justicia penal de los Estados Unidos de Norteamérica, quienes sólo reconocen la posibilidad de que el sistema cometa errores en lo abstracto, pero no de manera explícita. Al respecto, centremos nuestra atención en lo que a continuación nos dice Laudan cuando analiza los argumentos en contra de definir la altura del estándar de prueba (grado de exigencia probatoria): en términos de la atribución de un valor de probabilidad a la hipótesis acusatoria:

“While acknowledging in the abstract that no method of proof is infallible and thus admitting in principle that mistakes will occur from time to time, the judiciary has an entrenched resistance to any explicit admission that the system has an in-built tolerance for wrongful convictions... What should be clear is that identifying BARD with any level of probability less than unity would explicitly acknowledge that the system officially condones a certain fraction of wrongful convictions. That, in turn, would supposedly threaten the ordinary person's faith in the justice system. Better, it seems, to avoid any talk of probability as the standard for conviction than to acknowledge publicly that the system expressly permits incorrect judgments of guilt. Daniel Shaviro has argued that the criminal justice system goes to heroic lengths to reduce the appearance of the possibility of error, even while acknowledging that such a possibility is omnipresent. He suggests that

---

<sup>191</sup> Op. Cit., Laudan, nota 153, p. 1.

<sup>192</sup> Esta actitud está fuertemente vinculada con las tesis 1 (la culpabilidad e inocencia son estados cuya existencia depende del pronunciamiento de los tribunales) y 2 (la inocencia o culpabilidad de alguien está determinada por la evidencia disponible en juicio) de la sección anterior, con lo cual, al menos en el discurso oficial, se pretende diseminar la idea de un sistema perfecto e infalible, pero a la par, se establecen las condiciones para vacunar a dicho sistema de la crítica y se evita asumir el problema del error de manera frontal y realista. Como dijimos, en un ambiente así, es difícil que se perciba la trascendencia de un análisis del procedimiento penal desde la perspectiva de la EA.

this "may reflect the self-serving interest of lawyers [and, we may add, judges] in promoting the appearance of justice under the legal system" rather than the true state of affairs.<sup>193</sup> Perhaps the most powerful formulation of the argument against defining reasonable doubt as a specific level of probability comes from the influential English legal writer, Thomas Starkie, who put the point this way in 1824: "To hold that any finite degree of probability shall constitute proof adequate to the conviction of an offender would in reality be to assert that, out of some finite number of persons accused, an innocent man should be sacrificed for the sake of punishing the rest --a proposition which is as inconsistent with the humane spirit of our law as it is with the suggestion of reason and justice."<sup>194</sup> <sup>195</sup>

Esta actitud consistente en negar que el sistema produzca errores solo puede sostenerse acaso, como un dogma. Baste confrontársele por un lado, con estudios como el del profesor Michael Rissinger, quien en forma empírica ha demostrado que, en el periodo establecido para el estudio respectivo, el sistema (norteamericano) condenó erróneamente a personas acusadas de cometer violaciones que desembocaron en la muerte de la víctima, a una tasa (*rate*) del 3.3% durante la década de los ochenta<sup>196</sup>; y, por otro, con las inferencias que plausiblemente pueden realizarse a partir de considerar la vigencia de un estándar de prueba tan exigente como BARD e información empírica relativa a la tasa (*rate*) de exoneraciones del sistema norteamericano (recordemos que hemos dicho que el sistema de referencia absuelve aproximadamente en el 35% de las veces. Puede esperarse que buena parte de ese 35% haya exhibido un grado de culpabilidad, en efecto inferior a BARD, pero suficiente como para justificar la creencia de que probablemente cometieron el delito en cuestión: En este sentido, se trata de una cuota considerable de exoneraciones falsas).

Pues bien, la cuestión que surge, una vez que se concede que a pesar de nuestros mejores intentos, una cuota residual de error siempre estará presente, es la que consiste en establecer la forma en que deseamos, como sociedad, que se distribuyan esos errores epistémicos previsibles (condenas falsas y absoluciones falsas).

Cabe aclarar que la decisión de cómo distribuir las clases de error referidas puede plantearse también en términos de decidir cuál de ellas (absoluciones falsas o condenas falsas) —y hasta qué punto— estamos dispuestos a tratar de evitar (es decir, cuya frecuencia queremos disminuir).

Esta segunda forma de plantear el asunto, la cual suele ser la más común, acarrea el problema de que por ser una visión parcial, que incluso aparenta estar fundada en una preocupación por la verdad (reducir la frecuencia del error), queda fuera de foco el *efecto distributivo* que tiene el tomar una decisión al respecto. Es decir, el impacto que en términos de la comisión de errores en total tiene la solución ofrecida a este planteamiento parcial de la cuestión, pasa desapercibido.<sup>197</sup>

---

<sup>193</sup> Daniel Shaviro, *Statistical-Probability Evidence and the Appearance of Justice*, 105 HARVARD L REV 531 (1989).

<sup>194</sup> THOMAS STARKIE, EVIDENCE, 507 (1824).

<sup>195</sup> Op. Cit., Laudan, nota 153, pp. 45-46.

<sup>196</sup> Op., Cit., Rissinger, nota 176.

<sup>197</sup> De hecho, una de las críticas más fuertes que Laudan hace al sistema que analiza, tiene que ver con el empleo abusivo de las reglas de evidencia y de procedimiento, así como de la fijación del estándar de prueba, a los efectos de proporcionar una protección excesiva al acusado en contra de una potencial condena falsa. Dicha protección resulta excesiva, puesto que se pierden de vista los efectos que, en términos de un aumento desproporcionado en la comisión

Ahora bien, en el caso particular del procedimiento penal norteamericano (y en la mayoría de los sistemas del mundo), se tiene la preferencia por una distribución tal que la frecuencia de las absoluciones falsas sea mayor que la frecuencia de las condenas falsas. Esto es otro modo de decir que se tiene el deseo de disminuir la frecuencia en que podría producirse una condena falsa, debido a que se considera a esta clase de error como la más grave (costosa) en comparación con la absolución falsa.<sup>198</sup>

Esta ratio de absoluciones falsas contra condenas falsas, a lo que Laudan denomina la *ratio n*,<sup>199</sup> generalmente refleja el siguiente famoso aforismo que en el siglo XVIII pronunciara William Blackstone: “Es mejor que 10 personas culpables escapen, a que una persona inocente sufra”.<sup>200</sup> En este sentido  $n = 10/1$ , es decir, 10 absoluciones falsas por cada condena falsa que el sistema cometa (a lo que se conoce también como la *proporción Blackstone*).

Para lograr que, si se han de cometer errores, éstos sean muy probablemente absoluciones falsas, el sistema de justicia penal norteamericano ha desarrollado un conjunto de doctrinas y prácticas a las que Laudan alude con la expresión “*Doctrina de la Distribución del Error*” (DDE)<sup>201</sup> (en mayor o menor medida, esta doctrina esta presente en la mayoría de los sistemas de justicia del mundo).

La DDE operante en el sistema de justicia penal norteamericano refleja el espíritu de la proporción Blackstone, de modo que Laudan se refiere a ella de la siguiente manera:

*“What I will call the error distribution doctrine in a criminal trial consists of the set of concepts and precepts, all designed to safeguard the fate of the defendant by making it hard to convict any but the most obviously guilty... In one way or another, all*

---

de absoluciones falsas, tienen estas políticas. Este aumento desproporcionado en el tipo de error referido resulta intolerable si se consideran las obligaciones que surgen para el Estado a la luz del empleo de un marco de análisis que implica pensar en un contrato social hipotético (a la manera de Rousseau, Beccaria, etc.), cuya suscripción reporta ciertas ventajas para el ciudadano en contraste con la situación que experimenta en un estado de naturaleza anárquico. En efecto, una de esas obligaciones estatales consiste en ofrecer al acusado protección en contra del riesgo de ser erróneamente condenado (este riesgo surge fatalmente al imponerse leyes prohibitivas y crearse instituciones cuyos operadores, por medio de inferencias falibles, tienen que determinar la violación o no de las leyes referidas). Sin embargo, otra obligación estatal fundamental consiste en ofrecerle al ciudadano protección en contra de los actos predatorios de sus congéneres. En este punto surge la obligación de desincentivar la comisión de delitos en la población general (“*deterrence*”). Una forma de desincentivación se logra cuando el acusado probablemente culpable es incapacitado (por medio de la aplicación de la pena correspondiente) para continuar violando las leyes penales. Por tanto, al dejar libres a personas que probablemente son culpables, quienes no obstante, son beneficiarias de la protección excesiva que se pretende dar al acusado inocente, el Estado falla en términos de la incapacitación de estos individuos, quienes probablemente persistan en su carrera criminal, cometiendo más delitos (sobre todo, motivados por la experiencia de haber sido liberados, que se traduce en la creencia de que no serán capturados en sucesivas ocasiones). Véase Op. Cit., Laudan, nota 153, 66-69, 119, 124-141, Laudan, “The Social Contract and the Rules of Trial: Re-thinking Procedural Rules”; y Laudan, “Rethinking the Standard of Proof.: Seeking Consensus about the Utilities of Trial Outcomes”, disponibles en línea en:

[http://papers.ssrn.com/sol3/cf\\_dev/AbsByAuth.cfm?per\\_id=603402](http://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=603402)

<sup>198</sup> Op. Cit., Laudan, nota 153, p. 1, p. 65, p. 119.

<sup>199</sup> Ibidem, pp. 72-74.

<sup>200</sup> 4 William Blackstone, COMMENTARIES 352 (1769). Citado por Laudan en “Rethinking the Criminal Standard of Proof.: Seeking Consensus About the Utilities of Trial Outcomes”, disponible en línea en:

[http://papers.ssrn.com/sol3/cf\\_dev/AbsByAuth.cfm?per\\_id=603402](http://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=603402)

<sup>201</sup> Op. Cit., Laudan, nota 153, pp. 1-2.

*confer special advantages on the criminal defendant... Each amounts to putting gentle (and sometimes not so gentle) pressure on the scales of justice to skew the verdict in the defendant's favor...*<sup>202</sup>

Cada elemento constitutivo de la DDE está motivado por el deseo (interés, valor) de proteger al posible acusado inocente de una potencial condena falsa. Sin embargo, como explica Laudan, debido a que se tiene la idea de que la severidad de dicha doctrina debe reflejar la proporción Blackstone, su aplicación vuelve difícil condenar a cualquier acusado (incluso al genuinamente culpable).<sup>203</sup>

Es decir, querámoslo o no, dado que no podemos diferenciar de antemano los acusados inocentes de los acusados culpables (si pudiéramos, no requeriríamos de procedimiento alguno), también los acusados materialmente culpables se vuelven beneficiarios del trato favorable que gracias a la aplicación de la DDE se le otorga a la clase abstracta de “los acusados”.

Por ello es que se debe procurar que los beneficios concedidos al acusado no sean excesivos (obviamente necesitamos un criterio para determinar si el trato favorable del que venimos hablando se encuentra dentro de los linderos racionalmente permisibles. A esto volveremos después). Veamos cómo se refiere Laudan al efecto de ciertas concesiones evidenciarias, como un caso específico en que se manifiesta la DDE:

*“He (the innocent accused) desperately wants... a true verdict. Thus far, his interests coincide with society's... There is some incriminatory evidence against him; otherwise his case would not have come this far. Nothing would please him more than to discover a body of exclusionary rules that will keep the jury from hearing and seeing some of that. At this point, his interests in winning and acquittal and the interests of guilty defendants in doing the same begin to coalesce, while our interests as truth-seekers begin to diverge from the fondest hopes of either. Although we would certainly like to see the innocent defendant acquitted, we understand full well that any evidentiary concessions made to the innocent defendant will benefit those defendants who are guilty as much as and sometimes more, than the innocent...”*<sup>204</sup>

Esto quiere decir que, como efecto colateral de una DDE excesivamente protectora, el sistema constantemente se encuentra liberando a personas muy probablemente culpables del(los) delito(s) que se le(s) imputan, es decir, cometiendo errores de absolución falsa (Si nos centramos ahora en lugar de en las reglas de evidencia, en el estándar de prueba, y concedemos que corresponde a la exigencia de un grado de confianza en la culpabilidad del acusado de entre 90 y 95%, esto quiere decir que andan libres por las calles acusados respecto de los cuales el *trier of fact* tuvo un grado de confianza de 89%, 85%, etc., en su culpabilidad, que, no obstante a ser inferior al requerido, es sumamente alto).

Lo anterior tiene efectos importantes en la determinación del grado de cumplimiento, por parte del Estado, de su obligación de desincentivar la comisión de delitos en la población general (a lo que se le conoce como “*deterrence*”), la cual, a su vez, forma parte de la obligación estatal más general de proteger al ciudadano, por medio de

---

<sup>202</sup> Laudan, pp. 29-30.

<sup>203</sup> Laudan, p. 30.

<sup>204</sup> Laudan, p. 125.

mecanismos de prevención, de los actos delictivos de sus congéneres (lo cual se tratará con mayor detalle más adelante).

En este sentido, pese a que la conformación y operación de la DDE no está cimentada, al menos en principio, en intereses epistémicos (reducir los dos tipos de error en conjunto), sino más bien, en el interés de proteger al acusado inocente de una eventual condena falsa, no debemos perder de vista el impacto que su despliegue tiene en la comisión global de errores. En concordancia con lo anterior, Laudan sostiene que:

“Even though (the doctrine of error distribution) is not driven by the quest for the truth... while not grounded in epistemic motives, (it) has profound epistemic consequences...”<sup>205</sup>

Ahora bien, los componentes “oficiales” de la DDE que Laudan identifica son<sup>206</sup>: El concepto del Beneficio de la Duda (BdeD), el de Estándar de Prueba (EdeP), el de la Carga de la Prueba (CdeP), y el de la Presunción de Inocencia (PdeI). Veamos cómo nuestro autor alude de manera general a los referidos componentes de la DDE:

- A) “The presumption of innocence precludes jurors from attaching any significance to the fact that the defendant has already been found probably guilty in a series of prior hearings and tribunals.
- B) The benefit of the doubt insists that, if the verdict is at all a close call, jurors must err on the side of the defendant.
- C) The assignment of the burden of proof to the prosecutor further ensures that the defendant will be acquitted unless the prosecutor proves his case.
- D) Finally, a demanding standard of proof such as “beyond a reasonable doubt” enjoins jurors to acquit the defendant even if they think he is probably guilty, since only a firm belief in that guilt justifies a conviction.”<sup>207</sup>

Por su parte, “BdeD” denota la intención de ajustar los componentes del sistema de modo que se otorgue un tratamiento favorable a alguna de las partes. Como ya vimos, en el caso del sistema de justicia penal norteamericano (y en la mayoría de los sistemas), el beneficiario de este tratamiento favorable es el acusado (debido a que consideramos más grave la comisión de una condena falsa).

La pregunta que inmediatamente surge consiste en ¿qué componentes del sistema norteamericano son susceptibles de ser modulados a los efectos de ofrecer un tratamiento favorable-benéfico al acusado? La respuesta:

---

<sup>205</sup> Ibidem, p. 30.

<sup>206</sup> Decimos “oficiales” aludiendo a los componentes de la DDE en el sentido de que son aquellos que, dentro del marco de análisis de Laudan, son las herramientas cuya modulación está permitida a los efectos de garantizar (dentro de ciertos límites) que si se han de cometer errores, éstos serán absoluciones falsas preponderantemente. Sin embargo, como veremos a continuación en el texto principal, las denominadas *rules of evidence* y las *rules of procedure*, son también empleadas en el sistema norteamericano como herramientas para asegurar la consecución del objetivo anterior. En este sentido, dichas reglas son, de facto empleadas, aunque de manera equivocada (según el análisis de Laudan), como componentes de la DDE.

<sup>207</sup> Op. Cit., Laudan, nota 153, p. 30.



- A) las denominadas “*rules of evidence*”,
- B) las “*rules of procedure*”.
- C) el EdeP,
- D) la imposición de la CdeP, y
- E) la PdeI

Laudan distingue entre A) y B) del siguiente modo:

“As I will be using the terms, the 'rules of evidence' determine what putative facts the jury comes to learn about the crime, while the 'rules of procedure' determine when and how those facts are learned. But procedural rules go much further than simply settling the agenda for a trial. They determine, for instance, how a jury is selected, what sorts of verdicts are subject to appeal, who can interrogate whom, what instructions the judge gives to jurors, what standards the judge must use for his various rulings, and sundry related matters. Obviously, such procedures can profoundly influence the outcome of a trial.”<sup>208</sup>

A continuación presentamos una lista de las *rules of evidence* confeccionadas con el objetivo de ofrecer beneficios al acusado, según las ha identificado el propio Laudan:

- 1). “The exclusion of non-Mirandized confessions, even when their contents reveal a knowledge of the details of the crime likely to be known only to the perpetrator.
- 2). The exclusionary rule prohibiting the use by the prosecution of relevant, but illegally obtained, evidence.
- 3). The so-called poison-fruit corollary of the exclusionary rule which likewise rules as inadmissible any evidence the police may have uncovered by following up on information obtained from an illegal search or seizure or an illegal confession .
- 4). The creation of a class of privileged witnesses not obliged to testify concerning what the defendant may have told them about the crime.
- 5). The *Griffin*-rule insistence that jurors must be instructed to draw no adverse inferences from the silence of the defendant.
- 6). The exclusion of character evidence from the prosecution’s case-in-chief (in all cases except sex crimes, when it can be presented).
- 7). The obligation on the prosecution to prove it likely that a retracted confession was voluntary before it can be admitted.
- 8). The rejection of relevant evidence if it might “unfairly prejudice” the jury.
- 9). The exclusion of confessions, however well corroborated, if obtained after more than six or eight hours of detention of the defendant without seeing a magistrate.
- 10). The failure to inform juries when a defendant has refused to allow testimony from a privileged witness.
- 11). The exclusion of a voluntary and corroborated confession, proffered after an arrest without probable cause.
- 12). The failure to inform juries if there were witnesses with knowledge of the crime who invoked their Fifth Amendment right not to testify.
- 13). The obstacles that discourage jurors from asking questions of witnesses; the jury’s inability to subpoena those who appear to have a knowledge of the crime, and their inability to ask for independent expert witnesses to address issues they find perplexing.
- 14). The inadmissibility of hearsay evidence. While hearsay is considered sufficient to establish probable cause for arresting someone or for issuing a search warrant, it is held to be inadmissible in a criminal trial. (Ponder the paradox: evidence regarded in one context as making it *more likely than not* that the defendant committed a crime cannot then be introduced into his trial.<sup>209</sup>)

---

<sup>208</sup> Ibidem, p. 141.

<sup>209</sup> See Federal Rules of Procedure: “The finding of probable cause may be based upon hearsay evidence in whole or in part.” (FROP, Rule 4 and repeated again at Rule 41(c)(1))

- 15). The rule against informing the jury when two or more people are on trial for the same crime and one of them has given voluntary and admissible confession, implicating the other defendant.  
 16) The Doyle Rule insistence that jurors can not be informed if the defendant refused to answer questions posed by police interrogators.”<sup>210</sup>

La que sigue, es una lista que ofrece ejemplos de *rules of procedure*, igualmente favorables al inculpado:

- 1). “The inability of the prosecution to appeal an acquittal, even when a trial is riddled with serious errors.
- 2). The inability of the prosecution to demand pretrial “discovery” from the defense, unless the defense agrees...
- 4). The stipulation that the defendant, if he testifies at all, does so only *after* he has seen and heard the evidence and witnesses against him...
- 6). The ability of both defense and prosecution to invoke a set of so- called peremptory challenges, which they can use to disqualify prospective jurors without cause. (As if these arbitrary acts were not bad enough, distributionist concerns are present here too; in felony cases, the defense is given *more* challenges than the state).”<sup>211</sup>

Pese a que, en principio, las *rules of evidence* y las *rules of procedure* podrían emplearse a los efectos de otorgar un tratamiento favorable al acusado (y de hecho, como hemos visto, así son empleadas en muchos casos por el sistema norteamericano), el impacto que pudieran tener en la *ratio n* es indeterminado (recordemos que *n* representa a la ratio de absoluciones falsas contra condenas falsas), por lo cual, su empleo como dispositivos de inyección de beneficio de la duda al sistema se torna inadecuado. Veamos lo que Laudan dice al respecto, cuando se refiere de modo particular, a la regla que excluye una confesión respecto de la cual el acusado se retracta posteriormente (la regla 7 de las *rules of evidence* de la lista precedente):

“...Although this... rule would increase the benefit of the doubt enjoyed by the defendant, *it is wholly unclear by how much*. Since we don’t know, not even approximately, either how many retracted confessions are false, nor how often juries regard retracted confessions as dispositive, *it is impossible to estimate how large an effect the implementation of this rule would have on n...*”

Es decir, si ya hemos decidido, como sociedad (suponiendo que se ha logrado consenso al respecto) que  $n=10/1$  (o cualquier otro valor), e implementamos dispositivos cuyos efectos son inmensurables en términos de cómo afectan a *n*, no podríamos estar ni cercanamente confiados en que el sistema opera reportando la distribución socialmente deseada de errores. Laudan lo pone del modo que sigue:

“What is at stake is whether the criminal justice system effectively implements society’s values concerning the kinds and quantity of mistakes and successes that should occur in a criminal trial. When we have no clue about how much benefit of the doubt any given defendant is receiving... we cannot decide whether the courts are being too lenient ro too tough on those who face trial...”<sup>212</sup>

---

<sup>210</sup> Op. Cit., Laudan, nota 153, pp. 136-137.

<sup>211</sup> Ibidem, p. 142.

<sup>212</sup> Ibidem, pp. 126-127.

La idea es que, a los efectos de estar en condiciones de ofrecer una mejor garantía (obviamente no infalible) de que el sistema de justicia operará dentro de los límites de la distribución de errores socialmente deseada, debemos intentar incorporar el BdeD recurriendo a aquel componente del sistema cuya modulación nos ofrece la oportunidad de insertar en una sola decisión, la “cantidad” de BdeD que refleja el sentir social (n), en lugar de recurrir a otras estrategias diversificadas, cada una de las cuales implica la incorporación al sistema, de dosis (o cuotas) individuales e indeterminadas de BdeD.<sup>213</sup>

En efecto, hay un componente del sistema que nos permite concentrar en un solo momento crítico, nuestra preocupación por incorporar el mencionado BdeD. El componente en cuestión es el estándar de prueba (EdeP), y el momento crítico referido, es el de la fijación de su altura (severidad o grado de exigencia).

Como explica Laudan, “EdeP” denota al “*minimum threshold for asserting as proven some proposition. The hypothesis in question may be a scientific one (smoking causes lung cancer), or a legal one (“Smith murdered Jones”)...*”<sup>214</sup>, es decir, EdeP

---

<sup>213</sup> Por esta razón es que cuando Laudan da cuenta de los componentes que integran la DDE no incluye a las *rules of evidence* ni a las *rules of procedure* en la lista, dado que, desde su análisis, su empleo en la consecución del objetivo consistente en asegurar que la frecuencia de las absoluciones falsas será comparativamente mayor al de las condenas falsas, produce consecuencias adversas (a saber, la imposibilidad de determinar si el sistema se encuentra habilitado estructuralmente para reportar un desempeño que se ajuste a la distribución de errores socialmente deseada). Lo que sucede con las *rules of evidence* y las *rules of procedure* es que son un caso de “overlap” entre lo que Laudan llama el hardcore y el softcore de su proyecto de epistemología jurídica. Como veremos más adelante, el hardcore de la epistemología jurídica propuesta por Laudan aborda las cuestiones relativas a la pertinencia de realizar ciertas modificaciones al sistema en cuestión, una vez identificadas las porciones del mismo que tienen efectos *truth-thwarting*, es decir, que obstaculizan la búsqueda de la verdad. Para la identificación de los dispositivos del sistema que manifiestan el efecto referido, Laudan diseña un conjunto de meta-principios, los cuales sirven como parámetros dentro de los que un sistema de investigación epistémicamente óptimo debería incurrir. Uno de esos meta-principios es el que establece que el sistema debería permitir que el *trier of fact* entre en contacto con toda la evidencia no-redundante, confiable y relevante que esté a disposición del propio sistema, a los efectos de promover un ambiente mejor informado para la toma de su decisión. En este punto entran en escena las *rules of evidence*, en su modalidad de reglas excluyentes, las cuales reciben una primera crítica de parte de Laudan en la medida en que violan el meta-principio mencionado. Sin embargo, al profundizar en las razones que prima facie justifican la presencia de esas reglas, Laudan encuentra que están fundadas en la preocupación por proteger al acusado inocente de una condena falsa. En este sentido, encuentra que buena parte de esas reglas excluyentes han sido diseñadas con el propósito de disminuir la frecuencia de condenas falsas. En este punto, las reglas de exclusión reciben una segunda crítica proveniente ahora de otro flanco: de las discusiones sobre el softcore de la epistemología jurídica. Como veremos también más adelante, el softcore aborda las cuestiones relativas a la distribución racional de los errores epistémicos previsibles (condenas falsas y absoluciones falsas). Desde este frente, Laudan sostiene que el empleo de dispositivos como las reglas de exclusión de evidencia como una herramienta para incorporar el BdeD socialmente deseado al sistema es desafortunado, toda vez que no puede determinarse (medirse) la cuota de BdeD que cada una de esas reglas está introduciendo, y en ese sentido, no puede determinarse si el sistema ha sido o no habilitado para reportar un desempeño que incurra dentro de los linderos establecidos por la distribución de errores socialmente deseada (asumiendo claro, que se ha alcanzado un consenso al respecto). Como veremos a continuación, una forma más controlada de introducir y cuantificar el BdeD que se incorpora al sistema, la ofrece la fijación de la altura del EdeP. Aquí surge la segunda crítica que desde el softcore Laudan lanza en contra de las reglas de exclusión, y es que una vez fijada la altura (o grado de exigencia) del EdeP, con lo cual estamos respetando n (la decisión social relativa a la frecuencia de absoluciones falsas en comparación con las condenas falsas), no deberíamos emplear mecanismos adicionales de incorporación de BdeD, so pena de incurrir en una modalidad de “*double counting*”. Es decir, habiéndose incorporado la cuota apropiada de BdeD al sistema vía el EdeP, no hay razón para incrementar este beneficio mediante el uso de reglas adicionales de exclusión.

<sup>214</sup> Op. Cit., Laudan, nota 153, p. 65.

denota aquel “umbral” que tiene que ser satisfecho para justificar tener por probada la proposición en cuestión, en el caso de la materia penal, “X es culpable del delito Y (homicidio, violación, robo, etc.)”.<sup>215</sup>

Ahora bien, la necesidad de fijar la altura o grado de exigencia del EdeP (lo cual suele ser planteado en términos de la atribución de un valor de probabilidad, o bien de un grado de confianza respecto de la hipótesis de culpabilidad) en un punto mayor al 50%+, o 0.51 –escenario en que sería razonable aceptar como verdadera la hipótesis bajo examen- refleja precisamente el hecho de que se considera más costoso un tipo de error, que otro.<sup>216</sup>

En otras palabras, se procura evitar el error más costoso (disminuir su frecuencia en comparación con el menos costoso) renunciando a la altura del EdeP que por *default*, aplicaría si no hubiesen consideraciones relativas a las diferencias entre los costos de los tipos de error involucrados.

Por ejemplo, tratándose de ciertos medicamentos, los investigadores en estas áreas, plausiblemente consideran que certificar que un medicamento es seguro en términos de su consumo, cuando no lo es, es un error mucho más grave que certificar que no es seguro cuando si lo es. En este sentido, suele ser el caso que el medicamento en cuestión se somete a una serie de pruebas rigurosas que establezcan que su utilización es segura con un grado de certeza (o confianza) del 95%.<sup>217</sup> Podemos decir que se otorga un enorme BdeD a la hipótesis de que la droga-medicina no es segura.

Lo mismo sucede en el caso del procedimiento penal, en donde se exige al *trier of fact* que tenga un alto grado de confianza respecto de la hipótesis de culpabilidad como requisito para condenar.<sup>218</sup> Otra forma de referirnos a esta

---

<sup>215</sup> Los sistemas fuertemente influenciados por la teoría del delito alemana, como el nuestro, suelen hacer una distinción entre “culpabilidad” como condición necesaria del delito (junto con la tipicidad y la antijuricidad). Dicha categoría es tratada de formas distintas por diversas sub-teorías, como el causalismo clásico o natural, el causalismo valorativo, el finalismo o el funcionalismo. En este contexto “X es culpable del delito Y” debe leerse como “X es responsable del delito Y”, es decir, como haciendo referencia a la propiedad o estado de X que antecede y justifica, dar paso a la imposición de la pena o medida de seguridad respectiva. En este sentido, me refiero al estado que surge de haber verificado que en efecto no concurren al hecho, causas de atipicidad, causas de justificación, ni causas de exculpación (todas ellas frecuentemente agrupadas bajo el rubro de “causas excluyentes de responsabilidad penal”).

<sup>216</sup> Op. Cit., Laudan, nota 153, p. 65.

<sup>217</sup> Idem.

<sup>218</sup> Nótese que en el caso del grado de confianza alto (95%) que opera en el terreno de la certificación de la seguridad de cierto medicamento en cuanto a su consumo, es un estado que resulta de la severidad de las pruebas (*trials*) a las que se somete a la hipótesis de que la medicina en cuestión es segura. Sin embargo, como veremos después, el estado de confianza plena que generalmente es asociado a BARD, es un evento que “constituye” él mismo, la evidencia de que el acusado es culpable. A lo que invita el estándar BARD entonces, es a que una vez que en la mente del juzgador se haya formado la creencia de que el acusado cometió el delito(s) que se le imputa(n), lleve a cabo un meta-análisis acerca de la intensidad de su propio convencimiento respecto del contenido de dicha creencia, y sólo cuando sea consciente de que ese convencimiento es firme, íntimo o absoluto, está autorizado para concluir que el acusado es culpable. La crítica que Laudan lanza en contra de BARD es que no se trata de un estándar de prueba genuino. BARD pervierte el sentido de lo que significa contar con un estándar de prueba para algún dominio particular de decisión: *Normalmente*, a la pregunta “¿porqué se siente usted firmemente persuadido de ‘p’?”, los científicos responderían algo como “porque tengo una prueba de ello”, y luego procederían a explicar la estructura de dicha prueba, es decir, a especificar el estándar, criterio o política de lo que en su dominio particular, para esa afirmación en específico, significa contar con una prueba de ‘p’. Por su parte, el estándar penal que opera en el sistema norteamericano incurre en una circularidad viciosa: “¿Por qué está usted firmemente persuadido de la culpabilidad del acusado?” sería una cuestión a la que el *trier of fact* de este sistema respondería “porque tengo una

situación es que concedemos una gran cantidad de BdeD al acusado. Por ello es que Laudan considera al EdeP y al BdeD como dos caras de la misma moneda: Mientras mayor sea la cantidad de BdeD que deseamos otorgar, mayor también será la altura (o grado de severidad o exigencia) a la que debemos fijar el EdeP<sup>219</sup>. Veamos lo que nuestro autor sostiene al respecto:

“...In the criminal context, when we set the bar of proof in a criminal trial higher than the preponderance of the evidence, we are saying that we intend to give the defendant *the benefit of the doubt* (hereinafter: BoD), because we think that falsely convicting the innocent is worse than falsely acquitting the guilty. If, after hearing all the evidence in a case, the jury thinks the defendant is probably guilty but still acknowledges that there are some less than fully convincing elements in the prosecution's case, then it is enjoined to give the defendant the BoD and acquit him. Setting the SoP significantly higher than the PoE is how we do that. *The logic is crucial to grasp. Granting a defendant the BoD is not something that we do over and above specifying the SoP. It is the SoP that incorporates such benefit of the doubt as we consider appropriate. I repeat: the way we give the defendant the BoD is by adopting a SoP significantly higher than the PoE (Preponderance of Evidence). What this clearly implies is that the question about how high to set the SoP is simply another way of asking: How much BoD do we want to give to the defendant? The more of the latter we consider appropriate, the higher the former must be.*”<sup>220</sup>

En otro lugar, sostiene que:

“...The only way to ensure that a criminal trial gives the defendant something close to the level of the BoD (Benefit of the Doubt) that is socially acceptable is to incorporate that quantum of doubt directly into the SoP (Standard of Proof)...”<sup>221</sup>

Y aún en otro lugar, para reforzar el punto consistente en que al determinarse la altura del EdeP, se está incorporando la cantidad deseada de BdeD, Laudan sostiene que: “...Once we fix the height of the bar for conviction, we have simultaneously decided how much BoD the defendant deserves and have incorporated that BoD into the standard of proof...”<sup>222</sup>

---

prueba de ello”. Hasta aquí las cosas van bien, pero el problema salta a la vista cuando indagamos por la estructura de dicha prueba: “¿En qué consiste su prueba sobre la culpabilidad del acusado?” La respuesta, “en que estoy firmemente persuadido de que cometió el delito”. En el caso anterior, en el de las prácticas científicas, la existencia de una prueba justifica el estado de convicción del investigador, mientras que en el último, en el caso del estándar del sistema norteamericano, lo que se quiere justificar y la razón de su justificación, tienen la misma identidad, el propio estado de convicción. El punto crucial que hay que comprender es que estándares como BARD (o “convicción íntima en sistemas del Civil Law”) fallan en hacer referencia a la estructura de la evidencia a los efectos de que ésta cuente como “prueba” de la proposición en cuestión. A esto volveremos con más detalle en un momento posterior. Para una crítica similar, basada en las ideas de Laudan, pero referida al estándar de “prueba plena” o “convicción íntima” que opera en México en materia penal, véase: Aguilera García, Edgar “Crítica a la “convicción íntima” como estándar de prueba en materia penal.” Reforma Judicial...

<sup>219</sup> En relación con los costos de los tipos de error, podemos plantear la cuestión del EdeP y del BdeD del modo siguiente: Mientras más costoso sea un error respecto del otro, esta cuestión se reflejará directamente en qué tanto deseamos evitar la comisión del error más grave, lo cual a su vez, se refleja en la cantidad de BdeD que deseamos conceder a la hipótesis contraria a la que implicaría la comisión del error más grave, lo cual a su vez se refleja en la altura, o grado de exigencia que se establece para la hipótesis vinculada al error más costoso.

<sup>220</sup> Op. Cit., Laudan, nota 153, p. 65.

<sup>221</sup> Ibidem, p. 127.

<sup>222</sup> Ibidem, p. 76.

Pues bien, como explica Laudan, en el área de la teoría de la prueba jurídica contemporánea (*legal evidence scholarship*) se ha propuesto que la fijación de la altura del EdeP puede hacerse mediante la aplicación de la *Teoría de las Utilidades Esperadas (TUE)* a modo de especificar dicha altura como un valor de probabilidad (o dentro de cierto rango de probabilidades) por medio de una fórmula que expresa el EdeP en relación directa con  $n$ .<sup>223</sup> La derivación de la fórmula es la siguiente:

Suele definirse a la utilidad negativa (o disutilidad) de una acción como el producto que se obtiene de multiplicar la probabilidad de que ocurra por sus costos. En este sentido, un *trier of fact* racional votaría a favor de una condena sólo cuando la disutilidad esperada de una absolución fuese mayor a la disutilidad esperada de una condena. O sea, cuando sucede lo siguiente:

$C_{FA} \times \text{prob}(\text{abs}) > C_{FC} \times \text{prob}(\text{con})$ , (1)<sup>224</sup> (en donde  $C_{FA}$  = costo de una absolución falsa;  $\text{prob}(\text{abs})$  = la probabilidad de que ocurra una absolución;  $C_{FC}$  = a los costos de una condena falsa, y;  $\text{prob}(\text{con})$  = a la probabilidad de que ocurra una condena).

Lo que deseamos saber consiste en la probabilidad mínima requerida para que la desigualdad de (1) se obtenga, debido a que sólo en este caso se justificaría la decisión de condenar. Este valor mínimo definiría la altura del EdeP.

Ahora bien, tomando en cuenta que las probabilidades a ambos lados de la desigualdad expresada en (1) tienen que sumar 1.0, (1) puede plantearse en términos de una igualdad del modo que sigue:

$$C_{FA} \times \text{EdeP} = C_{FC} \times (1 - \text{EdeP}) \quad (2)^{225}$$

Si despejamos EdeP de (2), obtenemos:

$$\text{EdeP} = 1 / [1 + (C_{FA}/C_{FC})] \quad (3)^{226}$$

En el denominador ya podemos reconocer  $n$ , de modo que podemos escribir (3) como:

$$\text{EdeP} = 1 / (1 + 1/n). \quad (4)^{227}$$

En este momento no entraremos en la crítica que Laudan hace al empleo anterior de la TUE para la determinación de la altura del EdeP (en síntesis, la crítica consiste en que sólo se están tomando en cuenta las utilidades asociadas a las modalidades erróneas de las dos clases de decisión que pueden tomarse en un

---

<sup>223</sup> John Kaplan, "Decision Theory and the Factfinding Process," 20 STAN L REV 1065 at 1071ff. (1967-68), citado por Laudan en su "Re-Thinking the Criminal Standard of Proof: Seeking Consensus About the Utilities of Trial Outcomes", disponible en línea en: [http://papers.ssrn.com/sol3/cf\\_dev/AbsByAuth.cfm?per\\_id=603402](http://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=603402)  
La propuesta de Kaplan consistía en plantear el EdeP como una función de la proporción de las disutilidades asociadas a las dos modalidades erróneas de las decisiones en un juicio penal.

<sup>224</sup> Op. Cit., Laudan, nota 153, pp 72-73, nota al pie número 18.

<sup>225</sup> Idem.

<sup>226</sup> Idem.

<sup>227</sup> Idem.

procedimiento penal), lo que hay que destacar es que la fijación de la altura del EdeP constituye el momento oportuno en que puede incorporarse al sistema, el BdeD que refleja directamente el sentir social respecto de la distribución de errores deseada.

Ahora bien, anteriormente dijimos que otro de los componentes susceptibles de emplearse a los efectos de introducir el BdeD deseado al sistema, consiste en imponer la carga de la prueba (CdeP) a alguna de las partes. Esta carga reside, en principio, en el denominado Fiscal (*Prosecutor*) del sistema norteamericano (representante del Estado).<sup>228</sup>

No podría ser de otro modo, ya que si se ha establecido que BARD corresponde a un grado muy alto de confianza (o convencimiento) en relación con la hipótesis acusatoria (incriminatoria), no tiene sentido que sea el acusado el que sostenga dicha hipótesis (esto va contra sus intereses), ni que sea quien tenga que probarla al estándar requerido (recordemos que se le quiere ofrecer un trato benéfico).

De hecho, el acusado podría, si así lo decide, ejercer su derecho al silencio confiando precisamente en que será la historia del fiscal, la que será sometida a un severo escrutinio (claro, dicha estrategia sería razonable cuando el acusado –o sus abogados- haya podido juzgar que la evidencia con la que cuenta el Estado no es suficiente para satisfacer el EdeP requerido, lo cual requiere que el EdeP tenga cierto grado de objetividad).<sup>229</sup>

---

<sup>228</sup> Más adelante veremos el problema entre la CdeP y las denominadas “defensas afirmativas” (Affirmative Defenses”), las cuales equivalen más o menos a nuestro concepto de excluyentes de responsabilidad. Por ello es que dijimos que en “en principio” la CdeP recae en el fiscal.

<sup>229</sup> Alguien podría pensar que la estrategia del silencio no sería recomendable en la medida en que forma parte de las generalizaciones de sentido común que cuando alguien enfrenta evidencia con cierto grado de contundencia que apunta hacia su culpabilidad respecto de alguna cuestión, y esa persona decide guardar silencio, ese mismo estado silencioso suele ser tomado como un ítem o dato evidenciario adicional, y por ende, con cierto grado de fuerza probatoria, que es indicativo de la responsabilidad en cuestión. Sin embargo, como explica Laudan, en el sistema norteamericano el acusado no corre este riesgo debido a que existe la llamada regla *Griffin* que implica que el juez instruye al jurado en el sentido de no atribuir ningún significado al hecho de que el acusado no haya realizado aseveración alguna en el transcurso de su juicio. Es decir, se indica al *trier of fact* hacer caso omiso de dicho evento. En este sentido, se cancela totalmente la posibilidad de que el estado de silencio pueda ser empleado como dato evidenciario y, en esta misma línea, se cancela la posibilidad de que pueda realizarse alguna inferencia a partir de dicho ítem. Podemos interpretar el efecto de la regla *Griffin* como la prohibición para el *trier of fact* de usar una generalización de sentido común plenamente válida en otros contextos de la vida cotidiana. De hecho, en el sistema norteamericano no sólo no hay un incentivo para que el acusado narre su versión de los hechos (dicho incentivo sería la consideración del riesgo de que el jurado pudiera atribuir un significado desfavorable al estado de silencio, riesgo que ha sido eliminado del panorama), sino que hay incentivos para que el acusado no opte por este camino. En este sentido, si el acusado osa testificar, enfrenta una situación en la que se permite al Fiscal introducir cierta evidencia que, en el caso del acusado en cuestión, había sido previamente excluida. Por ejemplo, por vía del llamado *cross-examination*, el Fiscal puede hacer referencia al record de antecedentes penales del acusado, a la confesión que hubiera podido hacer previamente el acusado, respecto de la cual se retractó, a evidencia obtenida a través de cateos y decomisos inconstitucionales, etc. Véase Laudan, Op. Cit, nota 153, pp. 150-154. Sin embargo, parece que no todo está perdido para quienes, como Laudan, esperan que toda la evidencia relevante en efecto forme parte del torrente “oficial” de información con la que finalmente el *trier of fact* hace contacto, ya que hay un argumento aplicable en el sistema norteamericano, en contra de la estrategia del silencio. Este tiene que ver con el hecho de que los miembros del jurado están en mejores condiciones de diseñar y de fortalecer una historia alternativa de inocencia, si el propio acusado contribuye con su testimonio al aumento de la plausibilidad de dicha historia. En este sentido, conviene al acusado el testificar (claro, esta decisión tendrá que hacerse a la luz de la consideración de factores como qué tanta y

En concreto, la doctrina de la CdeP a cargo del Estado sostiene lo siguiente:

“The criminal defendant, so the theory goes, need prove nothing, nor is he even under any obligation to offer evidence, should he choose not to do so. Even in such circumstances of a wholly inert defendant, the jury is instructed to acquit unless the prosecution’s case reaches or exceeds the standard of proof...”<sup>230</sup>

En efecto, esta doctrina es un reflejo del interés general de reducir la frecuencia de condenas falsas (o en otras palabras, de fomentar que el sistema, si ha de cometer errores, que éstos sean absoluciones falsas preponderantemente, en comparación con las condenas falsas). En este sentido, Laudan sostiene que:

“...That we immunize the defendant from any obligation to prove anything makes acquittals much easier to secure than they would be if he were under an obligation to prove his innocence. If we were not interested in promoting false acquittals over false convictions, we would do what civil courts do: use an undemanding SoP and allow the burden of proof to shift back and forth between the parties as the trial progresses...”<sup>231</sup>

Por su parte, la PdeI es también complementaria del cuadro anterior en que interactúan el BdeD, la fijación del EdeP y la imposición de la CdeP al fiscal. Laudan se refiere a esta expresión del modo que sigue:

“...The presumption of innocence instructs jurors that they are to suppose the defendant innocent *until and unless* the prosecutor has discharged that burden (the burden of Proof specified by the Standard of Proof)...”<sup>232</sup>

Laudan discute con la postura que sostiene que la PdeI debe aplicarse, de manera general, en todo el procedimiento, no solo para el caso del jurado (en el juicio o *trial*). Su contra-argumentación consiste básicamente en que dicha postura no puede mantenerse a la luz de la propia lógica de las decisiones por las que se inicia y continúa un procedimiento hasta antes que el jurado entre en escena.

Es decir, si asumimos imaginariamente, el papel de cada uno de los actores (operadores) que intervienen antes que el jurado, no parece sensato sostener que se encuentran presumiendo (asumiendo, creyendo) la inocencia del acusado al decidir tanto iniciar, como dar continuidad al engranaje del procedimiento. En este sentido, Laudan comenta que:

“... Running through the events in a criminal proceeding are a host of decisions that cannot be squared with a broad construal of the meaning of the PI. Consider a few of them:  
1. The police who arrest Jones clearly do not regard him as innocent, because probable cause precludes the arrest of persons thought likely to be innocent of a crime.

---

qué tan incriminatoria, haya sido la evidencia previamente excluida en el caso particular; si en efecto hay -y qué tan graves- son los antecedentes penales del acusado en cuestión, etc.). Véase Laudan, Op. Cit., nota 153, p. 158.

<sup>230</sup> Ibidem, p. 109.

<sup>231</sup> Ibidem, p. 109.

<sup>232</sup> Ibidem, p. 89.



2. The grand jury that indicts Jones likewise no longer presumes his innocence since the indictment indicates that it is satisfied that he probably committed the crime.

3. When the now-arrested and -charged Jones requests a bail hearing, the presiding judge cannot be presuming Jones' innocence in any robust sense since, if he did, he would not be demanding that Jones plunk down a tidy sum to assure his appearance at trial nor, even more vividly, would the judge have the authority to lock away the presumed "innocent" Jones until the completion of his trial. Indeed, in many jurisdictions, bail can be denied to Jones --even if he is facing a murder charge-- only when the prosecution can persuade the judge that the evidence creates "a strong presumption" of Jones' guilt.<sup>233</sup> If such a showing is made, and bail is denied, do we really want to say that the system is *still* presuming Jones to be innocent?...

4. Once Jones's trial gets underway, the PI still has a quite limited scope in terms of those who are bound by it. The prosecutor, obviously, is not constrained by the PI; to the contrary, it is his responsibility to depict Jones convincingly as the perpetrator of the crime.

5. The trial judge is likewise forced to reveal his hand as the trial proceeds in ways that cannot easily be squared with the notion that the judge presumes Jones' factual innocence throughout the ordeal. Specifically, once the prosecution has presented its case-in-chief, the judge is frequently called upon by a defense motion to dismiss the case against Jones for lack of evidence, thereby producing a directed verdict of not guilty. If the judge permits the trial to proceed, as he usually will, he must believe that the prosecutor's case could persuade a reasonable person of Jones' guilt BARD. That is, the trial judge who allows a case at this stage to continue has already determined --well *before* the jury adjourns for deliberation-- that it would be entirely reasonable to believe firmly that Jones committed the crime and therefore unreasonable to believe that he did not. Of course, the judge's ruling at this point is still compatible with a jury finding of not guilty but that does not warrant the claim that the judge is still presuming that Jones did not commit the crime.

6. *In short, the only judicial proceeding in which the PI unequivocally operates is the trial itself; even there, the only participants in the legal process bound to believe in Jones' innocence until jury deliberation begins are the jurors themselves...*<sup>234</sup>

Una vez establecido el ámbito de aplicación de la PdeI (como una instrucción para el jurado en la fase del *trial*), Laudan debate ahora contra quienes sostienen que "inocencia" en "PdeI" denota "inocencia(m)", y que, por tanto, el *trier of fact* debe creer, como situación de partida, que el acusado no cometió el delito que se le imputa. Dicha situación inicial supuestamente persiste a no ser que el fiscal cumpla con su carga de probar la culpabilidad BARD (esto quiere decir que en los casos en que se decide absolver, los miembros del jurado culminan con la creencia de que X no cometió el delito en cuestión):<sup>235</sup>

---

<sup>233</sup> See especially *State v. Konigsberg*, 33 NJ 366 at 377 (1960).

<sup>234</sup> Op. Cit, Laudan, nota 153, p. 95.

<sup>235</sup> Como veremos más adelante cuando nos encontremos en el *hardcore* de la epistemología jurídica que Laudan propone, y en específico, en el tema del perfil epistémicamente óptimo de las denominadas *rules of procedure*, esta postura que sostiene que "inocencia" en PdeI denota inocencia(m) esta relacionada con otra doctrina que Laudan critica, a la que denomina "*la doctrina del estándar de prueba subjetivo*". Como explica Laudan, la razón por la que en el sistema norteamericano se piensa que PdeI hace referencia a la inocencia material del acusado es que se cuenta con un estándar de prueba (o grado de exigencia probatoria) que, en lugar de hacer referencia a las características del caso que el fiscal debe presentar; al grado de fortaleza inferencial que debe haber entre las premisas y la conclusión de culpabilidad; en concreto, a la "estructura de la prueba" que, en el caso de la materia penal, justifica la emisión de una sentencia condenatoria, el sistema ha terminado por establecer un estándar cuyo grado de exigencia hace referencia a la presencia de cierto estado mental en el *trier of fact*. Es decir, hace referencia a la intensidad de la creencia en la culpabilidad(m) del acusado que debe estar presente en el interior del miembro del jurado, la cual suele ser entendida como una "*aviding conviction*", o una "*intime conviction*", o también en términos de una muy alta probabilidad. Con lo anterior, el problema de determinar las condiciones probatorias que justifican la consideración de la hipótesis de culpabilidad como una cuestión probada es desplazado y se vuelve entonces, parasítico (dependiente) de la convicción firme en la culpabilidad que, de manera racional o irracional, pudiera tener el *trier of fact*. Al respecto Laudan sostiene que: "... the principal factor operating here has been the ubiquity... of a

La contra-argumentación de Laudan a esta postura es la siguiente:

- a) La inocencia(m) no está necesariamente implicada por ninguna decisión favorable al acusado durante el procedimiento (favorable en el sentido de dejársele libre), precisamente por el efecto, ya estudiado, de incorporar un EdeP tan demandante (salvo en el caso en que la carga de la prueba se invierte y se posa sobre los hombros del acusado, quien tiene que probar al estándar de la preponderancia de la evidencia, o bien, al estándar BARD, su defensa afirmativa, cuando es el caso que invoca alguna):

“From the moment of arrest forward, virtually all the judicial decisions about the accused fail to include a finding of innocence<sub>m</sub> among their possible outcomes. As we have seen, a prosecutor’s decision not to press charges, a grand jury’s finding of no bill, a judge’s decision to dismiss a case at arraignment, a jury’s acquittal, a judge’s directed verdict, or an appellate reversal of a conviction, nowhere can we find an outcome that would enable us to infer that the accused was found or believed by the relevant decision maker to be innocent<sub>m</sub>, that is, that he (probably) did not commit the crime. Instead, every one of these decision points involves asking whether the case against the accused rises to the appropriate SoP. At *no* point does the failure of the state to satisfy the relevant SoP justify an assertion of innocence<sub>m</sub>.”<sup>236</sup>

- b) Ni siquiera el acusado puede hacer referencia a su inocencia(m) cuando realiza su declaración inicial (“*initial plea*”)

“... The judicial irrelevance of innocence<sub>m</sub> is borne out not only by the absence of any judicial findings that imply that the accused did not in fact commit the crime; it likewise, and importantly, shows up in his initial plea. A defendant charged with a crime cannot plead innocent, however much the defendant may otherwise assert his innocence<sub>m</sub>. He or she can only plead not guilty.”<sup>237</sup>

Si ninguna de las decisiones que han permitido dar continuidad al procedimiento en contra del acusado hasta el punto de que el caso debe exponerse ante un jurado, otorgan bases para inferir su inocencia(m); si además, al acusado no se le permite declararse inocente, sino “no-culpable”; y aún más, si tampoco de una decisión favorable (absolución) por parte del jurado hay bases para inferir su inocencia(m), ¿porqué habría de sostenerse que “inocencia” en PdeI denota inocencia(m)?

---

certain model of juror/judge deliberation and belief change that I called... the theory of the subjective standard of proof. Recall that the received view, simultaneously normative and descriptive, of juror decision-making goes like this: the trier of fact begins (and should begin) a trial assuming the high probability of the defendant’s innocence(m) (and accordingly, assigns a very low probability to his guilt (m)). As the trial proceeds each juror is thought to be constantly revising her estimate of apparent innocence (m) in light of evidence presented by both defence and prosecution. As final deliberations begin, *the only question* to be faced by the juror is whether her by-now multiply revised estimate of the probability of guilt (m) reaches or exceeds the standard of proof. If she is firmly convinced about guilt (m)... a conviction is called for. Otherwise the defendant should be acquitted. ... If we had such a standard (one that would tell us when are we entitled to regard someone’s guilt as genuinely proven), then we would not be beguiled into believing that what goes on in a criminal trial issuing in a conviction is that the juror’s subjective confidence increases step by step until that level of confidence exceeds a certain level of confidence *p*. *With a proper standard of proof, the focus of everyone’s epistemic attention would not be on the shifting probabilities that jurors assign to the hypothesis of guilt (m). Instead it would be on the point at which jurors decide that the prosecution’s case exhibits those features demanded by the SoP. The presumption of innocence that is appropriate in such a context is not one of innocence (m) but of innocence (p)...* Véase Laudan, Op. Cit., nota 153, pp. 106-107.

<sup>236</sup> Ibidem, p. 97.

<sup>237</sup> Ibidem, p. 97.

- c) Si, por mor del argumento, se toma en serio que la PdeI instruye al jurado a que crea en la inocencia (m) del acusado, surge el problema de qué tan fuerte debe ser esa confianza inicial en la hipótesis de inocencia. Esta confianza no podría ser equivalente a 1, ya que esta situación implicaría que la probabilidad inicial de la hipótesis inculpativa tendría que ser 0. Siendo éste el valor inicial de la hipótesis de culpabilidad, ninguna evidencia, por contundente que sea, podría cambiar esta situación de partida (ya que el teorema de Bayes, el cual generalmente se emplea en el terreno de la probabilidad subjetiva, requiere que la probabilidad inicial – *prior probability*– corresponda a un número positivo. De no ser así, cualquier valor multiplicado por 0 será siempre 0).<sup>238</sup> Además, existe un desacuerdo entre quienes proponen que el valor inicial de la hipótesis de culpabilidad tendría que ser arriba del 0.5, y quienes sostienen que esto no es suficiente, sino que tendría que ser el valor resultante de preguntarnos cuál sería la probabilidad de que cualquier ciudadano seleccionado al azar fuera inocente(m) del delito que se imputa al acusado (una probabilidad inferior a 1, pero rondando esos linderos).
- d) No se ofrece un cuadro realista acerca de la forma en que el *trier of fact*, o cualquier persona, adopta una creencia. Como se pregunta Laudan: “...In essence, the juror is told that he must adopt an assumption -- presumably that means a belief-- that the defendant did not commit the crime. He is given no evidence whatever for this proposition. *How realistic is it to suppose that jurors, or anyone else for that matter, can appropriate their beliefs in this fashion? Can we will ourselves to believe X, absence any evidence or arguments for the truth of X, simply because a judge has said that such is our duty? I doubt it.*<sup>239</sup>
- e) Si en efecto, la creencia en la inocencia (m) del acusado persistiera hasta, y a menos que, el fiscal satisficiera el estándar requerido, en todas las absoluciones que el sistema produjera, el estado mental de los jurados tendría que corresponder al de esta creencia. Sin embargo, ya hemos visto que, a causa de la vigencia de un EdeP tan alto-exigente (BARD), seguramente hay casos en los que, si bien la confianza del jurado en la culpabilidad del acusado no fue del 90 o 95%, bien pudo haber excedido el 50%. Se trata de esos casos en que el fiscal logra persuadir al *trier of fact* de que el acusado cometió el delito –de que es culpable(m)- sin embargo no está fuertemente convencido de ello como para emitir un fallo condenatorio.<sup>240</sup>
- f) El pensar que la creencia en la inocencia(m) del acusado es un estado que persiste hasta que, de pronto, como de la nada, el fiscal logra satisfacer BARD, no da cuenta de la relación que existe entre el incremento gradual de la culpabilidad (p) del acusado –como es percibido por el *trier of fact*- y el incremento, también gradual, de la intensidad de la creencia en su culpabilidad(m) hasta el estándar requerido. En este sentido, como explica Laudan, hay un punto en que, con base en la evidencia presentada, el *trier of fact* deja atrás la creencia de que el acusado no cometió el delito, es decir, en algún punto, se asume la creencia opuesta –

---

<sup>238</sup> Ibidem, p. 100.

<sup>239</sup> Ibidem, p. 101.

<sup>240</sup> Ibidem, pp. 101-102.

culpabilidad(m)- con un grado bajo de intensidad, el cual puede continuar creciendo, también con base en la contundencia de la evidencia, hasta alcanzar un estado de firme convencimiento (según lo requiere BARD). Se trata entonces, de un trayecto, de una progresión, no de un súbito y abrupto cambio que implica la renuncia a creer en la inocencia(m) del acusado a efecto de ser reemplazada por la creencia en su culpabilidad(m).<sup>241</sup>

Con base en los argumentos referidos de Laudan relativos a la PdeI, es plausible sostener que el procedimiento penal puede concebirse como un mecanismo diseñado con el propósito primordial de monitorear el estado que guarda la evidencia en contra del acusado en diversas etapas. Cuando la evidencia en apoyo de la hipótesis de culpabilidad adopta la modalidad apropiada, cuando asume una configuración específica, se ha satisfecho la condición más importante (no la única) a efecto de que el funcionario correspondiente tome la decisión de abrir una nueva fase de monitoreo (y así sucesivamente). Se trata pues, de una especie de dispositivo para el *control de la calidad* de la hipótesis de culpabilidad.<sup>242</sup> Al respecto Laudan comenta que:

“... One might argue, and some courts have, that an *attenuated* sense of the PI kicks in well before a criminal trial begins.<sup>243</sup> ... *If we construe the PI as implying only that the state has the obligation to prove something before it can move a suspect further along the criminal justice track, while the suspect need prove nothing, we could then argue that the PI provides the rationale for requiring probable cause for the issuance of search and arrest warrants and for the formal charging at arraignment. In these situations, the state is not obliged to show that the defendant is guilty BARD but it is obliged to show a plausible reason for searching the suspect's home, tapping his telephone, formally charging him with a crime via information or grand jury indictment, and so on...*”<sup>244</sup>

En concordancia con la postura anterior, la decisión de dar inicio a una fase específica de monitoreo de la evidencia (en algún punto del procedimiento) se basa en el hecho de que un estándar de prueba ha sido satisfecho. De hecho, el punto de abrir la nueva fase consiste en verificar si la evidencia puede alcanzar un estado tal que satisfaga aún otro estándar. Esto nos permite hablar de múltiples estándares en operación, cuya severidad va en aumento en un eje diacrónico hasta llegar a la necesidad de que se satisfaga el más riguroso si ha de justificarse una condena (BARD).<sup>245</sup>

---

<sup>241</sup> Ibidem, p. 102.

<sup>242</sup> La idea del procedimiento como un mecanismo para el “control de la calidad” de la evidencia, la tomo de mi tutor principal, el doctor Enrique Cáceres Nieto, la cual fue discutida en un seminario informal.

<sup>243</sup> A Texas appeals court has argued that “implicit in the probable cause requirement is the presumption of innocence.” (Lanes v. State, 767 S.W.2d 789 at 796 (Tex. Crim. App. 1989))

<sup>244</sup> Laudan, Op. Cit., nota 153, p. 96.

<sup>245</sup> Por ejemplo, en el derecho penal mexicano, la decisión del Ministerio Público de abrir una Averiguación Previa tiene que ver con que los hechos que le son descritos, o que presencia, puedan efectivamente ser constitutivos de delito, es decir, con determinar si aquellos se ajustan o no al contenido de algún tipo penal. Pero también con el hecho de que haya *indicios* que hagan probable la aseveración de que el ciudadano López o quien resulte responsable cometió el delito(s) de que se trate. Las decisiones de ejercer o no acción penal, en el caso del Ministerio, y de aceptar la averiguación o no, en el caso del juez, tienen que ver con que se hayan probado plenamente los elementos del tipo y que sea sólo *probable* la responsabilidad del acusado. No es mi intención por ahora entrar en una discusión acerca de la interpretación de estos términos (podríamos por ejemplo, tomar el acuerdo de que por lo pronto

Con este panorama en mente, la PdeI puede interpretarse como diciéndonos lo siguiente: “Se ha satisfecho el estándar establecido para dar inicio a esta etapa de monitoreo del estado que guarda la evidencia a favor de la hipótesis de culpabilidad, sin embargo, *todavía queda por verse* si se satisface el estándar comparativamente más severo que justifica la decisión de abrir una fase posterior de monitoreo”.

Se trata pues, de una garantía para el acusado de que, al menos en teoría, puede tener la expectativa legítima de que habrá mayores esfuerzos de parte del fiscal, por fortalecer en mayor grado, el nexo inferencial que une a las premisas de su argumento con la conclusión de culpabilidad, un mayor esfuerzo por lograr que las premisas transmitan más peso o soporte del que hasta el momento transmiten. Por su parte, al fiscal, la PdeI le está diciendo que no sería legítima su expectativa de que se abrirá la siguiente etapa de monitoreo de no satisfacer el estándar que comparativamente es mayor al que justificó dar inicio a la etapa en la que se encuentra. Le está diciendo que debe invertir más recursos económicos y cognitivos al caso en cuestión si desea tener éxito al enfrentar el siguiente filtro de calidad. Asimismo, al Gran Jurado y al juez la PdeI les dice que tienen prohibido dar por iniciada la etapa de monitoreo correspondiente si no hay una determinación de la satisfacción del estándar previamente establecido para ella.<sup>246</sup>

Como podrá haberse percatado el lector, existe una fuerte vinculación entre todos los componentes de lo que Laudan denomina la doctrina de la distribución del error: Hemos visto que la determinación de cuánto BdeD se desea dar al acusado es otra forma de preguntarnos ¿cuál es la altura (o grado de severidad) que debe tener el EdeP? Al fijarse la altura del EdeP, estamos incorporando la cuota deseada del BdeD al sistema. Que la CdeP recaiga en el fiscal es un efecto natural de haber decidido que será la hipótesis de culpabilidad, y no la de inocencia, la que será sometida al fuerte escrutinio representado por la severidad del EdeP (BARD). Con la PdeI se ratifica el hecho de que

---

“probable responsabilidad” sea equivalente a probar la responsabilidad por una preponderancia de la evidencia, es decir, basta con que sea más probable la aseveración de que López cometió el delito, que su negación), el punto sólo es mostrar el aumento de la exigencia en términos de la configuración que debe revestir la evidencia en contra del ciudadano López, ya no sólo se trata de indicios. Por último, la sentencia condenatoria, a su vez depende de la satisfacción del estándar más riguroso que los anteriores consistente en la prueba plena, llamado también la convicción íntima del juez. No se trata ya de la responsabilidad probable, sino de la *plena* responsabilidad del inculgado

<sup>246</sup> Un análisis semejante puede hacerse respecto del procedimiento penal mexicano: En este sentido, puede hablarse de la aplicación del principio de la PdeI tanto en la Averiguación Previa como en el proceso. De este modo, al inicio de la Averiguación, la presunción establece el hecho de que no ha sido satisfecho aún, la prueba plena de los elementos del tipo ni la probable responsabilidad. Toca al juez, cuando el ministerio decide ejercer acción penal en contra del ciudadano López, decidir si esta presunción ha sido derrotada o no (obviamente se trata de una presunción *iuris tantum*). Al inicio del proceso, la presunción establece que podrán haberse satisfecho los requisitos relativos a la prueba plena de los elementos del tipo penal y a la probable responsabilidad, sin embargo, queda pendiente la determinación de la satisfacción de la plena responsabilidad de López. Al inicio del proceso, el que se hayan probado plenamente los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado, constituye evidencia a favor de la hipótesis de culpabilidad de López, pero aun no se tiene una prueba de ello *para efectos* de la justificación de una sentencia condenatoria. De igual modo, al inicio de la averiguación, podrán haber indicios que apuntan en la dirección de la culpabilidad de López, pero todavía no se tiene una prueba de dicha hipótesis *para los efectos* de justificar las decisiones de ejercer acción penal (Ministerio Público) y abrir un proceso en su contra (juez). Véase Aguilera García, Edgar, R. “El concepto de Estándar de Prueba” en *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, 2008.

la CdeP recae en el fiscal (normalmente el empleo de cualquier presunción legal tiene este efecto de trasladar la carga de la prueba a la parte que le conviene sostener la hipótesis contraria). Sin embargo, agrega el elemento de promover en el jurado un estado de ausencia de prejuicios en contra del acusado al darse inicio al juicio (*trial*).<sup>247</sup>

Es momento de dar paso al tercer grupo de valores que influyen la estructura de los procedimientos penales.

### **3. Valores no-epistémicos-políticos (Non-Epistemic-Policy Values)**

Al respecto, Laudan menciona lo siguiente:

“...The third set of values driving any legal system is a more miscellaneous grab bag of concerns that do not explicitly address trial error but focus instead on other issues important to the criminal justice system. At stake here are:

...questions about the efficient use of resources,

...the protection of the rights of those accused of a crime, and

...various other social goods, such as the sanctity of marriage (spouses cannot be made to testify against one another) or preserving good relations with other nations (diplomats cannot generally be convicted of crimes, however inculpatory the evidence).

...I will call these *non-epistemic policy values*. Such values will figure here because, although not grounded in a concern with truth-seeking, their implementation frequently conflicts with the search for the truth.”<sup>248</sup>

En otro lugar de su libro, Laudan agrupa los valores (objetivos, intereses, preocupaciones) no-epistémicos-políticos que, de acuerdo con su investigación del sistema norteamericano, subyacen a ciertas reglas. Como sugiere la última frase del párrafo anteriormente citado, en múltiples ocasiones (no necesariamente) dichos valores al ser implementados en el contenido de ciertas reglas, colisionan con el objetivo de averiguar la verdad (por ello Laudan las denomina *truth-thwarting rules*). Los valores en cuestión son:

“(1). Distributionist concerns, seeking to lower still further the likelihood of a false conviction;

(2). Worries about the jury's inability to interpret evidence appropriately;

(3). The importance of safeguarding the rights of the defendant;

---

<sup>247</sup> Al respecto, el autor sostiene: “... there is considerable conceptual redundancy between it, the PI, and the SoP. The SoP can readily enough be formulated as follows: “the defendant must be acquitted unless the state establishes that the evidence of the defendant’s guilt exceeds BARD (or whatever other standard may be in play).” That is to say, the standard of proof specifies a level of proof, it gives a decision rule for conviction or acquittal, and (in the version I have just stated) it spells out that the burden of proof falls on the prosecutor. On this analysis, a separate burden of proof principle is clearly unnecessary. Alternatively, one could formulate the SoP more narrowly, along these lines: “the defendant must be acquitted unless the evidence of the defendant’s guilt exceeds a certain level.” This formulation leaves it less clear where the burden of proof falls and would probably need supplementation by a separate rule that the state bears such a burden. But if we accept both the SoP and the PI, then the burden of proof thesis becomes superfluous. By contrast, conjoining the SoP with the burden of proof would not quite render the PI unnecessary since neither the SoP nor the prosecutorial burden thesis makes it entirely explicit that the defendant begins the trial without prejudice. That is to say, it is the “clean slate” element of the PI that is not already explicitly present in the SoP or in the burden of proof.<sup>247</sup> So conceived, the PI is an important prophylactic device, cautioning jurors to attach no probatory significance to the fact that the defendant sits (metaphorically) in the dock...” Laudan, Op. Cit., nota 153, pp. 109-110.

<sup>248</sup> Laudan, Op. Cit., nota 153, p. 2.

- (4). The necessity of policing the police so as to discourage unacceptable behavior; and  
(5). The desirability of maintaining the moral integrity of the courts, by insuring that they are untainted by suspicions of complicity in the illegal behavior of other agents. <sup>“249</sup>

## II. LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD COMO OBJETIVO PREPONDERANTE DE UN PROCEDIMIENTO PENAL

En el marco de los anteriores valores, intereses u objetivos básicos, Laudan recurre a ciertos argumentos para sostener que el primero de ellos, el interés de averiguar la verdad (con su objetivo gemelo de habilitar al sistema a efectos de que produzca la menor cantidad de errores epistémicos racional y sensatamente posible), debería ser el preponderante, no sólo en el sistema de justicia penal norteamericano, sino en cualquier procedimiento penal.

El primer argumento tiene que ver con la *justicia de un fallo*. En este sentido se sostiene que, entre las condiciones para asegurar un fallo justo se requiere de una determinación acertada acerca de los hechos, aunque no se trate de una condición suficiente (La imposición de castigos, el ejercicio de la facultad punitiva del Estado, es justa si en efecto, se aplica al “responsable” de la comisión del delito):

*“Without ascertaining the facts about a crime, it is impossible to achieve justice, since a just resolution crucially depends on correctly figuring out who did what to whom. Truth, while no guarantee of justice, is an essential precondition for it”<sup>250</sup>*

El segundo, tiene que ver con cuestiones de *legitimidad pública* de los órganos jurisdiccionales penales del Estado. En este sentido, Laudan comenta que:

*“Public legitimacy, as much as justice, demands accuracy in verdicts. A criminal justice system that was frequently seen to convict the innocent and to acquit the guilty would fail to win the respect of, and obedience from, those it governed”<sup>251</sup>*

La preponderancia de este objetivo no solo está respaldada por los argumentos prescriptivos mencionados, sino que, como asevera Laudan, tanto operadores judiciales, como académicos (al menos en el discurso oficial) continuamente insisten en que la averiguación de la verdad es, de hecho, el valor fundamental del procedimiento penal (los propios participantes de la práctica y quienes la analizan lo sostienen):

*“Judges and legal scholars have insisted repeatedly and emphatically that the most fundamental of these values is the first, that of finding out whether an alleged crime actually occurred and, if so, who committed it. The US Supreme Court put the point concisely in 1966: “The basic purpose of a trial is the determination of the truth.”<sup>252</sup> <sup>“253</sup>*

---

<sup>249</sup> Ibidem, p. 214.

<sup>250</sup> Ibidem, p. 2.

<sup>251</sup> Idem.

<sup>252</sup> *Tehan v. US*, 383 US 406, at 416 (1966).

<sup>253</sup> Laudan, Op. Cit., nota 153, p. 2.

Con base en las consideraciones precedentes, Laudan sostiene que podemos plausiblemente concebir al procedimiento penal como un engranaje o maquinaria epistémica, en los siguientes términos: “*It thus seems fair to say that, whatever else it is, a criminal trial is first and foremost an epistemic engine, a tool for ferreting out the truth from what will often initially be a confusing array of clues and indicators.*”<sup>254</sup>

### III. EPISTEMOLOGÍA APLICADA (EA) Y PROCEDIMIENTO PENAL: HACIA UNA EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA (EJ)

Al dar inicio a esta parte del trabajo, recordará el lector que mencionamos que Laudan realiza una profunda reflexión epistemológica en torno al sistema de justicia penal norteamericano. Es momento de referirnos a los aspectos que caracterizan y justifican esta reflexión.

Como explica nuestro autor, “...Applied Epistemology in general is *the study of whether systems of investigation that purport to be seeking the truth are well engineered to lead to true beliefs about the world.*...”<sup>255</sup>

Cierto tipo de especialistas, los epistemólogos (también conocidos como teóricos del conocimiento), son los que suelen encargarse, por una parte, de diagnosticar si un sistema de investigación particular de referencia satisface o no las condiciones estructurales que lo orientarían hacia la averiguación de la verdad acerca del aspecto del mundo que a dicho sistema le compete indagar; así como de proponer las modificaciones que, de ser el caso, serían requeridas: “...(epistemologists) *routinely examine truth-seeking practices, such as science or math, to find out whether they are capable of delivering the goods they seek.*...”<sup>256</sup>

Pues bien, si en efecto es plausible, como así parece por las consideraciones de la sección precedente, concebir a un procedimiento penal *preponderantemente* (nótese que no se dice “únicamente”) como un engranaje epistémico que busca averiguar la verdad a partir de lo que al principio constituye un entramado desordenado de pistas, vestigios e indicadores, emergen a este nivel, ciertos paralelismos entre un procedimiento penal y otros sistemas de investigación sobre cuestiones empíricas, tales como las ciencias naturales. En este sentido, Laudan apunta lo siguiente:

“... If science (the natural sciences) has its methods; the criminal law has its procedures. If science has rules for the evaluation of theories and the design of experiments, the criminal law has its rules for evidence and proof. If science supposes that the null hypothesis is sound until and unless it has been refuted, the law has its PoI (Presumption of Innocence), which similarly must be defeated if one is to draw positive conclusions about the guilt of the accused...”<sup>257</sup>

---

<sup>254</sup> Ibidem, p. 2.

<sup>255</sup> Ibidem, p.2.

<sup>256</sup> Ibidem, p.2.

<sup>257</sup> Ibidem, p. 207.



Sin embargo, existe una característica fundamental de sistemas como el de las ciencias naturales que no es compartida (al menos en el estado actual de la cuestión) por los procedimientos jurídico-penales, la cual consiste en que consideran sus métodos desde una perspectiva evolutiva, es decir, como un trabajo en progreso, siempre sujetos a revisión:

“... A fundamental feature of any system of inquiry is that it is a work in progress. The rules that the system has adopted must themselves constantly be subject to review, *precisely because the current rules may be suboptimal for reaching their desired ends...*”<sup>258</sup>

La característica referida se ajusta al ideal propuesto por Charles Sanders Peirce:

“... More than a century ago, the American philosopher Charles Sanders Peirce argued that what any robust, undogmatic system of inquiry into empirical questions... must allow for is systematic discovery, over time, of the ways in which the existing rules guiding the system are bad or inadequate, that is, how they thwart finding out the truth about the objects and processes under investigation. In the case of science, which was Peirce’s principal concern, this meant that enquiry should be so constituted that it was capable of finding whether existing rules or methods were conducive to the truth or whether, to the contrary, they were often responsible for generating erroneous beliefs. He maintained that one of the great virtues of science was that it was a system capable of discovering when its rules were systematically leading it astray. By discovering such fallacious procedures and modifying them, Peirce argued, scientists in effect were continuously learning how to learn. The rules of scientific method for him were not commandments cast in Mosaic stone, but a set of fallible guesses about how best to interrogate nature...”<sup>259</sup>

Con base en el funcionamiento de varios mecanismos de retroalimentación, las ciencias naturales están en condiciones de detectar cuándo esas reglas metodológicas “falibles” a las que se refería Peirce, han dado lo mejor de sí y deben entonces ser sustituidas por otros dispositivos (igualmente falibles, aunque presumiblemente mejores que los anteriores). Veámoslo:

“...Because of the existence of various feedback mechanisms in science, we can discover when those guesses are misleading us and then change them for the better...”<sup>260</sup>

Laudan resume el punto de las ideas de Peirce haciendo especial alusión a un concepto crucial: el de la auto-corrección de los sistemas científicos de investigación:

“... Peirce’s point is that in an ideal system of inquiry we are not only learning about specific mistakes we have made in the acceptance or rejection of a particular hypothesis. More importantly, we are learning about how the very rules that constitute the anatomy of enquiry fail to be optimal. This self-correction was, for Peirce, a necessary condition for judging any system of enquiry to be genuinely empirical. We need to ask ourselves whether the legal system exhibits the sort of self-correction that Peirce had in mind...”<sup>261</sup>

---

<sup>258</sup> Ibidem, p. 207.

<sup>259</sup> Ibidem, p. 208.

<sup>260</sup> Idem.

<sup>261</sup> Idem.

En este sentido, a los efectos de dotar al sistema (procedimiento penal) con la habilidad consistente en adquirir consciencia de las falencias a las que está condicionado por el mero efecto de su anatomía (arquitectura) y fomentar con ello su capacidad de auto-corrección, Laudan considera que tiene todo sentido por una parte, preguntarse si en efecto, las reglas que constituyen y regulan dicho procedimiento poseen el perfil adecuado de modo que lo orienten hacia la obtención de la verdad. Es decir, si las reglas del sistema de hecho son, como las llama Laudan, “*truth-conducive*” (también “*truth-promoting*”), o si, por el contrario, son “*truth-thwarting*”.<sup>262</sup> Y por otro lado, como fase complementaria de la pregunta original, proponer las modificaciones pertinentes.

Laudan se propone llevar a cabo un ejercicio como el que sugiere el párrafo anterior con referencia especial al sistema norteamericano. Es decir, un proyecto de epistemología aplicada al dominio del derecho, o como la denomina nuestro autor, una reflexión de “Epistemología Jurídica” (EJ). Esta reflexión ofrecería precisamente un “*feedback mechanism*” de los que hablaba Peirce refiriéndose a ellos como una condición necesaria para juzgar si un sistema de investigación es genuinamente empírico o no.

Sin embargo, pese a que el estudio de Laudan hace referencia concreta al sistema de justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, el autor pretende que su maquinaria conceptual se emplee como marco para la realización de análisis semejantes orientados al estudio de otros procedimientos penales. En este sentido, se trata de una EJ de aplicación general:

“...I hope that the conceptual machinery I have been exploring here *will encourage others to participate in the thought experiment of critically thinking about what a justice system really committed to the idea that the aim of a trial is to find out the truth about a crime would look like.* At the moment, we still have only the most rudimentary conceptual machinery for talking about the law in an epistemically subtle way...”<sup>263</sup>

Como podrá observarse en la siguiente cita, la EJ de Laudan comprende dos aspectos: El descriptivo que consiste en la identificación de aquellas reglas y prácticas del sistema en cuestión que promueven la obtención de la verdad y de aquellas que la obstaculizan. Y el prescriptivo que consiste en la propuesta de modificaciones estructurales al sistema con base en el diagnóstico derivado de la fase descriptiva:

“... Legal epistemology, properly conceived, involves both:  
(a) the *descriptive* project of determining which existing rules promote and which thwart truth-seeking, and  
(b) the *normative* one of proposing changes in existing rules so as to eliminate or modify those rules that turn out to be to be serious obstacles to finding the truth...”<sup>264</sup>

---

<sup>262</sup> Laudan, Op. Cit., nota 153, p. 2.

<sup>263</sup> Ibidem, p. 232.

<sup>264</sup> Ibidem, p. 3.

Ahora bien, si averiguar la verdad fuera el único objetivo de un procedimiento penal, la respuesta a la pregunta consistente en ¿qué hacer con las *truth-thwarting rules* identificadas en la fase descriptiva del análisis? sería relativamente sencilla: Eliminar cualquier obstáculo que se halle en el camino del mencionado valor.

Sin embargo, como lo hemos visto en las secciones precedentes, el autor reconoce expresamente que el panorama no es ese. Ello implica que las propuestas de modificación que plantea la fase prescriptiva de la EJ, no se siguen inmediatamente. Previo a determinar la procedencia o no de dichas modificaciones al sistema, tendrá que haber una discusión razonada acerca de su pertinencia a la luz de los argumentos en defensa de esos valores distintos. Al respecto, Laudan sostiene lo siguiente:

“... When we note, as we will repeatedly, discrepancies between the kind of rules we would have if truth seeking were really the basic value and the rules we find actually in place, we will be able then to ask ourselves whether these epistemically shaky rules conduce to values other than truth-seeking and, if they do, when and whether those other values should prevail over more epistemically robust ones...”<sup>265</sup>

Y más adelante sostiene que:

“... When we discover rules currently in place that fail to serve epistemic ends, we will want to ask ourselves whether they cannot be replaced by rules more conducive to finding the truth and minimizing error. If we can find a more truth-conducive counterpart for truth-thwarting rules, we will then need to decide whether the values that the original rules serve (for instance, protecting certain rights of the accused) are sufficiently fundamental that they should be allowed to prevail over truth-seeking...”<sup>266</sup>

En este contexto en el que no obstante a la presencia de valores de otro tipo, el valor de averiguar la verdad constituye la meta primordial, el problema consiste en *establecer los límites racionales al efecto contra-epistémico que produce la incorporación de esos valores distintos*.

En otras palabras, si no podemos evitar que la estructura de un procedimiento penal refleje la realización de consideraciones prácticas (que persiguen valores incluso políticos) por parte de sus diseñadores, la cuestión a resolver es: ¿Cuál es la “cuota” (o dosis) de efectos contra-epistémicos que sería racionalmente permisible (tolerable) de modo que la configuración del sistema por la que se opte sea compatible con la verdad de la proposición que asevera que “el sistema *tiende a* condenar al genuinamente culpable y a absolver al genuinamente inocente” (o equivalentes)?

Queremos entonces, un procedimiento cuyas impurezas epistémicas estén justificadas; que existan buenas razones para desviarlo de lo que debería ser su tendencia natural a averiguar la verdad; que pese a la no habilitación total para averiguar la verdad, todavía pueda describirse como un sistema de investigación de hechos, y no *de fabricación de los mismos*.

---

<sup>265</sup> Ibidem, p. 5.

<sup>266</sup> Ibidem, p. 7.

#### IV. RAZONES PARTICULARES QUE JUSTIFICAN LA REALIZACIÓN DE UN EJERCICIO DE EPISTEMOLOGÍA APLICADA AL DOMINIO DEL PROCEDIMIENTO PENAL

En un apartado previo, hemos visto que hay argumentos en apoyo a la tesis de que la verdad *debe ser* el objetivo preponderante en la “fisonomía” y operación de un procedimiento penal. En concreto, éstos se refieren a cuestiones de justicia del fallo y de legitimidad pública de los órganos encargados de impartir justicia penal.

Con lo anterior bastaría para justificar el proyecto de una EJ. Adicionalmente, en aquel apartado también se hizo referencia al reconocimiento, por parte de académicos y operadores por igual, de que el sistema de justicia penal norteamericano, *de hecho*, tiene como objetivo preponderante el averiguar la verdad acerca de ciertos hechos caracterizados por el ordenamiento en cuestión, como delictivos.

Sin embargo, Laudan sostiene que dicho reconocimiento no puede mantenerse como una descripción adecuada de lo que en realidad sucede con el sistema de referencia. Se trata, en el mejor de los casos, de una aspiración, de un ideal. Veamos lo que dice nuestro autor:

“... The two passages in the epigraph to this chapter from Supreme Court Justice Powell and England's Criminal Law Revision Committee articulate a fine and noble aspiration: finding out the truth about the guilt or innocence of those suspected of committing crimes. Yet, if read as a *description* of the current state of American justice, they remain more an aspiration than a reality...”<sup>267</sup>

Al sostener esto, Laudan no quiere decir únicamente que el sistema norteamericano ocasionalmente produce errores (epistémicos), lo cual, como vimos, es algo inevitable. La tesis consiste en que, en lugar de habilitarlo para explotar su potencial de obtener la verdad como resultado de su operar, las reglas que constituyen al sistema en cuestión son -ellas mismas- la causa de gran parte de esos errores.

En última instancia, Laudan pretende mostrar que la configuración actual del procedimiento penal norteamericano no es la que éste adoptaría si se tomara en serio el objetivo de habilitarlo para averiguar la verdad:

“... In saying this, I do not mean simply that injustices, false verdicts, occur from time to time. Occasional mistakes are inevitable, and thus tolerable, in any form of human inquiry. I mean, rather, that many of the rules and procedures regulating criminal trials in the United States --rules for the most part purportedly designed to aid the truth-finding process--are themselves the *cause* of many incorrect verdicts... I will show that the criminal justice system now in place in the United States is not a system that anyone concerned principally to find the truth would have deliberately designed...”<sup>268</sup>

La razón por la que el sistema en cuestión presenta como parte de su arquitectura, reglas que obstaculizan la verdad (innecesariamente) se debe, como explica el autor, a que impera en la academia y en la judicatura, un ambiente

---

<sup>267</sup> Ibidem, p. 4.

<sup>268</sup> Idem.

de confusión en relación con los efectos *truth-thwarting* y *truth-promoting* de los distintos dispositivos constitutivos del procedimiento. Al respecto, Laudan comenta que:

“...Despite the nearly universal acceptance of the premise that a criminal trial is a search for the truth about a crime, *considerable uncertainty and confusion reign about whether the multiple rules of proof, evidence, and legal procedure that encumber a trial enhance or thwart the discovery of the truth.* Worse, there has been precious little systematic study into the question of whether existing rules could be changed so as to enhance the likelihood that true verdicts would ensue...”<sup>269</sup>

Como muestra de esta confusión a la que se alude, Laudan menciona que tanto académicos como operadores del sistema, justifican ciertas porciones del procedimiento como si estuvieran cimentadas en principios epistémicos (cuando no lo están), o bien, incluso les atribuyen *error-reducing effects* a otros dispositivos que, de acuerdo con el análisis de Laudan, tienen precisamente el efecto contrario. Se trata pues, de un ambiente en el que sólo en el discurso oficial se mantiene un compromiso con la búsqueda de la verdad, sin embargo, en la práctica, las cosas son muy distintas. Al respecto el autor en comentario menciona lo siguiente:

“... If, as Justice Powell says..., the system "is designed" to discover the truth, you might reasonably have expected that we already know a great deal about the relation of each of its component parts to that grand ambition. The harsh reality is that we know much less than we sometimes think we do. Many legal experts and appellate judges,... continue to act and write as if certain portions of the justice system that actually thwart truth seeking have an epistemic rationale. Still worse, some jurists and legal scholars attribute error-reducing power to rules and doctrines that, viewed dispassionately, produce abundant false verdicts in their own right. Like Powell, they pay lip service to the mantra that the central goal of the system is to get at the truth, all the while endorsing old, or putting in place new, rules that hobble the capacity of that system to generate correct verdicts. So long as jurists believe, as many now do, that certain judicial rules... promote truth finding --when in fact they do the opposite-- there can be nothing but confusion concerning when and if truth seeking is being furthered...”<sup>270</sup>

Algunas razones que, de acuerdo con Laudan, contribuyen a la conformación del ambiente de confusión referido renglones arriba, son de carácter metodológico: Tenemos, por una parte, que la tendencia predominante en algunos académicos consiste en considerar a los tres grupos básicos de valores que intersectan frecuentemente en la configuración de la arquitectura de un procedimiento penal, como fusionados, inesperables en términos de su análisis.

Por otra parte, algunos sectores de la academia suelen privilegiar por *default*, sin justificación y sin margen de discusión, algunos de esos valores distintos al de la averiguación de la verdad, como el caso de la protección de los derechos constitucionales de los ciudadanos y del propio acusado. Veamos lo que nuestro autor dice al respecto:

“... As I noted at the outset, criminal trials are driven by a host of nonepistemic values, ranging from concerns about the rights of the defendant to questions of efficiency and timeliness. (Not for nothing do we insist that justice delayed is justice denied.) The prevailing tendency among legal writers is to consider all

---

<sup>269</sup> Ibidem, p. 3.

<sup>270</sup> Ibidem, p. 8.

these values –epistemic and nonepistemic-- as bundled together. This, I think, can produce nothing but confusion.”<sup>271</sup>

Y más adelante, en relación con la postura de privilegiar a toda costa ciertos valores (o intereses) sin dar oportunidad a la consideración de razones en contrario, Laudan comenta:

“... Because current American jurisprudence tends to the view that rights almost invariably trump questions of finding out the truth (when those two concerns are in conflict), there has been far less discussion than is healthy about whether certain common legal practices -- whether mandated by common law traditions or by the US Constitution or devised as court-designed remedies for police abuses-- are intrinsically truth-thwarting...”<sup>272</sup>

Pues bien, hemos llegado al punto en que resulta pertinente analizar la metodología que Laudan emplea para realizar su estudio. Esta cuestión la abordaremos a continuación:

## V. LA FASE DESCRIPTIVA DE LA EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA: HACIA UNA META-EPISTEMOLOGÍA DEL DERECHO

Como ya vimos, la fase descriptiva de la EA, según es propuesta por Laudan, consiste en identificar qué reglas del procedimiento penal en cuestión (el norteamericano) tienen un efecto *truth-promoting* y cuáles un efecto *truth-thwarting*.

Pues bien, alguien podría pensar que nuestro autor se dará a la tarea de pasar revista a cada una de las reglas que estructuran el procedimiento penal referido, y de este modo, a la manera de un *check list*, ir determinando qué regla promueve la verdad y qué regla constituye un obstáculo a la misma. Sin embargo, aunque posible, no se seguirá este procedimiento. En este sentido, Laudan comenta que:

“... A natural way to test that hypothesis (that the US criminal system is not one that someone with the interest in promoting the truth would have deliberately designed) would be to examine these rules, one by one, in order to single out those that thwart truth-seeking. And, in the chapters to follow, I will be doing a fair share of precisely that. But, as we will discover, it is often harder than it might seem to figure out whether a given evidential practice or procedure is truth-promoting or truth-thwarting...”<sup>273</sup>

Laudan decide optar por una ruta distinta: Diseñar un *experimento mental* cuyo objetivo consiste en plantearse cuál es la estructura que el procedimiento penal norteamericano (o cualquier otro) adquiriría si en efecto, la búsqueda de la verdad fuese el único valor (interés o preocupación) por parte de sus diseñadores. Es decir, pensar en la estructura de un “*sistema de investigación de hechos pasados epistémicamente óptimo*”. En esta línea, nuestro autor sostiene:

---

<sup>271</sup> Ibidem, pp. 5-6.

<sup>272</sup> Ibidem, p. 6.

<sup>273</sup> Ibidem, p. 4.

“... I am going to propose a *thought experiment*. I will suggest that we focus initially entirely on questions of truth seeking and error avoidance. I will try to figure out what sorts of rules of evidence and procedure we might put in place to meet those ends and will identify when existing rules fail to promote epistemic ends. Then, with that analysis in hand, we can turn to compare the current system of evidence rules and procedures with a system that is, at it were, epistemically optimal...”<sup>274</sup>

En otra parte dice que:

“... Taking the Supreme Court at its word when it says that the principal function of a criminal trial is to find out the truth, I want to figure out how we might conduct criminal trials supposing that their *predominant* aim were to find out the truth about a crime...”<sup>275</sup>

Alguien podría sostener que esta forma de proceder es un tanto ingenua, ya que implica una sobre-simplificación del fenómeno a estudiar, con lo cual se dejan de lado aspectos cruciales distintivos de la complejidad del mismo (los demás valores involucrados en la determinación de la arquitectura del procedimiento).

Laudan concedería que en efecto se trata de una sobre-simplificación del fenómeno. Sin embargo agregaría que se trata de una sobre-simplificación, por una lado, deliberada, y por otro, necesaria (de acuerdo con el ambiente imperante en la academia norteamericana).

El hecho de que la sobre-simplificación sea deliberada permite estudiar cómo lucirían las cosas en un marco de bien definidas y limitadas condiciones “ambientales” iniciales (en este caso, dichas condiciones corresponden a la supresión de consideraciones relativas al impacto de valores ajenos a la verdad). Desarrollado un modelo del fenómeno en cuestión partiendo de estas condiciones ambientales, puede entonces procederse a la incorporación cautelosa de otras variables, de manera que el modelo referido experimenta un aumento paulatino en términos de su complejidad. La diferencia es que ahora se cuenta con un conjunto de “*insights*” sobre el fenómeno, derivados precisamente de haber suprimido temporalmente la consideración de otros factores en una primera fase.

Además, Laudan nos recuerda que el empleo de estos modelos abstractos ha probado ser de utilidad en otros campos del conocimiento. Galileo recurrió a un método similar al analizar la velocidad de caída de los cuerpos. En efecto, muchos factores inciden en la velocidad con la que un cuerpo cae en un momento dado: El contorno o diseño del cuerpo, su masa, su peso, el medio por el que cae, etc. Sin embargo, Galileo abordó el fenómeno *como si* sólo fuera relevante la fuerza con la que los objetos son atraídos a la tierra por el campo gravitacional en que se encuentran, pudiendo así dar paso a la incorporación posterior de los demás factores contando con el beneficio de una mejor comprensión del fenómeno derivada de haber aislado provisionalmente, el estudio de la incidencia de una de sus variables.<sup>276</sup>

---

<sup>274</sup> Ibidem, p. 5.

<sup>275</sup> Ibidem, p. 6.

<sup>276</sup> Al respecto, el autor en comento sostiene lo siguiente: “... I remind you that this method of conceptual abstraction and oversimplification has proved its value in other areas of intellectual activity, despite the fact that every oversimplification is a falsification of the complexities of the real world. Consider what is perhaps the best know example of the power of this

La sobre-simplificación resultante de la metodología del experimento mental que propone Laudan, constituye también un intento por disipar la confusión imperante en el sistema norteamericano, relativa a la determinación de los efectos *truth-promoting* o *truth-thwarting* de las reglas y practicas que lo constituyen.

Como habrá quedado claro ya, Laudan no pretende borrar del panorama cualquier referencia a los valores no-epistémicos a los que tanto hemos aludido, sino que su consideración se suspende, de manera provisional, en la primera etapa del análisis.<sup>277</sup>

Ahora bien, no es que Laudan se de a la tarea de diseñar desde cero, una a una las reglas que constituirían ese sistema epistémicamente óptimo del que hemos hablado. Más bien, de su experiencia como epistemólogo en la revisión de sistemas científicos de investigación, abstrae un conjunto de *meta-criterios* que establecen los parámetros generales que distintas configuraciones estructurales tendrían que satisfacer (o dentro de los cuales tendrían que incurrir el sistema en cuestión) para constituir un procedimiento de averiguación de hechos pasados epistémicamente óptimo.

Posteriormente, emplea este conjunto de meta-criterios para que, por medio de la determinación de qué reglas (del procedimiento penal norteamericano) colisionan con ellos, broten los aspectos estructurales epistémicamente cuestionables (*truth-thwarting rule*) del sistema bajo examen. Por ello es que Laudan sostiene que propondrá una *meta-epistemología* del derecho penal norteamericano.<sup>278</sup>

---

way of proceeding: during the early days of what came to be known as the scientific revolution, Galileo set out to solve a conundrum that had troubled natural philosophers for almost two millennia, to wit, how heavy bodies fall. Everyone vaguely understood that the velocity of fall was the result of several factors. The shape of a body makes a difference: a flat piece of paper falls more slowly than one wadded into a ball. The medium through which a body is falling likewise makes a crucial difference: heavy bodies fall much faster through air than they do through water or oil. Earlier theories of free fall had identified this resistance of the medium as the key causal factor in determining the velocity of fall. Galileo's strategy was to turn that natural assumption on its head. Let us, he reasoned, ignore the shapes of bodies *and* their weights *and* the properties of the media through which they fall –obvious facts all. Assume, he suggested, that the only relevant thing to know is how powerfully bodies are drawn to the Earth by virtue of what we would now call the gravitational field in which they find themselves. By making this stark simplification of the situation, Galileo was able to develop the first coherent account of fall, still known to high school students as Galileo's Law. Having formulated a model of how bodies would fall if the resistance of the medium were negligible (which it is not) and the shape of the body were irrelevant (which it likewise is not), and the weight of a body were irrelevant (which it is), Galileo proceeded to reinsert these factors back into the story in order to explain real-world phenomena –something that would have been impossible had he not initially ignored these real-world constraints. The power of a model of this sort is not that it gets things right the first time around but that, having established how things would go under limited and well-defined conditions, we can then introduce further complexities as necessary, without abandoning the core insights offered by the initial abstraction...” Ibidem, pp. 5-6.

<sup>277</sup> En concordancia con lo anterior, el autor en comento sostiene que:

“... Although I will be ignoring such values in the first stage of the analysis, I do not mean for a moment to suggest that they are unimportant or that they can be ignored in the *final* analysis. But if we are to get a handle on the core epistemic issues that are at stake in a criminal trial, it is best –at the outset– to temporarily set them to one side...” Ibidem, p. 5.

<sup>278</sup> Al respecto, considérese los siguientes comentarios de Laudan:

“... I intend to propose a series of guidelines that will tell us what we should look for in deciding whether any particular arrangement of rules of evidence and procedure is epistemically desirable. This way of proceeding does not directly generate a structure of rules and procedures for conducting trials. What it will do is tell us how to evaluate bits and pieces of any proposed structure with respect to its epistemic bona fides. It will set hurdles or standards for judging any acceptable rule of evidence or procedure.... In effect, what I will be suggesting are a set of



## VI. LA FASE PRESCRIPTIVA DE LA EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA: EL *HARDCORE* Y EL *SOFTCORE*

Como dijimos previamente, las propuestas de modificación que plantea la fase prescriptiva de la EJ, no se siguen inmediatamente. Previo a determinar la procedencia o no de dichas modificaciones al sistema, tendrá que haber una discusión razonada acerca de su pertinencia a la luz de los argumentos en defensa de esos valores distintos.

Pues bien, ahora es el momento oportuno de introducir dos expresiones más que son de capital importancia para Laudan, a saber: El *hardcore* y el *softcore* de la epistemología jurídica.

El *hardcore* de la EJ está conformado por las discusiones que abordan el tema de la pertinencia de realizar modificaciones al sistema de referencia una vez identificadas las reglas y prácticas con efectos *truth-thwarting* (identificación que es posible debido al empleo de los principios meta-epistemológicos respectivos).

Se trata entonces de determinar qué tanto terreno es razonable que la búsqueda de la verdad ceda a los valores ajenos a ella, los cuales también presionan –fuertemente– por ganarse un lugar en la configuración de la arquitectura y prácticas del procedimiento penal de referencia.

Por su parte, el *softcore* de la EJ está conformado por las discusiones que abordan la cuestión relativa a la forma racionalmente apropiada de distribuir los errores epistémicos previsibles, los cuales, como ya hemos dicho, son inevitables en cualquier modalidad de investigación humana, pese al despliegue de nuestros mejores esfuerzos por habilitar al sistema respectivo para la búsqueda de la verdad.

## VII. EL *HARDCORE* DE LA EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA

Anteriormente hemos calificado como “derrotables” a las inferencias que caracterizan la actividad de un *trier of fact*, es decir, a las inferencias por medio de las cuales éste arriba a ciertas conclusiones fácticas en el caso en cuestión (también conocidas como inferencias retractables, o más genéricamente, falibles).<sup>279</sup>

---

*meta-rules* or meta-principles that will function as yardsticks for figuring out whether any given procedure or evidence-admitting or evidence-excluding practice does, in fact, further epistemic ends or whether it thwarts them. What I am proposing, then, is, in part, a *meta-epistemology of the criminal law*, that is, a body of principles that will enable us to decide whether any given legal procedure or rule is likely to be truth conducive and error reducing...”  
Ibidem, p. 7.

<sup>279</sup> Respecto de este tipo de razonamiento (derrotable), Robert Koons comenta que: “...Reasoning is *defeasible* when the corresponding argument is rationally compelling but not deductively valid. The truth of the premises of a good defeasible argument provide support for the conclusion, even though it is possible for the premises to be true and the conclusion false. In other words, the relationship of support between premises and conclusion is a tentative one, potentially defeated by additional information.... *In recent work, the term defeasible reasoning has typically been limited to inferences involving rough-and-ready, exception-permitting generalizations, that is, inferring what has or will happen on the basis of what normally happens...*” Véase Koons, Robert, “Defeasible Reasoning”, en Stanford Encyclopedia of Philosophy, p. 1. Los antecedentes del interés en estudiar esta clase de razonamiento se remontan a

En efecto, el conjunto de ítems evidenciarios con los que finalmente hace contacto un *trier of fact* puede resultar poco representativo de los hechos cuya ocurrencia o no pretende determinarse.

La mayor o menor completitud de este conjunto de ítems depende de la incidencia que en el caso concreto tienen factores tales como la tendencia natural de cierta evidencia a desaparecer (como cierta clase de evidencia física), o a distorsionarse (como el caso de los recuerdos de testigos presenciales) por el simple transcurrir del tiempo, las circunstancias particulares en que ciertos hechos tuvieron lugar (las cuales pueden dificultar la recolección de rastros o vestigios), el grado de planificación del hecho por parte de su autor(es) (tal vez se usaron guantes para evitar dejar huellas, o el arma utilizada fue posteriormente destruida, etc.), el tiempo transcurrido entre la comisión del hecho y su denuncia, el grado de pericia desplegado por los operadores encargados de recolectar la evidencia y de

---

la *Tópica* de Aristóteles, quien lo llama “razonamiento dialéctico” (“Dialectical Reasoning”). Koons nos comenta que “...in the practical matters of every day life, we rely upon generalizations that hold only “for the most part”, under normal circumstances, and the application of such common sense generalizations involves merely *dialectical* reasoning, reasoning that is defeasible and falls short of deductive validity. Aristotle lays out a large number and great variety of examples of such reasoning in his work entitled the *Topics*. Véase Koons, “Defeasible Reasoning”... Sin embargo, las investigaciones posteriores a Aristóteles se centraron en la lógica deductiva, tendencia que continuó durante la última etapa del siglo XIX y principios del XX (con los trabajos de Peirce, Frege, Russell, Whitehead y otros). Roderick Chisholm es el encargado de resucitar el interés por el razonamiento derrotable, quien sostenía que: “...*sensory appearances give good, but defeasible, reasons for believing in corresponding facts about the physical world. If I am “appeared to redly”* (have the sensory experience as of being in the presence of something red), then, Chisholm argued, *I may presume that I really am in the presence of something red. This presumption can, of course, be defeated, if, for example, I learn that my environment is relevantly abnormal (for instance, all the ambient light is red).*” Véase Koons, Robert, “Defeasible Reasoning”... En esta línea de interés renovado por el tema en comento, Pollock sugiere que el razonamiento derrotable es incluso un rasgo inherente a la cognición humana (lo que implicaría que este tipo de razonamiento es desplegado en muchas más áreas y con mucha mayor frecuencia de lo que la tendencia a entender a la lógica deductiva y a los procedimientos algorítmicos como predominantes y emblemáticos de la racionalidad, nos permite ver). Pare este autor, el razonamiento derrotable es un elemento clave del proceso de formación de creencias. Veamos cómo lo explica Prakken al hacer referencia a la teoría de Pollock: “...The reasoning agent starts with perceptual inputs, and goes on inferring beliefs from the reasons which are available to him (his percepts plus the beliefs which he has previously inferred). Such a belief formation process must satisfy two apparently incompatible desiderata. Firstly, the agent must be able of forming beliefs on the basis of a *partial perceptual input* (the agent cannot wait until he has a complete representation of his environment). Secondly, the agent must be able to *take into account an unlimited set of perceptual input...*” Véase Prakken, “The three faces of defeasibility in law”... Como sugiere la cita, parecen haber dos requisitos de operación relativos al proceso de formación de creencias que son incompatibles entre sí: El primero tiene que ver con el hecho de que no somos criaturas omniscientes. En este sentido, el agente debe tener la capacidad de formar creencias sobre la base de información perceptiva parcial (la acción en ciertos contextos, sobre todo cuando hay indicios de algún peligro, no puede esperar a que el agente haya formado una representación completa de su entorno). El otro tiene que ver con el reconocimiento de que las creencias formadas a partir de la información perceptiva parcial o aproximada, son sólo tentativas en diverso grado. Es decir, con el reconocimiento de la posibilidad de error derivada de contar con información incompleta. En este sentido, el agente debe tener la capacidad de tomar en consideración un conjunto ilimitado de información perceptiva. La pregunta es: ¿Cómo puede cumplirse simultáneamente con estos dos requisitos? Pollock responde del siguiente modo: “... The only obvious way to achieve these desiderata simultaneously is to enable the agent to adopt beliefs on the basis of small sets of perceptual inputs but then retract them in the face of additional perceptual inputs if those additional inputs conflict in various ways with the original basis for the beliefs. This is a description of defeasible reasoning. Beliefs are adopted on the basis of arguments that appeal to small sets of previously held information, but the beliefs can later be retracted in the face of new information.”! Véase Prakken, “The three faces of defeasibility in law”,... Más sobre esta cuestión cuando abordemos la comunidad de la Inteligencia Artificial Aplicada al Derecho.

continuar con la investigación, la disponibilidad y confiabilidad de técnicas forenses para el procesamiento de la evidencia disponible, las decisiones estratégicas que las partes toman a los efectos de presentar cierta versión de los hechos conveniente a sus intereses (tal vez se opte por no presentar, o bien, por “retocar” algún ítem), etc.<sup>280</sup>

Asimismo, aunado al hecho de que la información con la que se cuenta en este contexto es siempre incompleta, aproximada, etc., el *trier of fact* puede incurrir en razonamientos falaces como resultado de la atribución de grados mayores o menores de soporte o confiabilidad (*reliability*) a las distintas piezas informativas de las que dispone, que no corresponden con los que genuinamente les serían atribuibles con base en sus méritos.

Por otro lado, dado que el grado de soporte global (el suministrado por todas las premisas e inferencias intermedias realizadas con base en ellas) impuesto como requisito, constituye una decisión política que se toma en el dominio en cuestión (decisión a la que se le conoce como la fijación del estándar de prueba), puede también suceder que el *trier of fact* interprete erróneamente el contenido de dicha política, lo cual lo llevaría a considerar “probadas” ciertas proposiciones que en realidad no lo están, o “no probadas” las proposiciones que si lo están, a la luz del estándar vigente.<sup>281</sup>

Para ilustrar el efecto de la derrotabilidad referida (resultante de la incompletitud de la evidencia y de la invalidez en la que, a los niveles local y global, pueden incurrir las inferencias desplegadas por el *trier of fact*), Laudan propone imaginar un plano cartesiano (del que sólo se tomará en cuenta las secciones positivas de las rectas que intersectan). El eje de las X representa el grado de culpabilidad (o culpabilidad aparente como él la llama) que resulta de la valoración de la evidencia disponible por parte del *trier of fact*. Mientras que el eje de las Y representa a la frecuencia con la que los individuos pertenecientes a cierta población o muestra, manifiestan cierto grado de culpabilidad aparente.

Si consideramos a la población de los genuinamente culpables de algún delito que fueron a juicio (en un periodo imaginario de operación del sistema), podemos esperar (o sería deseable) que la mayoría de los individuos pertenecientes a este grupo puntúen un grado de culpabilidad aparente arriba del 0.5 (o 50%).

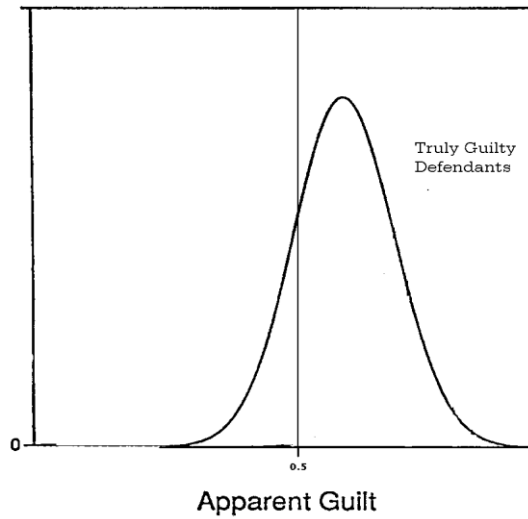
Del mismo modo, si consideramos a la población de los genuinamente inocentes que fueron a juicio, podríamos esperar que la mayoría de los miembros de este grupo puntúen un valor de culpabilidad aparente inferior al 0.5 (o 50%).

---

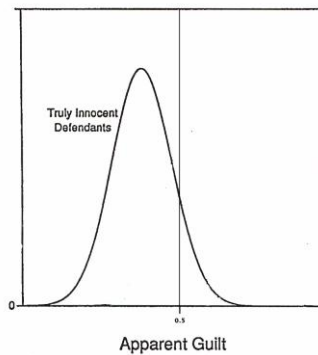
<sup>280</sup> Véase el apartado sobre “la reducción del error”, específicamente la propuesta de Laudan de concebir al procedimiento penal como una sucesión de filtros que van “depurando” la evidencia que se recaba desde el momento en que se comete el delito correspondiente hasta la fase en que el *trier of fact* entra en contacto con ella. En este sentido, en cada una de las etapas o fases constitutivas de la secuencia que Laudan describe, ha oportunidad para la comisión de errores epistémicos.

<sup>281</sup> En este punto es importante recordar que Laudan reconoce dos formas de incurrir en veredictos o fallos inválidos, las cuales tienen que ver con la calidad de las inferencias realizadas por un *trier of fact*.  
“*The notion of validity aims to capture something important about the quality of the inferences made by the trier of fact, whether judge or jury. Invalid verdicts can occur in one or both of two ways:*  
a), *the trier of fact may give more or less weight to an item of evidence than it genuinely merits, or*  
b). *she may misconceive the height of the standard of proof. In either case, the verdict is inferentially flawed.*” Véase Laudan, Op. Cit., nota 153, p. 12.

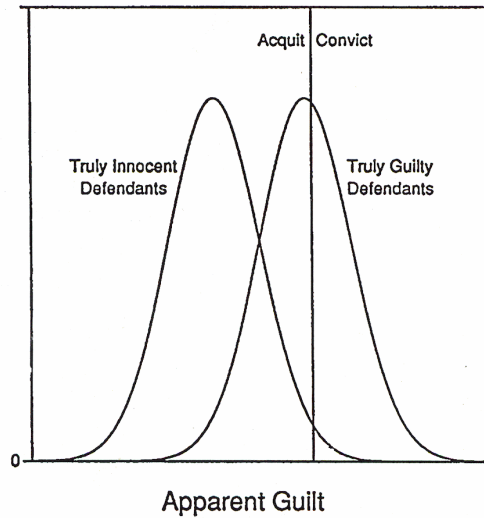
Sin embargo, por la incidencia de los factores mencionados (el grado de completitud de la evidencia y la posibilidad de realizar inferencias inválidas), individuos del primer grupo puntuarán un valor de culpabilidad aparente inferior al 0.5, mientras que individuos del segundo puntuarán un valor de culpabilidad aparente mayor a este punto medio. La siguiente figura muestra la situación descrita para el caso de los genuinamente culpables:



La siguiente figura muestra la situación referida para el caso de los genuinamente inocentes:



Si consideramos ambas curvas al mismo tiempo, obtenemos una situación semejante a la que muestra la siguiente figura:



Con base en lo anterior, Laudan comenta que:

*“... Because those curves partially overlap, we face the problem of false acquittals and false convictions. Some guilty persons will appear more innocent than some truly innocent persons do and, of course, some innocent persons will appear guiltier than some truly guilty persons do. So long as those curves partially overlap, jurors –however well-intentioned and sagacious-- are going to reach erroneous conclusions about the guilt and innocence of some defendants...”<sup>282</sup>*

Si de algún modo pudiéramos hacer que la región en que se superponen las curvas correspondientes a ambas poblaciones (la de los genuinamente culpables y la de los genuinamente inocentes) se redujera, como resultado obtendríamos una situación en la que, por un lado, menos individuos que son materialmente culpables lucen más inocentes que lo que aparentan algunos materialmente inocentes; y por otro, una situación en la que menos sujetos que son materialmente inocentes lucen más culpables que algunos genuinamente culpables:

*“...While the problem of some degree of overlap between the two curves is insoluble --in the sense that a certain minimal overlap will always exist so long as evidence is incomplete and human judgment is fallible-- the magnitude of the problem can be vastly decreased if, by an act of imagination, we were to "pull" the two distributions further away from one another. In my drawing, the peaks of the two distributions were relatively close... But suppose we could move the peak of the truly innocent curve to the left and that of the truly guilty to the right. Overlap between the tails of the two curves would not vanish entirely, but there would be far fewer cases of truly innocent persons who looked as guilty as many of the truly guilty do and vice versa. Even if we do not move the mid points of the two curves apart, we can imagine that the spread (or variance) associated with each curve becomes smaller. Again, the result would be less overlap between the innocent and the guilty...”<sup>283</sup>*

Laudan sostiene que este alejamiento imaginario de las curvas respectivas puede de hecho lograrse en la medida en que se establezcan las condiciones a efecto de que el sistema en cuestión exhiba prácticas probatorias

<sup>282</sup> Ibidem, p. 118.

<sup>283</sup> Idem.

orientadas a que la evidencia, y las inferencias que de ella pueden extraerse, sean tan buen indicador de la culpabilidad e inocencia materiales como sea posible. Al respecto, nuestro autor comenta lo siguiente:

“... The more robust and the more complete the evidence presented to a jury, the greater will become the *gap* between the midpoints of the two distributions, thereby reducing the area of overlap between them.... What we are talking about here is the epistemologist's Promised Land: *error reduction*. Anything we can do to make it more likely that the truly guilty are seen to be guilty and that the truly innocent appear to be innocent reduces the overall likelihood of erroneous verdicts...”<sup>284</sup>

La manera en que se puede lograr el objetivo anterior consiste en la modulación de los dispositivos que, de forma natural, están directamente vinculados con las prácticas probatorias: En el caso del sistema norteamericano, las denominadas “*rules of evidence*” y las “*rules of procedure*”.

Respecto de las *rules of evidence* Laudan dice que:

“...the 'rules of evidence' determine what putative facts the jury comes to learn about the crime...”<sup>285</sup>

Y respecto de las *rules of procedure*, nos dice que:

“... the 'rules of procedure' determine when and how those facts are learned. But procedural rules go much further than simply settling the agenda for a trial. They determine, for instance, how a jury is selected, what sorts of verdicts are subject to appeal, who can interrogate whom, what instructions the judge gives to jurors, what standards the judge must use for his various rulings, and sundry related matters. Obviously, such procedures can profoundly influence the outcome of a trial.”<sup>286</sup>

Podemos decir, en suma, que las *rules of evidence* determinan qué información puede ser procesada por el *trier of fact*, mientras que las *rules of procedure* determinan las formalidades requeridas para que dicha información ingrese y sea tomada en cuenta, así como los estándares o criterios para valorar dicha información.

En este sentido, las *rules of evidence* y las *rules of procedure* se vuelven los protagonistas principales del *hardcore* de la epistemología jurídica. En este sentido, Laudan comenta que:

“... the bulk of both procedural and evidence law should form a part of hard-core, not soft-core, legal epistemology...”<sup>287</sup>

Y en otra parte sostiene que:

---

<sup>284</sup> Ibidem, pp. 118-119.

<sup>285</sup> Ibidem, p. 141.

<sup>286</sup> Idem.

<sup>287</sup> Ibidem, p. 118.

“... It *should* be the principal function of the rules of evidence and procedure to ensure that a defendant's *apparent* guilt is as good an indicator of his true guilt or innocence as we can make it. Our crucial experiment will seek out a set of rules for conducting a trial that would reduce the overlap between these two distributions as far as our current investigative and forensic techniques allow...”<sup>288</sup>

Recordemos que anteriormente dijimos que Laudan recurre a la metodología de un experimento mental en que se plantea cuál podría ser la configuración de un sistema epistémicamente óptimo. Recordemos también que en esta fase se suspenden provisionalmente las consideraciones relativas a valores distintos al de averiguar la verdad, en términos de su incidencia en la configuración de la anatomía del procedimiento.

Como vimos, Laudan no se dará a la tarea de levantar desde cero el sistema epistémicamente óptimo que tiene en mente. Es decir, no confeccionará una a una las reglas que podrían constituirlo. Lo que hace es delinear un conjunto de meta-criterios, los cuales, de manera genérica, proponen los perfiles epistémicamente óptimos que tendrían que ser satisfechos por los dispositivos o porciones cruciales del procedimiento bajo examen. Pues bien, estos dispositivos cruciales, para el caso del procedimiento norteamericano, corresponden a las *rules of evidence* y a las *rules of procedure*.

Toca el turno ahora de preguntarnos cuáles son entonces, los principios meta-epistémicos aplicables, o bien, cuál es el perfil óptimo que, desde el punto de vista epistemológico, los dispositivos referidos deberían satisfacer. Abordaremos esta cuestión a continuación:

### ***1. El meta-principio aplicable a las rules of evidence***

Antes de la formulación del meta-principio correspondiente, Laudan recurre a dos conceptos fundamentales en torno a la evidencia: el de relevancia y el de confiabilidad (también llamado credibilidad o plausibilidad).

Laudan define “relevancia” en los siguientes términos: “... physical evidence or testimony is *relevant* provided that, if true, it increases *or* decreases the likelihood of guilt of the accused...”<sup>289</sup>

Haciendo referencia especial a la determinación de relevancia en material penal, Laudan comenta que:

“...In the criminal law, there are always two key hypotheses in play: Was a crime committed? And: Did the defendant commit it? Any testimony or physical evidence that would make a reasonable person either more inclined or less inclined to accept either of these hypotheses is relevant. Everything else is irrelevant to that hypothesis...”<sup>290</sup>

Por su parte, “confiabilidad” (“credibilidad”) es definido así: “...Evidence or testimony is *reliable* just in case there is a solid basis for believing that it is true.”<sup>291</sup>

---

<sup>288</sup> Ibidem, p. 119.

<sup>289</sup> Ibidem, pp. 120, 17-18.

<sup>290</sup> Ibidem, p. 18.

<sup>291</sup> Ibidem, pp. 120, 17-18.

A diferencia de la relevancia, la confiabilidad (o credibilidad) de un ítem admite grados. En este sentido, Laudan comenta que:

“...Relevance does not admit readily of degrees: Evidence either is relevant or it isn't. *By contrast, reliability notoriously admits of enormous variations from barely to fully...*”<sup>292</sup>

Ahora bien, como explica Laudan, las decisiones respecto a la relevancia de cierto ítem evidenciario suelen corresponder, en el sistema norteamericano, al juez; mientras que las atribuciones de grados de confiabilidad corresponden tradicionalmente al *trier of fact* (en este caso, el jurado).<sup>293</sup>

Esta división de labores está fuertemente enraizada en la tradición del *Common Law*, en la cual, el jurado, representante del pueblo, constituye el juzgador de las cuestiones de hecho (*Trier of Fact*), es decir, constituye quien en última instancia determina, con base en la evidencia, si ocurrieron o no ciertos acontecimientos considerados por el ordenamiento de referencia como delictivos. En este sentido, Laudan comenta que:

“... For reasons having roots very deep in the common law, however, the judge in a criminal trial is generally not supposed to let judgments of credibility enter into his decision about the acceptability of proffered evidence. This is because the jury, rather than the judge, is by tradition charged with determining the 'facts' of the case. Deciding whether eyewitness testimony or physical evidence is credible would, in effect, imply a decision about their facticity. Since that is the province of the jury rather than the judge, the usual pattern is for judges to rule on relevance but not on reliability...”<sup>294</sup>

En este sentido, al decidir sobre la admisibilidad de algún ítem, el juez debe plantearse el asunto de su relevancia, suponiendo que el ítem en cuestión tiene algún grado de confiabilidad (o credibilidad). Por esta razón, en términos generales, cuando el juez admite cierto ítem evidenciario sobre la base de su relevancia, ello no implica nada acerca del grado de confiabilidad del ítem respectivo.<sup>295</sup>

---

<sup>292</sup> Ibidem, p. 121.

<sup>293</sup> A pesar de que, como apunta Laudan, recientemente el sistema norteamericano ha experimentado la tendencia consistente en delegar en el juez, algunas decisiones relativas a la determinación de la confiabilidad (o credibilidad) de un ítem evidenciario. Por ejemplo, en el caso del denominado “*expert testimony*”, el juez debe determinar si los métodos empleados por el experto en cuestión son lo suficientemente confiables como para permitir que el jurado escuche su testimonio. Aun así, es el propio jurado el que decide, en última instancia, si el testimonio que finalmente ofrece el experto tiene los méritos necesarios como para creer que es verdad. Véase Laudan, pp. 120, 18.

<sup>294</sup> Ibidem, p. 18. Para enfatizar la división de labores referida, véase la siguiente caracterización que Laudan hace de las funciones de un juez en el sistema norteamericano: “... Trial judges, more than anything else, are umpires or referees. Their job is to rule on all the questions and controversies that arise in the course of a jury trial. They must respond to objections that respective counsel make to one another's partisan efforts. Their task, as well, is to instruct the jury about the relevant law. The defense can appeal almost every ruling and instruction that a judge is asked to make...” Ibidem, p. 205.

<sup>295</sup> Ibidem, p. 18.



Pese a que las nociones de relevancia y confiabilidad son de capital importancia cuando de evaluar la evidencia en cuestión se trata,<sup>296</sup> el sistema norteamericano, como apunta Laudan, deja las atribuciones de confiabilidad a los diversos ítems evidenciarios totalmente en manos del *trier of fact* (del jurado).

En este sentido, confiando (muy probablemente de forma excesiva) en el sentido común de los representantes del pueblo, lo que pasa en la sala de deliberaciones del jurado constituye un ámbito intocable; un territorio que debe permanecer libre de cualquier intrusión (legislativa o judicial); constituye pues, una “caja negra”. Al respecto Laudan comenta que:

“...every jury is enjoined to attend carefully to the evidence and to weigh it but that process is regarded as a black box, something that happens behind the closed door of the jury room, as if that territory ought not be invaded by a judge telling the jury what a compelling case would look like. Instead, the judge in effect simply says "Open your mind to all the evidence and then see if you are fully persuaded (or firmly convinced, etc.) at the end of the trial." This formula fails to acknowledge that persuasion is a process of reasoning through the evidence. Judges give jurors few hints as to how they should do that...”<sup>297</sup>

Con esta limitante para que, a nivel legislativo o a nivel judicial, se proporcionen a los miembros del jurado pautas para que lleven a cabo sus atribuciones de grados de confiabilidad (a lo que la tradición del *Common Law* se encuentra fuertemente arraigada), pese a que la epistemología en general podría tener mucho que decir al respecto, Laudan dimite a considerar estas cuestiones al confeccionar sus meta-principios.<sup>298</sup> Veamos lo que al respecto el autor sostiene:

“... Obviously, one cannot control what the jury makes of the evidence; that happens behind the closed doors of the jury room and will have to be treated largely as a black box in our analysis. Although epistemology has much to say about what counts as reliable evidence, there is not much point exploring that here since jury decisions about reliability are beyond the reach of epistemic control. True, judges can instruct jurors and counsel can try to persuade them to reason this way rather than that. But nothing guarantees the jury will comply...”<sup>299</sup>

Con base en el panorama anterior, todas las baterías se dirigen entonces al asunto de la relevancia. Es decir, a procurar que la decisión del *trier of fact* se encuentre lo mejor informada posible. En este sentido, Laudan sostiene lo siguiente:

---

<sup>296</sup> Ibidem, p. 19.

<sup>297</sup> Ibidem, p. 52.

<sup>298</sup> Sin embargo, la renuncia a tratar estas cuestiones, al menos por medio del establecimiento de algún(os) meta-principio(s) que ofrezca pautas al respecto para el *trier of fact*, no implica la pérdida de toda esperanza en términos de imponer algún grado de control a las inferencias que a partir de la evidencia disponible aquel realiza. En efecto, el propio Laudan reconoce que su propuesta de implantar un estándar de prueba objetivo (uno que haga referencia a las operaciones evaluativas que han de realizarse sobre la evidencia disponible), tiene un impacto, aunque sea de forma indirecta, en las atribuciones de grados de confiabilidad a ítems particulares. Véase Ibidem, p. 121, nota al pie número 5.

<sup>299</sup> Ibidem, p. 121.

“... The best that can be done is to raise the likelihood that the judgment reached by the jury about apparent guilt is as well-informed as it can be.”<sup>300</sup>

De este modo, surge el primer meta-principio que a continuación transcribimos:

““*The triers of fact –whether jurors or judges in a bench trial– should see all (and only) the reliable, non-redundant<sup>301</sup> evidence that is relevant to the events associated with the alleged crime.*”<sup>302</sup>

El seguimiento de este principio, de acuerdo con Laudan, incrementaría las probabilidades de que las decisiones del *trier of fact* relativas a considerar al acusado inocente(p) o culpable(p)<sup>303</sup>, rastreen los estados de cosas realmente acontecidos.<sup>304</sup> En otras palabras, la no observación de este meta-principio, es decir, las excepciones al mismo, incrementarían las probabilidades de que el *trier of fact* yerre (en sentido epistémico) cuando determina el grado de culpabilidad aparente del acusado en cuestión.<sup>305</sup>

El autor en comentario reconoce que podría estar equivocado en relación con la última aseveración del párrafo anterior. Lo que probaría que, en efecto, el principio debe ser modificado sería una investigación empírica *bien diseñada y confiable* que demostrara que en ciertos casos, en relación con cierto tipo de ítem evidenciario relevante, el jurado es propenso a atribuirle un valor que no corresponde con sus méritos propios.<sup>306</sup>

Laudan recalca el aspecto del buen diseño y confiabilidad del estudio empírico correspondiente (que incurriría en los linderos de la psicología de jurados), debido a que suele ser el caso que las excepciones al principio en cuestión (en el sistema norteamericano), estén basadas sólo en la mitología popular.<sup>307</sup>

---

<sup>300</sup> Idem.

<sup>301</sup> Al respecto de la redundancia de la evidencia, nuestro autor menciona que: “... The only time when it is obviously appropriate to exclude relevant evidence is when it is *redundant* with respect to evidence already admitted. Testimony from 200 witnesses asserting X is scarcely better than that from two or three credible ones asserting X...” Véase Ibidem, p. 19, nota al pie 12.

<sup>302</sup> Ibidem, p. 121.

<sup>303</sup> Recordemos la distinción que hace Laudan entre culpabilidad e inocencia materiales y culpabilidad e inocencia probatorias. Véase la sección...

<sup>304</sup> En este sentido, Laudan comenta que: “... I propose to explore how to formulate rules of evidence and procedure that would increase the likelihood that jurors’ judgments about apparent guilt and innocence map onto the true state of affaire...” Ibidem, p. 120.

<sup>305</sup> Así, nuestro autor comenta que: “... I conjecture that every failure to comply with the rule of relevante –that is, every exception to it– increases the odds that the jury will err when it assesses the apparent guilt or innocence of the accused...” Véase Ibidem, p. 122.

<sup>306</sup> Idem. En este caso, a pesar de que el *trier of fact* cuenta con evidencia relevante, la propia naturaleza del ítem(s) respectivo(s) “causa” que aquel realice una determinación inadecuada en torno a la culpabilidad aparente (o culpabilidad (p)) del acusado, lo cual constituye un contra-ejemplo a la tesis de que la consideración de toda la evidencia relevante incrementa las probabilidades de que el miembro del jurado realice una determinación correcta del grado de culpabilidad (p) que exhibe el acusado.

<sup>307</sup> Algunas de esas excepciones son: la regla que excluye la denominada “*unfairly prejudicial evidence*”; la que excluye el denominado “*hearsay*” o testimonio de oídas; o la que excluye el historial delictivo del acusado. Todas estas instancias de reglas de exclusión están cimentadas en la creencia de que el jurado no será capaz de atribuir a la evidencia respectiva, el peso que se merece y, en ese sentido, se prefiere que no tenga contacto con ella. Ibidem, pp. 122, 19-24.

Con base en la posibilidad de obtener evidencia de lo anterior por medio de la investigación empírica pertinente, Laudan agrega el siguiente codicilo al principio propuesto:

*“Where there is compelling evidence that a certain type of relevant and reliable evidence is likely to be misconstrued by jurors and where there is likewise evidence that such misconstruals are not readily susceptible of correction by judge's instructions and the arguments of opposing counsel, such evidence should be excluded.”<sup>308</sup>*

Pues bien, como dijimos anteriormente,<sup>309</sup> los meta-principios propuestos, al ser contrastados con el sistema particular de referencia (en este caso, el procedimiento penal norteamericano), harían brotar las reglas *truth-thwarting* del mismo.

En este sentido, el meta-principio referido, al que llamaremos el principio de relevancia, colisiona con el conjunto de requerimientos (generalmente negativos) que adicionalmente los jueces emplean como criterio para determinar la admisibilidad de la evidencia, a los que se conoce como *reglas de exclusión*. Al respecto, nuestro autor comenta que:

“... Judges have a second criterion they use, alongside the demand for relevant evidence. It is often known as the admissibility requirement. To be admissible, evidence must not only be relevant; it must also meet a variety of other demands.

- a) For instance, the evidence cannot have been acquired by a violation of the rights of the accused.
- b) The evidence cannot arise from privileged relations the accused has had with various professionals or his spouse.
- c) The evidence generally cannot have been obtained illegally, even if its being seized violated none of the rights of the accused.
- d) The evidence cannot be such that it might inflame the passions of the jurors or unfairly cast the defendant in an unfavorable light.
- e) The evidence cannot inform the jury that the defendant withdrew a confession of guilt nor can it refer to admissions of guilt made by the defendant during negotiations about copping a plea.
- f) The evidence generally cannot come from a witness whose testimony would be self-incriminating.
- g) The jury cannot be informed when key witnesses escaped giving testimony by claiming their Fifth Amendment rights.
- h) The jury cannot be told whether the accused cooperated with the police in their inquiries.
- i) If the accused does not offer testimony in his own behalf, the jury is explicitly instructed by the judge to ignore that relevant fact, rather than supposing that he may have something to hide.”<sup>310</sup>

En estos casos, la relevancia del ítem evidenciario en cuestión, una vez establecida, pasa a segundo término. Es decir, habiéndose determinado, por parte del juez, que el ítem respectivo es en efecto relevante, tiene que verificarse la no concurrencia de ciertas circunstancias a efecto de su admisión definitiva. El esquema que representaría las decisiones sobre la admisibilidad de la evidencia podría ser el siguiente: X (cierto ítem evidenciario) es admisible si y sólo si se determina que es relevante y no Y, no Z, no *n*.

---

<sup>308</sup> Ibidem, p. 122.

<sup>309</sup> Véase la sección conducente.

<sup>310</sup> Laudan, Op. Cit, nota 153, pp. 18-19. Nuevamente, la descomposición en incisos es nuestra.

### **A. Reglas de exclusión de evidencia y la protección al acusado en contra de una potencial condena falsa**

Ahora bien, como recordará el lector, anteriormente vimos cómo ciertas reglas de exclusión de evidencia relevante que, de hecho, forman parte del sistema norteamericano (junto con otras rules of procedure), están fundadas en el interés por ofrecer al acusado, un tratamiento benéfico.<sup>311</sup>

A su vez, esta política de tratamiento protector está íntimamente relacionada con en el temor a que pueda cometerse una injusticia grave en términos de condenar erróneamente (en el sentido de error epistémico) al acusado.

En este punto surge una situación interesante en la que confluyen el *hardcore* y el *softcore* de la epistemología jurídica propuesta por Laudan en el sentido de que las reglas de exclusión referidas reciben críticas de ambos frentes.

De parte del *hardcore*, las reglas de exclusión en cuestión constituyen una violación flagrante al meta-principio de relevancia anteriormente aludido. Recordemos que la *rationale* de dicho principio es que deseamos habilitar al sistema a los efectos de que procure la conformación de un ambiente informado de toma de decisiones en el que el *trier of fact* pueda tener acceso a todo hecho pertinente vinculado a la cuestión de la culpabilidad o inocencia del acusado.

De hecho, esta crítica es válida para todo el conjunto de reglas que facultan al juzgador al efecto de excluir evidencia relevante. La presencia de estos dispositivos pone en jaque el desempeño del procedimiento en cuestión, como un sistema de investigación empírica.

Para dimensionar el problema, Laudan propone imaginar que un grupo de científicos con la tarea de averiguar si la trayectoria de cierto asteroide es tal que eventualmente podría entrar en curso de colisión con la Tierra, trabaja con las restricciones del modelo jurídico-penal del sistema norteamericano. Veámoslo:

“If we can briefly step away from the legal context, it is easy see how artificial and sclerotic the system has become. The legal system, after all, is not the only social institution whose principal goal is truth seeking. Imagine trying to conduct scientific or engineering research on the legal model. Specifically, since we are focused here on juries, let us imagine telling scientists working on a problem (say: "Is the trajectory of that asteroid likely to bring it on a collision course with the Earth?") that they will be given access to only a subset of the available, relevant evidence. Further, they can put no questions to those feeding them relevant information. They cannot collect any evidence themselves, nor request its collection, nor consult any outside

---

<sup>311</sup> Véase la sección “la distribución del error”. Algunas de esas reglas de exclusión son: 1). “The exclusion of non-Mirandized confessions, even when their contents reveal a knowledge of the details of the crime likely to be known only to the perpetrator. 2). The exclusionary rule prohibiting the use by the prosecution of relevant, but illegally obtained, evidence. 3). The so-called poison-fruit corollary of the exclusionary rule which likewise rules as inadmissible any evidence the police may have uncovered by following up on information obtained from an illegal search or seizure or an illegal confession . 4). The creation of a class of privileged witnesses not obliged to testify concerning what the defendant may have told them about the crime. 5). The *Griffin*-rule insistence that jurors must be instructed to draw no adverse inferences from the silence of the defendant. 6). The exclusion of character evidence from the prosecution’s case-in-chief (in all cases except sex crimes, when it can be presented). 7). The obligation on the prosecution to prove it likely that a retracted confession was voluntary before it can be admitted. 8). The rejection of relevant evidence if it might "unfairly prejudice" the jury. 9). The exclusion of confessions, however well corroborated, if obtained after more than six or eight hours of detention of the defendant without seeing a magistrate. 10). The failure to inform juries when a defendant has refused to allow testimony from a privileged witness”, etc. Véase Laudan, Op. Cit., nota 153, pp. 136-137.

sources. No can they talk among themselves about the arguments pro and con until they have heard the full cases presented by their colleagues, and so on. *No one would expect a system of inquiry constructed along such lines to be efficient, reliable, or long-lived. Indeed, no self-respecting scientist or engineer would agree to participate in such a charade. Without exception, they would say that this is patently not how you would go about determining the asteroid's trajectory...*<sup>312</sup>

Ahora bien, de parte del *softcore*, la crítica a las reglas de exclusión que se basan en la pretensión de proteger al acusado de una posible condena falsa, consiste en lo siguiente: El empleo de estas reglas como estrategia para la implementación de la política protectora del acusado no es adecuada, debido a que no puede determinarse la cuota o dosis de beneficio de la duda (a favor del acusado) que, en forma individual, cada una de estas reglas de exclusión se encuentra incorporando al sistema.<sup>313</sup>

Si por mor del argumento consideramos que puede generarse un consenso que involucre a todos los sectores de la sociedad, es decir, un pacto social, en torno a la cuestión de cómo deseamos que los errores que eventualmente el sistema produce (condenas y absoluciones falsas) sean distribuidos –consenso que resultaría de la consideración de los costos asociados a las dos modalidades de error- no podríamos estar ni remotamente seguros de que estamos habilitando al sistema para que en cierto periodo, éste reporte un desempeño que incurra en los linderos de la distribución deseada si empleamos mecanismos que, por motivo de su indeterminación relativa a cuánto beneficio de la duda portan (e introducen) de manera individual, dificultan el descubrimiento de su efecto en la *ratio n.*<sup>314</sup>

No es que esta información sea imposible de recabar, sin embargo, como menciona Laudan, es frecuente que la judicatura no promueva la realización de las investigaciones empíricas pertinentes,<sup>315</sup> y además, tenemos a nuestra disposición el empleo de un mecanismo más prometedor que las reglas de exclusión, para asegurar el respeto del sistema a la distribución de errores socialmente establecida.

Como hemos dicho, hay un componente del sistema que permite concentrar en un solo momento crítico la incorporación de la dosis total (condensada) de beneficio de la duda que desea concederse a la clase “acusado” (de lo cual, como sabemos, se benefician no sólo los acusados inocentes(m), sino también los culpables(m)). El componente y momento crítico referidos corresponden respectivamente, al estándar de prueba y a la fijación de su altura o grado de severidad.

---

<sup>312</sup> *Ibidem*, pp. 216-217.

<sup>313</sup> Esta crítica presupone la tesis de que deseamos tener bajo control, en la medida de lo posible, la cantidad y forma de incorporación del beneficio de la duda que deseamos conceder a la clase genérica de “el acusado”. Y queremos tener control sobre esta cuestión, ya que de lo contrario podríamos perder la rienda que somete al sistema a efecto de que reporte un desempeño adecuado (en términos de la distribución de absoluciones falsas contra condenas falsas) a la luz de las condiciones socialmente acordadas, bajo las cuales los ciudadanos han decidido ceder su libertad natural y suscribir el contrato social implicado por el surgimiento del Estado.

<sup>314</sup> Como hemos dicho, n es la proporción absoluciones falsas/condenas falsas.

<sup>315</sup> Laudan, Op. Cit., nota 153, p. 8.

En efecto, con base en cierta forma de emplear la denominada teoría de las utilidades esperadas (TUE)<sup>316</sup> puede diseñarse una fórmula para la derivación del punto apropiado para fijar el estándar de prueba, que refleje el pacto social en torno a la distribución de absoluciones falsas y condenas falsas (la denominada *ratio n*).<sup>317</sup>

Pues bien, en este momento surge la otra crítica del *softcore* a las reglas de exclusión que están basadas en el interés por proteger al acusado de una eventual condena falsa: Suponiendo que se ha fijado un estándar de prueba derivado de la fórmula a la que hicimos alusión en el párrafo precedente, ello implica que se ha incorporado al sistema la cuota total de beneficio de la duda que desea concederse al acusado.

Si suponemos que el estándar equivale a la exigencia de que la hipótesis de culpabilidad tenga un valor de probabilidad del 0.9 o 90%, el mencionado beneficio de la duda corresponde a ese derecho que en estas circunstancias tendría todo acusado –inocente(m) o culpable(m)- de ser exonerado aunque exhiba una culpabilidad (p) de 50%+ (situación en la que sería razonable creer en su culpabilidad(m)), hasta el 89.99%.

Como puede verse, la cantidad de beneficio de la duda incorporada al sistema puede plantearse, en el caso de la vigencia de un estándar como el del párrafo anterior, en términos de ese rango de casos en que la evidencia es suficiente para atribuir a la hipótesis presentada por el fiscal valores de probabilidad (suponiendo, por el momento, que no hay problemas con la atribución de probabilidades subjetivas)<sup>318</sup> arriba del 0.5 e inferiores al 0.9, y sin embargo, no corresponde al tipo de evidencia idóneo para justificar una condena. Es decir, el beneficio de la duda constituye una decisión consistente en pedir al *trier of fact* que ignore la contundencia de la evidencia, o bien, consistente en retener la procedencia de las consecuencias jurídicas respectivas (la imposición de la pena en cuestión), siempre y cuando dicha evidencia se ubique por debajo del estándar.

Si al panorama precedente se adicionan reglas de exclusión que incorporan dosis indeterminadas de beneficio de la duda, por una parte, se están tomando medidas vejatorias de la evidencia adicionales a la que ya de por sí implicó la fijación severa de la altura del estándar de prueba<sup>319</sup>; y por otra, al constituir un beneficio adicional al ya incorporado por medio de la fijación del estándar mencionado, no se está respetando el pacto social en torno a la

---

<sup>316</sup> Una que solo considera los costos o “desutilidades” de las modalidades erróneas de la decisión en cuestión, lo cual, como veremos más adelante, será fuertemente criticado por Laudan.

<sup>317</sup>  $EdeP = 1 / [1 + (C_{FA}/C_{FC})]$ , la cual puede escribirse también como  $EdeP = 1 / (1 + 1/n)$ . Véase la sección “La distribución del error”. Asimismo, véase Laudan, Op. Cit., nota 153, pp. 72-73, nota al pie número 18.

<sup>318</sup> Las críticas de Laudan a la atribución de probabilidades a nuestras creencias, véase Laudan, Op. Cit., nota 153, pp. 77-78.

<sup>319</sup> Considérese lo siguiente: En contextos en donde somos indiferentes en torno a la cuestión de los costos relativos vinculados a los errores en que podemos incurrir, *por default* aplica el estándar del 50%+. En dichos contextos, cuando la evidencia es suficiente para considerar que la hipótesis en cuestión es más probable que su negación, es razonable por un lado suscribir la creencia correspondiente y, por otro, actuar en consecuencia con dicha suscripción. En el caso del estándar penal, el hecho de que la hipótesis en cuestión reciba valores que incurren en el rango de 50%+ y 89.99% con base en el grado de soporte que aportan las premisas constitutivas de la evidencia en cuestión, e incluso el hecho de que el *trier of fact* haya suscrito racionalmente la creencia respectiva, constituyen hechos que no tienen relevancia en términos de justificar una condena. Por ello es que decimos que la fijación de un estándar tan exigente implica asestar un fuerte golpe al grado de soporte, y al poder justificatorio, de la evidencia.

distribución deseada de errores. En este sentido, debido a que se trata de reglas favorables al acusado, la cuota de absoluciones falsas (valor a la izquierda de la *ratio n*) aumenta desproporcionadamente.

Al respecto, Laudan sostiene lo siguiente:

“...any incremental increase in the BoD, above that already incorporated into a properly designed standard of proof, would renege on the social contract. Here I want to add that this policy would make it impossible to ascertain *how much* BoD any given defendant was receiving....”<sup>320</sup>

Más adelante sostiene que:

“...The only way to ensure the court's compliance with sound public policy is by localizing *all* benefits of the doubt to those areas of trial procedure where we can calibrate how heavily the scales of justice are tilted in the defendant's favor. I have already argued that the SoP is the only appropriate place for incorporating BoD concerns, because that standard makes it clear for all who want to see just what concessions have been built into the system. If we permit such distributionist instincts to shape rules of evidence and procedure, over and above the SoP, it becomes impossible for anyone to figure out whether criminal defendants are receiving more or less BoD that we consider appropriate...”<sup>321</sup>

Y aún otra vez, nos dice que:

“... if (as I have argued) a properly defined SoP already incorporates society's judgment about the appropriate amount of BoD to be granted to the accused, then *the adoption of any acquittal-prone (as opposed to an error-reducing) rule of evidence or procedure implies that the defendant is receiving more BoD than he or she is entitled to...*”<sup>322</sup>

Ahora bien, Laudan continúa su discusión del *hardcore* debatiendo con quienes defienden la presencia del conjunto de reglas de exclusión como parte legítima del procedimiento norteamericano mediante la invocación de las siguientes razones (adicionales a la pretensión de proteger al acusado de una condena falsa):

- A) Una supuesta incompetencia generalizada de los miembros de cualquier jurado para interpretar-valorar la evidencia de manera racional (en oposición a visceral o pasional)<sup>323</sup>
- B) Su presencia es necesaria a los efectos de salvaguardar los derechos constitucionales del acusado<sup>324</sup>
- C) Su presencia es necesaria para evitar comportamientos indeseables por parte de los miembros de los cuerpos policíacos<sup>325</sup>
- D) Su presencia es necesaria porque de lo contrario, la integridad moral de las cortes se pondría en tela de juicio<sup>326</sup>

Demos paso al examen de la forma en que nuestro autor responde a cada una de estas cuestiones:

---

<sup>320</sup> Laudan, Op. Cit., nota 153, p. 126.

<sup>321</sup> Ibidem, p. 127.

<sup>322</sup> Idem.

<sup>323</sup> Ibidem, pp. 214-218.

<sup>324</sup> Ibidem, pp. 218-224.

<sup>325</sup> Ibidem, pp. 224-225.

<sup>326</sup> Ibidem, pp. 226-229.

## ***B. Reglas de exclusión de evidencia y una supuesta incompetencia de los miembros del jurado para valorar racionalmente la evidencia***

El autor en comento se propone discutir la razón contenida en el inciso A) de la sección precedente, cuando es invocada para justificar reglas como las siguientes:

- “jurors should not see very vivid evidence of a crime if it might "*unfairly prejudice*" them against the defendant;
- jurors should not be allowed to hear a retracted confession that might lack corroboration because they are prone to regard confessions as dispositive and will convict without further ado;
- jurors must be sternly instructed not to draw any conclusions from the silence of the defendant because otherwise they might convict a silent defendant simply because he was silent;
- similarly, jurors must not be informed that witnesses invoked their Fifth-Amendment right against self-incrimination or that the defendant refused to permit privileged witnesses to testify;
- jurors must learn nothing from the prosecution about the criminal past of the defendant, not because such information is irrelevant but because they might convict him on the grounds that he is a bad guy.”<sup>327</sup>

Como ejemplos de la evidencia que suele ser excluida por ser calificada por el juez como “*unfairly prejudicial evidence*”, es decir, como evidencia cuya consideración por parte del *trier of fact* hace más probable que éste – generalmente de modo inconsciente- renuncie a hacer uso de sus facultades racionales en pos de tomar una decisión visceral, pasional o emotiva, Laudan menciona los siguientes casos:

Información acerca del carácter violento del acusado; evidencia de la relación que el acusado pueda tener con personas o causas que evoquen la idea de hostilidad o provoquen antipatía en el jurado; fotos demasiado explícitas acerca de la naturaleza grotesca y aberrante de ciertos crímenes; muestras de ropa ensangrentada perteneciente a víctimas de asalto, etc.<sup>328</sup>

Como explica Laudan, el juez debe excluir esta clase de evidencia si determina que su valor o fuerza probatoria es eclipsada por el efecto perjudicioso –en contra del acusado- que la misma puede detonar en los miembros del jurado.<sup>329</sup>

En términos más técnicos, la decisión en torno a la admisibilidad de evidencia del tipo referido consiste en determinar cuál de las siguientes probabilidades es mayor: La probabilidad de que se produzca un error inferencial de parte de los miembros del jurado si toman en cuenta el ítem respecto del que está pendiente su inclusión en el torrente oficial de información, a lo que Laudan se refiere como {prob(error with  $e$ )}; o la probabilidad de que los miembros del jurado incurran en un error inferencial si el ítem en cuestión no es tomado en cuenta, o {prob(error excluding  $e$ )}. El primer error inferencial se traduciría en una condena falsa, mientras que el segundo, en una absolución falsa.<sup>330</sup>

Por principio de cuentas, en este escenario se está permitiendo al juez la intrusión en el terreno que, de

---

<sup>327</sup> Ibidem, pp. 214-215.

<sup>328</sup> Ibidem, p. 20.

<sup>329</sup> Idem.

<sup>330</sup> Idem.



antaoño y, con base en una muy arraigada tradición en el sistema del *Common Law*, corresponde exclusivamente al jurado. Es decir, se está invadiendo su esfera de competencia como *trier of fact* (o juzgador pleno de las cuestiones de hecho).<sup>331</sup>

Además, no sólo se le permite la intrusión respectiva, sino que la tesis subyacente, el presupuesto, es que el juez está incluso mejor dotado de la capacidad para valorar racionalmente la evidencia que cualquier miembro del jurado. Tan es así que a él es a quien el sistema permite tener contacto con la supuesta evidencia inflamatoria y determinar (con base en meras intuiciones, como veremos más adelante) si los miembros del jurado –ubicados en un peldaño inferior en términos del despliegue de sus facultades racionales- podrían incurrir en inferencias inválidas derivadas de la atribución de pesos desproporcionados a la evidencia de que se trate.<sup>332</sup>

Así mismo, como mencionamos en el párrafo anterior, la determinación de si cierto ítem evidenciario podría o no nulificar la posibilidad de que el jurado despliegue sus facultades racionales, es una cuestión guiada por especulaciones e intuiciones.

En efecto, dado que, como apunta Laudan, no existen a la fecha estudios empíricos (que incurrirían en el dominio de la psicología de jurados) que arrojen información confiable en torno a esta cuestión (los cuales enfrentan el difícil reto de poder diferenciar entre el peso inherente que racionalmente le corresponde a cierto ítem, del peso que deriva de su impacto emotivo)<sup>333</sup>, el juzgador no se encuentra en una mejor posición que los miembros del jurado para determinar el alcance que en nuestra capacidad de realizar consideraciones racionales, podría tener la naturaleza inflamatoria o sensacionalista de cierta clase de evidencia.

Pero aún en el caso de que se contara con estudios empíricos confiables que hubieran identificado que los miembros de los jurados siguen ciertos patrones de razonamientos falaces cuando hacen contacto con cierto tipo de evidencia, y que estos patrones no se rompen a pesar de las advertencias pertinentes de un juez, entramos en una situación en la que ya no es la exclusión de “*unfairly prejudicial evidence*” lo que requiere justificación, sino la propia decisión de tener un sistema de jurados. Al respecto, Laudan sostiene lo siguiente:

“...if we cannot generally trust jurors to keep their emotions in check, then we should abandon trial by jury altogether. The very idea of trial by jury depends on the presumed fairness and common sense of twelve peers of the accused. If jurors cannot generally give vivid evidence its appropriate weight -- having been warned by the judge to do so and having heard counsel for each side make its pitch about the meaning of the evidence--then the system is rotten to the core...”

Y en otra parte sostiene que:

“...if empirical research were to show that these measures are insufficient, or if we simply assume them to be insufficient, absent evidence to the contrary, then this should give us all pause about the epistemic

---

<sup>331</sup> *Ibidem*, p. 52.

<sup>332</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>333</sup> *Ibidem*, p. 21.

desirability of trial by jury. If it is really true that trial by jury requires the wholesale exclusion of much relevant evidence, then we should think again about the advisability of trial by jury..."<sup>334</sup>

Ahora bien, la intrusión del juez no sólo se limita al ámbito de competencia tradicionalmente perteneciente al jurado, sino que se extiende a cuestiones que, de acuerdo con el análisis de Laudan, correspondería establecer a la sociedad en su conjunto.

Supóngase que en efecto, a pesar de las dificultades que tiene el hablar de la atribución de probabilidades subjetivas a nuestras creencias,<sup>335</sup> el juez ha determinado en el caso concreto, que  $\{\text{prob}(\text{error excluding } e)\}$  es mayor que  $\{\text{prob}(\text{error with } e)\}$ . Esto significa que es más probable que de la no consideración del ítem evidenciario en cuestión se produzca un error inferencial que derive en una absolución falsa.

Lo que correspondería hacer en consecuencia (para evitar la comisión del error que tiene mayores probabilidades) sería decidir incluir la evidencia respectiva, a pesar de que, en efecto, exista cierta probabilidad de que la consideración de dicho ítem conduzca a la emisión de un fallo condenatorio falso.

No obstante a lo anterior, quizá se trate de un juez que sostenga la postura ya criticada anteriormente, de que debe aprovecharse cualquier oportunidad para asegurar que no se produzcan condenas falsas (en la tónica de otorgar una protección desmedida al acusado) y, con base en ella, decida excluir el ítem evidenciario respectivo.

Como hemos dicho, la exclusión de evidencia con base en el argumento de proteger al acusado constituye una estrategia inadecuada debido a que sus efectos son inmensurables en relación con  $n$ ; pero además porque, si ya se ha incorporado la cantidad apropiada de beneficio de la duda a favor del acusado vía la fijación del estándar de prueba, dicha estrategia –la exclusión de evidencia relevante– constituiría la incorporación de ventajas adicionales no justificadas. Es decir, no sancionadas por el pacto social que  $n$  recoge.

Pero, además de lo anterior, en este caso es el juez, no el legislador, quien como resultado de su predilección particular en torno a la distribución apropiada de errores, afecta (aunque quizá no conscientemente) el pacto ( $n$ ) en cuya configuración tendría que participar la sociedad en su conjunto por medio de sus representantes.<sup>336</sup>

Otro argumento que ofrece Laudan es que, en congruencia con el diseño adversarial del sistema, tendría que corresponder a la defensa del acusado el tratar de enmarcar la evidencia de naturaleza inflamatoria o sensacionalista en un contexto favorable a su cliente, o bien, advertir al jurado, quizá en sus argumentos de clausura, sobre el peligro consistente en incurrir en razonamientos falaces de no respetarse el peso o grado de soporte que merece cierto ítem evidenciario.<sup>337</sup>

Laudan concluye su crítica destacando que mientras el sistema enaltece las virtudes de la decisión consistente en que representantes del pueblo –personas ordinarias que se ubican en un plano de igualdad respecto del acusado– impartan justicia (lo cual es considerado la ventaja coyuntural), al mismo tiempo trata a dichos representantes

---

<sup>334</sup> Ibidem, p. 215.

<sup>335</sup> Véase la crítica de Laudan a la atribución de probabilidades subjetivas a nuestras creencias en Laudan, pp. 77-78.

<sup>336</sup> Ibidem, p. 25.

<sup>337</sup> Ibidem, p. 24.

populares como incompetentes a los efectos de desplegar su raciocinio cuando valoran la evidencia del caso en cuestión.

En este sentido, asumiendo una actitud paternalista, se les escuda del posible impacto prejuicioso que en sus deliberaciones podría tener la consideración de cierto ítem evidenciario (como si no fueran capaces de hacerlo ellos mismos).

Para confundir más la cuestión, luego de que los miembros del jurado han rendido el veredicto correspondiente, el sistema remueve el presupuesto de su incompetencia (fundamento de las reglas de exclusión referidas) para tratar a dicho fallo como si hubiese sido el producto del razonamiento de seres infalibles; como si fuera el resultado de un sentido común tan extraordinariamente avezado y bien adiestrado en el razonamiento ampliativo que no requiere de revisión alguna<sup>338</sup> (en el caso de las condenas, pocas veces el tribunal de alzada revisa las decisiones relativas a las decisiones sobre hecho, y en el caso de las absoluciones, la palabra del jurado es definitiva). Al respecto, nuestro autor sostiene que:

---

<sup>338</sup> En un pasaje crucial para esta cuestión, Laudan destaca el hecho de que la habilidad para desplegar inferencias ampliativas (derrotables, falibles) válidas no es un talento innato (al menos generalmente). Este hecho es básico para su argumento de que el estándar de prueba norteamericano (y el de cualquier sistema) debe ser “objetivo” en el sentido de hacer explícita referencia al estado que deseamos que la evidencia guarde –a cómo deseamos que ésta luzca- si ha de justificarse la condena del acusado, y no un estándar de corte “subjetivo” como el que corresponde a “*Beyond All Reasonable Doubt*” (BARD), el cual sólo se refiere al estado mental –generalmente concebido en términos de una íntima convicción- que ha de estar presente en el *trier of fact*. En efecto, para estándares como BARD, el estado de convencimiento constituye el factor crucial cuya presencia justifica la emisión de una condena. Sin embargo, pese a que dicho estado pueda considerarse una condición necesaria (lo cual constituye el mejor de los casos), de ningún modo puede tratarse como una condición suficiente, dado que en este último caso, el estado mental correspondiente sustituye la presencia de aquello que desde un principio deberíamos haber abordado con cautela y esfuerzo: la confección o diseño de un *test* severo que tiene que ser superado por la hipótesis de culpabilidad. Como explica Laudan, al considerar la presencia del estado mental en cuestión (convencimiento íntimo) como una condición suficiente, el sistema se olvida del hecho crucial al que aludimos al principio de esta nota, que no poseemos un talento innato para llevar a cabo inferencias ampliativas a partir de información confusa y desordenada; se olvida que el *trier of fact* ordinario no es un científico (de quien podría esperarse que tuviera un largo y riguroso entrenamiento en la realización de razonamientos inductivos, ampliativos, derrotables) y que, por tanto, requiere de que le sean proporcionadas pautas a los efectos de evitar incurrir en razonamientos falaces. En este sentido, nuestro autor sostiene que: “... the judge in effect simply says (to the jury) "Open your mind to all the evidence and then see if you are fully persuaded (or firmly convinced, etc.) at the end of the trial." This formula fails to acknowledge that persuasion is a process of *reasoning through the evidence*. Judges gives jurors few hints as to how they should do that. ...*This would be forgivable if we could suppose that all, or even most, competent jurors already knew how to engage in what philosophers call ampliative reasoning, that lead from the disparate, purported facts presented as evidence to a conclusion about the guilt of the accused. If everyone had a "natural" disposition to draw legitimate inferences about complex matters of fact, such information would be superfluous. But there is nothing innate about this. Scientists took more or less 2,000 years to figure out how to test their theories correctly. The logic governing clinical trials of drugs emerged only in the twentieth century, after eons of the use of medications on only the flimsiest empirical basis. Lawyers, too, have learned much about what distinguishes a powerful case for the prosecution from a weak one. I submit and will argue in detail in the next chapter that the bar for conviction would be better defined in terms of the features of the case needed to convict, not in terms of the jurors' inner states of mind. This is especially important since the latter --if not disciplined by certain guidelines about the appropriate logical connections between evidence and verdict-- , are apt to be ill-founded, prejudicial, and irrational, even if they lead to a firm belief in guilt..*” Véase Laudan, p. 52.

“...Readers will already have noted the irony of a system that extols the virtues of trial by jury, the "palladium" of our system of justice, all the while arguing that jurors are too stupid, naive, or immature to be trusted with complex arguments, inflammatory or prejudicial evidence, confessions of uncertain provenance, and so on... *What compounds that irony is that, having treated jurors as if they were impressionable fools all through the trial, the legal system then turns around and treats their verdicts as if written on Mosaic tablets. Juries are not obliged to explain or justify their verdicts. Appellate courts will rarely reverse a jury's judgment with respect to the facts of a case, however invalid their inferences appear to be. More emphatically, a jury's acquittal is literally the last word, even if it arose from juror incompetence, jury tampering, or (more commonly) if it derived from rules that drastically restricted jurors' access to relevant evidence. That, in its way, is every bit as objectionable as the fact that the jury, prior to reaching its verdict, is treated so condescendingly...*”<sup>339</sup>

### **C. Exclusión de evidencia y la salvaguarda de los derechos constitucionales del acusado**

En este apartado abordaremos la discusión que Laudan sostiene en relación con dos derechos cuyo ejercicio disminuye las probabilidades de que los veredictos del jurado sean epistemológicamente correctos, ya que impide que cierta evidencia relevante sea escuchada por parte del *trier of fact*, o bien, que éste haga como si dicha exclusión no hubiera tenido lugar.<sup>340</sup> Dichos derechos son: El derecho del acusado a guardar silencio (o la doctrina del “*Silent Defendant*”), y el derecho del acusado a que la evidencia recabada en virtud de cateos (“*searches*”) y/o decomisos (“*seizures*”) inconstitucionales, sea suprimida del caudal oficial de información con el que tiene contacto el *trier of fact*.

Antes de tratar los derechos aludidos, es necesario aclarar que no todos los derechos constitucionales que en el sistema norteamericano se otorgan al acusado, fallan en términos de promover los intereses epistémicos asociados al desempeño adecuado del procedimiento como sistema de investigación sobre cuestiones empíricas. Algunos, de hecho, fomentan dichos intereses. Al respecto, Laudan refiere los siguientes:

“... The rights to counsel, to speak in one's own defense, to confront one's accusers, to know what exculpatory information the prosecution may have been concealing, to be tried in public, to appeal a conviction, to subpoena witnesses, and to know precisely what crime one is being charged with represent policies that pose no problems for the legal epistemologist. *Even if these were not already rights, there would be a powerful epistemic case for including them all in the procedural rules of a criminal trial...*”<sup>341</sup>

Asimismo, podemos encontrar, en el sistema de referencia, otro grupo de derechos “neutrales” en cuanto a su impacto en el potencial de averiguar la verdad:

“...There are other rights that are largely truth neutral, and so not troubling to the truth-seeker. Most obvious here is the right to trial by jury (supposing, as I have just argued, that one does not construe the debilities of the jury so broadly that they become excuses for evidence suppression). Others include the right to serve as one's own attorney, the right to be tried to the BARD standard, and the right in federal courts to demand a grand jury indictment instead of a judge's finding that one should go to trial (often known as an “information”)...”<sup>342</sup>

Aclarado lo anterior, demos paso a los derechos que nos ocupan:

---

<sup>339</sup> Laudan, Op. Cit., nota 153, p. 218.

<sup>340</sup> Ibidem, p. 149.

<sup>341</sup> Ibidem, p. 218.

<sup>342</sup> Ibidem, p. 219.

Como explica Laudan,<sup>343</sup> la doctrina del “*Silent Defendant*” consta de dos componentes: Por una parte, en lo que toca a las etapas previas al juicio,<sup>344</sup> esta doctrina hace referencia al derecho que un acusado en el sistema norteamericano tiene a guardar silencio y, en este sentido, a no cooperar con los oficiales de policía que lo arrestan, ni con los detectives investigadores en sus correspondientes pesquisas.

En lo que toca a la etapa del juicio, esta doctrina hace referencia al derecho del acusado consistente en no realizar aseveración alguna en su defensa; en no tomar el estrado para ofrecer su versión de los hechos.

Por su parte, el segundo componente de la doctrina proscribía tanto al juez como al fiscal, el hacer alusión a la falta de cooperación del acusado durante las averiguaciones respectivas previas al juicio, así como al hecho de que éste rehusó testificar en su propia defensa en el transcurso de aquel, so pena de la nulidad del juicio en cuestión.

Así mismo, este segundo componente de la doctrina tiene que ver con la instrucción que el juez, a petición de la defensa del acusado, o por iniciativa propia, debe dar a los miembros del jurado, la cual consiste en no atribuir significado probatorio alguno al hecho de que el acusado haya optado por permanecer callado en el transcurso del proceso en su contra. En otras palabras, la instrucción referida prohíbe a los miembros del jurado tomar el estado silencioso del acusado como un dato (o ítem) evidenciario a partir del cual pudieran realizarse las inferencias conducentes.<sup>345</sup>

Ahora bien, en lo que toca al primer componente de la doctrina en comento, Laudan discute con quienes argumentan que el derecho al silencio está basado en un derecho aún más fundamental, el derecho a la privacidad.<sup>346</sup> Según esta postura, todo individuo tiene un derecho incondicional (imposible de ser coartado) a guardar para él mismo, el contenido de sus estados mentales (recuerdos, pensamientos, emociones, etc.). En este sentido, el Estado no puede legítimamente invadir el enclave privado representado por el caudal de pensamientos de una persona.<sup>347</sup>

La contra-argumentación de Laudan a dicha postura es la siguiente:<sup>348</sup> Si en efecto es cierto que el derecho a la privacidad referido es inviolable e incondicional, y por esa razón no puede exigírsele al acusado que testifique en su propio juicio, cómo es que se permite al Estado que, con tal de que haya sido demostrada la existencia de una “causa

---

<sup>343</sup> Ibidem, pp. 148, 155.

<sup>344</sup> Lo que en México correspondería a la etapa de Averiguación Previa.

<sup>345</sup> Como comenta Laudan, antes del famoso caso *Griffin* de 1965, la Corte consideraba natural que los miembros del jurado tomaran en cuenta el estado silencioso del acusado durante el juicio como un dato evidenciario. En este sentido, eran libres de realizar las inferencias que consideraran conducentes a partir del mismo. En el mencionado caso *Griffin*, la Corte prohibió a juez y fiscal por igual, hacer algún comentario en el transcurso del juicio que hiciera referencia al silencio en que el acusado había decidido permanecer, argumentando que lo anterior constituye una reminiscencia del sistema penal inquisitorio, la cual no tiene cabida en el procedimiento norteamericano. Para completar el marco de la doctrina del *Silent Defendant*, en 1981, en *Carter Vs. Kentucky*, la Corte impone al juez el deber de instruir al jurado al efecto de no atribuir significado probatorio alguno al hecho de que el acusado hubiere decidido guardar silencio. Conjuntado lo anterior con las decisiones de la Corte en *Miranda* y *Doyle* que prohibían al fiscal hacer alusión ante el jurado al hecho de que el acusado no fue cooperativo en las averiguaciones realizadas con anterioridad al juicio, tenemos el cuadro completo de la doctrina en comento. Véase Laudan, pp. 155-157.

<sup>346</sup> Esta postura se atribuye al *Justice Goldberg* en 1964. Véase *Murphy Vs, Waterfront*, 378 US. 52 (1964).

<sup>347</sup> Laudan, Op. Cit., nota 153, p. 220.

<sup>348</sup> Ibidem, pp. 220-221.

probable”, lleve a cabo actos a todas luces invasivos de la privacidad del acusado en etapas previas al juicio (es decir, cuando éste –el acusado- era sólo sospechoso).

Dichos actos pueden consistir en: Tener acceso a documentación privada, estados de cuentas bancarias, videos personales, e incluso, al disco duro de computadoras personales; grabar conversaciones telefónicas o pláticas presenciales con otras personas; interceptar el correo ordinario; demandar muestras de la sangre, cabello, huellas digitales, guardarropa y escritura del sospechoso; Hacer que el sospechoso forme parte de una fila (“*line-up*”) de personas que se muestra a la víctima al efecto de que pueda identificar a su agresor; demandar que se fotografíen las partes íntimas del sospechoso si ello es considerado pertinente; citar a aquellas personas a quienes el sospechoso les hubiera hecho comentarios relevantes para la investigación del delito en cuestión.

En este contexto, si el Estado puede tener acceso, por vías indirectas, a lo que el sospechoso (y posteriormente acusado) “sabe”, siempre que sea pertinente para la investigación correspondiente, y además, si las vías indirectas aludidas constituyen ellas mismas intrusiones (consideradas legítimas) a la privacidad del acusado, no puede sostenerse que no se le obliga a testificar en juicio por un respeto generalizado e incondicional que se tiene a su privacidad cuando de investigar la posible comisión de un delito se trata.

O para ponerlo de otro modo: ¿En qué medida la violación a la privacidad del acusado es mayor cuando se le compele a dar testimonio de lo que sabe en juicio (al punto de que se impone al Estado el respeto a la decisión de guardar silencio), que la que sufre con los actos considerados legítimos referidos anteriormente?; o ¿porqué se considera que el interés público de averiguar si un delito fue cometido o no tiene el poder de justificar ciertos actos violatorios de la privacidad de los individuos, pero no lo tiene respecto de otros (obligar al acusado a testificar)?

Al respecto Laudan hace referencia a David Dolinko de la siguiente manera:

“...As David Dolinko has asked: "Why should we suppose that a person who is legally compelled to reveal incriminating information about himself suffers a loss of privacy different in degree or quality from that which he would experience if anyone else revealed the same information?"<sup>349</sup> There is not much suggestion in any of this of a "private enclave."<sup>350</sup>

En efecto, con miras a establecer si un hecho delictivo fue cometido o no, el acusado podría (y debería según el análisis de Laudan) ser tratado como se trata a otro participante crucial en un juicio: el testigo.

En este sentido, si se determina que alguien puede saber algo acerca de un crimen, puede ser citado por la corte respectiva. Cuando comparece, el testigo en cuestión no puede discrecionalmente elegir qué preguntas contestar y qué preguntas no, invocando su derecho “incondicional” a la privacidad de sus pensamientos. Claro, el testigo bajo examen puede elegir apearse a la protección de la *Quinta Enmienda* sobre la base de que su testimonio podría incriminarlo. Sin embargo, en este caso el fiscal está facultado para ofrecerle inmunidad, y habiéndose hecho esto, el

---

<sup>349</sup> David Dolinko, *Is There a Rationale for the Privilege Against Self-Incrimination?* UCLA L. REV. 1063, at 1109 (1986).

<sup>350</sup> Laudan, Op. Cit, nota 153, p. 221.

testigo debe revelar lo que sabe. A este respecto, Laudan comenta lo siguiente:

“... No court in the land would allow a witness to deflect a pertinent question about her private life by responding that the question invades her privacy. If it is germane to some point of contention in the trial, she must answer it, whether it falls in her "private enclave" or not. The fact that her answer may embarrass or degrade a witness --that it may cost her her job, shipwreck her marriage, or prompt a Mafia contract on her life--is never acceptable legal grounds for refusing to answer. As the great scholar of the law, Wigmore, once put it: "For more than three centuries it has now been recognized as a fundamental maxim that the public ... has a right to every man's evidence."<sup>351</sup><sup>352</sup>

Para sintetizar su crítica, más adelante Laudan sostiene que:

“...Inexplicably, Goldberg --and the rest of the 1964 court, since he was writing for them all-- would give a criminal defendant vast privacy rights *enjoyed by no other participant. Whatever the motive for doing so, it cannot be that the criminal law generally respects the privacy of those who know something about a crime. It does not...*”<sup>353</sup>

Ahora bien, otra razón que suele darse para justificar el derecho del acusado a guardar silencio es que se trata de un derecho perteneciente al “*Bill of Rights*” (particularmente la denominada Quinta Enmienda) de la constitución norteamericana.<sup>354</sup> Debido a ello, no hay nada más que decir.

En este punto, Laudan recurre al trabajo de algunos eminentes historiadores del derecho norteamericano - como Leonard Levy,<sup>355</sup> Akhil Amar, Renee Lettow<sup>356</sup> y John Langbein<sup>357</sup>- al efecto de establecer que el contexto e interpretación originales de la Quinta Enmienda, nada tenían que ver con la concesión de un derecho al silencio.

El pasaje controversial de la Enmienda correspondiente dice lo siguiente: “*No person . . . shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself...*”<sup>358</sup>

La primera parte de la frase consiste en una prohibición dirigida a los funcionarios públicos respectivos en el sentido de no emplear métodos de tortura e intimidación a los efectos de que el acusado confiese. En este sentido, Laudan comenta que:

“... A more important motive behind the Fifth Amendment, and why it speaks of compulsion or coercion, was to ensure that the practice of forcing suspects to confess by torture and intimidation (still

---

<sup>351</sup> 8 WIGMORE, TREATISE ON THE ANGLO-AMERICAN SYSTEM OF EVIDENCE IN TRIALS AT COMMON LAW (3d ed. 1940), 2192, at 64.

<sup>352</sup> Laudan, Op. Cit., nota 153, p. 221.

<sup>353</sup> Ibidem, p. 222.

<sup>354</sup> Lo que equivale a decir, en nuestro sistema, que se trata de una de las “garantías individuales” previstas por la Constitución.

<sup>355</sup> LEONARD LEVY, ORIGINS OF THE FIFTH AMENDMENT (1968), citado por Laudan, p. 222, nota 13.

<sup>356</sup> Akhil Amar and Renee Lettow, *Fifth Amendment First Principles*, 93 MICH L REV 857 (1995), citado por Laudan, p. 222, nota 13.

<sup>357</sup> John Langbein, *The Historical Origins of the Privilege against Self-Incrimination at Common Law*, 92 Mich. L Rev (1994), citado por Laudan, Op. Cit., nota 153, p. 222, nota 13.

<sup>358</sup> Laudan, Op. Cit., nota 153, p. 222.

common at the time in Europe) found no place in the American criminal trial. From the beginning, the Fifth Amendment has been a bulwark guarding against forced confessions. As Albert Alschuler, a prominent historian of the privilege against self-incrimination writes: "The privilege in its inception was not intended to afford criminal defendants a right to refuse to respond to incriminating questions. Its purposes were far more limited. . . . *its goal was simply to prohibit improper methods of interrogation.*"<sup>359</sup> This is why Justice Cardozo... argued that, provided protections against torture were in place, the right to silence could be jettisoned without undermining the values to which the framers of the Constitution were committed. Justice Oliver Wendell Holmes had the same reading of the Fifth Amendment: "*The prohibition of compelling a man in a criminal court to be a witness against himself is a prohibition of the use of physical or moral compulsion to extort communications from him.*"<sup>360</sup> *In short, the Fifth Amendment was never intended to give the defendant an unlimited right to silence so we ought not to suppose that this "right" must simply be taken as a given...*"<sup>361</sup>

Ahora bien, Laudan explica que para poder comprender el sentido de la segunda parte del pasaje citado de la Quinta Enmienda debe tomarse en cuenta que en los tiempos de su creación, era algo común que los acusados condujeran su propia defensa (la excepción era contar con un abogado defensor).

En este sentido, no puede interpretarse a la Enmienda en comento como otorgando un derecho al silencio, ya que si el acusado en efecto hubiere optado por ejercerlo, simplemente no hubiera tenido defensa alguna y muy probablemente el jurado, a reserva de que el caso del fiscal fuese muy débil por sí mismo, habría decidido condenarlo.<sup>362</sup>

En adición a lo anterior, Laudan explica que, como ahora, en los tiempos de la Enmienda referida, el acusado podía tomar el estrado y contar su versión de los hechos. Sin embargo, si hubiera tenido que rendir su testimonio del mismo modo que otros testigos –es decir, bajo juramento- en el caso de haber sido hallado culpable, tendría que enfrentar, aunado al cargo principal, el cargo de perjurio.<sup>363</sup>

Bajo este marco contextual, la idea original de la Quinta Enmienda fue que el acusado no podría ser obligado a ofrecer testimonio en su propia defensa, *bajo juramento*. Claro que podía hablar a su favor, de hecho, como vimos era lo que se esperaba en aquella época en donde no era usual contar con la asistencia de un abogado. Lo que se prohibía era que fuese obligado a hacerlo jurando sobre las Sagradas Escrituras. Al respecto, nuestro autor comenta que:

"...Probably to avoid putting guilty defendants in the position where they would have to commit perjury (and open themselves up to further prosecution), the traditional rule in the common law was that defendants should say what they had to say, but not under oath. So, one aim of the Fifth Amendment was to ensure that defendants could not be obliged to give sworn testimony, if they did not wish to. That, however, was very different from giving no testimony at all..."<sup>364</sup>

Laudan no pretende zanjar la cuestión sobre cuál es la interpretación verdadera (o correcta) de la Quinta Enmienda. Su objetivo es más limitado. Al hacer referencia al contexto histórico en que ésta fue elaborada busca

---

<sup>359</sup> Albert Alschuler, *A Peculiar Privilege in Historical Perspective* in R. HELMHOLZ ET AL., *THE PRIVILEGE AGAINST SELF-INCRIMINATION*, 184-85 (1997).

<sup>360</sup> *Holt v. US*, (218 US 245 at 252 (1910)).

<sup>361</sup> Laudan, *Op. Cit.*, nota 153, p. 223.

<sup>362</sup> *Idem.*

<sup>363</sup> *Idem.*

<sup>364</sup> *Idem.*



matizar la actitud de quienes detienen el análisis de la conveniencia epistémica del derecho al silencio por el sólo hecho de pertenecer al “*Bill of Rights*”. Esta tesis de la pertenencia supuestamente incuestionable es, al menos, debatible.

Ha llegado el momento ahora de hacer referencia al segundo componente de la doctrina del *Silent Defendant*, en concreto, a la instrucción que, a petición del abogado defensor o por iniciativa propia, el juez debe hacer al jurado -antes de que éste de inicio a sus deliberaciones- en el sentido de prohibirle a sus miembros la atribución de valor probatorio alguno al hecho de que el acusado haya permanecido en silencio durante el proceso seguido en su contra. Para abordar esta cuestión haremos algunas consideraciones previas:

Recordará el lector que cuando tratamos el tema de la doctrina de la distribución del error (DDE) hicimos también referencia al silencio del acusado.<sup>365</sup> Sin embargo, en aquel contexto, dicha situación fue concebida como una estrategia plausible por la que puede optar el acusado confiando en la vigencia de un estándar de prueba tan severo como “*Beyond All Reasonable Doubt*” (BARD), en la imposición de la carga de la prueba al fiscal y en el establecimiento a su favor de la presunción de inocencia.

En este sentido, haya o no un derecho constitucionalmente reconocido que faculte al acusado al efecto de guardar silencio en el transcurso del juicio (o en las etapas previas a éste), se trata de una posible alternativa táctica por la que aquel puede optar.

Claro está que Laudan reconoce este hecho, sin embargo sostiene que aún así el sistema podría incorporar en su arquitectura dispositivos con el propósito de *ofrecer incentivos* al acusado para que ofrezca su versión de los hechos. De este modo, el problema epistemológico consistente en permitir que alguien, en este caso el acusado, con algún conocimiento relevante para la determinación de si fue o no cometido un crimen, eluda su divulgación, se matizaría.

El incentivo más natural para tales efectos sería el que deriva de calcular la magnitud del riesgo consistente en que los miembros del jurado tomen el estado silencioso como un dato o item evidenciario, el cual, junto con la generalización de sentido común vigente en otros contextos cotidianos que dice que cuando alguien enfrenta evidencia con cierto grado considerable de plausibilidad que apunta hacia su culpabilidad respecto de alguna cuestión, y esa persona decide guardar silencio, ese mismo estado silencioso es indicativo (claro, no exclusivo o contundente en si mismo) de la responsabilidad en cuestión, podría conducir a la conclusión de la culpabilidad(p) del acusado.

Laudan hace alusión a la generalización referida en los siguientes términos:

“... In ordinary life, when there is plausible evidence of someone’s wrongdoing, and when, confronted with that evidence, he refuses to say anything, it is natural to take that as an indication (not a proof, mind you, but still a relevant indicator) that he has something to hide. In sum, the defendant’s silence, in the face of plausible evidence of his guilt, is relevant to the question of that guilt...”<sup>366</sup>

Como puede observarse, no se trata de un principio inmutable aplicable en todo caso y lugar. Se trata más

---

<sup>365</sup> Véase la sección conducente.

<sup>366</sup> Laudan, Op. Cit., nota 153, p. 152.

bien de una generalización empírica o de sentido común que es derrotable. En este sentido, no es que la sola generalización más el hecho de que el acusado guardó silencio constituyan el único soporte para la conclusión de culpabilidad. La idea es que estas dos cuestiones, individualmente muy débiles, se integren a otras líneas argumentales (las cuales consideradas en lo individual también pueden ser débiles o insuficientes), de modo que el argumento complejo resultante de este amalgamamiento sea el que funcione como el respaldo apropiado de la conclusión de culpabilidad.

Sin embargo, en la actualidad, en el sistema norteamericano, el acusado no corre el riesgo de que los miembros del jurado realicen la inferencia referida, la cual, como dijimos, es perfectamente natural (repetimos, no conclusiva) en otros contextos de la vida cotidiana. Esto debido precisamente al segundo componente de la doctrina del *Silent Defendant*.<sup>367</sup>

De hecho, no sólo es que el sistema no ofrezca incentivos para que el acusado decida testificar, sino que, en adición, el sistema ofrece incentivos precisamente para lo contrario. Como explica Laudan,<sup>368</sup> algunas de las cosas que podrían sucederle al acusado que “osa” tomar el estrado son: El fiscal, por vía de la denominada *cross-examination*- y a los efectos de restar credibilidad a su testimonio, puede introducir el historial de antecedentes penales que pudiera tener el acusado; hacer referencia a una confesión, respecto de la cual el acusado se había retractado, razón por la cual el juez la había previamente excluido; hacer referencia a cierta evidencia que también previamente había excluido el juez por haber sido obtenida mediante cateos y decomisos ilegales.

Como dice Laudan: “...*In short, current rules create a situation in which the typical defendant, especially the guilty one, has overwhelming reasons not to testify. This does not augur well for finding out the truth...*”<sup>369</sup>

Ahora bien, la instrucción que el juez da a los miembros del jurado en el sentido de no atribuir significado probatorio alguno al silencio del acusado suele ser defendida como un complemento fundamental del derecho al silencio. El argumento es que si no se toman las medidas para asegurar que el ejercicio del derecho referido no producirá consecuencias adversas a los intereses del acusado, no se trata entonces de un derecho genuino.<sup>370</sup>

La réplica de Laudan al respecto es que la toma de medidas para neutralizar las posibles consecuencias negativas del ejercicio de un derecho no constituye una condición necesaria de la instauración de derecho alguno.

Considérese por ejemplo el derecho opuesto al de guardar silencio, es decir, el derecho a tomar el estrado y testificar en su favor que asimismo se concede al acusado. Como vimos, si se opta por el ejercicio de éste, el acusado corre el riesgo de que el fiscal introduzca evidencia respecto de la cual el juez previamente había determinado excluir. En este sentido, contar su versión de los hechos podría resultar contraproducente para el acusado (sobre todo si es culpable(m)).

De acuerdo con la política criticada, el estado actual del derecho que el acusado tiene de testificar en su favor,

---

<sup>367</sup> Como hemos dicho, antes de *Griffin* (1965), la Corte consideraba perfectamente natural la inferencia en cuestión.

<sup>368</sup> Laudan, Op. Cit., nota 153, p. 151.

<sup>369</sup> Idem.

<sup>370</sup> Ibidem, p. 223.

no corresponde al de un derecho genuino. Para ello, tendrían que ser tomadas medidas al efecto de neutralizar las posibles consecuencias negativas de su ejercicio. En esta línea, tendrían que ser suprimidas las reglas que permiten al fiscal reintroducir evidencia previamente excluida. Al respecto Laudan sostiene lo siguiente:

“...Everyone agrees that defendant's exercise of his right to speak can potentially carry severe liabilities for his chances of acquittal. (That, unfortunately, is one reason why so many defendants choose silence.) Yet *none* of that is taken to imply that the defendant doesn't really have the right to speak in his defense. Why, then, should the defendant's exercise of the right to silence be guaranteed to be cost-free when the exercise of his right to speak in his own defense (which courts should be trying to encourage) is so costly?...”<sup>371</sup>

Otro argumento que se ofrece para justificar la instrucción de no atribuir significado probatorio alguno al silencio del acusado es que de no darse, los miembros del jurado pueden realizar inferencias inválidas al respecto de la culpabilidad de aquel.

Como explica Laudan,<sup>372</sup> este argumento puede tener dos lecturas: Por un lado la invalidez de las inferencias a la que se hace referencia supone la tesis de que el estado de silencio del acusado no tiene absolutamente nada que ver, es decir, es irrelevante, para la cuestión de determinar su culpabilidad.

En la segunda lectura se concede relevancia al estado de silencio, pero se teme que ese hecho sea tomado como el definitivo y preponderante para condenar. Es decir, se teme que los miembros del jurado realicen una inferencia falaz del tipo “dado que x permaneció en silencio durante el juicio seguido en su contra, x es culpable”.

Respecto a esta segunda lectura, ya hemos hecho referencia al argumento que se ofrece a favor de una regla de exclusión, basado en una supuesta incompetencia del jurado en términos de valorar racionalmente la evidencia.<sup>373</sup>

Como dijimos, esta es una cuestión que tendría que establecerse en forma empírica mediante el diseño e implementación de estudios confiables. Y, si en efecto llegara a establecerse que los miembros del jurado son incompetentes para valorar racionalmente la evidencia, el sistema norteamericano tendría que, en lugar de asumir una actitud paternalista que los protege de sus propios actos irracionales, replantearse la conveniencia de confiar al jurado la función arraigada fuertemente en el *Common Law*, de desempeñarse como *trier of fact*.

Ahora bien, la replica de Laudan a la primer lectura del argumento en cuestión es que en efecto, pueden darse diferentes combinatorias de circunstancias bajo las cuales el acusado inocente(m) decida no tomar el estrado, pero como el jurado no puede distinguir como por arte de magia quién es inocente(m) y quién no lo es, lo único que tiene ante si es el caso -pensemos por ahora- contundente que ofrece el fiscal.

En este sentido, el hecho de que alguien genuinamente inocente puede optar por no hablar a su favor sólo apunta hacia la cautela que debe tenerse al considerar el estado de silencio como un indicador (falible e individualmente muy débil) de la culpabilidad, pero esta cuestión –la cautela que debe tenerse- no es suficiente para establecer que el silencio del acusado ante un caso plausible del fiscal no constituye un item relevante. En este sentido

---

<sup>371</sup> Ibidem, p. 224.

<sup>372</sup> Ibidem, p. 158.

<sup>373</sup> Véase la sección conducente.

Laudan afirma que:

“...innocent defendants will sometimes elect silence. *What that establishes, and all that it establishes, is that silence is not an infallible indicator of guilt. It does not show that silence has no relevance to guilt, and that is what the law must establish if it is to say with epistemic authority that jurors should ignore silence...*”<sup>374</sup>

La cautela que debe tenerse en el sentido de extraer una inferencia de culpabilidad a partir del silencio del acusado derivada del hecho de que puede haber acusados genuinamente inocentes que opten por permanecer callados durante el juicio, se hace igualmente extensiva a cualquier inferencia hacia la culpabilidad extraída de cualquier otro ítem evidenciario (o conjunto de ítems), ya que la falta de representatividad del estado genuino del acusado (culpabilidad(m) o inocencia(m)) es un factor que puede incidir –en mayor o menor medida– en cualquier clase de evidencia. Del mismo modo, la posibilidad de que se cometan errores inferenciales por atribuir a cierto ítem evidenciario mayor peso del que se merece o por malinterpretar la política de sustento global que debe ser satisfecha (las condiciones de suficiencia de la evidencia considerada en conjunto), igualmente está presente ante cualquier tipo de evidencia, no sólo en el caso del silencio del acusado.

Si consideramos que la instrucción que el juez debe hacer acerca de ignorar el estado de silencio del acusado está justificada por el hecho de que las inferencias hacia la culpabilidad del acusado que el jurado puede realizar a partir de este dato (junto con otras líneas argumentales), pueden ser epistémicamente erróneas, estaría entonces justificada la instrucción de ignorar cualquier clase de evidencia, debido a que repetimos, este riesgo está siempre presente en las inferencias ampliativas o derrotables que se extraen de cualquier conjunto de ítems evidenciarios.

Por ello es que Laudan sostiene que:

“...To lobotomize the jury with respect to the defendant’s silence, on the grounds that juror inferences of guilt from this datum might sometimes be mistaken, is exactly like insisting that prosecutors should not be able to present evidence that a defendant had a motive or an opportunity because sometimes people who are innocent have motive and opportunity. It is like saying that the prosecutor cannot produce witness testimony against the defendant because sometimes witnesses finger innocent defendants...”<sup>375</sup>

Ahora bien, como explica Laudan, si se ha de establecer la irrelevancia del silencio como dato o ítem evidenciario, lo cual se requeriría para que la instrucción de ignorar el silencio estuviese epistémicamente justificada,<sup>376</sup> sería un estudio empírico que demostrara que los acusados genuinamente inocentes son igualmente propensos a guardar silencio que los acusados genuinamente culpables.<sup>377</sup>

No se han producido a la fecha estudios como el mencionado, sin embargo, es poco plausible que se diseñara alguno e implementarse, se establezca lo anterior, ya que, por las condiciones que imperan en el sistema

---

<sup>374</sup> Laudan, Op. Cit., nota 153, p. 159.

<sup>375</sup> Idem.

<sup>376</sup> Recordemos que el meta-principio aplicable a las rules of evidence consiste precisamente en que el *trier of fact* debería poder hacer contacto con toda la evidencia relevante, y no redundante. Por tanto, la única excepción justificada para excluir evidencia sería la falta de relevancia de la misma.

<sup>377</sup> Laudan, Op. Cit., nota 153, p. 159.

norteamericano relativas a las consecuencias negativas que puede tener (sobre todo para quien es culpable(m)) que el acusado hable en su defensa (que el fiscal reintroduzca evidencia previamente excluida), el silencio es una cuestión que conviene mucho más al acusado culpable(m) que al inocente(m). En este sentido, Laudan sostiene que:

“...To establish the *irrelevance* of silence, superior courts would have to point to evidence that innocent defendants are as likely as guilty ones to say nothing at their trials. That, after all, is what irrelevance means. But no one has ever produced empirical studies that point to this counter-intuitive result...”<sup>378</sup>

Para fortalecer el punto de que lo que conviene al acusado inocente(m) consiste precisamente en tomar el estrado y contar su versión de los hechos (en oposición a lo que le conviene al acusado culpable(m)) es que los miembros del jurado suelen esperar que el acusado, si es inocente, ofrezca una historia plausible sobre su inocencia de modo que explique los hechos que pesan sobre él. En este sentido, el testimonio del acusado puede arrojar pistas al jurado en relación con la historia alternativa a la del fiscal que es su obligación tratar de diseñar y asimismo, dotar a dicha historia alternativa de un grado mayor de plausibilidad.

Al respecto, nuestro autor presenta el siguiente ejemplo hipotético en el que aparentemente todo apunta a la culpabilidad de John:

“Consider this hypothetical case: John is accused of stealing Joan's car. Several seemingly reliable witnesses place John in Joan's neighborhood at the time the theft was committed. The police located the stolen car in a locked garage belong to John. The steering wheel bore John's fingerprints...”<sup>379</sup>

En el panorama anterior, todavía es posible que John sea inocente, pero como explica Laudan, el asunto crucial es si el acusado puede ofrecer una historia que explique los hechos establecidos por el fiscal:

“... The question paramount in the jurors' minds, having heard the prosecution's case, will be whether John can offer a plausible story that will render these inculpatory facts innocuous. If he is innocent, the jurors probably reason, he will be able to explain these facts away...”<sup>380</sup>

El que John se rehusó a testificar no incrementa la plausibilidad del caso del fiscal, sin embargo, dada la dificultad para el jurado de generar una historia alternativa de inocencia a la luz de los hechos establecidos, el riesgo que corre John es que la del fiscal puede ser la única historia que quede en la mesa. Veámoslo:

“...If John refuses to testify, his refusal does not make the state's case more plausible than it already was. What his failure to testify may do is to leave the state's case as the only plausible one on the table...”<sup>381</sup>

---

<sup>378</sup> Idem.

<sup>379</sup> Ibidem, p. 158.

<sup>380</sup> Idem.

<sup>381</sup> Idem.

En este ambiente en el que aparentemente no hay historia alternativa posible, la falta del testimonio del acusado cobra una importante dimensión, dado que confirma que, en efecto, en las circunstancias establecidas por el fiscal no había alternativa razonable. En este sentido, Laudan comenta que:

“...The importance that a rational juror would attach to John's silence arises from the apparent lack of an alternative story to be told. By default, his silence may seal his conviction, provided that the prosecution's case was reasonably powerful in the first place....”<sup>382</sup>

Respecto al incremento de la plausibilidad de la historia alternativa de inocencia que es obligación del jurado diseñar, Laudan sostiene que:

“...if he (the defendant) fails to offer any exculpatory story, and if the prosecution's case is plausible and powerful, then it falls to the jury to think up one. Whatever story they devise will inevitably have less credibility than if John himself had offered it in testimony. Jurists may not like the fact but it is a fact that *rational* jurors will find a theory of the crime that makes John innocent more plausible if John himself offers testimony that bears out the theory in question. *John needn't offer such testimony (that is what the right to silence means) but, if he does not, he can hardly blame the jury if they conclude that John has something to hide and that any theory that exonerates him seems less plausible than it would have done had his own testimony supported it....*”<sup>383</sup>

Toca el turno ahora, de tratar otro derecho del acusado que igualmente impone obstáculos a la averiguación de la verdad, toda vez que su ejercicio implica que cierta evidencia relevante no sea tomada en cuenta por el *trier of fact*. Dicho derecho consiste en demandar la exclusión de la evidencia recabada por medio de cateos y/o decomisos inconstitucionales sufridos por el acusado.

Como explica Laudan,<sup>384</sup> todo ciudadano –acusado de la comisión de un delito o no- goza del derecho a no sufrir actos Estatales de perturbación en contra de su propiedad privada salvo que dichos actos estén justificados sobre la base de la existencia de una “causa probable” (“*probable cause*”) o de una orden de cateo (“*search warrant*”).

El ciudadano ordinario –que no tiene la calidad de acusado de un delito- puede exigir, por la vía civil, el pago de daños compensatorios y/o punitivos (“*compensatory and punitive damages*”), e incluso presentar cargos penales (“*criminal charges*”) en contra de los oficiales ejecutores, al efecto de que la violación derivada de los actos de perturbación referidos sea subsanada.<sup>385</sup>

Sin embargo, se pregunta Laudan<sup>386</sup>, ¿por qué el sistema norteamericano considera que para subsanar la violación derivada de estos actos inconstitucionales es necesario otorgar el derecho –adicional al ejercicio de las vías civil y penal- a que se excluya la evidencia que por esos medios fue recabada, cuando se trata de un acusado?; o ¿por qué el procedimiento penal, en su modalidad de sistema de investigación de hechos empíricos, tiene que pagar por la

---

<sup>382</sup> Idem.

<sup>383</sup> Idem.

<sup>384</sup> Ibidem, p. 219.

<sup>385</sup> Idem.

<sup>386</sup> Idem.

conducta impropia de los elementos de los cuerpos policíacos, viendo reducido su potencial para producir veredictos epistémicamente correctos?

Una posible respuesta es que no se puede permitir que surjan derechos para el Estado —en este caso, el derecho del fiscal a presentar la evidencia respectiva— por la comisión de actos inconstitucionales, los cuales no deberían tener efecto alguno.

Sin embargo, la tesis anterior no se sostiene a la luz de que el derecho del fiscal que supuestamente no debería surgir por provenir de un acto no sólo antijurídico, sino inconstitucional, en efecto surge si el acusado decide tomar el estrado y testificar en su defensa (recordemos que en este caso, el fiscal puede reintroducir, por vía del *cross-examination*, la evidencia excluida sobre la base de provenir de un acto inconstitucional). A este respecto, nuestro autor comenta:

“... Remember that the courts *will* allow this right-violating evidence to be used to impeach the defendant should he choose to testify. That much alone establishes that the courts believe that the defendant has no claim to the *unconditional* exclusion of such evidence...”<sup>387</sup>

Como puede verse, el sistema norteamericano trata a este derecho como uno sujeto a excepciones. La excepción, repetimos, es que el acusado decida contar su versión de los hechos durante el juicio respectivo.

Esta forma de tratar al derecho referido, primero defendiéndolo a toda costa y después introduciendo, por la puerta trasera, excepciones que lo denigran, es de entrada cuestionable. Aún más si se reflexiona sobre la justificación de la excepción en cuestión.

El permitir al fiscal que reintroduzca la evidencia obtenida por cateos y decomisos inconstitucionales cuando el acusado decide hablar a su favor, es una especie de represalia de parte del sistema por osar romper el silencio. Es como el castigo que un padre acaudalado deja caer sobre su vástago cuando éste rehúsa vivir al amparo de aquel, dejándolo entonces a su suerte. Del mismo modo, el sistema decide retirar la protección que había brindado por lo que interpreta como una especie de acto de ingratitud por parte del acusado.

Pero, si esta interpretación de la razón por la que se imponen las consecuencias referidas por el solo hecho de que el acusado hable, es plausible, se llega a la conclusión de que, con esta decisión el sistema implícitamente reconoce que los acusados culpables(m) son los más beneficiados por su empleo de las *rules of evidence* para proteger al acusado inocente(m) de una potencial condena falsa.

En este sentido, la protección que el sistema norteamericano ofrece a la clase abstracta de “el acusado”, por vía de las *rules of evidence*, es flagrantemente excesiva, toda vez que está diseñada para incrementar innecesariamente la frecuencia de absoluciones falsas. Decimos “innecesariamente” debido a que la cuota socialmente deseada de beneficio de la duda que desea otorgarse al acusado supuestamente está condensada en toda su plenitud en la severidad (o altura) del estándar BARD (que de por sí, ya es excesiva).

---

<sup>387</sup> *Ibidem*, pp. 219-220.

En suma, es como si el sistema considerara que el costo de una absolución falsa *es insignificante*. Pero, ¿en efecto la sociedad norteamericana querrá que ande libre por las calles un conjunto mayor de asesinos, violadores, asaltantes, etc. al que resulta de una decisión razonada al respecto, con tal de tratar de asegurarse que serán muy pocas las condenas falsas que el sistema produzca?<sup>388</sup>

Ahora bien, otra razón que se ofrece para justificar la exclusión de la evidencia obtenida por medio de actos inconstitucionales, ya no hace referencia a derecho alguno del acusado, sino a la necesidad de *desincentivar dicha conducta impropia en los cuerpos policíacos*. En este sentido, el objetivo de la exclusión de la evidencia obtenida por decomisos inconstitucionales se equipara al subyacente a los derechos *Miranda*, y al de la exclusión de confesiones –aunque estén perfectamente corroboradas– que fueron obtenidas sin la previa demostración de “causa probable”. Al respecto, Laudan comenta que:

“... The Supreme Court has conceded more than once that the *Miranda* "rights" are not genuine rights found in the Constitution. Instead, according to the Court, they are "prophylactic" measures, designed to discourage the police from engaging in unacceptable practices of interrogation. Precisely the same analysis applies to the confession freely offered by someone who was arrested without probable cause. The proffered confession, however well corroborated and however voluntary, will nonetheless be excluded, not because the defendant enjoys a right to have it excluded (the courts concede that he does not), but because its exclusion may, in the view of the courts, persuade the police that they should not go around arresting citizens without probable cause... In *Miranda* and many similar cases, we see the evidence rules being used, not to promote accuracy in verdicts, but as devices for fostering desirable police conduct.”<sup>389</sup>

Sin embargo, como apunta Laudan, los propios defensores de lo que llama la política “*Policing the police*”, e incluso la Suprema Corte, conceden que la exclusión referida tiene, en realidad, efectos muy tenues en términos de lograr erradicar la conducta inaceptable de la policía. La exclusión de evidencia, y la muy probable liberación del acusado, si bien puede causar indignación en los oficiales y detectives respectivos, no logran desmotivarlos de que lleven a cabo los actos inconstitucionales en cuestión. Esto debido a que la exclusión de evidencia en comento no constituye una sanción directa que tenga impacto en sus carreras. Más bien, el que sufre directamente las consecuencias de la exclusión de cierta evidencia relevante, cuando es crucial para el caso en cuestión, es el fiscal. Él es el responsable de llevar los casos que plantea ante las cortes, a la conclusión esperada, es decir, hacia la obtención de una condena. Cuando esto no sucede, su perfil de éxito disminuye y acumula entonces notas malas que perjudican su desempeño. Al respecto, Laudan comenta lo siguiente:

“... Even the most fervent advocates of the “policing the police” policy concede that the exclusion of evidence is, at best, a mild and indirect deterrent to unacceptable police investigative practices. After all, it is not the police themselves but prosecutors who feel the brunt of evidentiary exclusion rules. Police investigators tend to regard a case as solved when they are persuaded that they have found the guilty party. While the police may be dismayed when a jury – with access to less evidence than the police have seen —

---

<sup>388</sup> Esta cuestión la trataremos con mayor detalle al abordar el argumento Laplace-Nozick que Laudan ofrece al respecto.

<sup>389</sup> Laudan, Op. Cit., nota 153, pp. 224-225.



acquits someone whom they regard as guilty, a police officer's career is not usually going to be significantly impacted because the courts sometimes exclude evidence that she has collected. While exclusion can often deal a body blow to a prosecutor, it is, at best, an indirect slap on the wrist to the cop on the beat. Courts have sometimes conceded as much...."<sup>390</sup>

Aún otro argumento que se ofrece a favor de la exclusión de la evidencia obtenida por cateos y decomisos inconstitucionales es el que sostiene que la exclusión referida es necesaria a los efectos de mantener intocada la *integridad moral* de las cortes. La idea es que si la corte admite evidencia obtenida por funcionarios que violaron el marco constitucional, ésta sería vista como *cómplice* de dichos actos, con lo cual se perdería el respeto y obediencia de los ciudadanos. Haciendo referencia al *Chief Justice* Earl Warren, Laudan resume la postura anterior así:

"...Excluding illegally acquired evidence, he insisted, "serves another vital function -- 'the imperative of judicial integrity'."<sup>391</sup> In this ruling in 1960, he was content to hold that illegally seized evidence should be excluded so as to keep the court's hands clean. By 1968, the Chief Justice had honed his rhetoric from the prosaic to the sublime. Illegally seized evidence had to be excluded, he said, *because to include it would have the "necessary effect of legitimizing the conduct which produced the evidence, while an application of the exclusionary rule withholds the constitutional imprimatur."* For good measure, he added that: "Courts which sit under our Constitution cannot and will not be made party to lawless invasions of the constitutional rights of citizens."<sup>392</sup><sup>393</sup>

La contra-argumentación de Laudan a esta postura es que de manera rutinaria, cuando en el sistema norteamericano las cortes enfrentan el dilema de escoger entre: a) excluir la evidencia inconstitucionalmente obtenida y b) ser cómplice del acto antijurídico por vía de la aceptación-convalidación de sus frutos; se escoge b). A continuación, los casos que cita Laudan en los que aparentemente mantener la integridad moral de las cortes no es tan importante como se argumenta:

- “evidence seized illegally by the police from almost any one *except* the defendant himself will be unproblematically admitted into evidence;<sup>394</sup>
- evidence seized illegally from the defendant himself *by someone other than the police* will be freely admitted;
- evidence seized illegally from the defendant by the police may be admitted *if the defendant testifies in his own defense*;
- if the defendant is illegally arrested by the police, he can still be made to stand trial, even though he is in police custody only by virtue of an illegal act;
- courts voice no qualms about the use of “tainted,” illegally-seized evidence at the sentencing hearing for the defendant, nor in grand jury proceedings against him (even though decisions in sentencing hearings can impose costs on the defendant as devastating as those associated with a conviction itself);
- at a preliminary hearing before a judge –which may issue in a warrant for arrest or search—the suspect is

---

<sup>390</sup> *Ibidem*, p. 225.

<sup>391</sup> *Elkins v. US*, 364 US 206, at 222 (1960).

<sup>392</sup> *Terry v. Ohio*, 392 US 1, at 13 (US, 1968).

<sup>393</sup> Laudan, *Op. Cit.*, nota 153, p. 226.

<sup>394</sup> The Supreme Court wrote in *US v. Payner*: “The supervisory power of the federal courts does not authorize a court to suppress otherwise admissible evidence on the ground that it was seized unlawfully from a third party not before the court. Under the Fourth Amendment, the interest in deterring illegal searches does not justify the exclusion of tainted evidence at the instance of a party who was not the victim of the challenged practices.”, 447 US 727 (US, 1980).

not allowed to object to the introduction of evidence “on the ground that it was acquired by unlawful means;”<sup>395</sup><sup>396</sup>

No es que Laudan critique el hecho de que, en ocasiones, el sistema no sea tan inquisitivo en términos de averiguar cómo se obtuvo la evidencia, con tal de que se cuente con ella. Lo que critica es la forma heterogénea en que esta política se aplica. Veámoslo:

“...To be clear, I am not criticizing the courts for having these policies of admitting various sorts of evidence, without inquiring too meticulously into how they were obtained. Any robust theory of evidence would do the same thing. What I find troubling is the *unevenness* with which this policy is applied. *It is as if, whenever the courts find it convenient or otherwise suiting the justices' fancies, they mount their moral high horses and exclude relevant evidence, invoking the "transcendent" need to protect the image of the courts and to avoid the taint of illegality. In other, common enough, situations, they turn a decidedly blind eye to questions about the provenance of the evidence, now draping themselves in the importance of admitting relevant evidence...*”<sup>397</sup>

Pues bien, con lo anterior hemos concluido la discusión relativa al meta-principio de relevancia y las reglas de exclusión del sistema bajo examen que entran en conflicto con aquel. Es momento ahora de dar paso a una discusión similar pero respecto de las *rules of procedure*.

## **2. El meta-principio aplicable a las rules of procedure**

Como mencionamos anteriormente, para Laudan, las *rules of procedure* establecen, de un lado, los requisitos de tiempo y forma que determinan la manera en que la información evidenciaria respectiva será introducida al juicio; y de otro, los estándares o criterios para valorar dicha información que serán empleados por el *trier of fact*.<sup>398</sup>

Sin embargo, la denotación de esta expresión también comprende las cuestiones relativas a cómo se seleccionan los miembros del jurado, qué tipo de actos procesales del juez están sujetos a impugnación, qué instrucciones debe dar el juez al jurado, etc.<sup>399</sup>

Ahora bien, Laudan aclara que, dado que las *rules of procedure* no se hacen cargo, al menos no directamente, de la cuestión de qué evidencia será admitida y cuál no lo será, los parámetros de relevancia y confiabilidad no pueden ser empleados como en el caso de las *rules of evidence*. Así mismo, dado el amplio espectro de cuestiones que son reguladas por las *rules of procedure*, el perfil epistémicamente óptimo de éstas no puede reconducirse a un solo meta-principio. Así, el autor en cuestión sostiene que:

“... If we ask ourselves, what sorts of epistemic yardsticks can be used for the evaluation of procedural rules, our previous analytic crutches --relevance and reliability-- are of little avail, because procedural rules do

---

<sup>395</sup> Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 5.1(a).

<sup>396</sup> Laudan, Op. Cit., nota 153, p. 227.

<sup>397</sup> Ibidem, p. 228.

<sup>398</sup> Véase sección correspondiente, y Laudan, p. 141.

<sup>399</sup> Idem.

not determine, at least not directly, which evidence is admitted and which is excluded. Nor can we hope to reduce the rules of procedure, as we did with the rules of evidence, to a single over-arching principle....<sup>400</sup>

Sin embargo, existen al menos dos demandas o requerimientos de carácter epistémico, que son:

“a). Rules of Procedure should be designed to optimize the likelihood that the triers of fact, typically jurors, receive their information in a way that enables them to draw valid inferences from the evidence about the guilt of the accused. That is, *procedures should be chosen so as to reduce the likelihood of an invalid verdict.*<sup>401</sup>

b). Rules of procedure, taken as a whole, should create a *self-correcting* system of checks so that, if serious errors are made along the way, they are likely to be discovered and rectified...<sup>402</sup>

Algunas de las reglas del procedimiento norteamericano que Laudan identifica como violatorias de los requerimientos previos son:

- A) La denominada “*discovery rule*”
- B) La teoría subjetiva del estándar de prueba
- C) La doctrina de la imposibilidad de impugnar fallos absolutorios con base en el principio del *Double Jeopardy*

A continuación trataremos cada uno de los casos referidos:

#### **A. El caso de la denominada “*Discovery Rule*”**

Como explica Laudan,<sup>403</sup> esta regla constituye una incorporación relativamente novedosa al sistema de referencia. En la época anterior a su inclusión, las partes enfrentaban la etapa del juicio sin saber lo que les deparaba en términos de la evidencia que su contraria incluiría, y de la estrategia de defensa general que seguiría. Claro está que el acusado conocía los cargos que le eran imputados y que el fiscal sabía cómo se había declarado aquel (no-culpable), pero más allá de estos datos iniciales, ambos se encontraban en igualdad de condiciones en lo respectivo a su ignorancia acerca de lo que les esperaba.

Nuestro autor en comentario sostiene que la situación descrita viola el meta-principio a) anteriormente fijado, ya que al no haber un itinerario preestablecido de los puntos que serán discutidos, ni de las estrategias generales mediante las que éstos serán abordados, el juicio puede tomar múltiples direcciones y tener abruptos virajes en función de las calibraciones de las partes (por ejemplo, el abogado del acusado puede comenzar su estrategia invocando aspectos relacionados con la salud mental de su cliente para posteriormente, cuando evalúa que la táctica precedente no está teniendo los resultados esperados, intentar un argumento de defensa propia, etc.).

---

<sup>400</sup> Idem.

<sup>401</sup> The Supreme Court suggested as much when it insisted that: "We must be mindful that the function of legal process is to minimize the risk of erroneous decisions." (Addington v. Texas, 441 US 418, at 425 (1979).)

<sup>402</sup> Laudan, Op. Cit., nota 153, pp. 141-142.

<sup>403</sup> Ibidem, p. 142.

Así mismo, cualquiera de las partes puede ser sorprendida por la otra en el sentido de no estar preparada para el rumbo que el juicio está tomando con base en la inclusión de cierta evidencia y/o en el uso de cierto argumento. Esta situación disminuye la calidad de la réplica que puede presentar la parte sorprendida, con lo cual se incrementan las probabilidades de que el *trier of fact* realice inferencias inválidas en la medida en que éste no se encontrará tomando su decisión en el ambiente mejor informado posible.<sup>404</sup> En este sentido, Laudan comenta que:

“... Either party could be blind-sided by the other. Revelations of surprise witnesses or damning evidence or ironclad alibis could often halt a trial in its tracks, or at least divert it from its expected direction. More importantly, from an epistemic point of view, this system meant that one or other party in a trial was sometimes caught flat-footed, having to improvise frantically and ex tempore in order to cope with the unforeseen situation...”<sup>405</sup>

Para subsanar el estado de cosas anterior, la regla federal 16(a)<sup>406</sup> establece el derecho del acusado consistente en demandar, en la denominada “*pre-trial hearing*”, que el Estado le provea de copias de todas las declaraciones que del acusado tenga el fiscal, así como de toda la documentación que aquel pretenda usar como evidencia. Así mismo, el acusado tiene derecho a que el Estado le permita tener acceso a toda la evidencia física en su poder. Si el acusado realiza este requerimiento al fiscal, éste tiene, a su vez, el mismo derecho sobre la evidencia del acusado. A este respecto, Laudan comenta que:

“... So far, so good. The sharing of information before a trial begins makes it more likely that the in-trial discussion of testimony and other evidence will be as well-informed as we can make it. That is clearly in keeping with principle (a)...”<sup>407</sup>

Sin embargo, la reforma que introduce la regla del *Discovery*, vuelve a reflejar la tendencia del sistema norteamericano consistente en introducir dispositivos que proporcionan ventajas exclusivamente al acusado, dado que, como explica Laudan, el mecanismo del *Discovery* sólo se activa si éste así lo decide. Veamos lo que nuestro autor dice al respecto:

“But this reform, while overdue, was drastically ill-thought-out because it gives the defendant *unilateral* control over triggering the discovery process. That is, if the defendant does *not* ask the state to reveal what evidence it has in hand, then the state is precluded from demanding "discovery" from the defendant...”<sup>408</sup>

---

<sup>404</sup> En efecto, la evidencia o argumento inesperados pueden ser objeto de refutación. Sin embargo, la preparación de la misma requiere de investigación previa (por ejemplo, de hechos relevantes para determinar el grado de credibilidad de los testigos, de estudios científicos que contradigan o arrojen duda respecto de algún dictamen pericial, de la corroboración de una coartada, etc.). En este sentido, podría decirse que los miembros del jurado tienen derecho a presenciar la mejor “batalla” posible. Claro está que en el grado de preparación de las estrategias de refutación o defensa no sólo interviene el factor del conocimiento previo de la evidencia y/o argumentos respectivos. Cuenta también el grado de pericia de los abogados, los recursos de las partes, etc.

<sup>405</sup> Laudan, Op. Cit., nota 153, pp. 142-143.

<sup>406</sup> Ibidem, p. 143.

<sup>407</sup> Idem.

<sup>408</sup> Idem.

Pues bien, si en efecto la incorporación de un mecanismo como el implicado por la doctrina del *Discovery* tiene méritos epistémicos en la medida en que, por un lado, garantiza que sean fijados de antemano los puntos sobre los que versará la discusión de la evidencia en juicio; y de otro, sienta las bases para que las partes presenten argumentos escrupulosamente preparados, ¿porqué atentar en contra de estos méritos otorgándole a la doctrina referida, tintes parciales? En este sentido, Laudan se pregunta:

“...The obvious question is: Why, if discovery is unequivocally a boon to truth-seeking (as it would seem to be), should it take place only when and if the *defendant* desires? If discovery ensures that each side can have advance access to evidence necessary to prepare its case thoroughly, then discovery should not be made hostage to the self-serving calculations of either party...”<sup>409</sup>

El efecto de contar con un mecanismo de *Discovery* que sólo unilateralmente puede ser echado a andar por el acusado es que probablemente genera situaciones en las que el Fiscal es sorprendido en la medida en que no esperaba cierto testigo, cierta coartada, o cierto argumento, razón por la cual la refutación o contra-argumentación que está en condiciones de presentar, aunque domine el arte de la *cross-examination*, no tiene la calidad que pudo haber tenido, por el simple hecho de que se requiere, para su preparación, de que previamente se haya llevado a cabo una investigación que recabe información referente a la credibilidad del testigo en cuestión, a la corroboración o no de la coartada ofrecida, etc. Así se refiere Laudan a los efectos previsibles de una doctrina del *Discovery* parcial:

“...The predictable consequence of the discovery rule in its current form is that defendants with surprises to deliver --surprises that they fear might not stand up to the sort of advance scrutiny offered by discovery--can keep their powder dry, hoping to catch the prosecution off balance. That is no way to discover the truth about a crime. If discovery has any epistemic merit (and I think it does), then its exercise should neither be discretionary nor left in the hands of just one party. In its current form, the discovery rule gives a decided and unprincipled advantage to the defendant that is neither grounded in, nor compatible with, maximizing the likelihood that the jury will hear the best case that the two parties can present...”<sup>410</sup>

## **B. La Teoría Subjetiva del Estándar de Prueba**

Como hemos visto,<sup>411</sup> los errores inferenciales en que puede incurrir un miembro del jurado son:

1. Atribuir a ciertos ítems evidenciaros valores (o pesos) probatorios mayores o menores a los que genuinamente les corresponderían con base en sus méritos racionales, y
2. Malinterpretar la política global de sustento o respaldo que la totalidad de premisas e inferencias intermedias debe transferir hacia la conclusión de culpabilidad. La política en comento está constituida por la fijación de la altura o grado de severidad del estándar de prueba aplicable.

Al error 1 lo denominaremos “*error inferencial a nivel local*”, mientras que al error 2, lo llamaremos “*error inferencial a nivel global*”.

---

<sup>409</sup> Idem.

<sup>410</sup> Idem.

<sup>411</sup> Véase la sección correspondiente.

De acuerdo con el requerimiento epistémico previamente identificado con el inciso a) aplicable a las *rules of procedure*, el cual demanda que éstas han de ser diseñadas al efecto de promover la realización de inferencias válidas por parte del *trier of fact*, el sistema de referencia debería contar con dispositivos que redujeran la probabilidad de que 1 y 2 fueren cometidos.

Sin embargo, el ideal anteriormente expresado es fuertemente socavado por el predominio que en el sistema norteamericano tiene cierta concepción de la actividad del *trier of fact*, según la cual, el ámbito de las deliberaciones del jurado constituye un recinto intocable, una “caja negra” no susceptible de intrusión legislativa o judicial alguna.

Como primer manifestación de esta concepción (basada en una confianza extrema en que la “sabiduría popular” encontrará de modo natural el camino para impartir justicia), al miembro del jurado no se le ofrecen pautas que lo guíen en sus atribuciones de grados de confiabilidad (*reliability assessments*) a los diversos ítems evidenciarios.<sup>412</sup>

Una segunda manifestación de la concepción referida consiste en la decisión de implementar una política probatoria a nivel global que, paradójicamente, nada tiene que ver con la especificación del grado de soporte que la totalidad de las premisas e inferencias intermedias deberían transferir a la conclusión de culpabilidad del acusado. Es decir, nada tiene que ver con la delimitación de las condiciones estructurales que el razonamiento que conduce a la conclusión de culpabilidad ha de instanciar al efecto de justificar la emisión de una condena.

En este sentido, la verificación de que dichas condiciones estructurales se satisfacen es sustituida por el despliegue de un meta-análisis por medio del cual el *trier of fact* debe determinar si la intensidad de su creencia en la culpabilidad del acusado es tal que constituya un *firme e inamovible convencimiento* al respecto. Así, la emisión justificada de una condena se hace depender de la presencia de dicho estado.

Para complementar el cuadro anterior, hay todavía una tercera manifestación de la concepción de las deliberaciones del jurado al estilo de una caja negra. Esta consiste en no requerir del jurado una explicación acerca de cómo arribó a sus conclusiones.<sup>413</sup>

A continuación, nos referiremos a la forma en que Laudan plantea la evolución de la política probatoria global imperante en la materia penal del sistema norteamericano: El estándar “*Beyond All Reasonable Doubt*” (BARD).

Hacia finales del siglo XVIII (cuando BARD no entraba todavía en vigencia) la condición para la emisión legítima de una condena consistía en que el *trier of fact* debía tener la *certeza absoluta* de la culpabilidad del acusado.<sup>414</sup>

De manera simultánea, en el terreno de la epistemología –gracias a filósofos como John Locke y John Wilkins- comienza a gestarse la noción de “*certeza moral*”, la cual se basa precisamente en el reconocimiento de que la absoluta seguridad respecto de creencias empíricas es imposible de alcanzar.

---

<sup>412</sup> Ni siquiera Laudan ha decidido incursionar en este terreno, de modo que, pese a que reconoce que la Epistemología tendría mucho que aportar al respecto, se limita a incluir en su meta-principio aplicable a las *rules of evidence* el asunto de la relevancia y de la no redundancia de la evidencia.

<sup>413</sup> En términos de lo que sucede en sistemas del *Civil Law* como el nuestro, lo anterior equivale a una ausencia de “motivación” de la sentencia respectiva.

<sup>414</sup> Laudan, Op. Cit., nota 153, p. 32.

La expresión “moral” en la frase precedente nada tiene que ver con los ámbitos de la moralidad y la ética. El calificativo aludido se emplea para distanciar esta “nueva” clase de certeza de aquella que tradicionalmente se vincula con la demostración rigurosa característica de las matemáticas.<sup>415</sup>

Las creencias moralmente certificadas (“*morally certain beliefs*”), si bien en teoría son blanco de la eterna duda del escéptico, en la práctica constituyen “verdades” bien establecidas, soportadas en múltiples líneas argumentativas resultantes de la consideración de abundante y confiable evidencia física, testimonial, documental, etc. Los argumentos referidos, individualmente débiles, se amalgaman para lograr el efecto global de sustento de la tesis fáctica en cuestión.<sup>416</sup>

Los juristas de la época incorporan este “*insight*” proveniente de la epistemología y establecen que, en la materia penal, la creencia en la culpabilidad del acusado debe estar *moralmente certificada* si ha de justificarse la emisión de una condena. Se sustituye entonces el estándar de la certeza absoluta por el de BARD.

Sin embargo, en épocas recientes la Suprema Corte de los Estados Unidos ha considerado que explicar BARD en términos de una certeza moral confunde a los miembros del jurado en el sentido de hacerles pensar que pueden condenar al acusado con base en juicios de valor (sobre todo, juicios de moralidad) *desatendiendo la evidencia disponible*.<sup>417</sup>

Así, despojando al estándar BARD de sus fuertes lazos con la tradición epistemológica de la que surge, la Corte ha venido proponiendo diversas interpretaciones del estándar en cuestión hasta llegar al punto de sostener que no es necesario intentar explicar lo que significa al jurado, ya que se trata de una de esas intuiciones imposibles de articular que, sin embargo, todos sabemos reconocer. Algunas de esas interpretaciones son:

- A) BARD como el grado subjetivo de seguridad o confianza que el propio *trier of fact* demanda tener respecto de las creencias involucradas en las decisiones importantes de la vida<sup>418</sup>
- B) BARD como el tipo de duda que haría que una persona prudente titubeara respecto de llevar a cabo alguna acción<sup>419</sup>

---

<sup>415</sup> Ibidem, p. 33.

<sup>416</sup> Al respecto, Laudan ofrece al siguiente ejemplo: “... You could be morally certain, for instance, that Julius Caesar had once been emperor of Rome, or that the Earth was round, even though there remained room for the thorough-going skeptic to point out that we may conceivably be deluded about such matters...” Idem.

<sup>417</sup> Al respecto Laudan comenta que: “... as Justice Blackmun put it in a famous dissent, there exists “the real possibility that such language would lead jurors reasonably to believe that they could base their decision to convict upon moral standards or emotion in addition to or instead of evidentiary standards”, en Justice Blackmun’s dissent in *Victor v. Nebraska*, 511 US 1, at 37 (1994), citado por Ibidem, p.35. La Corte resume sup unto del modo que sigue: “... The Court opined: “The risk that jurors would understand “moral certainty” to authorize convictions based in part on value judgments regarding the defendant’s behavior is particularly high in cases where the defendant is alleged to have committed a repugnant or brutal crime...” Idem. Para cerrar esta cuestión, el Justice Ginsberg finalmente sostuvo que: “the phrase ‘moral certainty,’ though not so misleading as to render the instructions [to jurors] unconstitutional, should be avoided as unhelpful in defining reasonable doubt.” “the phrase ‘moral certainty,’ though not so misleading as to render the instructions [to jurors] unconstitutional, should be avoided as unhelpful in defining reasonable doubt.”. Véase el mismo caso *Victor V. Nebraska*, citado previamente por Idem.

<sup>418</sup> Ibidem, p. 36.

- C) BARD como un firme o permanente convencimiento<sup>420</sup>
- D) BARD como la duda para la cual puede ofrecerse una razón<sup>421</sup>
- E) BARD como una alta probabilidad<sup>422</sup>

Laudan lanza críticas a cada una de las interpretaciones anteriores para después ofrecer una crítica general a la tendencia hacia la que el conjunto total de aquellas apunta. Es decir, a la especificación del estándar de prueba en términos de la presencia de un estado interno y subjetivo del *trier of fact*.

La crítica de Laudan a A) consiste en que equiparar BARD a la forma en que tomamos decisiones en nuestra vida cotidiana implica contar con un estándar poco exigente (todo lo contrario a lo que se quiere lograr con BARD).<sup>423</sup> En efecto, decisiones como las de cambiar de trabajo, de carrera, casarse, llamar a la policía por haber escuchado un sonido sospechoso dentro de la casa, acceder a una intervención quirúrgica peligrosa, etc., son tomadas, en general, en un ambiente de considerable incertidumbre. Con frecuencia, hay muchas dudas al respecto y sin embargo, actuamos.<sup>424</sup>

De acuerdo con B), lo que justificaría una exoneración sería el experimentar una duda respecto de la hipótesis de culpabilidad semejante al tipo de duda que haría al *trier of fact* (asumiendo que se trata de una persona prudente) vacilar en cuanto a llevar a cabo una acción importante.

En cuanto a B) Laudan nuevamente insiste que la analogía con la toma de decisiones en la vida cotidiana (aún tratándose de asuntos importantes) es inadecuada. El autor en comentario nos invita a pensar en el ejemplo de una esposa frecuentemente golpeada por su marido. Luego de huir de uno de los episodios de violencia a los que suele estar sometida, (muy probablemente a causa de un trastorno de personalidad) ella puede titubear al respecto de si regresa o no con su esposo aunque no experimente ninguna clase de duda respecto a que regresar pone en peligro su integridad física. El punto es que en algunas ocasiones solemos titubear, o incluso quedarnos pasmados, aún cuando sabemos (cuando no tenemos duda de) qué curso de acción es el que más nos conviene. En este sentido, el vínculo causal que B) pretende establecer entre cierta clase de duda y el titubeo o la vacilación en cuestión, no se satisface.<sup>425</sup>

La crítica de Laudan a C) consiste en preguntarse lo siguiente: ¿cómo podemos saber, de antemano, que cierta creencia (en este caso la que corresponde a la culpabilidad del acusado) será del tipo de creencias que

<sup>419</sup> Ibidem, p. 37.

<sup>420</sup> Ibidem, p. 38.

<sup>421</sup> Ibidem, p. 40.

<sup>422</sup> Ibidem, p. 44.

<sup>423</sup> Recordemos que BARD o la certeza moral supuestamente constituye el peldaño inmediatamente inferior a la certeza absoluta.

<sup>424</sup> Experimentamos una especie de “clic” intuitivo que se abre paso ante una posible jungla de dudas e inseguridades.

<sup>425</sup> Alguien podría argumentar que el problema puede resolverse si se hace referencia no a la duda, sino a la “sensación” que nos hace titubear en el contexto de toma de decisiones importantes. Sin embargo, como veremos más adelante en la crítica general que Laudan ofrece a estas interpretaciones, ¿en qué medida rastrear estados internos cuya conformación y sucesiva experimentación dependen de la historia de vida de cada individuo, resuelve el problema de especificar el grado de soporte que deseamos sea transferido por las premisas evidenciarías hacia la conclusión de culpabilidad?



permanecen por un periodo largo en nuestras vidas? ¿Cómo sabemos que no se tratará de una creencia transitoria? En efecto, podemos identificar de manera retrospectiva qué creencias han permanecido con nosotros, o lo hicieron, por un largo periodo. Sin embargo, no es plausible que esto pueda hacerse en prospectiva.

En torno a la cuestión de la firmeza (o alto grado de intensidad) del convencimiento respectivo, si bien es cierto que esta condición ya no plantea la realización de predicciones infundadas respecto del contenido de nuestros estados mentales a futuro, el problema que surge consiste en que *un firme convencimiento no necesariamente resulta de una reflexión cuidadosa (ni de la realización de inferencias válidas a partir) de la evidencia disponible*. En efecto, como en el ejemplo que Laudan proporciona, alguien puede creer que al morir su mascota preferida, ella se encuentra en el paraíso (claro, en la sección correspondiente a su especie). La intensidad de esta creencia, la tenacidad con la que ésta se mantenga, no es indicativo (suficiente en sí mismo) de sus bases racionales.

Otra forma de plantear la deficiencia de esta interpretación de BARD consiste en señalar que cuando se trata del convencimiento firme que puede o no tenerse respecto de una creencia, múltiples factores internos, como algunos temores, prejuicios, experiencias desagradables previas, la creencia en relaciones causales irracionales, etc., son relevantes para su conformación.<sup>426</sup>

Sin embargo, cuando se trata del establecimiento de la verdad (obviamente falible) de la creencia en cuestión, no estamos hablando de factores internos que la “causan”, sino de otras creencias (proposiciones) que contribuyen al aumento o disminución de sus probabilidades de ser verdadera, y de la forma en que de manera individual y conjunta logran ese efecto. La pregunta consistente en ¿cuándo de manera individual y conjunta los ítems evidenciaros relevantes (cuyo contenido se expresa mediante proposiciones) proporcionan el grado de soporte requerido? no es adecuadamente respondida haciéndose referencia a la presencia de una estado de convicción, por más fuerte que éste sea.

En un artículo reciente,<sup>427</sup> Laudan lanza una crítica más a esta interpretación de BARD sosteniendo que “firme convencimiento” es una expresión que no denota (no especifica) un solo grado de confianza en la culpabilidad, sino un *rango* de grados de confianza.

En este sentido, podemos aseverar que estamos firmemente convencidos de diversas proposiciones tales como que “dos mas dos son cuatro”; que “el sol saldrá mañana”; que “los aliados derrotaron a Hittler durante la Segunda Guerra Mundial”; que “no moriré dentro de las próximas 5 horas”; que “desayuné cereal esta mañana”; que “Simpson mató a su esposa”; etc. Sin embargo, la aseveración de que estamos firmemente convencidos en los casos precedentes, no significa que tengamos el mismo nivel de confianza-convencimiento en la verdad de las

---

<sup>426</sup> En este sentido, Laudan menciona que, por ejemplo, una persona puede estar firmemente convencida de que el acusado es culpable, dado que aquel pertenece al signo zodiacal Escorpio. Tal vez la razón no es que sea Escorpio, sino negro, o latino, o asiático, homosexual, protestante, anarquista (piénsese en Sacco y Vanzetti), comunista, etc. Véase Laudan, Op. Cit., nota 153, p. 39.

<sup>427</sup> Laudan, “The Social Contract and the Rules of Trial: Re-Thinking Procedural Rules”, disponible en línea en: [http://papers.ssrn.com/sol3/cf\\_dev/AbsByAuth.cfm?per\\_id=603402](http://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=603402).

proposiciones respectivas (si fuéramos apostadores profesionales tal vez estaríamos dispuestos a arriesgar más en algunos casos y menos en otros).

Otra forma en que Laudan pretende demostrar que “firme convencimiento” denota a toda una gama de grados de confianza consiste en proponer un experimento mental en el que preguntamos a un miembro del jurado que voto “culpable” (por estar firmemente convencido según esta interpretación de BARD) en un caso de violación (o cualquier otro) si su grado de confianza se elevaría en caso de que el Estado hubiera presentado tres testigos presenciales (oculares) creíbles (asumiendo que sólo presentó uno). Salvo que el miembro del jurado estuviese mintiendo o que se tratara de una persona irracional, la respuesta tendría que ser que “si se incrementaría el nivel de confianza” en la culpabilidad del acusado.

Con base en lo anterior, no podemos esperar la constitución de un criterio de prueba de aplicación homogénea simplemente apelando al firme convencimiento que las personas ordinarias podemos experimentar en torno a diferentes proposiciones.

Respecto de D), la idea es que aquellas dudas para las que no puede ofrecerse una razón no justifican la emisión de una condena. Pese a que esta forma de interpretar BARD no resuelve la cuestión relativa a la suficiencia o contundencia de la razón en la que la duda respectiva está basada, obviamente se encuentra en buen camino.

Sin embargo, la interpretación en comentario no ha tenido una buena acogida en el sistema norteamericano, ya que se piensa que demandar de un miembro del jurado que especifique las razones por las cuales alberga alguna duda respecto del caso del fiscal equivale indirectamente a exigir que el acusado tome el estrado para exponer su versión de los hechos, ya que, las razones de la duda respectiva sólo pueden provenir de esta situación. Lo anterior atentaría contra el derecho constitucional del acusado a guardar silencio y contra el principio de que la carga de la prueba la tiene el fiscal.

Laudan replica a lo anterior sosteniendo que las razones no necesariamente deben provenir de (ni fundarse en) el testimonio del propio acusado. De hecho, ni siquiera es necesario que dichas razones provengan o se funden en argumento alguno de la defensa del acusado. En este sentido, el miembro del jurado puede albergar dudas respecto del caso del fiscal basado en las deficiencias e inconsistencia halladas en las declaraciones de los testigos presentados por el propio Estado.

Respecto a D), Laudan especifica que no se trata de una interpretación sostenida por la Corte, es más bien un enfoque difundido en el ámbito académico. La razón de ello es que reconocer que BARD equivale a algún valor de probabilidad (obviamente menor a 1), implicaría el reconocimiento implícito, por parte del sistema, de que en la práctica se cometen en ocasiones condenas falsas. Es decir, implicaría aceptar que el sistema presenta una tolerancia inherente (condicionada estructuralmente) hacia cierta cuota de condenas falsas, lo cual se traduciría en una pérdida de legitimidad frente al ciudadano común.

Sin embargo, la pérdida de legitimidad a la que se hace referencia en el párrafo anterior es una cuestión que, en efecto, puede suceder, pero dentro del contexto de un panorama más complejo para su análisis, el cual implica

determinar si el Estado se encuentra dando cumplimiento a sus dos obligaciones principales consistentes en proteger al ciudadano pacífico de los posibles actos predatorios de sus congéneres y en disminuir el riesgo de que el ciudadano común sea erróneamente condenado (a lo cual volveremos en la sección del *softcore*).

Por otra parte, esta interpretación enfrenta el problema de establecer cuál sería, en el caso de que las cortes lo implementaran, el valor de probabilidad apropiado para la materia penal, aquel que reflejara el consenso social al respecto.<sup>428</sup>

Así mismo, en el supuesto de que, en efecto, se hubiere establecido un valor de probabilidad apropiado (quizá 0.75, 0.89, etc.), surge el problema de que la detección del grado de probabilidad de nuestras propias creencias constituye una determinación casi imposible de hacer con algún grado aceptable de confiabilidad. En ese sentido, se trata de una cuestión subjetiva.

Al respecto Laudan menciona que ni siquiera en el caso de las comunidades científicas surge consenso respecto del valor de probabilidad atribuible a ciertas hipótesis bien probadas. Por ejemplo, todo paleontólogo acepta actualmente la hipótesis de que hace 65 millones de años hubo un evento que de manera abrupta extinguió a los dinosaurios. No obstante, no es probable que obtengamos una respuesta a si esa hipótesis tiene un valor de 0.9, o 0.95 (o cualquiera). Si esto es así en el caso de las ciencias, cuyas hipótesis son investigadas por profesionales asistidos

---

<sup>428</sup> En este punto, Laudan ofrece un mecanismo racional para la fijación del grado de probabilidad adecuado de culpabilidad (P). Sin embargo, nuestro autor emplea el lenguaje de las probabilidades subjetivas como una metáfora, a la manera de una escalera wittgensteiniana, ya que, como veremos más adelante, la atribución de probabilidades a las creencias que experimentamos es algo que no puede hacerse con algún grado de confiabilidad ni de homogeneidad (produciéndose con ello un estándar subjetivo). Alguien podría preguntarse legítimamente por qué entonces Laudan se toma la molestia de proponer un mecanismo para la fijación racional del grado de probabilidad apropiado si después lo abandona. La respuesta que nos parece puede darse al respecto es que la metáfora de las probabilidades y el mecanismo para la fijación del valor apropiado tomando como base dicha metáfora, son empleados por el autor en comento al efecto de establecer por una parte, que el estándar de prueba constituye el componente del sistema que de manera más adecuada (aunque no definitivamente) permite ejercer un grado de control considerable sobre la tasa de condenas falsas a la que éste se encuentra habilitado para producir. En este sentido, existe una relación inversamente proporcional entre la severidad del estándar y la tasa de condenas falsas (mientras más severo sea, la tasa disminuye y viceversa). Asimismo, mientras más severo es el estándar, y por ende, mientras menor sea la tasa de condenas falsas, mayor será la tasa de absoluciones falsas a cuya producción el sistema está condicionado (hay entonces también, una relación inversamente proporcional entre la tasa de condenas falsas y la de absoluciones falsas, o una directamente proporcional entre la severidad del estándar y la tasa de absoluciones falsas). En este sentido, la modulación de la severidad del estándar no reduce la comisión de errores previsibles en su conjunto, sino que sólo realiza una distribución de los mismos con base en cierta preferencia. Por su parte, la propuesta de mecanismo para determinar el valor de probabilidad adecuado, forma parte de un argumento complejo en el que se desea destacar que la severidad del estándar de prueba, junto con la modulación de las *rules of evidence* y de las *rules of procedure* (es decir, la configuración estructural del procedimiento penal), están subordinadas a la reducción del valor del *riesgo compuesto* (o agregado) de sufrir un “daño” o bien, producido por los actos predatorios (delitos) de otras personas, o de parte del propio Estado en términos de una condena falsa, a la luz de una teoría contractualista del Estado en la que la *racionalidad* de la suscripción del respectivo *contrato social* por parte de los ciudadanos, depende crucialmente del balance apropiado en que el Estado ofrece protección contra la experimentación de los daños referidos. De este modo, pese a que el grado de severidad del estándar con el que se obtendría el balance respectivo estaría expresado en un valor de probabilidad (de que la hipótesis de culpabilidad sea verdadera), el punto es que puede traducirse en términos del criterio de severidad de cualquier estándar objetivo (uno que en efecto, hace referencia a las operaciones evaluativas que han de desplegarse sobre la evidencia disponible), por ejemplo, en términos de un perfil de errores asociado a cierto *test*.

por los más recientes avances tecnológicos a lo largo de periodos extensos, ¿porqué pensar que un ciudadano común, miembro del jurado, quien ha estudiado la cuestión relativa a la culpabilidad de X durante un periodo limitado (lo que dura el juicio más las horas en la sala de deliberaciones) podrá atribuir de manera acertada y confiable, grados de probabilidad a su creencia en dicha culpabilidad?

Así, hemos concluido con las críticas específicas de Laudan en contra de cada una de estas interpretaciones de BARD.

Por su parte, la crítica general de Laudan consiste básicamente en que una política probatoria (un estándar de prueba) consistente en la exigencia de que el *trier of fact* rastree cierta clase de estado interno (convencimiento firme o permanente, un grado intuitivo de probabilidad, la sensación que el miembro del jurado experimenta semejante a cuando toma una decisión en asuntos importantes de su vida cotidiana, etc.) al efecto de considerar justificada la hipótesis de culpabilidad, pervierte el sentido de lo que en otros contextos significa contar con una prueba que satisface ciertas demandas de rigurosidad.

Nuestro autor destaca lo absurdo que sería enseñar a un grupo de estudiantes científicos que la aceptabilidad de una teoría (por sí misma y cuando compite con otras) se establece en términos de los estados mentales (preferencias, convicciones, etc.) que aquellos tienen al respecto. Veámoslo:

*“...Suppose we tried to teach young scientists how to judge when a theory was acceptable by telling them what their mental state should be when they should accept a theory? Such advice would be seen as ludicrous...”<sup>429</sup>*

O lo absurdo que sería decir a los epistemólogos que tienen una prueba de cierto nexo causal entre A y B si y sólo si confían intensamente en que dicha conexión existe:

*“... Suppose we told epidemiologists that they have a proof of the existence of a causal link between A and B provided that they are highly confident that such a link exists. Such a proof policy would be a laughing stock...”<sup>430</sup>*

O también, lo absurdo que sería que un matemático anunciara que ha logrado demostrar algún teorema problemático y que, al momento de develar en qué consiste la prueba rigurosa que lo establece, dijera que ello no requiere más que de su íntimo convencimiento:

*“... Try to imagine a mathematician saying that he has proved a new theorem and that the proof consists in the fact that he believes the theorem without the slightest hesitation! His colleagues would be aghast since what establishes a mathematical theorem as a theorem is the robustness of its proof, not the confidence of its discoverer...”<sup>431</sup>*

En los contextos referidos, la política probatoria aplicable específica lo siguiente:

---

<sup>429</sup> Laudan, Op. Cit., nota 153, p. 52.

<sup>430</sup> Ibidem, p. 80.

<sup>431</sup> Ibidem, p. 52.

- A) “...the kinds of evidence, or tests, or proofs necessary for a well-founded belief...”<sup>432</sup>
- B) “... when a hypothesis is well- or ill-supported by the evidence...”<sup>433</sup>
- C) “... when it is proper to infer a certain conclusion from given premises...”<sup>434</sup>
- D) “... the structure of proof...”<sup>435</sup>
- E) “... the level of support it (the evidence) must offer...”<sup>436</sup>
- F) “...the inferential links that must exist between the evidence available and the hypothesis in question in order to regard said hypothesis as proven...”<sup>437</sup>

Como hemos dicho en otro lugar,<sup>438</sup> Normalmente, a la pregunta “¿porqué se siente usted firmemente persuadido de ‘p’?”, los científicos responderían algo como “porque tengo una prueba de ello”, y luego procederían a explicar la estructura de dicha prueba, es decir, a especificar el estándar, criterio o política de lo que en su dominio particular, para esa afirmación en específico, significa contar con una prueba de ‘p’. Por su parte, el estándar BARD incurre en una circularidad viciosa: “¿Por qué está usted firmemente persuadido de la culpabilidad del acusado?” sería una cuestión a la que el *trier of fact* respondería “porque tengo una prueba de ello”. Hasta aquí las cosas van bien, pero el problema salta a la vista cuando indagamos por la estructura de dicha prueba: “¿En qué consiste su prueba sobre la culpabilidad del acusado?” La respuesta, “en que estoy firmemente persuadido de que cometió el delito”. En el caso de la ciencia, la existencia de una prueba justifica el estado de convicción del investigador, mientras que en el último, en el caso del estándar BARD, lo que se quiere justificar y la razón de su justificación, tienen la misma identidad, el propio estado de convicción.

El punto clave que hay que comprender es que el criterio de la convicción íntima fracasa en hacer referencia a la modalidad o características de la arquitectura argumentativa en que la conclusión de que el acusado cometió el delito, puede verse inmersa. No realiza especificación alguna respecto del grado de fortaleza que debe estar presente en el nexo inferencial que une a las premisas del argumento con su conclusión. En concreto, no deja claro en qué momento tiene lugar la transición de mera evidencia a prueba.<sup>439</sup>

Como explica Laudan,<sup>440</sup> si contáramos con bases suficientes para sostener que estamos dotados de un talento innato consistente en desplegar inferencias válidas a partir de la evidencia disponible en torno a cierta hipótesis (evidencia que, en sus estados iniciales, constituye una masa inconexa y caótica de información), la ausencia de un estándar de prueba genuino resultante de las referidas interpretaciones de BARD no sería tan grave. Sin

<sup>432</sup> Idem.

<sup>433</sup> Idem.

<sup>434</sup> Idem.

<sup>435</sup> Idem.

<sup>436</sup> Ibidem, p. 53

<sup>437</sup> Ibidem, p. 80.

<sup>438</sup> Aguilera, Edgar, “Crítica a la convicción íntima como estándar de prueba en materia penal”, *Reforma Judicial: Revista Mexicana de Justicia*, del Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, núm. 12, Julio-Diciembre, 2008. Disponible en línea en:

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/refjud/cont/12/pjn/pjn2.pdf>

<sup>439</sup> Idem.

<sup>440</sup> Laudan, Op. Cit., nota 153, p. 52.

embargo, esto no es así. Basta con observar que a los científicos les tomó más de 2,000 años diseñar métodos adecuados para someter a prueba sus teorías, o cómo la lógica de las pruebas clínicas surgió apenas en el siglo XX.

Lo anterior apunta a que no somos propensos a establecer adecuadas conexiones lógicas entre proposiciones que describen hechos evidenciarios (como la proposición que describe que “X vio salir al acusado del departamento de la víctima corriendo y con un arma en la mano”) e hipótesis (como la que establece la culpabilidad del acusado). En este sentido Laudan sostiene que: “... This is especially important since the latter (our inner confidence regarding certain beliefs) --if not disciplined by certain guidelines *about the appropriate logical connections* between evidence and verdict--, are apt to be *ill-founded, prejudicial, and irrational*, even if they lead to a firm belief in guilt...”<sup>441</sup>

Otra forma de plantear el asunto es que la duda racional cuya presencia justifica una absolución (y que supuestamente yace en el núcleo de BARD), emerge en función de las debilidades que el caso del fiscal pudiera presentar. En este sentido, si no se ofrecen pautas respecto de la estructura que el razonamiento del fiscal puede satisfacer; ni se hace referencia al tipo de debilidades (señaladas por la defensa o por el propio *trier of fact*), ni a los puntos respecto de los cuales aquellas pueden surgir considerando el entramado complejo de proposiciones constitutivas de la argumentación del fiscal, los miembros del jurado están a la deriva en esta tarea.<sup>442</sup>

Ahora bien, Laudan propone sustituir esta concepción del estándar de prueba según la cual la prueba de la culpabilidad de alguien consiste en que un grupo de personas experimentó una firme convicción al respecto, por una política “*objetiva*” que implica especificar el conjunto de operaciones evaluativas que han de ser desplegadas respecto de la evidencia disponible. Es decir, que establezca el “*test*” al que será sometida la hipótesis de culpabilidad. El *test* referido ha de exhibir el *perfil de errores* (tasa de éxito y fracaso) considerado adecuado.<sup>443</sup>

En este sentido, en concordancia con la metodología de la denominada “*Hypothesis Testing*”<sup>444</sup>, la *hipótesis nula*, es decir, la hipótesis que permanece *por default* salvo que deba ser rechazada con base en los resultados del *test*

---

<sup>441</sup> Ibidem, p. 53.

<sup>442</sup> Al respecto Laudan sostiene lo siguiente: There is a different way of approaching the same point. Whatever else BARD might mean, it insists that juries should not convict the accused if they have a rational doubt about his guilt... What distinguishes a rational doubt from an irrational one is that the former reacts to a weakness in the case offered by the prosecution, while the latter does not... The task of the jury is to evaluate the prosecution's theory or story, deciding whether it points unambiguously to the conclusion that the defendant is guilty. In making that decision, jurors must decide whether the evidence presented is powerful enough to *justify* them in concluding that the defendant committed the crime. The principal question is *not* whether the jurors, individually and collectively, are convinced by the prosecution. The issue is whether the evidence they have seen and heard should be convincing in terms of the level of support it offers to the prosecution's hypothesis that the defendant is guilty... The key point is that the question, "How strongly does the evidence support the theory of guilt?" is a question about relations between (statements describing) events, not merely or primarily a question about the subjective state of the jurors' minds. The issue at trial should not be whether, as a contingent matter of fact, the twelve jurors are all fully convinced of the guilt of the accused. Instead, it should be: "Does this evidence strongly support the theory that the defendant is guilty?" Véase Ibidem, pp. 53-54.

<sup>443</sup> Laudan, Larry, “El Estándar de Prueba. ¿Es un grado de confianza, una regla de inferencia, o el test de una hipótesis?”, ponencia presentada en el Primer Mini-Foro sobre Epistemología Jurídica, Instituto de Investigaciones Filosóficas-UNAM, 2006, en prensa.

<sup>444</sup> Véase el excelente artículo introductorio de B. Weaver, “Probability and hypothesisTesting”, disponible en línea en: [http://davidmlane.com/hyperstat/logic\\_hypothesis.html](http://davidmlane.com/hyperstat/logic_hypothesis.html).

correspondiente, sería la hipótesis de que el acusado es inocente (lo cual es compatible con que exista una presunción a favor de la inocencia del acusado a nivel de los distintos ordenamientos).

Por su parte, la denominada *hipótesis alternativa* -que consiste precisamente en la hipótesis opuesta a la nula- sería que el acusado es culpable (que en efecto cometió el delito que se le imputa).

Ahora bien, cualquier *test* que se implemente podría incurrir en los denominados errores alfa o errores beta. Los primeros también son conocidos como *positivas falsas*, mientras que los segundos, como *negativas falsas*. Los errores alfa o positivas falsas, se cometen cuando erróneamente se rechaza la hipótesis nula (cuando se condena a un inocente(m)). Por su parte, las negativas falsas (o errores beta) se producen cuando erróneamente se decide no rechazar la hipótesis nula (cuando se absuelve al culpable(m)).

En línea con el modelo de “conocimiento experimental” desarrollado por Deborah Mayo,<sup>445</sup> podría diseñarse un perfil de la frecuencia relativa con la que cierto *test* comete errores de los dos tipos anteriores (esto constituye una clase de *probabilidad condicional* a la que se conoce como “*error probabilities*”).

La propuesta de Laudan implica la instauración de un proyecto permanente de investigación cuyo objetivo sea experimentar con diversos *tests* a modo de obtener el perfil de errores que a cada uno les corresponde y así, estar en condiciones de escoger (aunque no de forma definitiva) el que mejor se ajuste a la distribución socialmente deseada en un momento determinado.

En este momento es conveniente destacar nuevamente la convergencia del *hardcore* y del *softcore* de la epistemología jurídica de Laudan. La “objetividad” del estándar de prueba es un tema que pertenece al *hardcore* en la medida en que no contar con un estándar objetivo disminuye las probabilidades de que el *trier of fact* realice inferencias válidas a partir de la evidencia disponible (Si no se garantiza que la atención del miembro del jurado estará dirigida a la búsqueda de ciertas características o propiedades en la evidencia, más personas inocentes (m) parecerán más culpables que algunas personas genuinamente culpables y viceversa, más personas culpables (m) parecerán más inocentes que algunos materialmente inocentes, en función de los prejuicios y demás factores que causan la conformación o no del convencimiento en la culpabilidad del acusado). Por su parte, la fijación del “grado de severidad” del estándar (o en otros términos, la fijación de la cuota adecuada de Beneficio de la Duda que se desea conceder al acusado) es un asunto que incurre en los linderos del *softcore*, ya que lo anterior no contribuye a reducir la comisión de errores epistémicos en total, sino a la forma en que la sociedad desea que dichos errores se distribuyan con base en los costos relativos asociados a cada uno de ellos.

Habiendo hecho la aclaración previa, y para continuar con la cuestión de la objetividad, Laudan no propone un *test* específico, sin embargo hace referencia a un grupo ya propuesto al efecto de mostrar cómo luciría un estándar objetivo (que hace referencia al tipo de evidencia necesario para condenar y no a algún estado subjetivo o grado de confianza en la culpabilidad) susceptible de presentar un característico perfil de errores. Los estándares a los que alude son:

---

<sup>445</sup> Mayo, Deborah, *Error and the Growth of Experimental Knowledge*, University of Chicago Press, 1996.

- A) Condene si determina o bien, que hay dos testigos oculares de cargo creíbles (o confiables); o la existencia de una confesión creíble del acusado<sup>446</sup>
- B) Si determina que ha sido presentada evidencia incriminatoria (física, testimonial, etc.) confiable cuya existencia sería muy difícil de explicar si el acusado fuera inocente y que no ha sido presentada evidencia exculpatoria confiable que sería muy difícil de explicar si el acusado fuera culpable; entonces condene, de lo contrario, absuelva...<sup>447</sup>
- C) Si la historia del fiscal acerca de cómo ocurrió el delito es plausible y no puede concebir historia plausible alguna en la que el acusado resulte inocente, condene, de lo contrario, absuelva...<sup>448</sup>
- D) Determina si los hechos establecidos por el fiscal descartan todas y cada una de las hipótesis plausibles en las que pueda pensar, en las cuales el acusado resulte inocente. Si la determinación precedente es positiva, condene, de no ser así, absuelva...<sup>449</sup>

Como apunta Laudan,<sup>450</sup> en la actualidad no existe la investigación empírica que, como resultado, nos arroje el perfil de errores de cada uno de los estándares previos. Sin embargo, de acuerdo con el autor en comento, su extenso uso en el razonamiento ordinario sobre cuestiones empíricas, los respalda. Por ejemplo, si quisiéramos evaluar la hipótesis de que la colisión de un cuerpo celeste con la Tierra provocó la extinción de los dinosaurios, podríamos emplear (y así se ha hecho) el estándar b), el cual requiere determinar, en términos generales, si no existen hechos “bien establecidos” que no pueden ser explicados por la hipótesis en cuestión cuando debería hacerlo. En el ejemplo mencionado, b) implica verificar si hay evidencia perteneciente al periodo relevante que es bien explicada por (que encaja bien dentro de) la hipótesis de la colisión; y que no hay evidencia del mismo periodo que es bien explicada por (se ajusta a) una historia que atribuye el efecto causal de la extinción a otro factor, que a su vez sea ininteligible desde (que no encuentre lugar dentro de) el marco constituido por la teoría de la colisión.

Ahora bien, como el propio Laudan reconoce, la posibilidad de establecer el perfil de errores que corresponde a distintos *tests* es una cuestión que depende de la existencia de procedimientos *más sofisticados* que nos permitan determinar las tasas de éxito y fracaso que aquellos exhiben. Es decir, depende a su vez, de un *meta-test* confiable.

Como explica Deborah Mayo, la determinación de que X, Y, Z, *n tests* exhiben cierto perfil de errores, a su vez está sujeta a error. Es decir, el *meta-test* en cuestión puede también cometer errores tipo alfa y tipo beta. En este sentido, la severidad del *meta-test* debe ser mayor.

De acuerdo con el modelo de conocimiento experimental desarrollado por Mayo, la severidad del *meta-test* provendría de un vasto conocimiento de la forma en que se ha detectado que diversos *tests* empleados para hacer

---

<sup>446</sup> Estándar que, como explica Laudan, operaba en el derecho romano-germánico de la tardía edad media y hasta el siglo de las Luces. Véase Laudan, Op. Cit., nota 153, p. 81.

<sup>447</sup> Ibidem, Laudan, p. 82.

<sup>448</sup> Idem.

<sup>449</sup> Ibidem, p. 83.

<sup>450</sup> Ibidem, 85.



determinaciones en torno a la cuestión que ocupa a los investigadores, incurren en fallas diversas. Es decir, el diseño del *meta-test* presupondría la previa conformación, en la comunidad relevante, de la actitud consistente en estar “*a la caza del error*”, a la que subyace la actitud de “*querer aprender del mismo*”.

La conformación de las actitudes (que se traducen en prácticas) referidas anteriormente constituye un primer obstáculo en el campo del derecho. Como hemos visto en el caso del sistema norteamericano (aunque plausiblemente en muchos sistemas de impartición de justicia penal más), no hay indicios de que se desee aprender de los errores que el sistema produce y, en esa medida, de que se desee habilitar al mismo a efecto de que exhiba un mejor desempeño en su faceta de sistema de investigación sobre cuestiones empíricas.

La resistencia anterior es un factor contra el que el proyecto de Laudan (y sus seguidores) tendrá que luchar. Sin embargo, hay otras cuestiones relativas a la dificultad para el diseño del *meta-test* referido que quisiéramos abordar.

Laudan propone un *meta-test*<sup>451</sup> que consiste en escoger un caso en el que, de un lado, el fiscal hubiere presentado una gran cantidad de evidencia incriminatoria (no obstante, circunstancial); y de otro, el acusado hubiere presentado una *coartada sólida* que lo ubica, por ejemplo con base en el testimonio de varios testigos creíbles (confiables), en otro lugar al tiempo de la comisión del delito que se le imputa.

En casos como el anteriormente descrito, algo debe andar mal con la evidencia que el Estado presenta (ya que se trata de personas claramente inocentes). La sugerencia es que, considerándose sólo la evidencia incriminatoria, se empleen los estándares (*tests*) B)-D)<sup>452</sup> a efecto de evaluar su capacidad para detectar las debilidades de la historia del fiscal. Al repetirse el procedimiento anterior en varias docenas de casos similares, podríamos entonces determinar cuál de ellos reporta un mejor desempeño en términos de su aproximación a la cuota de condenas falsas tomada como punto de referencia apropiado.

Un primer comentario tiene que ver con el potencial que los estándares B)-D) en efecto tienen para guiar-regular el despliegue de operaciones evaluativas de la evidencia (documental, física, testimonial, etc.) por parte de un *trier of fact*.

Es cierto que los estándares referidos se enfocan en la evidencia (y no en estados subjetivos relativos a la intensidad con que se cree que el acusado es culpable), sin embargo, la instrucción que ofrecen al miembro del jurado es poco orientadora, ya que condensa una multitud de operaciones cognitivas no especificadas (más bien asumidas).

Es decir, estándares como B)-D) fijan la *tarea cognitiva* a ser realizada: *Determinar* si es posible proporcionar una explicación plausible de toda la evidencia incriminatoria desde la perspectiva (teoría) de la inocencia del acusado (B)); *determinar* si es posible concebir una historia plausible de inocencia compatible con la evidencia disponible (C)); *determinar* si los hechos establecidos por el fiscal descartan toda historia de inocencia plausible (D)). Sin embargo, las determinaciones subyacentes a las instrucciones anteriores no hacen referencia a las *habilidades* requeridas para

---

<sup>451</sup> Laudan, Op. Cit., nota 153, p. 86.

<sup>452</sup> A) sólo es tomado en cuenta para mostrar cómo luciría un estándar objetivo. Sin embargo, se trata de un *test* muy débil, ya que la existencia de dos testigos (pese a que sean muy confiables), o de una confesión, no son buenos indicadores (al menos con la rigurosidad que se desea en materia penal), de la culpabilidad del acusado.

llevarlas a cabo (ni a los criterios de calidad que aquellas deben satisfacer). Esto sigue permaneciendo, o bien como un misterio, o como un asunto que no requiere ser regulado o abordado dada la supuesta tendencia natural que para ello tienen los miembros del jurado. En este sentido, se dice qué hay que hacer, pero no se especifica cómo.

Algunas de las habilidades cruciales respecto de las que B)-D) no ofrecen orientación alguna son:

- Identificar y/o articular las generalizaciones empíricas y de sentido común que subyacen a, y posibilitan la realización de, inferencias plausibles a partir de ciertos datos evidenciaros.
- Someter a escrutinio (con diversos grados de severidad) las generalizaciones precedentes, de cuyo resultado se obtiene el grado de plausibilidad inferencial aludido.
- Determinar el grado de soporte que una proposición recibe de la conjunción de múltiples líneas argumentales.
- Resolver las confrontaciones dialógicas que pueden presentarse en distintos niveles de la estructura argumentativa.

Si deseamos estándares objetivos, el *meta-test* apropiado debería considerar en efecto, los resultados a los que conduce su aplicación (cierto porcentaje de condenas falsas), pero además, la forma en la que dichos resultados están condicionados a la guía que el estándar respectivo puede proporcionar en términos de operaciones evaluativas más básicas (como las anteriormente referidas).

Otro comentario relacionado con la dificultad que implica el diseño de un *meta-test* en derecho está basado en las observaciones de Enrique Cáceres en torno a la vaguedad de la que se encuentran afectadas muchas expresiones del discurso jurídico, en específico, muchos de los términos con los que se definen los delitos del ordenamiento.

El punto es que, en muchos casos, la dificultad que el miembro del jurado enfrenta para determinar que la evidencia incriminatoria es plausiblemente explicable por una hipótesis de inocencia; que es posible concebir una hipótesis plausible de inocencia compatible con la evidencia disponible, o que los hechos establecidos por el fiscal no descartan toda hipótesis plausible de inocencia; deriva no (o no sólo) de la suficiencia o no de la evidencia disponible, sino de problemas clasificatorios que requieren la realización de ponderaciones subjetivas (de juicios de valor).

Piénsese por ejemplo, en los casos de las denominadas “defensas afirmativas” (*affirmative defenses*) del sistema norteamericano, o en las “causas de exclusión de responsabilidad” de sistemas como el nuestro. En ambos sistemas se requiere la “proporcionalidad” entre los medios de defensa empleados y la magnitud de la agresión que se intenta repeler, o el peligro que se intenta neutralizar.

### ***C. La imposibilidad de impugnar fallos absolutorios con base en el principio del Double Jeopardy***

Esta situación atenta contra el principio o demanda epistémica previamente identificada como b) aplicable a las *rules of procedure*, la cual a continuación transcribimos:

“b). *Rules of procedure, taken as a whole, should create a self-correcting system of checks so that, if serious errors are made along the way, they are likely to be discovered and rectified...*”

Para abordar esta cuestión, haremos alusión a ciertas características del mecanismo de apelaciones del sistema norteamericano.

Por principio de cuentas, es necesario dirigir nuestra atención al tipo de errores procesales que pueden ser cometidos por dos actores principales en el juicio (*trial*): El jurado y el juez.

Como explica Laudan,<sup>453</sup> los *errores procesales* susceptibles de ser cometidos por el *trier of fact* (miembro del jurado) son:

- A) Atribuir valores (o pesos) probatorios a ciertos ítems evidenciarios mayores o menores al que genuinamente les correspondería con base en sus méritos. Denominaremos a esta clase de errores inferenciales “errores a nivel local”.
- B) Malinterpretar la política global del sustento o respaldo que debe ser suministrado a la hipótesis de culpabilidad considerándose la totalidad de ítems evidenciarios (premisas iniciales), así como las inferencias intermedias que a partir de aquellos se realizan (como sabemos, esta política se establece mediante la fijación del grado de exigencia probatoria, o altura del estándar de prueba en cuestión). A esta clase de errores inferenciales la denominaremos “errores a nivel global”.

Por su parte, un juez puede incurrir en los siguientes<sup>454</sup>:

- A) Excluir ítems evidenciarios cuando las reglas respectivas ordenan lo contrario
- B) Admitir ítems evidenciarios que, de acuerdo con el ordenamiento procesal, deben excluirse (dada la abundancia y sofisticación de reglas de exclusión en el sistema norteamericano, es más probable que ocurran errores de esta clase).
- C) Instruir de manera inadecuada al *trier of fact* en torno a cuestiones de derecho (la ley aplicable, la definición y elementos del delito en cuestión, etc.); o
- D) Instruir al jurado de manera inadecuada en torno al estándar de prueba aplicable.<sup>455</sup>

Ahora bien, y aquí comenzamos el análisis de los mecanismos que el sistema norteamericano impone a los efectos de detectar y corregir cierta clase de errores, al juez le es conferida la facultad de desestimar los cargos en contra del acusado (“*dismissal*”), la cual puede ser ejercida en cualquier momento durante el juicio, e incluso, una vez que el jurado ha producido el fallo correspondiente.

Durante el juicio (previo al pronunciamiento del fallo respectivo), la facultad referida puede ejercerse, por un lado, como penalización al comportamiento inadecuado del fiscal, el denominado “*serious breach of legal protocol*”.

---

<sup>453</sup> Laudan, Op. Cit., nota 153, pp. 10, 13, 195.

<sup>454</sup> Ibidem, p. 195.

<sup>455</sup> Ibidem, pp. 199-200.

Este “comportamiento inadecuado” puede consistir en hacer alusión indebida a los antecedentes penales del acusado; en introducir evidencia previamente excluida por el juez con base en que su obtención fue resultado de actos inconstitucionales de los cuerpos policíacos (recordemos que esto sólo puede hacerse si el acusado decide tomar el estrado y testificar en su defensa); o en hacer referencia a la falta de cooperación del acusado en las etapas previas al juicio, o al hecho de que decidió guardar silencio durante aquel.

Por otra parte, la desestimación de los cargos también puede hacerse si el juez determina que la evidencia ofrecida por el fiscal es demasiado débil (cuando determina que no hay probabilidades de que satisfaga BARD).

Así mismo, habiéndose producido un fallo condenatorio por parte del jurado, si el juez determina que éste no se justifica a la luz de la evidencia disponible, puede también desestimar los cargos en contra del acusado y, en ese sentido, absolverlo.

Ahora bien, en la medida en que la determinación que realiza el juez relativa a considerar que la evidencia no es suficiente para satisfacer el estándar BARD como base para el ejercicio de su facultad de “*dismissal*”, es susceptible de ser errónea (puede ser que, en efecto, la evidencia si satisface el estándar requerido), podemos incluir este error en la lista previa del modo que sigue:

E) Desestimación errónea de los cargos en contra del acusado

Como ya habrá podido percatarse el lector, la facultad del *dismissal* constituye una primera oportunidad para detectar y corregir los errores A) y/o B) en que pudo haber incurrido el jurado. Sin embargo, este mecanismo sólo opera en el caso en que la comisión de A) y/o B) perjudiquen al acusado, es decir, opera sólo cuando el jurado ha emitido un fallo condenatorio. Si el jurado emitió un fallo absolutorio, éste es inatacable.

A su vez, la absolución que se produjo como resultado del ejercicio de la facultad del *dismissal*, tampoco está sujeta a medio alguno de impugnación. Es, como en el caso de las absoluciones del jurado, un asunto definitivo. En este sentido, el error que recientemente incluimos en la lista de los que son susceptibles de ser cometidos por el juez –el error E)- escapa al monitoreo y posible corrección de parte del sistema.

Esto mismo le sucede al error A) de la lista de posibles errores del juez, en tanto que la exclusión de cierta evidencia relevante tiene como consecuencia más probable que el acusado sea exonerado, y dado que las absoluciones del jurado son inimpugnables, el sistema carece de medios para detectar y corregir A).

En este punto sólo quedan los errores B)-D) de la lista correspondiente al juez. En efecto, el sistema norteamericano contempla la posibilidad de que los errores mencionados sean revisados y corregidos por medio de apelación. Si la corte de apelaciones concuerda con el acusado (y su defensa) en el sentido de que el juez incurrió en errores del tipo B)-D), ésta revocará el fallo previo. A continuación puede suceder que, o bien se ordene la repetición del juicio, o que directamente se absuelva al acusado.

Como sucede con los casos anteriores, si la corte de apelaciones absuelve, ésta decisión tampoco admite medio de impugnación. Sin embargo, si la corte de apelaciones confirma la condena, el acusado todavía tiene la oportunidad de que esta decisión sea revertida, planteando su caso ante una corte de mayor jerarquía.

En suma, el sistema norteamericano está diseñado de modo que sólo permite la detección y corrección de fallos adversos a los intereses del acusado, mientras que las absoluciones que en cualquier nivel de la jerarquía judicial puedan producirse, son consideradas como “*cosa juzgada*” desde el momento en que son emitidas. Al respecto Laudan sostiene lo siguiente:

“...The unmistakable upshot of this asymmetry is that many erroneous convictions will be put right while erroneous acquittals are untouchable. Instead of using the appellate machinery to reduce *whatever* type of error occurs (as epistemological interests would demand), the justice system proclaims unambiguously that it is interested in reviewing and correcting only false convictions, while leaving in place whatever false acquittals may arise from the decisions of incompetent judges or inferentially challenged jurors.<sup>456</sup>

Para realizar la crítica de la situación anteriormente descrita, Laudan hace referencia a la propiedad de *auto-corrección evolutiva* que, de acuerdo con el ideal propuesto por el célebre Charles Sanders Peirce, debe estar presente en todo sistema genuino y no-dogmático de investigación sobre cuestiones empíricas.<sup>457</sup>

En efecto, sistemas de investigación como el de las ciencias naturales perciben su estructura como un “trabajo en progreso”, es decir, como un asunto siempre revisable en la medida en que se reconoce por una parte, que los elementos constitutivos de dicha estructura pueden actuar, ellos mismos, como obstáculos para la averiguación de la verdad acerca de las cuestiones que al sistema le compete indagar; y por otra, que dicho efecto *truth-thwarting* no haya sido descubierto aún. En este sentido, las reglas para la conducción de la investigación respectiva son consideradas como piezas sustituibles, dada su falibilidad inherente.

Se trata entonces de la adquisición de una especie de meta-consciencia de la forma en que opera el sistema con base en sus condicionantes estructurales. Lo anterior constituye un proceso que permite a los científicos remover las gafas metodológicas a través de las cuales observan el mundo y reflexionar acerca de la conveniencia o no de aumentar la graduación, o bien, de cambiarlas.

---

<sup>456</sup> Ibidem, pp. 195-196.

<sup>457</sup> En una sección previa ya hemos hecho referencia a esta noción: Sin embargo, consideramos conveniente citar nuevamente a Laudan respecto de esta cuestión: “...More than a century ago, the American philosopher Charles Sanders Peirce argued that what any robust, undogmatic system of inquiry into empirical questions... must allow for is systematic discovery, over time, of the ways in which the existing rules guiding the system are bad or inadequate, that is, how they thwart finding out the truth about the objects and processes under investigation. In the case of science, which was Peirce’s principal concern, this meant that enquiry should be so constituted that it was capable of finding whether existing rules or methods were conducive to the truth or whether, to the contrary, they were often responsible for generating erroneous beliefs. He maintained that one of the great virtues of science was that it was a system capable of discovering when its rules were systematically leading it astray. By discovering such fallacious procedures and modifying them, Peirce argued, scientists in effect were continuously learning how to learn. *The rules of scientific method for him were not commandments cast in Mosaic stone, but a set of fallible guesses about how best to interrogate nature...*”. Peirce’s point is that in an ideal system of inquiry we are not only learning about specific mistakes we have made in the acceptance or rejection of a particular hypothesis. More importantly, we are learning about how the very rules that constitute the anatomy of enquiry fail to be optimal. This self-correction was, for Peirce, a necessary condition for judging any system of enquiry to be genuinely empirical. We need to ask ourselves whether the legal system exhibits the sort of self-correction that Peirce had in mind...” Laudan, Op. Cit., nota 153, p. 208.

Las condiciones que hacen posible la adquisición de la meta-consciencia aludida tienen que ver con la instauración de dispositivos de retro-alimentación (“*feedback mechanisms*”), los cuales, a su vez hacen posible que el sistema auto-corrija las falencias detectadas.

Pues bien, el punto de la crítica al procedimiento penal norteamericano es que, en efecto, cuenta con los mencionados mecanismos de retro-alimentación por medio de los cuales no sólo detecta los casos en que se incumplieron las reglas procesales relevantes, sino que también adquiere consciencia de las falencias de dichas reglas y, en ese sentido, promueve su modificación.<sup>458</sup> Sin embargo, la propiedad de auto-corrección evolutiva se queda a medio camino, ya que, en detrimento de su desempeño adecuado como sistema de investigación sobre cuestiones empíricas, la propiedad mencionada se activa sólo en el caso de errores que desfavorecen al acusado.

Lo anterior tiene como consecuencia que el sistema no se percata del impacto que las modificaciones a las reglas revisadas tiene en términos de condicionar al sistema al efecto de que produzca más absoluciones falsas de las que ya de por sí produce. En este sentido, Laudan sostiene lo siguiente:

“... tinkering with the rules so as to reduce further the occurrence of false convictions *may* lead to new rules that produce vastly more false acquittals than the existing system does. In a genuinely self-corrective system of inquiry, such retrograde changes could be quickly identified because they would show up in the form of enhanced false acquittals. However, where appeals are uniquely one-sided, there is no feedback mechanism for discovering whether a given change in the rules (motivated by a concern to protect the innocent from false conviction) has inadvertently made the prospect of false acquittals much more likely...”<sup>459</sup>

Si consideramos que como sociedad, ya hemos tolerado cierta cuota de absoluciones falsas por el establecimiento de un estándar severo como BARD, ésta aumenta ilegítimamente (violándose el pacto social) a causa del mecanismo parcial de apelaciones y la subsecuente propuesta de modificaciones estructurales basada en la pretensión de reducir, aún más, la frecuencia de las condenas falsas.

---

<sup>458</sup> Al respecto, Laudan comenta lo siguiente: “...Legal systems like the American one allow for the appeal of convictions. This means, of course, that superior courts are routinely presented with situations in which persons are claiming to have been wrongfully convicted. A simpleminded version of what goes on in such appellate discussions is that they result in a determination by superior courts of whether the rules currently in place were assiduously followed in particular trials. On this view, higher courts, in reviewing appeals submitted to them, are chiefly concerned to find out whether existing rules of evidence and procedure were assiduously followed in the case in question. But that is not all that is going on; it is not even the most important thing that is going on in the appellate process. As the history of twentieth-century American jurisprudence vividly reveals, higher courts, when they accept an appeal, are not simply deciding whether a given case was conducted and decided according to the existing rules. Courts are likewise, and more importantly, looking for and sometimes discovering ways in which the current rules conduce to erroneous convictions. On discovering that existing rules persistently lead to the conviction of the apparently innocent, circuit and supreme court justices frequently propose modifications of the existing rules and procedures so as to make them less likely to conduce to errors of the sorts they see coming across their desks on a regular basis. This is precisely the sort of feedback mechanism that Peirce had in mind when he talked about authentic systems of inquiry. One learns from one's mistakes not only that the mistakes have occurred but also that their occurrence was made more likely by the use of certain rules or procedures which are themselves open to review and modification. This is genuinely *learning how to learn*...” Ibidem, pp. 208-109.

<sup>459</sup> Idem.

Un argumento que se ofrece a favor del mecanismo parcial de apelaciones es que está implicado por la doctrina del *Doble Jeopardy*, la cual surge en la tradición del *Common Law*.

La contra-argumentación de Laudan a este respecto es que en realidad, el *Common Law* no permitía apelaciones de ningún veredicto, fuera éste condenatorio o absolutorio. En este sentido, la cuestión no puede zanjarse apelándose a las prácticas de la tradición referida. Al respecto nuestro autor sostiene que:

“While it is true that the common law traditionally did not permit appeals of acquittals, it is likewise true that it did not permit appeals of convictions *either*. The great eighteenth-century English jurist, Sir William Blackstone, repeatedly referred to "this universal maxim of the common law of England that no man is to be brought into jeopardy of his life, more than once, for the same offence."<sup>460</sup> *This meant no retrial, full stop*. If common law tradition were sufficient to settle the question, then we should not permit appeal of either sort of verdict.”<sup>461</sup>

Otra justificación que se ofrece es que el mecanismo parcial de apelaciones forma parte de la Quinta Enmienda Constitucional y, en ese sentido, es inatacable.

A esta cuestión, nuevamente recurriendo al contexto histórico en que la Enmienda referida surge, Laudan contesta que el sentido original de la misma no fue el de imponer un mecanismo parcial de apelaciones. Ésta práctica surge posteriormente como un efecto distorsionante derivado del deseo desmedido de proteger al acusado inocente de una potencial condena falsa.

La parte relevante de la Quinta Enmienda establece que: "*No person shall be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb.*"<sup>462</sup>

Como explica el autor,<sup>463</sup> en los tiempos de la República (siglo XVIII) no había apelaciones como ahora. Entonces, la prohibición establecida en la Enmienda aludida no podía consistir en que no hubiera apelaciones, sino en que no se enjuiciara nuevamente al acusado (los errores se corregían por vía de indultos o mecanismos similares). La evolución de la doctrina del *Double Jeopardy* es la siguiente:

En los primeros años de la República, la doctrina referida -entendida como la prohibición de que se enjuiciara por segunda vez al acusado- solo aplicaba para el caso de las cortes federales y cuando el delito en cuestión ameritaba pena capital.<sup>464</sup> Para 1870 el *Double Jeopardy* se extiende a delitos menores en la jerarquía.<sup>465</sup> En 1889 legisladores y cortes se dan cuenta de que se cometen errores de condenas erróneas que no eran corregidas por el

---

<sup>460</sup> BLACKSTONE, COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND, 4, at 335.

<sup>461</sup> Laudan, Op. Cit., nota 153, p. 196.

<sup>462</sup> Idem.

<sup>463</sup> Idem.

<sup>464</sup> Al respecto Laudan comenta: "...Taken literally, this clause (as Blackstone's earlier formulation) protects citizens from repeated prosecution only with respect to capital crimes, since "life or limb" was a standard phrase in the eighteenth century for the death penalty. (The "limb" language was a reference to the practice of quartering the body of the condemned as a part of the death penalty.)", Idem.

<sup>465</sup> "... In the 1870s, double jeopardy protection was extended from capital crimes to lesser felonies and even to misdemeanors, despite apparently clear constitutional language to the contrary..." Idem.

juez de la causa. Se instituye entonces la apelación de condenas capitales de acusados por delitos federales con base en el alegato de la comisión de *errores procesales serios*. Si la alzada concordaba, se mandaba la instauración de un segundo juicio y el acusado tenía una segunda oportunidad para ser absuelto. En 1891, las apelaciones se extienden a todos los acusados de delitos federales. A partir de este momento, el sistema desarrolló la idea de no permitir apelaciones de absoluciones, a pesar de la presencia posible de errores flagrantes.<sup>466</sup> Y para la década de los sesenta, la corte decide que el *Double Jeopardy*, en esta modalidad, se aplica también a niveles locales.

En las siguientes palabras, Laudan resume lo que a lo largo de su historia ha sucedido con la doctrina del *Doble Jeopardy*:

“...Through these many convolutions, it is easy to lose sight of the fact that the original motive of the principle of double jeopardy --insuring that trial verdicts were final and definitive--was quietly abandoned. Better, it was abandoned in a decidedly *one-sided* fashion. What was retained -- indeed what became the core of the *modern* theory of double jeopardy-- was the doctrine that acquittals, like *all* verdicts before the late nineteenth century, are not subject to judicial review. Convictions, by contrast, came to be seen as provisional way stations, subject to review, rethinking, and reversal by higher courts, when jurists could detect serious irregularities in the trial that worked against the interests of the defendant. (Bear in mind that *most* felony convictions are now appealed.<sup>467</sup>) Double jeopardy was thus converted from a doctrine that insisted on the *integrity* and *finality* of the trial verdict --*whatever* that verdict was--into a policy that now specifically excludes the possibility of appealing jury or bench acquittals or bench dismissals...*The history of double jeopardy law is the story of how a party-neutral doctrine that originally allowed no appeals of verdicts has been transformed into the defendant-biased idea that those who have been convicted may be retried, while those who have been acquitted cannot.*”<sup>468</sup>

Otra razón de la asimetría en el mecanismo de apelaciones consiste en que en el caso de la apelación de una condena, el acusado voluntariamente renuncia a su derecho constitucional a no ser  *juzgado* nuevamente por el mismo delito. Esto no sucede si el fiscal desea apelar la absolucón. En este sentido, la apelación de una absolucón pone en entredicho el mencionado derecho constitucional.

La respuesta de Laudan<sup>469</sup> es que todo depende de cómo concebamos la completitud de un juicio. Para algunos “juicio” denota todas las fases requeridas hasta que se alcanza la cosa juzgada, no sólo la primera instancia. En este sentido, no se juzga dos veces, por que el juicio no ha terminado.

Para seguir con este punto, Laudan nos pide considerar el caso del “*mistrial*” (o nulidad del juicio respectivo) que el juez puede decretar sobre la base de que el jurado no llegó a un acuerdo en torno al fallo correspondiente. En

---

<sup>466</sup> “... Unfortunately, lawmakers and judges at the time strenuously resisted the idea that one should allow appeals of acquittals, *even when monumental errors had occurred*...It also became the practice that *directed* acquittals from a judge or verdicts of not guilty from a bench trial, and not merely jury verdicts, were protected against appeal on double jeopardy grounds...” Idem.

<sup>467</sup> According to the Bureau of Justice Statistics, four out of every five defendants (81%) convicted at trial in federal courts appeal their convictions. (Bureau of Justice Statistics, Federal Criminal Appeals, 1999 (April 2001), p. 4.)

<sup>468</sup> Laudan, Op. Cit., nota 153, 198- 199.

<sup>469</sup> Ibidem, 200-201.



este caso el acusado enfrenta un “nuevo juicio” y nadie piensa que se viola el *Double Jeopardy* por la ficción jurídica consistente en que el primero no tuvo lugar.

Si nuestro objetivo fuese averiguar la verdad, la acepción más adecuada de “juicio” sería la que abarca todas las etapas y medios de impugnación, a efecto de que no se den argumentos como el anterior.

Otro argumento que se ofrece para justificar la asimetría del sistema de apelaciones es que supuestamente la gente ya no tendría ni la energía ni los recursos para enfrentar fases adicionales al juicio principal.<sup>470</sup>

Al respecto, Laudan contesta que, en ese caso, deberíamos eliminar el mecanismo del “*mistrial*” o juicio nulo, ya que éste implica no la apertura de una etapa adicional, sino la repetición, desde cero y con un nuevo jurado, del juicio principal al que no se le conceden efectos.

Además, si en efecto el acusado ya no tiene fuerzas para resistir una etapa adicional, no deberíamos ver que el 80% de las condenas se apela, ya que ganar una apelación, ordinariamente implica que se vuelva a juzgar la causa respectiva (*retrial*).

Otro argumento es que supuestamente si el acusado vislumbra la posibilidad de que se abran etapas posteriores al juicio principal, podría decidir declararse culpable desde el principio (con tal de evitar la angustia, la incertidumbre y el desgaste de esas fases subsecuentes).<sup>471</sup>

Laudan destaca la implausibilidad de lo anterior refiriéndose al hecho de que, pese a la incomodidad que un juicio y sus sucesivas etapas pueda causar al acusado, por lo general este costo no logra ser mayor que el correspondiente a experimentar la mayoría de las penas asociadas a los delitos contemplados por el ordenamiento.

Otro argumento es el siguiente: Si se permitiera un segundo juicio (que, de hecho es lo que pasa cuando se decreta la nulidad, o resulta victoriosa la apelación de una condena), se estaría dando una abundante ventaja al fiscal, ya que, por la experiencia que significó el “primero”, conoce perfectamente bien la evidencia y argumentos del acusado de modo que en esta ocasión, puede presentar un caso más robustecido.<sup>472</sup>

Al respecto Laudan sostiene que lo que se esperaría de un juicio (basado en el sistema adversarial) es que las partes presenten los mejores argumentos y refutaciones posibles. En este sentido, es cierto que el fiscal puede preparar mejor su caso en la medida en que conoce la evidencia y argumentos que el acusado ofreció. Pero, en todo caso, el acusado también conoce, con base en la experiencia de la etapa previa, la evidencia y argumentos que pesan sobre él, y en este sentido, también tiene la oportunidad de incrementar la calidad de su defensa. En suma, la calidad de la discusión aumenta, con lo cual, el *trier of fact* está en mejores condiciones de arribar a su decisión, ya que el ambiente informativo suscitado por el “segundo” juicio es más rico.

---

<sup>470</sup> Ibidem, p. 202.

<sup>471</sup> Ibidem, 203.

<sup>472</sup> Idem.

Un argumento más:<sup>473</sup> Si no se concede sólo una oportunidad al Estado para juzgar, puede que el fiscal utilice indefinidamente al sistema a los efectos de ganar tiempo en lo que logra recabar la evidencia que le permita al fin, presentar un caso sólido.

La respuesta de Laudan es que no se propone ese estado de cosas, sólo que exista la posibilidad de verificar que en un juicio que culminó en absolución no se cometieron errores procesales, tal como con la condena.

Un argumento adicional es que si se permiten las apelaciones respecto de las absoluciones, el sistema puede producir más condenas falsas de las que ya comete.<sup>474</sup>

Laudan concede que, en efecto, puede ser que esto ocurra de vez en cuando, sin embargo es poco probable, ya que para ello se requeriría que la segunda instancia decida erróneamente conceder la apelación de la absolución (que cometa un error al decir que hubieron errores), y además que en el “segundo” juicio resultante de haberse ganado la apelación, se condene erróneamente.

## VIII. EL *SOFTCORE* DE LA EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA

Como hemos dicho, el *softcore* aborda la problemática asociada al interés (objetivo o valor) consistente en crear las condiciones estructurales que permitan distribuir de cierta forma los errores epistémicos previsibles que, no obstante a que se hubieren realizado grandes esfuerzos por minimizar el riesgo de su comisión (lo cual, no es el caso en el sistema norteamericano), inevitablemente se producen en toda investigación sobre cuestiones empíricas (y en particular, en todo sistema de impartición de justicia)..

Demos paso entonces al problema que plantea el uso de las *rules of evidence* y de las *rules of procedure* como medios para incorporar al sistema la cuota deseada de beneficio de la duda al acusado:

### **1. *Rules of evidence*, *Rules of procedure*, Beneficio de la Duda y el Principio de Indiferencia**

En múltiples ocasiones nos hemos referido al argumento que Laudan ofrece en apoyo a la tesis de que el estándar de prueba y, en concreto, la modulación de su severidad, constituyen respectivamente el componente clave del sistema y el momento crítico, al efecto de dotar al procedimiento de una configuración que lo condicione a operar a favor del acusado a tal grado que la distribución de los errores que eventualmente cometa refleje el costo relativamente mayor que para la sociedad representa la comisión de una condena falsa en comparación con el costo asociado a la comisión de una absolución falsa.

La razón de lo anterior es que, en contraste con la imposibilidad por un lado, de determinar la cuota de beneficio de la duda que cada *rule of evidence* y *rule of procedure* favorable al acusado podría inyectar al sistema y por otro, de determinar el impacto que dichos componentes generarían en la proporción *n* (absoluciones falsas/condenas

---

<sup>473</sup> Idem.

<sup>474</sup> Ibidem, pp. 203-204.

falsas), existe una forma de plantear la modulación de la severidad del estándar en relación directa con el efecto probable que tendría en la manera en que los errores se distribuyen.

En este punto, recordemos la gráfica que muestra la zona de intersección resultante del superposicionamiento de las curvas que representan cómo se distribuyen los grados de *culpabilidad aparente* (derivada de la evaluación de la evidencia disponible) entre las poblaciones de los genuinamente inocentes y de los genuinamente culpables.<sup>475</sup>

Si deslizamos la barra correspondiente al estándar que aplicaría por *default* (50%+) si no consideráramos un error más costoso que el otro, hacia la derecha, esto produce el efecto de disminuir la frecuencia en que el sistema podría incurrir en errores de condena falsa. Sin embargo, cada movimiento en esta dirección implica sacrificar una cuota de posibles condenas verdaderas (las que correspondería emitir respecto de las personas materialmente culpables que exhiben el mismo grado de culpabilidad aparente que aquellos genuinamente inocentes a quienes se quiere rescatar por medio del desplazamiento a la derecha de la barra).

En este sentido, podemos ver que hay una relación inversamente proporcional entre la severidad del estándar y la cuota de condenas falsas que el sistema eventualmente podría producir; y una directamente proporcional entre la severidad del estándar y la cuota de absoluciones falsas (o una inversamente proporcional entre condenas falsas y absoluciones falsas).

Podemos observar también que el monto de protección que desea ofrecerse al acusado inocente equivale al grado de severidad impuesto al estándar; y que esa protección inevitablemente beneficia tanto al acusado materialmente inocente, como al acusado genuinamente culpable (que exhibe grados de culpabilidad(p) inferiores al establecido).

La pregunta que surge entonces es la siguiente: ¿Qué valor o grado de culpabilidad aparente es el apropiado? o ¿en qué lugar de la recta es apropiado ubicar la barra de exigencia del estándar?

Como hemos dicho, en la ruta por evitar que el punto al que debe ubicarse la barra de exigencia (o severidad) del estándar sea el resultado de un acto de magia, algunos autores han propuesto emplear la *Teoría de las Utilidades Esperadas* (TUE) para calcular dicho valor. La fórmula es la siguiente:

$$\text{EdeP} = 1 / [1 + (C_{FA}/C_{FC})]^{476}$$

Los costos a la derecha y a la izquierda de  $C_{FA}/C_{FC}$  suelen reflejar la actitud que se manifiesta en la denominada proporción Blackstone (10 absoluciones falsas por cada condena falsa). De este modo, el grado de exigencia resultante es .9 (o 90%).

---

<sup>475</sup> Véase la sección correspondiente.

<sup>476</sup> Laudan Op. Cit., nota 153, pp 72-73, nota al pie número 18.

Ahora bien, si hemos llegado a un acuerdo en cuanto a los costos asociados a los dos tipos de error, al procedimiento para determinar el valor de severidad del estándar, y en cuanto al valor resultante de dicho procedimiento, esto significa que por medio de la imposición de un estándar con este grado de severidad estamos otorgando al acusado toda la protección que se ha considerado apropiado (racional) brindarle.

En este punto surge lo que Laudan denomina el “*Principio de la Indiferencia*”,<sup>477</sup> el cual consiste en lo siguiente: El diseñador del sistema no debe inclinarse por incorporar al mismo, componentes que favorezcan a la clase “acusado” (lo cual proporcionaría al sistema un perfil *acquittal-friendly*), ni por incorporar componentes que la perjudiquen (lo cual le proporcionaría un perfil *conviction-friendly*).

Si en efecto, el grado de severidad del estándar refleja la distribución de errores socialmente deseada, no debe haber esfuerzos adicionales por proteger o perjudicar al acusado so pena de violentar el pacto social. Si por el contrario, el grado de severidad fuera inferior al socialmente deseado, esto legitimaría los esfuerzos por dotar al sistema de un perfil que fomente la producción de absoluciones (para poder rescatar a la porción de inocentes (m) que el estándar requiere condenar). Así mismo, si el grado de severidad fuera superior al deseado, esto legitima los esfuerzos por dotar al sistema de un perfil que fomente la producción de condenas (en la medida en que, por virtud del estándar tan demandante, hay una cuota de acusados genuinamente culpables que están escapando de la justicia).

A continuación, asumiendo que el grado de exigibilidad o severidad del estándar ha sido fijado, abordaremos el problema que plantea la inversión de la carga de la prueba en los casos en que el acusado invoca laguna de las denominadas *Affirmative Defenses* en el sistema norteamericano (el equivalente a las causas de justificación y de exculpación en otros sistemas jurídicos):

## ***2. El caso de las denominadas “Affirmative Defenses” y el Principio de la no inversión de la carga de la prueba.***

El sistema norteamericano contempla una serie de circunstancias cuya invocación (y demostración de su ocurrencia) por parte del acusado, da pie a la determinación de que no es penalmente responsable a pesar de haber llevado a cabo los actos que *prima facie* serían denotados por las expresiones constitutivas de los elementos del delito en cuestión. Estas circunstancias son conocidas como “*Affirmative Defenses*” (AD’s), las cuales corresponden grosso modo a las “*excluyentes de responsabilidad*” de nuestro ordenamiento.<sup>478</sup>

---

<sup>477</sup> Ibidem, pp. 75-76.

<sup>478</sup> La doctrina de nuestro sistema hace divisiones internas respecto de la clase “Excluyentes de responsabilidad penal”. Así, tenemos a las “Excluyentes de tipicidad (o causas de atipicidad)”, como la ausencia de voluntad del agente; las “Causas de justificación” como la legítima defensa, el cumplimiento de un deber, el ejercicio de un derecho, o el estado de necesidad justificante; y las “Causas de exculpación”, como la inimputabilidad, el error de prohibición, el estado de necesidad disculpante y la no exigibilidad de otra conducta. Esta división refleja la concepción que se tiene del delito (fuertemente influenciada por la doctrina alemana) como un acto u omisión típica, antijurídica y culpable que lesiona o pone en peligro de lesión (tentativa) ciertos bienes jurídicamente tutelados. La concepción de delito referida subyace al menos, a las discusiones de la escuela del *causalismo natural*, la del *causalismo valorativo* y la del *finalismo*.

De acuerdo con Laudan, algunas de las situaciones que la expresión “AD’s” denota, pueden ser:

“...If Jones harms Smith because Smith is about to harm Jones or someone else or (is about to) to destroy Jones’s property.  
If Jones harms Smith while Jones is temporarily insane or involuntarily intoxicated.  
If Jones harms Smith with Smith’s permission (perhaps Jones is performing surgery with Smith’s consent or having consensual sex with Smith).  
If Jones harms Smith while properly enforcing the law.  
If Jones harms Smith while enjoying diplomatic immunity.  
If Jones harmed Smith long ago and the statute of limitations has expired...”<sup>479</sup>

Pues bien, como explica Laudan, en los casos anteriores, el sistema de referencia impone al acusado la carga de la prueba de las circunstancias concurrentes. Dicha carga no sólo implica que el acusado presente evidencia suficiente como para generar una duda razonable respecto de que no actuó bajo la causal indicada (lo cual sería compatible con el estándar impuesto al fiscal, el cual es BARD que, de acuerdo con la sección anterior, refleja la proporción Blackstone), sino que exige que presente evidencia suficiente para satisfacer el estándar “*Preponderance of the Evidence*” (PoE), o incluso otros más exigentes como “*Clear and Convincing Evidence*” (CACE), o el propio BARD.

Evidentemente lo anterior genera problemas de congruencia con otras doctrinas del sistema como la que establece que la carga de la prueba corresponde siempre al fiscal, y la que otorga al acusado la presunción de inocencia (PdeI).

En el primer caso, ¿cómo puede mantenerse esa doctrina cuando existe una gran cantidad de clases de situaciones en las que el acusado debe probar su inocencia?<sup>480</sup>

En cuanto a la segunda doctrina, recordemos que generalmente en derecho, cuando se concede una presunción a favor de alguien, ello implica que la carga de la prueba de lo contrario se transfiere a la contraparte. En este sentido, la PdeI no estaría funcionando conforme al uso habitual de las presunciones. Por otra parte, si la PdeI implica la instrucción a los miembros del jurado de que inicien el juicio creyendo que el acusado es inocente(p) (es decir, que hagan caso omiso de que otros operadores han recabado evidencia en contra del acusado al punto de satisfacer estándares inferiores a BARD), y que por tanto, esperen una actividad probatoria intensa de parte del Estado, ¿cómo hacer inteligible la instrucción y expectativa precedentes cuando el jurado percibe que es el acusado el que debe probar su inocencia?<sup>481</sup>

Pero el problema más grande de este mecanismo que impone la carga de la prueba al acusado es que echa por tierra las consideraciones relativas a los costos asociados a cada tipo de error que la sociedad expresa en una determinada preferencia de distribución de absoluciones falsas y condenas falsas.

---

<sup>479</sup> Laudan, Op. Cit., nota 153, p. 111.

<sup>480</sup> Nuestro autor se pregunta: “How can we say that jurors are supposing Jones to be innocent<sub>p</sub> if he has to *prove* something to secure an acquittal?...” Ibidem, p. 112.

<sup>481</sup> En este sentido, nuestro autor nuevamente se pregunta:” How can we say that the criminal defendant “never” bears the burden of proof, when a whole class of situations explicitly imposes a substantial burden on the defendant?”, Idem.

Para explicar lo anterior comencemos por recordar que una condena falsa se considera a tal punto el error más grave (más costoso) que se tiene la preferencia por una distribución a la Blackstone (10/1) (lo que supuestamente refleja la severidad del estándar BARD). Sin embargo, el mensaje que la imposición de la carga de la prueba al acusado transmite es que no se considera más costosa una condena falsa que una absolución falsa si se invoca alguna de las AD's. Incluso, cuando se establece que BARD es el estándar al que la AD particularmente invocada debe probarse, la distribución 10/1 se invierte (1/10).

Se trata de una especie de represalia que el sistema toma en contra de aquellos acusados que si cometieron ciertos actos (los que son denotados por las expresiones constitutivas de los elementos del delito en cuestión), como si hubiera alguna diferencia –moral o jurídica- entre este grupo de personas y aquellos que, por ejemplo, invocan como medio de defensa una coartada que los ubica en otro lugar al tiempo de la comisión del hecho delictivo.

La respuesta de Laudan a quienes mantienen esta supuesta diferencia de grados de inocencia es que, no existe tal:<sup>482</sup> Una persona es igualmente inocente, es decir, obra al amparo del ordenamiento jurídico (e incluso del moral), cuando en efecto, no privó de la vida a alguien, que cuando lo hizo bajo el predicamento que implica escoger entre su integridad física y la de un agresor que amenaza con infligir alguna clase de daño grave en contra de su persona o en contra de otros (en caso de que la AD fuere legítima defensa).<sup>483</sup>

Si se fuera consistente con esta doctrina según la cual procede la distinción de grados de inocencia con base en la realización –caso de legítima defensa- (menor grado de inocencia) o no realización –caso de la coartada- (mayor grado de inocencia) de los actos que condujeron, por ejemplo, a la muerte de una persona, tendría que proceder una diferencia semejante de grados de culpabilidad en los casos de omisión (menor grado de culpabilidad) y de acción (mayor grado de culpabilidad). Sin embargo, una enfermera que dolosamente no suministra el medicamento respectivo al paciente respecto del cual tiene lo que se conoce como la “*calidad de garante*”, sabiendo que la ausencia de dicha medicina provocará un colapso que eventualmente lo conduzca a su muerte, es igualmente culpable (o responsable) que aquel que dolosamente dispara un arma de fuego en contra de su víctima.

Por otro lado, si mediante una interpretación sistemática se integran todos los elementos necesarios para que un delito específico se configure, podemos enunciar en efecto, las acciones u omisiones que son denotadas por las expresiones que el legislador emplea para establecer sus elementos (privar de la vida a otro, por ejemplo), pero también las condiciones negativas que se requieren (precisamente la no concurrencia de AD's). Con esta concepción de “delito” en operación, la gama de elementos que el fiscal debe probar al nivel BARD se amplía. Sin embargo, esto

---

<sup>482</sup> *Ibidem*, pp. 112-113.

<sup>483</sup> En el vocabulario de nuestro ordenamiento, podemos traducir lo anterior diciendo que el Estado toma una represalia en contra del acusado por el hecho de que su conducta es típica (por el hecho de que la descripción de dicha conducta incurre en la denotación de las expresiones empleadas por el legislador para referirse a la conducta que desean prohibir). Sin embargo, esto sería incorrecto puesto que no se ha consumado delito alguno todavía a menos que también se demuestre que el sujeto no obró al amparo de alguna causa de justificación o de alguna causa de exculpación, ya que, como dijimos, en nuestro ordenamiento impera una concepción según la cual “delito” denota una conducta (de acción u omisión) típica, antijurídica y culpables. Dichas notas constituyen entonces características necesarias y conjuntamente suficientes a efecto de que un delito se configure.

no significa que el fiscal tiene que descartar todas y cada una de las AD's contempladas a nivel local o federal (según la naturaleza del delito en cuestión), sino sólo que si el acusado invoca alguna de ellas, el fiscal tiene la obligación de desvirtuar dicha aseveración de modo que no deje duda razonable alguna respecto de que el acusado no actuó al amparo de la AD usada en su defensa.

Con base en la discusión previa, podemos formular otro principio (pese a que Laudan no lo hace explícitamente): “El sistema no debe atender en contra de la hipótesis nula (la de inocencia) trasladando la carga de probar (al nivel de cualquier estándar) al acusado”.

A continuación abordaremos los problemas que plantea el querer reflejar en la severidad del estándar de prueba las intuiciones de la proporción Blackstone en torno a la mejor forma de distribuir los errores en un procedimiento penal.

### ***3. La proporción Blackstone y el Principio del respeto al compromiso dual del Estado (La tesis Laplace-Nozick)***

Como hemos dicho, algunos autores, como Kaplan, han propuesto derivar el valor probabilístico del estándar de prueba a partir de las *utilidades* esperadas asociadas a las modalidades de las decisiones que ponen fin al procedimiento penal (condenar o absolver).

En efecto, Kaplan pensaba que si de algún modo pudiéramos llegar a un consenso en torno al valor de la proporción  $n$  (absoluciones falsas/condenas falsas), podríamos derivar el valor que haría racional la decisión de condenar al acusado mediante el empleo de la fórmula anteriormente referida.<sup>484</sup>

Sin embargo, como explica Laudan,<sup>485</sup> pensar que un estándar garantizará que cualquier frecuencia relativa que instancia  $n$  será respetada por el funcionamiento del sistema en un periodo determinado, constituye un error, debido a que la frecuencia relativa de errores que un procedimiento exhibe en la práctica, *no sólo depende del grado de severidad del estándar de prueba*, sino también de otros factores que *yacen fuera de nuestro control*, los cuales son:

- A) El grado de representatividad de la inocencia o culpabilidad genuinas de la evidencia (o grado de robustez o completitud) en los casos considerados dentro del periodo respectivo
- B) El grado de perspicacia, sagacidad o probidad de los miembros del jurado, el cual se traduce en cierta tasa de errores inferenciales (a nivel local en cuanto a la atribución de valores o pesos probatorios a ítems evidenciarios individuales, y a nivel global en cuanto a la determinación de si el conjunto total de premisas proporciona el nivel de sustento requerido por el estándar correspondiente), y
- C) La distribución de los genuinamente culpables e inocentes en los juicios que abarca el periodo elegido.

Respecto a este punto, Laudan pide imaginar que tenemos una muestra de 50 juicios en la que 40 de los

---

<sup>484</sup> Véase sección correspondiente.

<sup>485</sup> Laudan, Op. Cit., nota 153, p 73, también Laudan, “Re-Thinking the Criminal Standard of proof: Seeking Consensus About the Utilities of Trial Outcomes”, p. 10; “The Elementary Epistemic Arithmetic of Criminal Justice”, p. 3, disponibles en línea en: [http://papers.ssrn.com/sol3/cf\\_dev/AbsByAuth.cfm?per\\_id=603402](http://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=603402)

acusado son inocentes ( $m$ ) y 10 culpables ( $m$ ). Con un estándar cuyo valor probabilístico sea .9 (o 90%), podríamos predecir que se condenarán erróneamente el 10% de los inocentes ( $m$ ), es decir, 4. Si el valor probabilístico del estándar en operación en este escenario pretende garantizar que el sistema satisfaga la proporción Blackstone (10/1), ésta no podría cumplirse ya que sólo hay en la población del ejemplo, 10 culpables ( $m$ ), lo cual nos arrojaría un valor 10/4 (en caso de que la totalidad de las exoneraciones fuesen erróneas).

Asumiendo por mor del argumento, que los factores incontrolables anteriores no participan en el panorama, querer ajustar el estándar de prueba al efecto de que habilite al sistema para que su desempeño incurra dentro de los linderos de la proporción Blackstone, presenta las siguientes dificultades:<sup>486</sup>

- A) En un escenario de 100 juicios, un estándar a la Blackstone garantizaría que sólo pueden cometerse alrededor de 9 errores de condena falsa. Por un lado, esta cifra de condenas falsas es demasiado alta como para ser aceptada con tranquilidad; y, por otra parte, se requeriría de 90 absoluciones falsas, quedando espacio sólo para un veredicto correcto. Se trata de una cosecha sumamente abundante de errores.
- B) Supóngase un escenario en que hay 50 condenas en una muestra de 100 juicios, de las cuales 5 son falsas. Las 50 absoluciones restantes tendrían que ser erróneas para garantizar la proporción 10/1. Aunque en este caso tenemos una cuota de condenas falsas un poco más aceptable, el problema surge si nos enfocamos en el destino que le espera a un acusado inocente( $m$ ) en estas condiciones. Un acusado culpable( $m$ ) tendría 50% de probabilidades de ser absuelto. Sin embargo, los inocentes( $m$ ) de nuestro ejemplo jamás tuvieron oportunidad alguna debido a que ninguna absolución podría haber sido verdadera. En este sentido, tenían el 100% de probabilidades de ser condenados.
- C) Supóngase un escenario un poco menos extremo en el que el 75% de los acusados es condenado, 5% de los cuales son inocentes ( $m$ ). En este caso, si pensamos en 100 juicios, los la cifra de condenas falsas sería aproximadamente 4. Para satisfacer Blackstone se requerirían 40 absoluciones falsas. Sin embargo, sólo hay 25 oportunidades restantes para emitir absoluciones. Aunque todas fuesen falsas no hay forma de cumplir con la proporción 10/1.

En una primera etapa de su análisis (en *Truth, Error, and the Criminal Law*), Laudan propone sortear el problema que plantea la distribución *de facto* de los genuinamente inocentes y culpables en una muestra determinada de juicios, orientando la atención de la sociedad a  $m$  en lugar de a  $n$ .<sup>487</sup>

La letra  $m$  representa la proporción de absoluciones verdaderas/condenas falsas. En este sentido, a diferencia de  $n$ , la proporción en comento no plantea que el estándar garantice una distribución determinada de los errores, sino

---

<sup>486</sup> Laudan, Larry, "The Elementary Epistemic Arithmetic of Criminal Justice", [http://papers.ssrn.com/sol3/cf\\_dev/AbsByAuth.cfm?per\\_id=603402](http://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=603402)

<sup>487</sup> Laudan, Op. Cit., nota 153, pp. 74-75.



que garantice la *compensación apropiada* en términos de inocentes ( $m$ ) absueltos por cada condena falsa que se considere aceptable.

En efecto,  $m$  puede satisfacerse en cualquier distribución de genuinamente inocentes y culpables. Por ejemplo, en una muestra de 55 inocentes ( $m$ ), si el valor de  $m$  equivale a  $10/1$ , esta proporción permite que sólo 5 sean condenados erróneamente. Si el valor de  $m$  fuera  $20/1$ , la cuota de condenas falsas permitida sería de aproximadamente 3.

Esta misma visión compensatoria puede adoptarse en el caso de la cuota permitida de absoluciones falsas, la cual a su vez, como Laudan comenta,<sup>488</sup> se vería complementada por  $n$ .

Sin embargo, en artículos recientes,<sup>489</sup> Laudan sitúa la modulación de la severidad del estándar de prueba en materia penal (junto con la cuestión de qué perfil *-truth-promoting* o *truth-thwarting-* deben adoptar las reglas que estructuran el procedimiento), bajo la óptica más amplia proporcionada por las teorías que metafóricamente explican el surgimiento del Estado como un *contrato hipotético* entre los potenciales ciudadanos y los funcionarios estatales. Con esta maniobra, tanto  $m$  como  $n$  dejan de ser las proporciones más relevantes.

Las teorías referidas suelen plantear escenarios como el siguiente: En un estado de naturaleza anárquico (al estilo Hobbes), salvo que se sea el más fuerte y poderoso de la región, la persona ordinaria corre el riesgo constante de que los actos predatorios de sus congéneres lesionen su integridad física, la de sus seres queridos, y demás posesiones.

Ante esta situación, a cambio de la *cesión de grados significativos de nuestra libertad*, sobre todo la que implica resolver por cuenta propia los conflictos resultantes de la interacción social (“auto-tutela”), el Estado, dotado del monopolio en cuanto al ejercicio de actos coercitivos y coactivos, ofrecería protección en contra de los actos predatorios del “malintencionado” cohabitante.

La protección de que se habla implica la instauración de un sistema de procuración de justicia que se encargue de investigar, así como de adjudicar las alegaciones de incumplimiento de las normas penales.

Dado que las determinaciones relativas al incumplimiento de las normas respectivas se realizan *ex post facto*, están sujetas a la incidencia de variables como los grados de robustez (representatividad o completitud) de la evidencia y los errores inferenciales que puedan cometer los encargados de llevar a cabo dichas determinaciones. De este modo, el propio intento por proteger al ciudadano acarrea en sí mismo, el riesgo de que aquel sufra un daño adicional: que sea *erróneamente condenado*.

Con base en lo anterior, surgen para el Estado emergente del pacto social, dos obligaciones fundamentales:

1.- Proteger al ciudadano de lo que bajo el marco del ordenamiento jurídico respectivo ahora se concibe como actos delictivos; y

---

<sup>488</sup> Ibidem, p. 75.

<sup>489</sup> Laudan, Larry, “The Social Contract and the Rules of Trial: Re-Thinking Procedural Rules”; “The Elementary Epistemic Arithmetic of Criminal Justice”, Working Paper Series; disponibles en: [http://papers.ssrn.com/sol3/cf\\_dev/AbsByAuth.cfm?per\\_id=603402](http://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=603402)

## 2.- Protegerlo de una potencial condena falsa

El cumplimiento de la obligación tipo 1 se encuentra íntimamente (aunque no exclusivamente) vinculado al acto de imponer el castigo respectivo a los culpables ( $m$ ) de algún delito. Este acto tiene el doble efecto de disuadir a otros potenciales delincuentes de cometer actos delictivos (lo que se conoce como *deterrence*); y de impedir que el condenado continúe su carrera delictiva por vía del *efecto incapacitante* de la pena privativa de la libertad (claro, asumiéndose que es plausible la tesis de que algunos, quizá muchos, de los condenados han sido y serán ofensores múltiples o reincidentes, lo cual, como veremos más adelante está apoyado por abundante evidencia empírica en el sistema norteamericano).

Por su parte, el incumplimiento de esta obligación (1), está fuertemente ligado a la comisión de absoluciones falsas en la medida en que éstas representan un fracaso en términos de incapacitar al muy probable ofensor serial, así como un fracaso en términos de lograr el deseado efecto disuasorio en otros potenciales delincuentes.<sup>490</sup>

Ahora bien, debido a que es imposible erradicar el crimen en su totalidad e igualmente eliminar del panorama el riesgo de que se cometan condenas falsas, la determinación de que se viene dando cumplimiento a las obligaciones referidas implica el establecimiento previo de grados satisfactorios o aceptables respecto de ambas.

Dichos grados satisfactorios no pueden fijarse considerándose de forma aislada, cada una de las mencionadas obligaciones fundamentales. En la medida en que los pasos que se dan (o medidas que se toman) para hacer muy difícil que el sistema produzca una condena (salvo en los casos obvios de culpabilidad) provocan que a su vez sea difícil controlar el crimen, y viceversa, en la medida en que los pasos que se dan para someter los índices de

---

<sup>490</sup> A diferencia de la obligación tipo 2, cuyo incumplimiento consiste precisamente en la emisión de condenas falsas, las absoluciones falsas no constituyen la única forma en que el Estado incumple con la obligación tipo 1. El cumplimiento de dicha obligación se ve también socavado por cuestiones tales como la falta de generación de empleos bien remunerados para los miembros de la sociedad, la falta de programas educativos apropiados, la desconfianza social hacia las autoridades que se traduce en un índice bajo de denuncias, bajos niveles de capacitación de los cuerpos policíacos, bajo desarrollo de técnicas de investigación forense, etc. En este sentido, la razón de que  $n$  y  $m$  ya no sean los puntos clave para determinar la altura apropiada del estándar de prueba a la luz del contrato social es que, en el caso de  $n$ , *el costo relativo* de una condena falsa se configura a través de su contraste con la comisión de absoluciones falsas (según la proporción Blackstone, una condena falsa es 10 veces más costosa). El punto es que si el Estado incumple con su obligación 1 no exclusivamente mediante la emisión de absoluciones falsas, la consideración de esos modos alternativos de incumplimiento puede (y debería) matizar lo que, como sociedad estamos dispuestos a “pagar” (tolerar) en términos de absoluciones falsas, por cada condena falsa (si es que buscamos una balance entre el grado de cumplimiento de ambas obligaciones estatales). Además, a la luz del marco del contrato social, el costo mismo de las absoluciones falsas se redimensiona una vez que se considera que aquellas implican, como consecuencia, un fracaso en términos de la incapacitación de los ofensores seriales (por vía de su encarcelamiento) y en términos del efecto disuasorio que las condenas verdaderas correspondientes pudieron haber tenido en el esquema de motivaciones de los delincuentes potenciales. Por su parte, el marco del contrato social también nos permite replantearnos la conveniencia de  $m$  como factor clave para la determinación de la altura del estándar, ya que la compensación deseada por cada condena falsa en efecto tendría que delinarse en términos de cierta cuota de absoluciones verdaderas, sin embargo, también desearíamos una compensación, en términos de condenas verdaderas, por cada absolución falsa. Por último, diremos que  $n$  y  $m$  se centran en la población de acusados que enfrenta un juicio en su contra, y por esta razón no nos permiten dimensionar los efectos que tanto las modalidades erróneas de las decisiones respectivas (condenar falsamente y absolver falsamente), como las modalidades correctas (condenas y absoluciones verdaderas) tienen en la población en general.

criminalidad a rangos aceptables tienen el efecto de aumentar el riesgo de que se produzca una condena falsa, ambas obligaciones están fatalmente destinadas a hacerse concesiones recíprocas a modo de que se obtenga el *balance* considerado apropiado. Como ya habrá podido intuirse, ese balance se logra más eficazmente por medio de la modulación de la severidad del estándar de prueba.

Sin embargo, Beccaria<sup>491</sup> -uno de los autores representativos de las teorías contractualistas- no percibió en su época la tensión que genera el dar cumplimiento a las obligaciones estatales 1 y 2. Para él, éstas se cumplen incorporando penas severas (1) y estableciéndose el estándar de prueba más riguroso que se pueda (2) (en su tiempo conocido como “certeza moral”<sup>492</sup>).

En el Estado ideal de Beccaria se captura a la totalidad, o a la gran mayoría, de los perpetradores de actos delictivos. Esto logra un efecto disuasorio muy potente, en la medida en que los altos índices de eficiencia que el Estado reporta en cuanto a la aprehensión de los delincuentes hacen que los potenciales criminales tengan la *certeza absoluta* de que serán capturados y castigados si deciden delinquir. Por ello es que, partiendo de la base de esa certeza plena de que el castigo respectivo será impuesto, para Beccaria el cumplimiento de la obligación 1 no plantea problema alguno, dado que lo único que hay que hacer es implementar un esquema de penas severas de modo que el potencial delincuente sopesa en sus deliberaciones previas a la comisión de algún acto delictivo, el beneficio que le reportaría su comisión en contraste con su costo en términos del tiempo que –con la misma seguridad de que mañana saldrá el sol- pasaría en prisión si decide poner en práctica sus planes (suponiendo que tratamos sólo con penas privativas de la libertad).

Sin embargo, sabemos que la captura y castigo de la totalidad (o la mayoría) de los delincuentes no puede llegar a ser perfecta, ya que en ello inciden factores como los índices de reporte o denuncia de delitos, la eficiencia de las autoridades en lo que toca a la identificación de los sospechosos (lo cual a su vez está determinado por los niveles de capacitación en habilidades detectivescas de las fuerzas policíacas, por el grado de desarrollo de técnicas forenses adecuadas, etc.), y de manera fundamental, la propia severidad del estándar de prueba, que -para el caso de Beccaria (y los *Garantistas* contemporáneos)- consiste en el *más riguroso que pueda diseñarse* (recordemos que mientras más a la derecha se desplace la barra, se incrementará la cuota de absoluciones falsas toleradas y se hace más difícil condenar a alguien).

Si en efecto sucede lo anterior, el Estado ideal de Beccaria ya no puede cumplir con su obligación 1, debido a que para ello presupone necesariamente, como dijimos, la certeza absoluta de que si cometo un delito, inevitablemente seré castigado.

Sin embargo, Laudan apunta que el efecto disuasorio tan deseado todavía podría obtenerse en el Estado de Beccaria si se usa adecuadamente el comodín representado por el factor “*severidad de la pena*”. En este sentido, el

---

<sup>491</sup> Beccaria, *An Essay on Crime and Punishment* (Philadelphia, 1819, p. 47, citado por Laudan en “*The Social Contract and the Rules of Trial: Re-Thinking Procedural Rules*”.

<sup>492</sup> Véase la sección conducente.

modelo del cálculo que conduciría al delincuente a no cometer el delito en mente, sigue el esquema que a continuación se presenta:

$\text{prob}(\text{imposición de pena}) \times \text{Severidad-costo}(\text{pena}) > \text{Utilidad que reporta la comisión del delito}$

Con base en lo anterior, aunque las probabilidades de que la pena respectiva sea impuesta sean muy bajas, el valor a la izquierda de la desigualdad todavía puede ser mayor si la severidad de la pena se modula de manera adecuada. En este sentido, mientras menos probabilidades haya de que se producirá el castigo correspondiente, mayor tendrá que ser la severidad del mismo a fin de lograr el efecto disuasorio en comento.

En este punto surge la siguiente pregunta: ¿Aún cuando el efecto disuasorio todavía puede lograrse modulándose apropiadamente el valor que corresponde a la severidad de la pena, es adecuado contar con un estándar tan demandante como el de la certeza moral (BARD) asociado fuertemente a las intuiciones Blackstonenianas?

Quienes responden que si es adecuado, suelen asumir alguna de las siguientes posturas:

1. La postura del *Garantismo*: Según esta corriente de pensamiento (representada por autores como Dworkin<sup>493</sup> y Stein<sup>494</sup> en la tradición del *Common Law*, y por Ferrajoli,<sup>495</sup> en la tradición del *Civil-Law*), el ciudadano tiene un derecho *inalienable y fundamental* a que el Estado realice el mejor esfuerzo humanamente posible por disminuir al mínimo el riesgo que corre de ser erróneamente condenado, debido a que una condena falsa constituye un acto de crueldad *objetivamente inmoral*. Sólo cuando ese mejor esfuerzo ha sido realizado, se justifica la intrusión del Estado en la esfera de libertades de los acusados.

Lo anterior se complementa con la tesis de que el destino de un acusado inocente(m) no debe sujetarse a *cálculos utilitaristas* que implican su sacrificio por un bien colectivo mayor.

Otras tesis propias de esta escuela son: El acusado (inocente(m) y el culpable(m)) tiene el derecho básico a ser juzgado con el estándar BARD (por ser el estándar que le sigue a la convicción absoluta), y; Debe dotarse a las *rules of evidence* y a las *rules of procedure*, de un perfil *acquittal-friendly* (favorable al acusado).

2. La postura que implica pensar que el Estado, de facto, ha creado un riesgo inaceptable para el ciudadano de ser condenado erróneamente (postura que en los sistemas de la tradición del *Civil-Law* se refuerza al ser evocadas las atrocidades de los procesos inquisitoriales de la Edad Media).

Respecto de 1, la respuesta de Laudan es que pueden imaginarse múltiples formas de mejorar los efectos favorables al acusado que en el sistema norteamericano actualmente ofrecen tanto BARD, como las *rules of evidence* y las *rules of procedure*.

---

<sup>493</sup> Laudan, Larry, "The rules of trial, Political Morality, and the Costs of Error; or Is Proof Beyond a Reasonable Doubt Doing More Harma than Good?", ponencia preparada para un evento en Chicago, 2009.

<sup>494</sup> Idem.

<sup>495</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*, TROTTA, 9ª Ed., 2009.

Por ejemplo, en el caso de BARD (suponiendo que descartamos las interpretaciones que tienen el efecto de hacerlo un estándar menos riguroso que lo que supuestamente se quiere),<sup>496</sup> en su acepción de “firme convencimiento”, y suponiendo que esta expresión tiene algo que ver con la evidencia disponible,<sup>497</sup> siempre es posible incrementar el grado de convencimiento que pudo experimentar un *trier of fact* cuando decidió votar por la emisión de una condena, aún y cuando sostenga que el convencimiento en cuestión alcanzó un estado de firmeza.<sup>498</sup> O bien, puede implementarse un estándar que exija la eliminación de *toda duda residual* en torno a la culpabilidad del acusado. Como lo anterior es imposible, este estándar garantizaría que todo proceso culmine en una absolución.

En cuanto a las *rules of evidence y procedure*, Laudan presenta el siguiente catálogo (no exhaustivo) de mejoras que podrían implementarse:

- “... Instruct jurors that they will be subject to perjury charges if a defendant convicted by them is subsequently exonerated by new evidence
- Insist that, for a conviction, the judge must fully concur in the finding of guilt beyond a reasonable doubt
- Expand the jury from twelve to any larger number, on the grounds that unanimity from a larger group requires more impressive evidence than from a smaller one
- Insist that the case against the defendant, if it is to lead to conviction, must always include both testimonial and physical evidence
- Exclude *all* confessions on the grounds that some of them are certainly false
- Waive the hearsay rules and the Daubert rule (regulating expert testimony) so as to allow the defendant (and only the defendant) to present as defense witness whomever he wishes
- Require that every conviction be reviewed at three distinct levels (as is currently done in capital cases)
- Prohibit inculpatory testimony from accomplices who have struck plea bargains
- Give the defendant the right, during jury selection, to exclude without cause indefinitely many prospective jurors...”<sup>499</sup>

---

<sup>496</sup> Recordemos que la Corte ha decidido no vincular BARD con “certeza moral” basada en la preocupación de que el miembro del jurado piense que puede decidir condenar con base en los juicios morales que pueda formular en torno a la conducta o características del acusado y no basado en la evidencia disponible. Lo anterior ha producido un cúmulo de interpretaciones, algunas de las cuales, en lugar de hacer de BARD un estándar sumamente exigente (como supuestamente se quiere), al vincularlo con el grado de seguridad que en la vida cotidiana experimentamos al momento de tomar decisiones importantes, o con la clase de duda que nos hace vacilar en torno a cuestiones similares, se produce lo contrario, es decir, un estándar menos riguroso. Véase sección conducente.

<sup>497</sup> Recordemos que Laudan critica la interpretación de BARD como firme convencimiento diciendo que se trata de una estándar subjetivo, ya que en la conformación de dicho estado pueden intervenir no sólo factores epistémicamente relevantes, sino otras cuestiones, como prejuicios de tipo racial, de género, sexual, miedos, antipatías, reprobaciones subjetivas, complejos, venganzas, etc., que contribuyen a “causar” el convencimiento de que el acusado es culpable. En suma, la expresión en comento denota la intensidad con la que se cree en la culpabilidad del sujeto, sin embargo, no ofrece pauta alguna respecto del origen racional de dicha creencia. Véase la sección conducente.

<sup>498</sup> Como hemos dicho anteriormente al referirnos a la crítica de Laudan en torno a la subjetividad de BARD, el punto es que un convencimiento firme es susceptible, a su vez, de presentar distintos grados en función del tipo de proposición de que se trate y de la evidencia o método de corroboración con que se cuente. Véase la sección conducente.

<sup>499</sup> Laudan, Larry, “The Social Contract and the Rules of Trial: Re-Thinking Procedural Rules”; , en: [http://papers.ssrn.com/sol3/cf\\_dev/AbsByAuth.cfm?per\\_id=603402](http://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=603402)

Con base en lo anterior, los *garantistas* son objeto de la crítica consistente en que por un lado, los esfuerzos actualmente realizados por el Estado, no constituyen, por mucho, lo mejor que pudiera hacerse para proteger al acusado; y por otro, si en efecto se toma en serio el argumento de que sólo el mejor esfuerzo humanamente posible justifica la intrusión del Estado en la esfera de libertades del acusado, tendría que implementarse un estándar que exigiera la *eliminación de toda duda residual*, ya que, pese a que dicha eliminación es imposible en lo que concierne a investigaciones sobre hechos pasados, es posible que el estándar sea impuesto.

El estándar de más allá de toda duda residual, más la implementación de todas las mejorías que pudiéramos elucubrar respecto de las *rules of evidence* y *rules of procedure*, nos conduciría a la situación extrema de un sistema de impartición de justicia paralizado, incapacitado para emitir condena alguna.

Pero ¿no se suponía que la razón principal de haber cedido cuotas significativas de nuestra libertad, como la de resolver por cuenta propia los agravios causados por el malintencionado, para el surgimiento del Estado era que como contra-prestación recibiríamos el cobijo de un sistema eficiente de procuración de justicia con una capacidad satisfactoria de identificar y castigar al ofensor?

En efecto, como dijimos, la sola instauración del procedimiento anterior crea el riesgo de ser erróneamente condenado y, en ese sentido es comprensible que se tomen medidas para reducirlo, pero ¿debemos aceptar que esas medidas –originalmente paliativas- eclipsen el cumplimiento de la obligación primordial? La respuesta parece ser negativa.

En cuanto a que una condena falsa constituye un acto de crueldad objetivamente inmoral, Laudan sostiene que esta visión presupondría que de antemano se conoce quienes son culpables (m) e inocentes (m) y que se escoge a algunos del segundo grupo para que, de forma deliberada, se haga caer sobre ellos el peso de una injusticia.

Al contrario, el Estado, y en particular los miembros del jurado, no conocen previamente el estado genuino de los acusados. Ellos cuentan sólo con el conjunto de ítems evidenciarios y con su capacidad de realizar inferencias a partir de aquel. Como cualquier investigación sobre hechos pasados, la tarea de los *triers of fact* es propensa al error.<sup>500</sup>

Para completar la respuesta a 1, Laudan pone en la mesa lo que denomina “*la tesis Laplace-Nozick*” (L-N),<sup>501</sup> según la cual, ninguna de las obligaciones estatales anteriormente referidas tienen, en principio, prioridad respecto de la otra. De hecho, ambas se fusionan para dar surgimiento a una nueva obligación consistente en minimizar (a rangos aceptables) el *riesgo agregado* resultante de la suma del riesgo de ser víctima de un delito y del riesgo de ser erróneamente condenado.

Desde esta perspectiva, el cálculo utilitarista al que el *garantista* se niega, no puede evitarse en vista de que enfocarse exclusivamente en minimizar alguno de los riesgos mencionados (como el de proteger al ciudadano de una

---

<sup>500</sup> No es que Laudan niegue la posibilidad de que existan casos de corrupción que impliquen la fabricación de casos en contra de ciertos acusados (quizá políticamente incómodos). Sin embargo, plausiblemente puede sostenerse que éste no es el caso normal.

<sup>501</sup> Laudan, Larry, “*The Social Contract and the Rules of Trial: Re-Thinking Procedural Rules*”, pp. 31-43.

posible condena falsa), por la conexión recíproca que hay entre ellos, implicaría aumentar el valor del riesgo compuesto.

Otra tesis implicada por L-N consiste en que cada Estado, de acuerdo con el diagnóstico de la situación que guardan cada uno de los riesgos de manera individual, con el monto de libertad cedido por parte de sus ciudadanos, y de acuerdo con los recursos disponibles, puede tomar medidas diversas para obtener el valor apropiado (para cierto momento histórico) del riesgo compuesto. El punto crucial es que, la racionalidad de las medidas que se tomen tiene que ver con su efecto reductor del valor del riesgo compuesto mencionado.

Pues bien, al efecto de levantar el diagnóstico al que nos referimos en el párrafo anterior, Laudan utiliza varios estudios empíricos para calcular el riesgo que, por una parte, el ciudadano norteamericano corre de ser víctima de un delito serio (violación, robo con violencia, homicidio, etc.) y, por otra parte, el que corre de ser erróneamente condenado por algún delito serio.

Es importante destacar que, de manera empírica, Laudan demuestra que la mayoría de los condenados que se encuentran purgando una sentencia privativa de la libertad eran ofensores habituales y así mismo, que la mayoría de ellos regresan al camino del crimen en cuanto son liberados.<sup>502</sup> En este sentido, se confirman los efectos incapacitantes de las condenas verdaderas, así como el fracaso en producir este efecto atribuible a las absoluciones falsas.

Los resultados que el cálculo respectivo arroja son:<sup>503</sup> El ciudadano norteamericano promedio corre un riesgo vitalicio (*lifetime risk*) de ser víctima de un homicidio del 0.4%, mientras que el riesgo de ser erróneamente condenado por homicidio es de 0.0145%. Es decir, 25 veces menor. Asimismo, el riesgo que se corre de ser falsamente condenado de un delito serio es de 0.25%, mientras que el riesgo de ser víctima de un delito serio es de 5/6. Es decir, 33,000% más que el anterior.

Estos resultados socavan la postura 2, según la cual el Estado ha creado un riesgo inaceptable de ser falsamente condenado. La diferencia en el grado de cumplimiento de las obligaciones estatales es abismalmente favorable a la obligación de proteger al ciudadano de una potencial condena falsa. ¿En este contexto es racional pretender reducir aún más el riesgo de ser erróneamente condenado? La respuesta es un rotundo “no”.

De este modo, la situación anterior reclama una re-calibración del balance en el cumplimiento de las obligaciones respectivas. La pregunta que surge es ¿cómo lograr esta re-calibración? ¿Qué mecanismo emplear?

Con base en un argumento, cuya sofisticación no podemos reproducir aquí, Laudan sostiene que la mejor ruta para lograr lo anterior consiste en dotar a las *rules of trial* (expresión que denota tanto al grado de severidad del estándar de prueba, como a las *rules of evidence* y a las *rules of procedure*) de un perfil *truth-promoting*.

---

<sup>502</sup> Ibidem, pp. 19-24.

<sup>503</sup> Ibidem, p. 6.

Simplificando el argumento respectivo, la razón de la aseveración precedente es que, con base en evidencia empírica, la modulación de las *rules of trial* constituyen el factor preponderante y más controlable que otros, al efecto de lograr que el sistema produzca un mayor número de condenas.<sup>504</sup>

Por su parte, también con base en evidencia empírica, se demuestra que el aumento en el índice de condenas en un periodo determinado, constituye el factor que nos sitúa en mejores condiciones de predecir que los índices de criminalidad disminuirán en dicho periodo.<sup>505</sup> Esto a su vez, confirma tanto los efectos incapacitantes, como los efectos disuasorios de las condenas.

La reducción de los índices de criminalidad provoca la disminución del número de juicios que se instauran en un periodo determinado, debido a que, si hay menos delitos, también hay menos denuncias, menos arrestos, menos decisiones de acudir ante al Gran Jurado y, por ende, menos decisiones del fiscal de llevar a juicio.

Por su parte, el hecho de que en un periodo determinado hay menos juicios significa reducir el riesgo que el ciudadano ordinario experimenta de ser erróneamente condenado, en la medida en que hay una menor exposición a la situación que plantea el peligro de un fallo condenatorio falso.

Con base en la cadena causal anterior (*truth-promoting rules of trial* – mayor índice de condenas – reducción de índices de criminalidad, lo cual reduce el riesgo de ser víctima de algún delito, – reducción del número de juicios – reducción de riesgo de ser erróneamente condenado), podemos ver cómo el balance en el cumplimiento de las obligaciones estatales de proteger al ciudadano de la criminalidad y en contra de una potencial condena falsa depende crucialmente de la modulación de las *rules of trial* hacia un estado *truth-promoting*.

En este sentido, surge un nuevo argumento prescriptivo a favor de la tesis que sostiene que la averiguación de la verdad (la minimización del riesgo de producir errores epistémicos) *debe ser* el objetivo primordial en la configuración de un procedimiento penal, además de los argumentos de justicia del fallo y de legitimidad de la función jurisdiccional.<sup>506</sup>

Dicho argumento es que la consecución del objetivo mencionado nos sitúa en mejores condiciones de reducir el valor del riesgo compuesto al que hace referencia L-N,<sup>507</sup> con lo cual se establece una relación fundamental entre la ingeniería de un procedimiento penal y la racionalidad de suscribir el contrato social que legitima al Estado.<sup>508</sup>

---

<sup>504</sup> Para lograr este resultado también pueden modularse factores como fomentar la denuncia de los delitos en la sociedad civil; incrementar los niveles de capacitación de los detectives y oficiales de policía; invertir en el desarrollo de técnicas forenses más poderosas, etc.

<sup>505</sup> En efecto, para lograr que los índices de criminalidad descieran también pueden emplearse estrategias que van desde la mejora de los programas de educación; la impartición de valores morales; la creación de mejores condiciones económicas, lo cual implica la generación de más empleos; incluso el cambio de modelo económico, etc.

<sup>506</sup> Véase la sección conducente.

<sup>507</sup> Si se persiste en introducir modificaciones al procedimiento en el sentido de favorecer aún más al acusado, por el fracaso de una absolución falsa en términos de disuadir al potencial criminal y en términos de incapacitar al verdadero responsable, quien continúa con su carrera delictiva, se incrementa el riesgo de ser víctima de algún delito, con lo cual, el valor del riesgo compuesto aumenta.

<sup>508</sup> Alguien podría argumentar que dotar a las *rules of trial* de un perfil *truth-promoting* constituye una estrategia apropiada a la luz del diagnóstico particular en el que el riesgo de ser víctima de un delito grave es mucho mayor al



En otras palabras, la arquitectura (o fisonomía) del procedimiento lo condiciona para consumir (dentro de parámetros aceptables) las promesas de protección en contra de los daños que podemos sufrir de parte de quienes violentan las leyes penales, y de parte del propio Estado al juzgar erróneamente que alguien es culpable.

Ahora bien, la necesidad de orientar las *rules of trial* hacia un estado *truth-promoting* implica, para el estándar de prueba, la imposición de un grado de severidad menor al que la tradición Blackstone le atribuye. Es decir, hacerlo menos riguroso. La pregunta que persiste es: ¿Qué procedimiento emplear y cuál es el punto apropiado de severidad?

Para responder a lo anterior, debemos tener presente que, al efecto de evitar las objeciones relativas a que un estándar de prueba no puede garantizar que en cierto periodo el sistema reportará una distribución de errores previamente especificada (10/1, o la que sea), se ha propuesto una lectura diferente de la proporción Blackstone: Una que entiende a dicha proporción como la expresión de lo costoso que es una condena falsa cuando se le compara con una absolución falsa (10 veces más costosa). Es decir, una lectura que se enfoca en las *disutilidades* de las modalidades erróneas de las decisiones respectivas. Desde esta perspectiva, el grado de severidad tipo 90% se justifica en la proporción de la diferencia de costos entre ambos errores.<sup>509</sup>

Por su parte, la propuesta de Laudan nos remonta también al empleo de la TUE. Sin embargo, en esta ocasión, su empleo es diferente: Implica la consideración de las utilidades atribuibles no sólo a las modalidades erróneas de las decisiones en cuestión, sino también, la de las utilidades que una condena verdadera y una absolución verdadera arrojan.<sup>510</sup>

En este marco, el grado de severidad del estándar de prueba, es decir, el grado de culpabilidad aparente que tendría que ser asociado a las positivas resultantes de la aplicación del *test* respectivo,<sup>511</sup> consiste en aquel punto (entre 0 y 1) en el que las utilidades esperadas de una condena y de una absolución, son iguales.<sup>512</sup> Para obtener el valor anterior, se emplea la siguiente fórmula:

---

de ser erróneamente condenado. En este sentido, no habría una relación necesaria entre contar con un procedimiento penal orientado preponderantemente hacia la búsqueda de la verdad y la obtención de un valor aceptable del riesgo compuesto. Esto es plausible, sin embargo, dotar al procedimiento de un perfil *truth-promoting* desencadena, al menos en teoría, efectos positivos en términos de la disminución de ambos riesgos. Es decir, reduce tanto los índices de criminalidad, como el riesgo de ser erróneamente condenado, debido a que también reduce el número de juicios durante cierto periodo.

<sup>509</sup> Laudan, Larry, " **Re-Thinking the Criminal Standard of Proof: Seeking Consensus About the Utilities of Trial Outcomes**", Working Paper Series, pp. 10-11, en:

[http://papers.ssrn.com/sol3/cf\\_dev/AbsByAuth.cfm?per\\_id=603402](http://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=603402)

<sup>510</sup> Para ver las dificultades técnicas que plantea la no consideración de las 4 posibles salidas en un procedimiento penal como base para el empleo de la TUE, véase Laudan, *Ibidem*, pp. 11-14.

<sup>511</sup> Véase la sección correspondiente.

<sup>512</sup> La utilidad social esperada de una condena como una función de la culpabilidad aparente percibida por el miembro del jurado se calcula así:  $(U_c) = pU_{vc} + (1-p)U_{fc}$ , en donde  $U_c$  = Utilidad de una condena;  $p$  = grado de culpabilidad aparente;  $U_{vc}$  = Utilidad de una condena verdadera; y  $U_{fc}$  = Utilidad de una condena falsa. Por su parte, la utilidad social esperada de una absolución, como una función de la culpabilidad aparente se calcula así:  $(U_a) = pU_{fa} + (1-p)U_{va}$ , en donde  $U_a$  = Utilidad de una absolución;  $U_{fa}$  = Utilidad de una absolución falsa; y  $U_{va}$  = Utilidad de una absolución verdadera. De este modo, el estándar se calcula con la siguiente fórmula:  $p^* = (U_{va} - U_{fc}) / (U_{va} - U_{fc} + U_{vc} - U_{fa})$

$$p^* = 1 / \{1 + (U_{vc} - U_{fa}) / (U_{va} - U_{fc})\} \quad (2)$$

Laudan y Saunders<sup>513</sup> proponen la consideración de los siguientes factores (consecuencias) a los efectos de reflexionar sobre las utilidades que reporta cada modalidad de las decisiones respectivas:

Consecuencias	Condena Verdadera (vc)	Condena Falsa (fc)	Absolución Verdadera (va)	Absolución Falsa (fa)
El delincuente recibe su Merecido	Si ↑	No ↓	No ↓	No ↓
Reducción de criminalidad vía incapacitación	Si ↑	No ↓	No ↓	No ↓
Reducción de criminalidad vía disuasión	Si ↑	Si ↑	No ↓	No ↓
Grave daño al Acusado inocente(m)	No ↓	Si ↑	No ↓	No ↓
Cierre para las víctimas	Si ↑	Si ↑	No ↓	No ↓
Modificable por apelación	Si ↑	Si ↑	No ↓	No ↓
Verdad y Justicia consumadas	Si ↑	No ↓	Si ↑	No ↓
Restauración parcial de la reputación acusado	No ↓	No ↓	Si ↑	Si ↑

Con base en dicho panorama de consecuencias, así como en la el desempeño que en cada rubro tienen las cuatro salidas decisionales consideradas, los autores proponen la siguiente manera de ordenarlas.<sup>514</sup>

$$U_{vc} > U_{va} > U_{fa} > U_{fc}$$

El siguiente paso podría consistir en diseñar una investigación empírica que nos permita elicitarnos los valores de utilidad que la sociedad (la muestra representativa) atribuiría a cada salida considerada (tomándose en cuenta las consecuencias especificadas anteriormente).

Aquí surge la crítica que en una discusión reciente Ron Allen dirige al análisis consecuencialista en cuestión:<sup>515</sup> El punto de Allen es que no hay razón para considerar la lista de factores desplegados en la tabla precedente como exhaustiva. Algunas de las categorías incluidas podrían incluso ser eliminadas o sustituidas. Todo depende del esquema de factores de utilidad empleado.

Sin embargo, pese a que llegar a un consenso en torno a dicho esquema constituye un problema que ha de resolverse, Laudan y Saunders, con base en las intuiciones de la fórmula (2), diseñan un procedimiento que se centra en elicitarnos la magnitud (la proporción) de la diferencia que habría entre los valores de las dos restas contenidas en el

---

( $U_{vc} - U_{fa}$ ) + ( $U_{va} - U_{fc}$ ), en donde  $p^*$  constituye el estándar aplicable. Esta fórmula también puede expresarse así:  $p^* = 1 / 1 + (U_{vc} - U_{fa}) / (U_{va} - U_{fc})$ . Véase Laudan, *Ibidem*, pp. 4-6.

<sup>513</sup> *Ibidem*, 15-26.

<sup>514</sup> *Ibidem*, 23.

<sup>515</sup> En las discusiones del Cuarto Mini-Foro sobre Epistemología Jurídica, 2009.

numerador y el denominador de (2), lo cual no requiere la explicitación del esquema de factores de utilidad que el encuestado tome como punto de referencia.<sup>516</sup>

El procedimiento de elicitación referido consiste en plantear a los sujetos en cuestión un escenario como el siguiente: “*A Usted le han regalado cien mil dólares libres de impuestos. Puede quedarse con él o gastar parte, o todo, del modo que sigue: Por un lado, frente a Usted se encuentra una persona absuelta de un homicidio que en realidad cometió. En otro cuarto, se encuentra otra persona que ha sido sentenciada erróneamente a 15 años de prisión por el delito de homicidio. Suponga que hay un “sabio” que puede discernir entre los acusados inocentes de los culpables y que tiene el poder de revertir las decisiones del sistema. ¿Cuánto sería lo máximo que estaría dispuesto a pagar para remediar cada veredicto erróneo? Es decir, ¿cuánto sería lo máximo que pagaría para que el “sabio” cambiase el fallo absolutorio falso por una condena verdadera, y cuánto sería lo máximo para el caso de cambiar la condena falsa por una absolución verdadera?*”.

Con este procedimiento, Laudan y Saunders pretenden establecer que no necesariamente del hecho de que alguien considere que una condena falsa es diez veces más costosa que una absolución falsa se sigue que ese alguien pagaría diez veces más por que el “sabio” revirtiera una condena falsa por una absolución verdadera, que lo que pagaría por que se cambiara la absolución falsa por una condena verdadera. En este sentido, no se sostiene la tesis de que la proporción Blackstone necesariamente (y a priori), se traduce en un estándar tan exigente como el 90%.

El valor o grado de severidad hacia el que apuntan las investigaciones de Laudan y Saunders se encuentra en los linderos del 70% (o 0.7), lo cual corresponde a un estándar menos riguroso (que BARD) como el denominado “*Clear and Convincing Evidence*” (CACE).

#### **4. El principio de la multiplicidad de estándares**

Laudan sostiene que a cada punto del procedimiento en que el operador jurídico relevante tenga que tomar una decisión (que implica que aquel continúe o que concluya en ese punto) se le puede asociar (y de hecho, así sucede), un estándar de prueba diverso. Veámoslo:

- “... at virtually *every* point where a judge or jury is called upon to make a determination of law or of fact, there will be a SoP associated with that decision.
1. At the points of arrest and arraignment, the standard is probable cause.
  2. For a grand jury indictment, the standard is proof of guilt sufficient to convict if not contradicted by defense evidence.
  3. For a decision about denial of bail, the usual standard is CACE that the accused poses a risk of flight or of danger to others.
  4. If the defendant offers what is called an affirmative defense, *he* will often have to prove it to a PoE.
  5. If there is to be a change of venue, there must be CACE that the accused cannot get a fair trial in the jurisdiction where his trial is scheduled.

---

<sup>516</sup> Laudan, Larry, “**Re-Thinking the Criminal Standard of Proof: Seeking Consensus About the Utilities of Trial Outcomes**”, Working Paper Series, p. 18.

6. At the preliminary evidence hearing, multiple decisions have to be made about the admissibility of contested evidence. The standard here is usually the PoE, although... many legal experts would like to see BARD as the standard for such decisions.
7. Once the defendant is convicted and goes to a sentencing hearing, the standard transmogrifies into proof by a PoE....<sup>517</sup>

En este sentido, tendría que emplearse el mecanismo para la fijación racional del grado de exigencia probatoria anteriormente aludido (el cual se centra en la determinación de qué tan mayor es el valor de una de las restas de la fórmula (2) con respecto de la otra) al efecto de verificar si los estándares oficiales corresponden con el estándar que racionalmente habría que fijar para cada decisión.

Sin embargo, puede hablarse de estándares diversos no sólo en relación con los diversos puntos de decisión a lo largo del procedimiento, sino también en relación con el perfil que presenta (o clase a la que pertenece) el acusado.

De este modo, la consideración de factores como la información empírica en torno a los ofensores seriales (reincidentes) y los ofensores primerizos también se ve reflejada en el esquema de utilidades anteriormente delineado.

En este sentido, con base en los resultados de estudios empíricos diseñados para medir el nivel de reincidencia de los ofensores seriales en comparación con el de los primerizos, Laudan sostiene que podría plantearse la instauración de estándares diferentes: Uno menos riguroso para los ofensores seriales (quienes, de acuerdo con la información empírica relevante por un lado, hubieran continuado su carrera delictiva con un aumento paulatino en términos de la gravedad de los delitos perpetrados, de no haber sido encarcelados y por otro, retornan al camino del crimen una vez puestos en libertad con mucha mayor frecuencia que el otro grupo de ofensores considerado), ya que una absolución falsa en estos casos es sumamente costosa por no incapacitar al acusado en cuestión; y otro más exigente que el anterior para los ofensores primerizos.<sup>518</sup>

Ahora bien, la propuesta de estándares diversos con base en información empírica que permite *predecir* con cierta plausibilidad el futuro comportamiento de cierta clase de acusados, se confronta con la postura paradigmáticamente *retibucionista* según la cual, para imponer una pena a alguien sólo debe tomarse en consideración sus conductas pasadas previamente especificadas como delito por el ordenamiento en cuestión.

La propuesta de estándares diversos con base en los perfiles del probable comportamiento futuro de cierta clase de ofensores, introduce por la puerta trasera, consideraciones relativas a la “peligrosidad” del individuo (lo que en nuestra tradición suele conocerse como un “*derecho penal de autor*”, en lugar de un “*derecho penal del hecho*”).

La respuesta de Laudan es que la fijación racional del grado de severidad del estándar de prueba requiere que se hagan este tipo de consideraciones si en efecto ha de emplearse con propiedad la teoría de la decisión racional en este ámbito. La teoría referida requiere que se haga el mejor esfuerzo por que sean tomadas en cuenta la totalidad de

---

<sup>517</sup> Laudan, Op. Cit., nota 153, pp. 86-87.

<sup>518</sup> Laudan, Larry, “*Taking the Ratio of Differences Seriously: The Multiple Offender and the Standard of Proof*”, or, *Different Strokes for Serial Folks*, Working Paper Series, en: [http://papers.ssrn.com/sol3/cf\\_dev/AbsByAuth.cfm?per\\_id=603402](http://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=603402)

consecuencias asociadas a cada modalidad de la decisión. En este sentido, no podemos simplemente ignorar lo que los estudios empíricos *bien diseñados* establecen en torno al patrón de comportamiento de cierto grupo de acusados.

El énfasis en el sólido diseño de los estudios empíricos referidos es importante, ya que no nos encontramos disminuyendo la severidad del estándar con base en meros prejuicios respecto de cierta clase de ofensores, sino con base en cifras “objetivas”.

Aunado a la respuesta técnica del autor en comentario, puede decirse que en un sistema con estándares diferenciados (como los propuestos) en operación, no se deja de castigar a los infractores sólo por los hechos que, de acuerdo con las pruebas respectivas, puede sostenerse que cometieron. La procedencia del castigo respectivo no se justifica por su peligrosidad, sino por la comisión de hechos concretos.

Lo que sucede es que, en efecto, con base en consideraciones consecuencialistas, se le concede un menor beneficio de la duda que a otro tipo de ciudadanos, en términos de una menor exigencia de severidad o contundencia probatoria para su caso.

Esto significa que, el Estado, en estas situaciones, justificadamente no puede permitirse el preocuparse por reducir el riesgo de que se produzca una condena falsa en la misma magnitud en que lo hace respecto de otra clase de personas que no incurren en el perfil de los ofensores reincidentes, debido a que su obligación fundamental de proteger a la ciudadanía en general en términos de reducir el riesgo de que sus miembros sean víctimas de un delito serio, presiona con mayor fuerza en estos escenarios.

En este sentido, el contar con estándares diferenciados no constituye una injusticia en si misma, sino que refleja lo difíciles y complejas que son algunas decisiones de política pública, sobre todo aquellas que, en este caso, están orientadas al establecimiento del balance apropiado en el que se da cumplimiento a dos obligaciones estatales primordiales, las cuales, como se ha visto, están destinadas a hacerse concesiones recíprocas en diversos contextos.

## IX. RECAPITULACIÓN Y DISCUSIÓN PRELIMINAR

Como hemos visto, el *procedimiento epistémicamente óptimo* de Laudan que plantea el perfil al que las reglas de un sistema de impartición de justicia deberían aspirar, está conformado por los siguientes meta-principios:

### I *Hardcore*

#### *Rules of evidence:*

- A) El *trier of fact* debe entrar en contacto con el conjunto total de la evidencia recabada no-redundante (sabemos que, no obstante, dicho conjunto suele no corresponder con el conjunto total de ítems evidenciarios –rastros físicos y/o psicológicos en términos de las distintas modalidades perceptivas de testigos- debido a que por la incidencia de factores como los que a continuación mencionaremos, el conjunto total referido no subsiste íntegro hasta el momento en que los *triers of fact* toman su

decisión. Los factores a los que previamente hemos hecho referencia pueden ser: La propensión de algunos de esos ítems a deteriorarse o distorsionarse, las circunstancias particulares en que ciertos hechos tuvieron lugar (las cuales pueden dificultar la recolección de rastros o vestigios), el grado de planificación del hecho por parte de su autor(es) (tal vez el arma utilizada fue posteriormente destruida, etc.), el grado de pericia desplegado por los operadores encargados de recolectar la evidencia y de continuar con la investigación, la disponibilidad y confiabilidad de técnicas forenses para el procesamiento de la evidencia disponible, las decisiones estratégicas que las partes toman a los efectos de presentar cierta versión de los hechos conveniente a sus intereses (tal vez se opte por no presentar, o bien, por “retocar” algún ítem), etc.)<sup>519</sup>

#### *Rules of procedure*

- B) Las *rules of procedure* deben contribuir a la reducción de las probabilidades de que el *trier of fact* emita veredictos inválidos, o en otras palabras, deben formularse de tal modo que permitan evitar que el *trier of fact* incurra en errores inferenciales consistentes en atribuir valores o pesos probatorios desproporcionados a cada ítem evidenciario, y en malinterpretar la política de sustento global que, de manera conjunta, debe ser satisfecha por la totalidad de ítems e inferencias intermedias a partir de aquellos.
- C) Las *rules of procedure* deben contribuir al surgimiento de un sistema auto-correctivo capaz de detectar y corregir los casos en que se violan reglas que conducen a condenas erróneas, como aquellos que conducen a absoluciones erróneas. Así mismo, el sistema debe ser capaz de suplantarse las reglas metodológicas que guían su indagación empírica, cuando se haya identificado que algunas de ellas son la causa de la comisión de ambos tipos de error.

#### *II. Softcore*

- A) El grado de severidad del estándar de prueba debe fijarse con base en un procedimiento racional que implica la elicitación de las utilidades (no sólo los costos) que la sociedad, a través de sus representantes, atribuye al espectro completo de modalidades de la decisión final (condenas verdaderas, condenas falsas, absoluciones verdaderas, absoluciones falsas), a partir de un esquema de factores de utilidad específico.
- B) La atribución de valores a los distintos factores de utilidad del esquema antes referido debe basarse, cuando ello sea posible, en estudios empíricos, por ejemplo, en torno al perfil de distintos ofensores (como el caso de los denominados “ofensores reincidentes”).

---

<sup>519</sup> Véase el apartado sobre “la reducción del error”, específicamente la propuesta de Laudan de concebir al procedimiento penal como una sucesión de filtros que van “depurando” la evidencia que se recaba desde el momento en que se comete el delito correspondiente hasta la fase en que el *trier of fact* entra en contacto con ella. En este sentido, en cada una de las etapas o fases constitutivas de la secuencia que Laudan describe, ha oportunidad para la comisión de errores epistémicos.

- C) Con base en el principio previo, el grado de severidad debe reflejar el resultado de la atribución de los valores asociados a los factores de utilidad del esquema especificado. En este sentido, puede haber distintos grados de severidad en función del perfil de acusados tomado en cuenta., o de cualquier otro factor que incida en una atribución diferenciada de valores a las categorías de utilidad del esquema que Laudan plantea
- D) El *principio de Indiferencia* que implica por un lado, la no utilización de las *rules of evidence* y de las *rules of procedure* como medios para la inyección de beneficios de la duda favorables a la clase abstracta del “acusado” por no poderse determinar la dosis de BdeD que cada una de ellas podría estar incorporando al sistema, y en este sentido, su impacto en términos de cómo se encuentran condicionando (parcialmente) al sistema al efecto de reportar cierta distribución de errores epistémicos en la práctica; por otro lado, dicho principio implica que una vez fijado el grado de exigencia del estándar de prueba respectivo, éste no debe ser violentado por el empleo de los elementos anteriormente mencionados a favor de alguna de las partes, ya que ello implicaría ir en contra del pacto social subyacente al cálculo de las utilidades que permite establecer el grado de severidad del estándar. De este modo, la fijación del grado de severidad aludido debe ser el único dispositivo que se emplee a los efectos de incorporar la cuota condensada de beneficio de la duda que desea otorgarse al acusado
- E) El principio de la no inversión de la carga de la prueba en el caso de que la defensa del acusado consista en invocar alguna “defensa afirmativa”

La aplicación del conjunto previo de meta-principios al sistema de referencia que Laudan analiza, provoca el brote de los siguientes aspectos *truth-thwarting*:

- En contra de A) del *Hardcore*, las reglas de exclusión de evidencia que, como vimos están basadas en argumentos tales como: El deseo de proteger al acusado inocente de una potencial condena falsa; una supuesta incompetencia de los miembros del jurado para desplegar sus facultades racionales cuando se trata de cierto tipo de evidencia inflamatoria (lo cual resulta paradójico con el alta estima en que se tiene a la sabiduría popular, al menos en el discurso oficial, como medio para alcanzar justicia en el sistema norteamericano); la salvaguarda de derechos constitucionales del acusado (como el derecho a guardar silencio y a no cooperar con la policía, así como a no tomar el estrado al efecto de ofrecer su versión de los hechos, o el derecho a que sea excluida la evidencia obtenida por medio de cateos y decomisos inconstitucionales); o la defensa de la integridad moral de las cortes.
- En contra de B) y C) del *Hardcore*, la versión actual de la *Discovery Rule*, la cual permite que el mecanismo respectivo se active sólo a instancia del acusado; la denominada teoría subjetiva del estándar de prueba; el no requerir al jurado que explique la forma en que arribó a su veredicto; y un sistema de medios de impugnación inclinado preponderantemente hacia la corrección de condenas falsas.
- En contra de los principios del *Softcore*, la tendencia a calcular el grado probabilístico de severidad del estándar de prueba por medio de un mecanismo que sólo toma en cuenta los costos (disutilidades) de las

modalidades erróneas de la decisión final (condenas falsas y absoluciones falsas), de lo cual resulta un estándar excesivamente protector (sumamente riguroso); el empleo de las *rules of evidence* y de las *rules of procedure* como herramientas para la inyección de cuotas indeterminadas y diversificadas de beneficio de la duda al acusado; la no concentración de los esfuerzos por incorporar el beneficio de la duda mencionado en la fijación de la altura o grado de severidad del estándar de prueba; el traslado de la carga de la prueba al acusado en los casos en que invoca la concurrencia de una “defensa afirmativa”.

Ahora bien, como hemos podido ver, el *Hardcore* y el *Softcore* en ocasiones convergen cuando un mismo componente del sistema viola principios pertenecientes a ambos dominios. Tal es el caso de las reglas de exclusión de evidencia, y de ciertas *rules of procedure* (como la *Discovery Rule*) que violan el principio de relevancia, así como el principio de la promoción de inferencias válidas respectivamente. Sin embargo, dichas reglas violan también el principio del *Softcore* que establece que los esfuerzos por introducir beneficios de la duda al acusado deben concentrarse en el momento de fijar la altura o grado de severidad del estándar de prueba.

Otro caso es el del propio estándar de prueba que hace depender la emisión de una sentencia, de la detección por parte del *trier of fact*, de ciertos estados internos (firmes y permanentes convencimientos, altos grados de probabilidad, sensaciones que se experimentan cuando se toman decisiones importantes en la vida, etc.), los cuales, en el mejor de los casos, establecen sólo nexos causales con la evidencia disponible. La subjetividad de esta clase de estándares viola el principio que establece que las *rules of procedure* han de promover la realización de inferencias válidas de parte del miembro del jurado. En esta misma línea se encuentra la negativa de ofrecer pautas legislativas o judiciales al miembro del jurado en lo que concierne a las atribuciones de confiabilidad (*reliability*) a los distintos ítems evidenciarios, quien, como si tuviera una especie de propensión natural para el razonamiento ampliativo, es dejado a la deriva en esta tarea.

Así mismo, el grado de severidad del estándar que suele defenderse (alrededor de 0.9) viola el principio del *Softcore* de la implementación adecuada de un mecanismo racional para la captación de las utilidades que la sociedad está dispuesta a atribuir a las cuatro modalidades de la decisión final.

En última instancia podemos decir que esta distinción (*Hardcore* y *Softcore*), académicamente muy útil, tiende a diluirse en la medida en que, de acuerdo con los argumentos más recientes de Laudan, las *rules of evidence*, las *rules of procedure* y el propio estándar de prueba (todos ellos comprendidos bajo el rubro “*rules of trial*”) pueden (y deben) estar dotados de un perfil *truth-promoting* que permita elevar la tasa de condenas (sobre todo de condenas verdaderas) al efecto de establecer las condiciones que permitan al sistema dar cumplimiento a su compromiso dual (agregado) consistente en protegernos de los daños que podemos sufrir de parte de nuestros conciudadanos y de parte del propio Estado (por medio de la emisión de condenas falsas). En este sentido, podemos concebir al proyecto de Laudan como un gran *Hardcore*.

Por otra parte, en relación con el tema del estándar de prueba, es importante aclarar la diferencia entre plantear el grado de severidad del estándar como un valor de probabilidad (o como un rango de probabilidades)



socialmente determinado y el plantear que el estándar de prueba que los miembros del jurado emplean en la práctica debe consistir en asignar un valor de probabilidad a la hipótesis de culpabilidad.

Como vimos, Laudan critica fuertemente la postura que concibe al procedimiento para someter a escrutinio la hipótesis de culpabilidad como un asunto de determinar si a dicha hipótesis puede o no atribuírsele cierto grado de probabilidad (normalmente entre el 90 y 95%). Si no satisface el valor probabilístico preestablecido, procede una absolución.

El problema es que la detección del grado de probabilidad de nuestras propias creencias constituye una determinación casi imposible de hacer con algún grado aceptable de confiabilidad. Ni siquiera en las comunidades científicas puede esperarse que haya consenso alguno en torno al valor de probabilidad de hipótesis bien establecidas (como la que sostiene que los dinosaurios se extinguieron de forma abrupta por la ocurrencia de cierto evento hace 65 millones de años)<sup>520</sup>, ¿porqué pensar entonces que un ciudadano común, miembro del jurado, quien ha estudiado la cuestión relativa a la culpabilidad de X durante un periodo limitado (lo que dura el juicio más las horas en la sala de deliberaciones) podrá atribuir de manera acertada y confiable, grados de probabilidad a su creencia en dicha culpabilidad? Pedir al miembro del jurado que determine si a la hipótesis de culpabilidad puede asignársele un valor X de probabilidad y que sólo en ese caso condene, nos remite a los mismos problemas de subjetividad asociados a la interpretación de BARD como un “firme convencimiento”.

Recordemos que, de acuerdo con Laudan, un estándar objetivo debería especificar la modalidad(es) de la evidencia que justifica la emisión de una condena; el grado de soporte que la totalidad de las premisas debe transferir a la conclusión de culpabilidad; cuándo es apropiado inferir ciertas conclusiones intermedias a partir de ciertas premisas, o el *test* al que deseamos someter a la hipótesis de culpabilidad.

Si el *test* en cuestión ha de generar las condiciones para que el sistema produzca la cuota de aciertos y errores sancionada por el pacto social, debe incorporar en su estructura, el grado de severidad establecido por el procedimiento racional anteriormente referido.

En este sentido, el grado de severidad (expresado en términos probabilísticos) constituye el *ideal de eficiencia* al que deben aspirar los *tests* candidatos a implementarse; no hace referencia a estándar específico alguno ni implica que el *trier of fact* debe atribuir grados de probabilidad a la hipótesis de culpabilidad; no se trata de una regla de decisión para el miembro del jurado, sino de las *especificaciones de diseño* de un estándar adecuado (satisfactorio).

Si tomamos en cuenta el valor al que las investigaciones de Laudan apuntan, ello implica que las positivas del *test* respectivo deben tener alrededor del 70% de probabilidades de acertar en términos de condenar al genuinamente culpable.

Evidentemente esto tendría que determinarse mediante investigaciones empíricas que permitan establecer el perfil de errores (la frecuencia con la que se cometen errores alfa y beta) de cada *test* con el que se experimente.

---

<sup>520</sup> Véase la sección conducente.

Con base en lo anterior, podemos estipular dos significados para la expresión “estándar de prueba” que emplearemos en el resto de nuestra discusión:

Por un lado, en un sentido 1, denota al ideal de eficiencia socialmente determinado en términos de la cuota y distribución de errores en cuyos linderos debería incurrir el desempeño del sistema en un periodo determinado.

Por otro, en un sentido 2, denota a la(s) modalidad(es) de razonamiento cuya presencia o satisfacción justifica considerar la proposición que predica una propiedad jurídica respecto de algún sujeto (en el caso de la materia penal, la propiedad de “ser culpable”) como una proposición probada.<sup>521</sup>

---

<sup>521</sup> Estas distinciones las tomo del Dr. Cáceres en un seminario informal.

## CAPÍTULO TERCERO

### LA TEORÍA DE LA VALORACIÓN RACIONAL DE LA PRUEBA EN SEDE JUDICIAL (TVRPSJ)

#### I. 'TVRPJ' FRENTE A LA "TRADICIÓN IRRACIONALISTA DE LA PRUEBA" (TIP)

Como hemos dicho en el capítulo introductorio de este trabajo, la comunidad bajo examen emerge en gran medida, como reacción a lo que identifica (construye) como la corriente ortodoxa en torno al problema de la determinación de los hechos de una controversia jurídica, es decir, contra la *tradición irracionalista de la prueba*.

De acuerdo con la tradición previa -calificada de irracionalista por los autores de TVRPJ- las conclusiones fácticas a las que un juez arriba no pretenden (ni pueden) constituir un juicio tendencialmente verdadero respecto de las cuestiones empíricas implicadas en el caso en cuestión, es decir, un juicio que se aproxime, con cierto grado de probabilidad (que nunca será igual a 1), a la realidad empírica. Si esto es así, sostienen los autores representativos de TVRPJ, se abren las puertas a la *discrecionalidad* en la determinación de los hechos a los que el ordenamiento atribuye consecuencias jurídicas, pero de forma más preocupante, a la *arbitrariedad* en la toma de decisiones judiciales.

#### II. CONCEPCIONES GENERALES EN LAS QUE SE BASA 'TIP'

La denominada "*tradición irracionalista de la prueba*" anteriormente mencionada abarca a su vez, un amplio espectro de posturas que conciben a la actividad probatoria en sede judicial como un sinsentido<sup>522</sup> (si el sentido que se busca es de corte cognitivista); como un ritual retórico<sup>523</sup> (que en efecto desempeña funciones importantes), o como una actividad discursiva respecto de la cual sólo pueden realizarse evaluaciones en términos de *grados de coherencia* de las estructuras resultantes de aquella (generalmente historias o narrativas).<sup>524</sup>

A su vez, las teorías sobre la actividad probatoria y de las funciones de la prueba referidas arriba descansan sobre concepciones más generales que consideran *imposible, no prioritaria*, o bien, *irrelevante* a la obtención de la verdad -falible- en términos de correspondencia con el mundo empírico, por medio del proceso judicial.

A continuación pasaremos revista a cada una de dichas concepciones generales haciendo énfasis en los argumentos que ofrece TVRPJ en respuesta:

---

<sup>522</sup> Véase Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, 2ª. ed., trad. de Jordi Ferrer Beltrán, Italia, TROTТА, 2005, pp. 28-47, 80-81.

<sup>523</sup> *Ibidem*, pp. 48-51, 81; y también Ferrer, Jordi, *La Valoración Racional de la Prueba*, España, Marcial Pons, 2008, pp. 62-63.

<sup>524</sup> Taruffo Op. Cit., nota 522, pp. 32, 81-84, 307-319.

## 1. *La imposibilidad de la verdad en los terrenos ontológico y epistemológico*

De acuerdo con el análisis de Taruffo, la tesis de la imposibilidad de la verdad (por correspondencia) que puede hallarse como rasgo distintivo en la Tradición Irracionalista de la prueba, es el resultado de suscribir ciertas tesis ontológicas/meta-físicas (como las del idealismo o antirrealismo extremos, mismas que conciben a la realidad como una *construcción-proyección mental* que se valida mediante criterios de coherencia con otras creencias, tanto individuales, como colectivas)<sup>525</sup>; ciertas tesis epistemológicas (como las del escepticismo radical que, pese a que no descarta que podría existir una realidad empírica *pura*, niega su cognoscibilidad)<sup>526</sup>; o bien la versión fuerte de ciertas tesis provenientes de la psicología cognitiva (sobre todo, de los estudios empíricos acerca de los vicios cognitivos heurísticos, o “*biases*”)<sup>527</sup>, así como del denominado “programa fuerte de sociología del conocimiento científico” (que develan la relevancia de las prácticas en que los científicos se ven inmersos, las dependencias contextuales de las reglas metodológicas, así como la convergencia de intereses extra, y a veces contra-epistémicos en la indagación).<sup>528</sup>

## 2. *Respuesta de TVRPJ a la postura anterior*

La respuesta de TVRPJ en el terreno ontológico-metafísico consiste en postular una realidad empírica en alguna medida *objetiva* (independiente en cierto grado, de nuestra actividad cognitiva) que es capaz de asimilar las cuestiones relativas al efecto del lenguaje y de nuestros esquemas conceptuales en términos de guiar la percepción de ciertos fenómenos; relativas a la actividad cerebral en términos de condicionar el acceso sensible a la realidad; y relativas a la falibilidad de nuestros procesos heurísticos y a la dependencia contextual de nuestra actividad cognoscitiva.

En este sentido, no se trata de un “*realismo naïf*” (como lo llaman), sino de un realismo más sofisticado que, pese a que no es articulado explícitamente con mayor rigor, suele identificarse con la propuesta de *realismo crítico* de Putnam, y acoplarse convenientemente a cierta interpretación de la teoría de la verdad propuesta por Tarski.<sup>529</sup>

Esta actitud consistente en sólo mostrar, a la manera de unas breves pinceladas, que en el panorama filosófico existen orientaciones modernas que constituyen alternativas a la dicotomía realismo-idealismo,<sup>530</sup> es criticable, toda vez que se trata de un tema central que merece un posicionamiento más detallado si sobre él se erige la propuesta de la verdad en términos de correspondencia, como un objetivo crucial del proceso.

Ahora bien, en lo que hace a la invocación de la teoría de Tarski, se asume que ésta constituye una teoría *semántica*, en el sentido de proporcionar una definición de la expresión “verdad” (“correspondencia con la realidad”, del *realismo crítico* de Putnam), mientras que a las propuestas alternativas, de la coherencia y de la verdad consensual (o

---

<sup>525</sup> Ibidem, pp. 28-36.

<sup>526</sup> Idem.

<sup>527</sup> Idem.

<sup>528</sup> Idem.

<sup>529</sup> Ibidem, pp. 57-62.

<sup>530</sup> Ibidem, 62.

warranted assertibility)), se les considera meros criterios posibles para determinar que un enunciado fáctico -que en efecto, pretende hacer referencia a la realidad fuera del proceso- es verdadero. En este sentido, Taruffo sostiene que:

“... El punto esencial que aquí merece la pena subrayar es la posición central que, en el panorama de las distintas teorías, asume la definición de la verdad como correspondencia de las aserciones referidas a los hechos del mundo empírico, debida en especial a Tarski. Esta definición es relevante no sólo porque representa una versión moderna y metodológicamente correcta de la verdad como correspondencia, sino también porque parece dotada de una mayor generalidad, o de un alcance más fundamental, respecto de las otras teorías de la verdad. *Debe observarse que, en realidad la teoría semántica de la verdad como correspondencia sirve para definir el concepto de verdad, mientras que las otras concepciones ofrecen distintos criterios posibles para determinar la verdad, útiles en función del contexto en que se plantee el problema de la verdad...*”<sup>531</sup>

Ahora bien, para terminar de articular la postura de TVRPJ en torno a la verdad por correspondencia, ésta también incorpora, como hemos dicho, el elemento contextual a la luz de la imposibilidad de obtener certezas absolutas en cualquier modalidad de investigación empírica. En este sentido, Taruffo sostiene que:

“...La idea de una verdad absoluta puede ser una hipótesis abstracta en un contexto filosófico amplio, pero no se puede sostener racionalmente que una verdad absoluta pueda y deba ser establecida en ningún dominio del conocimiento humano, y ni qué decir tiene del contexto judicial. Ni siquiera las ciencias duras como la física y las matemáticas pretenden ya ser capaces de alcanzar verdades absolutas; de hecho, la idea de una verdad absoluta parece pertenecer sólo a los terrenos de la religión y la metafísica. En realidad, en todo contexto de conocimiento científico y empírico, incluido el de los procesos judiciales, *la verdad es relativa. En el mejor de los casos, la idea general de verdad se puede concebir como una especie de “ideal regulativo”, esto es como un punto de referencia teórico que se debe seguir a fin de orientar la empresa del conocimiento en la experiencia real del mundo...*”<sup>532</sup>

Y en otra parte, el autor en comento sostiene que:

“... En un procedimiento cognoscitivo de cualquier género, la verdad absoluta puede funcionar, precisamente, como absoluto, es decir, como límite al que los conocimientos concretos tienden a aproximarse... aunque no alcanzan nunca a identificarse con él. En otros términos: La verdad como correspondencia absoluta de una descripción con el estado de cosas del mundo real no es alcanzable con procedimientos cognoscitivos concretos, ya que es sólo un valor-límite teórico de la verdad de la descripción. *Pueden haber, sin embargo, distintos grados de aproximación al estado teórico de correspondencia absoluta, partiendo de un grado 0 (ninguna correspondencia, lo que equivale a decir que no existen elementos que hagan creíble la aserción, o que ésta no es significativa, según el contexto) y aumentando la aproximación a medida que aumentan los elementos de conocimiento a favor de la hipótesis de que la descripción se corresponde con la realidad. La referencia al valor teórico de la correspondencia absoluta, como el otro extremo de la no-correspondencia, es útil para distinguir los grados de aproximación y para establecer cuándo hay incrementos o disminuciones en la aproximación y, también, para determinar el criterio de elección entre varias descripciones del mismo hecho...*”<sup>533</sup>

El estatus de relatividad de la verdad por correspondencia que se obtiene como resultado de indagaciones empíricas, conduce a sostener que en el proceso judicial, las pruebas recabadas sólo permiten realizar un juicio *aproximado* del valor de verdad de las conclusiones alcanzadas, en términos de probabilidad. Esto no quiere decir que

---

<sup>531</sup> Ibidem, pp. 169-170.

<sup>532</sup> Véase Taruffo, Michele, *La Prueba*, España, Marcial Pons, 2008, p. 26.

<sup>533</sup> Taruffo, Op. Cit., nota 522, p. 180.

se sostenga que las conclusiones fácticas del juez no tengan un valor de verdad absoluto. De acuerdo con TVRPJ lo tienen, sin embargo esto es un asunto que no podemos aseverar con certeza (por la falibilidad inherente de nuestro razonamiento ampliativo), lo mejor que podemos hacer es confiar en que las pruebas disponibles y las inferencias rigurosas extraídas de ellas, nos permiten arribar a conclusiones probablemente verdaderas. En este sentido Ferrer sostiene que:

“Lo único que parece razonable derivar de la nota de incertidumbre que caracteriza la toma de decisiones en el ámbito de la prueba jurídica es, pues, una relativización de la confirmación del valor de verdad que podemos atribuir a las conclusiones que alcanzamos en ese ámbito. Entiéndase bien: *no quiero decir que no pueda atribuirse valor de verdad a las proposiciones que se declaran probadas en un proceso; quiero señalar, más bien, que el conjunto de pruebas de que se disponga en el mismo permiten únicamente atribuir un determinado grado de confirmación o de probabilidad de que esa proposición sea verdadera...*”<sup>534</sup>

A continuación, habiendo dado cuenta del posicionamiento de TVRPJ en el terreno ontológico y epistemológico, trataremos el caso del segundo grupo de concepciones generales sobre las que descansa la *Teoría Irracionalista* de la Prueba:

### **3. “La verdad no es prioritaria” como una postura ideológica**

En efecto, una de estas posiciones (ideológicas) se caracteriza por sostener que la finalidad esencial de un proceso (sobre todo en la materia civil) es *resolver la controversia* de que se trate. En este sentido, cualquier pretensión cognoscitiva queda relegada a un segundo plano, a la manera de un *producto colateral*, en vista del objetivo más importante consistente en erradicar el conflicto respectivo mediante la provisión de la solución más satisfactoria para los intereses de las partes, y para el de la sociedad misma, la cual, desde esta perspectiva, tiene en mucha mayor estima al valor de la *paź social*, que al de averiguar lo que en realidad sucedió.<sup>535</sup>

En este orden de ideas, dado que la verdad no constituye el objetivo principal, sería absurdo, si lo que se desea es la instauración de un proceso eficiente, que recursos valiosos en términos de infraestructura, capacidad intelectual y tiempo fuesen invertidos en algo que simplemente desviaría a “la empresa” de su curso.<sup>536</sup>

Otra forma que suele asumir la controversia “solución del conflicto Vs. verdad” es la que confronta al *sistema adversarial* y al *sistema inquisitorio*. En esta línea, el adversarial constituiría el sistema “bueno” (liberal y respetuoso de las garantías procesales, el cual opera a *instancia de parte* con las informaciones que dichas partes han decidido incorporar y con el limitado alcance establecido por las pretensiones en conflicto), en contraste con la evidente maldad - manifestada en su autoritarismo y habitual lesión de garantías individuales- del inquisitorio.<sup>537</sup>

---

<sup>534</sup> Véase Ferrer, Jordi, *La Valoración Racional de la Prueba*, España, Marcial Pons, 2008, pp. 26-27.

<sup>535</sup> Taruffo, Op. Cit., nota 522, p. 38

<sup>536</sup> Ibidem, p. 39.

<sup>537</sup> Ibidem, pp. 42-43.

#### 4. Respuesta de TVRPJ a la postura anterior

Pues bien, la respuesta que TVRPJ ofrece a la cuestión de la supuesta tensión indisoluble entre averiguar la verdad y resolver el conflicto respectivo es que no es necesario concebir las cosas en código de absolutos. En este sentido, es perfectamente plausible hablar de la provisión de resoluciones basadas en determinaciones tendencialmente verdaderas en torno a los hechos.

Así mismo, no es necesario asociar la búsqueda de la verdad con los *procesos inquisitivos* (dicha asociación detona las valoraciones negativas que suelen ser evocadas cuando se sostiene que objetivo de averiguar lo que sucedió es prioritario). En torno a lo dicho, Taruffo afirma que:

“... no resulta en absoluto clara la correspondencia entre el modelo dispositivo y la negación de la verdad, por un lado, y entre la búsqueda de la verdad y el modelo inquisitivo, por el otro; en efecto, mientras que no está claro que este último modelo esté orientado, por definición, hacia la búsqueda de la verdad, y mucho menos, que asegure su obtención, no es segura ni siquiera la incompatibilidad entre la búsqueda de la verdad y el modelo dispositivo...”<sup>538</sup>

Con mucho más razón es prioritaria la búsqueda de la verdad si se concibe a ésta como una *condición necesaria* (aunque no suficiente) de la *emisión de fallos justos*. Al respecto, el autor en comentario sostiene lo siguiente:

“... Independientemente del criterio jurídico que se emplee para definir y valorar la justicia de la decisión, se puede sostener que *ésta nunca es justa si está fundada en una determinación errónea o inaceptable de los hechos*. En otros términos, *la veracidad y la aceptabilidad del juicio sobre los hechos es condición necesaria (obviamente no suficiente) para que pueda decirse que la decisión judicial es justa*. En consecuencia, hay un posible margen de injusticia de la sentencia que coincide teóricamente con la eventual desviación entre la forma concreta en que los hechos se determinen y su verdad empírica...”<sup>539</sup> “...una justicia no arbitraria debe basarse en alguna medida, en la verdad, esto es, en juicios sujetos a verificación empírica; esta claro, en cambio, que una justicia sin verdad equivale a un sistema de arbitrariedad en el que no existen garantías sustanciales ni procesales...”<sup>540</sup>

Otro argumento que se ofrece a favor de la prioridad de la verdad sobre otros valores, tiene que ver con las teorías de la aplicación del derecho que conciben la posible reconstrucción de las normas de un sistema jurídico en términos de estructuras condicionales:<sup>541</sup>

Se suele sostener, desde un punto de vista muy general, que la estructura de la norma jurídica aplicable puede plantearse en términos de una proposición molecular de carácter condicional, cuyo antecedente contempla ciertos supuestos a los que les son vinculados efectos o consecuencias jurídicas en el consecuente.<sup>542</sup> Al respecto, autores como Guastini sostienen que:

---

<sup>538</sup> Ibidem, p. 43.

<sup>539</sup> Ibidem, p. 64.

<sup>540</sup> Ibidem, p. 69.

<sup>541</sup> Ibidem, p. 66.

<sup>542</sup> Como advierte Taruffo refiriéndose a esta forma de plantear la estructura de las normas en términos de condicionales: “...Se trata, obviamente, de una grandísima simplificación, que no toma en cuenta importantes diferencias existentes en el ámbito de la tipología de las normas jurídicas, ni la posibilidad de que la prótasis de la

“...Una norma puede ser concebida, alternativamente, o como un enunciado que califica deónticamente un determinado comportamiento (“es obligatorio hacer X”, “está prohibido hacer Y”, “está permitido hacer Z”), o como un enunciado sintácticamente condicional, que conecta una consecuencia jurídica a un supuesto de hecho; o sea, a una circunstancia o a una combinación de circunstancias (“si se verifica el supuesto F, entonces se produce la consecuencia G)”<sup>543</sup>

Desde el marco anterior, corresponde precisamente al juez la imposición de las consecuencias referidas *si determina que las condiciones o supuestos normativos han sido satisfechos en el caso concreto*.<sup>544</sup> En este sentido, decretar la

---

norma esté constituida por una noción jurídica y no fáctica, ni la posibilidad de que en el pronunciamiento relativo a las consecuencias jurídicas sea mucho más complejo de cuanto se ha representado en este esquema.” Véase *Ibidem*, p. 67.

<sup>543</sup> Véase Guastini, Ricardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, UNAM-IIIJ, 1999, p. 71. Es sabido que el propio Kelsen, en la segunda edición de su *Teoría Pura del Derecho*, propone un modelo teórico compuesto por lo que llama normas independientes y normas dependientes. La norma independiente es el resultado de la suma de la norma dependiente que establece la prohibición del acto antijurídico, más la totalidad de las normas, también dependientes, que podrían establecer alguna excepción a la primera. La norma independiente que emerge de lo anterior, posee una estructura condicional del tipo si A entonces deber ser B, en donde A representa a la totalidad de condiciones que deben satisfacerse a los efectos de que el funcionario judicial aplique la sanción prevista en B. Como dice Cáceres, el modelo de la norma independiente es una modificación al modelo de normas primarias y secundarias que Kelsen había presentado en la primera edición de su obra fundamental. La modificación se debe a que con el segundo modelo, en el antecedente puede darse cuenta de una mayor diversidad normativa, no sólo de normas prohibitivas. Véase al respecto Cáceres Nieto, *Constructivismo Jurídico y metateoría del derecho*, UNAM-IIIJ, 2007, pp. 106 – 109. Ahora bien, en el contexto del *Common Law*, Neil MacCormick también propone la reconstrucción de las normas en términos de condicionales, al referirse a los *Easy Cases*. Veamos la reconstrucción que William Lucy hace del pensamiento de MacCormick: “...MacCormick strives to show that easy case decisions are in principle deductively justifiable. This effort requires the conversion of propositions of law into the form of open hypotheticals (if p, then q, where p is a statement of facts or description of some situation and q is a legal consequence), the affirmation of a fact situation or description (‘p’), and the derivation of a conclusion (‘therefore q’). This structure provides a deductively valid syllogism and, says MacCormick, a judicial decision in an easy case can be translated into a web of such syllogisms so that the court’s order... follows as a deductively valid conclusion”. Véase Lucy, William, “Adjudication”, *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, 2003, p. 210. En este sentido, la idea de emplear un modelo de norma jurídica de estructura condicional como un recurso inicial para explicar la labor judicial ha estado presente tanto en la tradición del *Civil Law* (derecho romano-germánico, o también llamado derecho continental), como en la tradición del *Common Law*.

<sup>544</sup> Este modelo se conoce como “silogístico”, al cual alude Gascón en los siguientes términos: “...La resolución judicial de los conflictos jurídicos suele representarse como un “*silogismo práctico*” que, *a partir de una premisa mayor (la norma jurídica aplicable) y una premisa menor, concluye con una norma jurídica singular (el fallo de la resolución)*. La premisa menor o premisa fáctica establece que un supuesto de hecho concreto constituye un caso particular del supuesto de hecho abstracto de una norma jurídica. Esta premisa fáctica no es un simple enunciado descriptivo de un acontecimiento; es el resultado de una operación judicial mediante la cual se califican unos hechos, en el sentido de determinar que constituyen un caso concreto del supuesto de hecho abstracto en que se han de subsumir...” Véase Gascón Abellán, Marina, *Los Hechos en el Derecho*, 3ª ed. España, Marcial Pons, 2010, pp. 47-48. Debemos advertir al lector que este *modelo silogístico* del razonamiento judicial debe considerarse sólo como una primera aproximación al planteamiento del problema de la determinación judicial de los hechos. Considérese sólo como la punta de un iceberg enorme, como una introducción metafórica y panorámica, como una *escalera wittgensteineana* de la cual podremos prescindir una vez que, con el transcurso de la discusión, nos hallemos situados en terrenos más firmes. Uno de los problemas que este modelo simplificado da por descontado es el que tiene que ver con las características intrínsecas de algunas de las expresiones pertenecientes a los distintos lenguajes naturales (como el Español, el Alemán, el Inglés, etc.) con las que las reglas generales típicas del discurso legislativo son formuladas. Tal es el caso de su textura abierta (*open texture*) –o vaguedad– a lo que el profesor Hart hace referencia en su obra clásica. El autor citado nos comenta que: “...Uncertainties as to the form of behavior required



procedencia de ciertas consecuencias referidas en ausencia de una determinación tendencialmente verdadera acerca de la presencia o no del hecho condicionante, sería *incorrecto*. Al respecto, Taruffo sostiene lo siguiente:

“... la norma no se aplica correctamente si el hecho no se ha producido, es decir, si no se dispone de una determinación verdadera de las circunstancias empíricas que integran “el hecho” previsto por la norma. Parece intuitivo que la norma sería aplicada injustamente, y sería, pues, violada, si las consecuencias que prevé se adjudicaran en un caso en el que el hecho condicionante no se hubiera producido...”<sup>545</sup>

Ferrer también ofrece un argumento sobre la base de la concepción condicional de las estructuras normativas. Sin embargo, no se limita a decir que la ausencia de una determinación verdadera de los hechos de la causa conduce a la aplicación incorrecta e injusta de la norma respectiva por falta del hecho condicionante (u operativo). El autor referido da un paso más al sostener que si se generaliza la actividad anterior se pone en riesgo la capacidad del derecho consistente en “motivar” las conductas de sus destinatarios: Si las consecuencias jurídicas, en

---

by them (the general rules) may break out in particular concrete cases. *Particular fact-situations do not await us already marked off from each other, and labeled as instances of the general rule, the application of which is in question; nor can the rule itself step forward to claim its own instances.*” Véase Hart, HLA, *The concept of Law*, Clarendon Press, 1981, p. 91, p. 123. En aquellos casos en donde surgen dudas en relación con la aplicación de alguna de las expresiones de las reglas generales, dichas expresiones limitan por una parte, la capacidad de las reglas consistente en guiar la conducta de los ciudadanos y, por otra, su capacidad suministradora de criterios estables al juez para determinar si la regla fue violada o no. El juez ante esos casos, según Hart, ejerce su *discreción* (no arbitrariedad) a los efectos de determinar, por medio del establecimiento de relaciones de relevancia y semejanza suficientes con los casos claros de aplicación de la expresión, si el caso en cuestión es denotado o no por el término correspondiente. Como comenta Hart: “...The sense that the language of the rule will enable us simple to pick out easily recognizable instances, at this point gives away; *subsumption and the drawing of a syllogistic conclusion no longer characterize the nerve of the reasoning involved in determining what is the right thing to do.*”. Véase Hart, *Ibidem*, p. 124. Ahora bien, cabe destacar que una versión extrema de este modelo silogístico, con tintes mecanicistas, desafortunadamente forma parte de las representaciones sociales de mi país, incluso de las creencias arraigadas de la propia comunidad de operadores jurídicos. De hecho algunos de los movimientos más interesantes en el terreno de la filosofía y teoría del derecho en México pueden entenderse, desde cierto punto de vista, como una reacción a esta concepción tradicional. Tal es el caso de la propuesta de Cárdenas en su trabajo “La argumentación como derecho”, IJ-UNAM, 2005; y de la concepción constructivista del derecho de Cáceres, quien en congruencia con los estudios en el ámbito de la cognición (por lo cual su propuesta tiene tintes “naturalizados”), ha desarrollado un modelo de razonamiento judicial –dentro de lo que denomina “Constructivismo Jurídico Cognitivo”- que pone en jaque las tesis constitutivas de la concepción tradicional al destacar los procesos cognitivos por medio de los cuales el operador judicial construye la norma aplicable, así como la representación mental de lo que fue el caso en el mundo. Las tesis o presupuestos que describen la postura de la concepción tradicional son los siguientes: “A) El derecho es objetivo y está al alcance de todos sus destinatarios. B) Al ser las normas jurídicas objetivas y gracias al razonamiento lógico, es posible hacer una aplicación imparcial del derecho, es decir que se tiene garantizado que los mismos casos serán resueltos siempre de la misma manera. Evidentemente este presupuesto está íntimamente vinculado con el concepto de justicia. D) Dado que no sólo los jueces aplican el derecho, pues ello tiene lugar también en los ámbitos del Poder Ejecutivo e incluso el legislativo, los mismos presupuestos se extienden a toda institución pública”. Véase Cáceres, “Inteligencia Artificial, Derecho, y e-justice”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 116. En última instancia, como dice el profesor Nino: “...no hay nada de malo en considerar al razonamiento judicial como un silogismo. Lo incorrecto es pensar que las premisas del razonamiento judicial, las normas jurídicas relevantes (premisa mayor) y la descripción de los hechos decisivos (premisa menor), se obtengan por procedimientos mecánicos... no es que los jueces no realicen un razonamiento deductivo al fundamentar una decisión, sino que la elección de las premisas y las reglas de inferencia de su razonamiento, exigen una verdadera labor creativa”. Véase, Nino, Carlos, *Introducción al análisis del derecho*, Ariel, p. 225.

<sup>545</sup> Taruffo, Op. Cit., nota 522, p. 67.

términos de estímulos aversivos o positivos (nótese el marcado aspecto *conductista* que se adscribe al derecho), proceden “a capricho” del juzgador, no es necesario que el destinatario del ordenamiento incorpore a las normas del sistema dentro de sus esquemas de motivación para llevar a cabo diversas conductas y/o abstenerse de realizar otras. En este escenario, según Ferrer, las consecuencias proceden al azar, generándose con ello un ambiente anárquico.

“... Se da por supuesto que lo que pretende el legislador al dictar normas jurídicas prescriptivas es que sus destinatarios realicen o se abstengan de realizar determinadas conductas (i.e; pagar impuestos, no robar, etc.). Para conseguir motivar la conducta, el legislador suele añadir la amenaza de una sanción para quien no cumpla con la conducta prescrita. Pero, para que ello resulte efectivo, los sistemas jurídicos desarrollados prevén la existencia de órganos específicos –jueces y tribunales- *cuya función principal es la determinación de la ocurrencia de esos hechos a los que el derecho vincula consecuencias jurídicas y la imposición de esas consecuencias a los sujetos previstos por el propio derecho.* Siendo así, resulta claro que, prima facie, son las descripciones de aquellos hechos las que se deben incorporar al razonamiento judicial a los efectos de la aplicación de las normas.

Pensemos por un momento en una alternativa radical a esta construcción. Supongamos que la consecuencia jurídica prevista (la sanción en este caso) se atribuya aleatoriamente. Así, los órganos encargados de la adjudicación jurídica podrían realizar un sorteo para determinar cada mes quien debe ser sancionado, fijando un número de sanciones también aleatorio. Está claro que en esta situación, no habiendo ninguna vinculación entre las conductas de cada uno de los miembros de esa sociedad y la probabilidad de ser sancionado, no hay tampoco razón alguna para comportarse de acuerdo con lo establecido con las normas jurídicas. Dicho de otro modo, *sólo si el proceso judicial cumple la función de determinar la verdad de las proposiciones referidas a los hechos probados podrá el derecho tener éxito como mecanismo pensado para dirigir la conducta de sus destinatarios. Sólo podría influir en la conducta de los hombres y mujeres para que no maten, si efectivamente el proceso cumple con la función de averiguar quién mató y le impone la sanción prevista por el derecho.* Por todo ello, la prueba como actividad tendría la función de comprobar la producción de los hechos condicionantes a los que el derecho vincula consecuencias jurídicas o, ... determinar el valor de verdad de las proposiciones que describen la ocurrencia de esos hechos condicionantes. Y el éxito de la institución probatoria se produce cuando las proposiciones sobre los hechos que se declaran probadas son verdaderas...<sup>546</sup>

Por otra parte, Ferrer ofrece un argumento descriptivo de acuerdo con el cual sostiene que la prioridad del valor de averiguar (faliblemente) la verdad constituye un *mandato legal*. El razonamiento discurriría así: En general, los distintos ordenamientos jurídico-procesales (al menos en la tradición del *Civil Law*) suelen contener una norma (legislativa o jurisprudencial) que constriñe la valoración probatoria a las reglas de *la racionalidad y de la lógica* (“p”). Ferrer sostiene que “p” hace referencia a la racionalidad y la lógica de los métodos e investigaciones empíricos generales (con especial acento en los métodos de razonamiento empleados en las ciencias naturales). La segunda parte del argumento consiste en la atribución del objetivo de averiguar (faliblemente) la verdad a dichos métodos.

Así, de manera un tanto subrepticia, el objetivo referido logra colarse al contexto jurídico, ya que si el derecho ordena la consideración de esa racionalidad general (la que corresponde a las ciencias naturales

---

<sup>546</sup> Ferrer, Op. Cit., nota 534, pp. 29-31. La satisfacción de estos supuestos depende de que el juez determine que la parte con la *carga de la prueba*, haya producido *suficiente evidencia* como para justificar la emisión de lo que hemos llamado declaraciones probatorias judiciales (proposiciones del tipo “está probado que ‘p’”, “hay prueba de que ‘p’”, “p’ se considera probada”, o equivalentes), en donde ‘p’ se encuentra dentro del *ámbito de denotación* de las expresiones empleadas en la construcción del supuesto normativo (por parte del legislador). Dependiendo de la complejidad del supuesto de que se trate, generalmente ha de probarse no sólo ‘p’, sino también ‘q’, ‘r’, ‘s’, etc., las cuales pueden hallarse en relaciones de conjunción y/o adjunción, y asimismo, pueden estar calificadas por negación (‘no p’, ‘no q’, etc.).

principalmente) al momento de valorar las pruebas, y ésta busca la obtención de la verdad, el derecho mismo (y en concreto, el derecho procesal) también lo hace.

“... En cambio, la libertad del juez para determinar los hechos probados del caso si está limitada por las reglas generales de la racionalidad y de la lógica, como ha sido también reconocido por la jurisprudencia. Es más, puede entenderse que esa es su única limitación, también jurídica. De ese modo, la determinación de los hechos probados realizada contra las reglas de la lógica o, en general, de la racionalidad supondría una infracción a la ley; para ello, basta interpretar las reglas que establecen la libre valoración de la prueba de forma que ordenen la valoración mediante la utilización de la racionalidad general...”<sup>547</sup>

De hecho, con el proceder de sus investigaciones, el autor en comento incluso considera al objetivo de averiguar faliblemente la verdad por medio del empleo de ciertos métodos o patrones de razonamiento procedentes de lo que denomina “la racionalidad general”, como un *mandamiento constitucional* —ya no sólo legal— el cual se derivaría del *derecho humano* genérico conocido como “*derecho de audiencia*” o “*derecho de defensa*”, e incluso de la garantía del “*debido proceso*” (*due process*):

“...En lo que sigue quiero presentar un argumento algo más fuerte. Sostendré que es el propio sistema jurídico, a través del denominado “derecho a la prueba”, el que exige la aplicación de esas reglas de la epistemología o la racionalidad generales... para la valoración de la prueba. No es casualidad que en general se considere el derecho a la prueba como una especificación, un derivado, del derecho a la defensa. Así lo expresa el artículo 24 de la Constitución española, que reconoce a todo aquel que es parte en un proceso, el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa. También se reconoce expresamente en el artículo 6.3 d) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. En otros casos aunque no se formula constitucionalmente de manera expresa un derecho a la prueba, la jurisprudencia constitucional y la doctrina lo han derivado también del derecho a la defensa. La idea fundamental es que el ciudadano tiene derecho a demostrar la verdad de los hechos en los que funda su pretensión procesal. En otras palabras, el ciudadano tiene derecho a probar que se han producido, o no, los hechos a los que el derecho vincula consecuencias jurídicas. Sólo de este modo puede garantizarse una correcta aplicación del derecho y... una adecuada seguridad jurídica...”<sup>548</sup>

El derecho a la prueba referido (derivado del derecho de defensa o de audiencia) consta de los siguientes componentes: A) Derecho a utilizar todas las pruebas de que se dispone para demostrar la verdad de los hechos que fundan la pretensión<sup>549</sup>; B) Derecho a que las pruebas sean practicadas en el proceso<sup>550</sup>; C) Derecho a una valoración *racional* de las pruebas practicadas<sup>551</sup>; E) Obligación del funcionario judicial consistente en motivar su decisión<sup>552</sup>.

La valoración racional a la que hace referencia C) precisamente consiste en la incorporación al campo del derecho, de esos métodos o patrones de razonamiento generales que han permitido a las ciencias naturales aproximarse con relativo éxito a la estructura de la realidad empírica.

---

<sup>547</sup> Véase Ferrer, *Prueba y Verdad en el Derecho*, 2ª ed., España, Marcial Pons, 2005, 111 pp, p. 43.

<sup>548</sup> Ferrer, Op. Cit., nota 534, pp. 53-54.

<sup>549</sup> Ibidem, 54-55.

<sup>550</sup> Ibidem, 55-56.

<sup>551</sup> Ibidem, 56-57.

<sup>552</sup> Ibidem, 57-59.

## 5. “La verdad es irrelevante” como postura práctica

Toca el turno ahora de abordar las concepciones generales que consideran al objetivo de averiguar faliblemente la verdad acerca de lo acontecido, como *irrelevante* en el contexto de un proceso judicial.

### A. La concepción retórico-persuasiva del proceso

La línea principal que permite articular las diversas posturas es la comprensión del proceso como una mera secuencia de procedimientos retórico-persuasivos. Al respecto Taruffo sostiene que:

“Según esta interpretación, que tiende fácilmente a presentarse como una concepción global y omnicomprensiva del proceso (civil y penal), *todo lo que sucede en el proceso no es más que un juego retórico-persuasivo*; esto es, en el ámbito de una suerte de retórica general que según la opinión de algunos agota completamente el campo del razonamiento jurídico, *existe una retórica del proceso dentro de la cual se distinguen retóricas más específicas, como la del abogado que pretende persuadir al juez de que tiene la razón, y la del juez, que al motivar la sentencia pretende persuadir (a las partes, a los abogados, a la opinión pública) de la bondad de la decisión que ha tomado...*”<sup>553</sup>

Este contexto es propicio para el surgimiento de cierto modo de analizar el proceso de toma de decisiones judiciales, el cual implica la importación de modelos y herramientas semióticas al campo jurídico. Como dice Taruffo,

“... esta línea de trabajo privilegia el aspecto lingüístico... esto implica que el proceso es considerado únicamente como un lugar en el que se producen diálogos y se proponen y elaboran narraciones *y es, por tanto, estudiado desde el punto de vista de las estructuras lingüísticas y semióticas de esos discursos. De ahí las aplicaciones de la narratología al proceso y, en especial, a algunos aspectos de la decisión judicial...*”<sup>554</sup>

Aunado a lo anterior, Taruffo sostiene que junto con las herramientas referidas, se trasladan también ciertos *presupuestos* del análisis semiótico, como una concepción no referencial del lenguaje, que colisionan directamente con una teoría correspondentista de la verdad. En este sentido, el autor en comento sostiene lo siguiente:

“...el análisis semiótico asume a menudo una concepción *no referencial o autorreferencial* del lenguaje., de forma que el lenguaje *no se refiere a realidad alguno sino únicamente a entidades lingüísticas*; no hay correspondencia o vinculación entre expresiones lingüísticas y datos empíricos extralingüísticos; cualquier expresión lingüística puede referirse únicamente a otras expresiones lingüísticas, ya que sólo puede ser traducida en otras expresiones lingüísticas. *La determinación del significado puede, así, producirse únicamente dentro del propio lenguaje, sin referencia a la realidad empírica (cuya existencia queda pues, necesariamente en duda) y desencadena, en consecuencia, el mecanismo de la semiosis ilimitada, es decir, del continuo e infinito reenvío desde un dato lingüístico a otro en un intercambio continuo de significados...*”<sup>555</sup>

---

<sup>553</sup> Taruffo, Op. Cit., nota 522, pp. 48-49.

<sup>554</sup> Ibidem, p. 52.

<sup>555</sup> Idem.

El traslado de los referidos presupuestos metodológicos al estudio del proceso de toma de decisiones judiciales repercute del modo que sigue, en el análisis de los trozos de discurso que ocurren en dicho proceso (aún cuando algunos de esos segmentos de narrativas pretendan hacer referencia a realidades externas):

“...Esta claro que si se considera únicamente relevante la dimensión semiótico-estructural del discurso, no se puede considerar relevante el problema de si este discurso, incluso cuando afirma que se refiere a la realidad, hace referencia verdaderamente a alguna realidad empírica. Así se afirma que la *facticity*... de la narración de un hecho no es ciertamente relevante, tanto en el proceso como de forma general, desde un punto de vista semiótico. La narración de un hecho realizada en el proceso, por ejemplo, por un testigo, no es sustancialmente distinta de la narración de un hecho contenida en una novela; la única diferencia, por otra parte no muy importante, es que la primera pretende ser verdadera, mientras que la segunda no pretende serlo. De todos modos, “la pretensión de verdad” no es más que una parte del discurso, un elemento del mensaje enviado por el narrador, pero obviamente no dice nada acerca de la veracidad de la narración...”<sup>556</sup>

Como hemos podido ver, el elemento más importante en este entorno es el constituido por las narraciones de las partes, las cuales, al consistir exclusivamente en artificios retórico-persuasivos, son evaluadas desde un punto de vista *meramente formal*, desde el cual se pone atención a su claridad, su elegancia, su coherencia, su compatibilidad con el sentido común, etc., pero no a su posible correspondencia (falible) con lo que sucedió, lo cual resulta indiferente para las partes que compiten a efecto de que el juez adopte como suyo el punto de vista expuesto durante el proceso.<sup>557</sup> En todo caso, se considera que la verdad en términos de correspondencia aproximada, constituye una especie de agregado necesario que de modo subsidiario, se obtiene de determinar cuál de las historias es la más persuasiva.<sup>558</sup>

### **B. La concepción retórico-persuasiva del proceso y las funciones de la prueba**

Ahora bien, el impacto de la concepción retórica de los procesos judiciales se traduce en una visión de la prueba según la cual, ésta desempeña tanto funciones *meramente rituales* que enmascaran el hecho de que el proceso no tiene y no puede tener pretensiones cognoscitivas, como la función de *convencer* al juzgador de que los hechos alegados sucedieron del modo en que lo “reportan” ciertas aseveraciones. En este sentido, Taruffo sostiene que:

“...En el ámbito de estas teorías, surge la idea de que las pruebas, y en particular, los procedimientos para su formulación o adquisición, pueden desarrollar una función ritual en el ámbito de la función social más general que el proceso desarrolla. En resumen, *las pruebas no servirían en absoluto para determinar los hechos, pero sus procedimientos (como la cross-examination) constituirían ritos análogos a las representaciones medievales, destinados a reforzar en la opinión pública el convencimiento de que el sistema procesal implementa y respeta valores positivos como la paridad de las partes, la corrección del enfrentamiento y la victoria de quien tiene la razón. Así, las pruebas y sus respectivos procedimientos, serían medios, pero no orientados hacia fines racionales internos al proceso como machinery dirigida a producir decisiones de alguna forma valiosas; las pruebas servirían, en cambio, para dar una apariencia de legitimación racional a una suerte de mecanismo teatral cuya función sería disimular la realidad irracional e injusta de las decisiones judiciales...*”<sup>559</sup>

---

<sup>556</sup> Ibidem, p. 53.

<sup>557</sup> Ibidem, p. 50.

<sup>558</sup> Idem.

<sup>559</sup> Ibidem, p. 81.

### C. Orígenes de la concepción retórico-persuasiva del proceso: La influencia de Carnelutti

Ahora bien, la comprensión anterior del proceso como un escenario en el que desfilan participantes que ensayan artificios retóricos, y de la prueba como un ritual encaminado, de un lado, a reforzar el convencimiento de la sociedad en el sentido de que los procesos judiciales respetan ciertos valores positivos, y de otro, a obtener el mero convencimiento del juzgador respecto de quién tiene la razón, de acuerdo con TVRPJ, se debe a dos factores:

Por un lado, al reconocimiento de que no pueden alcanzarse verdades absolutas como resultado del proceso; y por otro, a una visión ingenua según la cual, la incorporación de la mínima cuota de reglas que materializan valores ajenos a la verdad como parte de la arquitectura del proceso, hace que éste se transforme, por ese solo hecho, en un mero *mecanismo de fijación formal de los hechos*.

Este segundo factor se refuerza cuando se atestigua la pléyade de reglas *truth-thwarting* que impregna la mayoría de los procesos de las sociedades occidentales. Se trata de una especie de *resignación pesimista* de la corriente tradicional de entender el fenómeno probatorio, al percatarse de las cuestiones anteriormente mencionadas.

En cuanto al primer factor, Ferrer comenta que:

“... Uno de los presupuestos habituales en los estudios sobre la prueba jurídica, especialmente en la doctrina de los países del *Civil Law* es que *la prueba jurídica no puede ser estudiada desde la perspectiva de la noción general de prueba, propia de la epistemología general y, por ejemplo, de las ciencias naturales*... Como fundamento de esta fragmentación se aporta...: a) el proceso judicial puede ofrecer sustento *únicamente a verdades aproximadas; la información disponible en el mismo acerca de los hechos a probar es deficiente, tanto por su fiabilidad relativa, como por su carácter necesariamente incompleto. Nunca el proceso judicial podrá ser un adecuado instrumento para la adquisición de información completa que puede justificar una decisión sobre los hechos que vaya más allá del carácter aproximativo...*”<sup>560</sup>

En este sentido, Taruffo comenta lo siguiente:

“...El razonamiento, muy similar al del verificacionista desengañado del que habla Popper, es aproximadamente el siguiente: a) sería necesario conocer la verdad absoluta de los hechos; b) sin embargo, por muchas razones, aquella es imposible de obtener; c) por tanto, *el proceso no está en condiciones de proporcionar el conocimiento de ninguna verdad; d) y, en consecuencia, la determinación de la verdad no puede situarse entre sus finalidades institucionales...*”<sup>561</sup>

Ahora bien, Ferrer destaca la influencia que el pensamiento del pensador italiano Francesco Carnelutti ha tenido en términos de la conformación de la visión ingenua a la que hace referencia el segundo factor. El autor en comento reproduce la siguiente cita del procesalista italiano:

“... *basta un límite mínimo a la libertad de búsqueda del juez para que el proceso de búsqueda de la verdad degenera en un proceso formal de fijación; en otros términos, la medida del límite es indiferente para la naturaleza del proceso. La verdad es como el agua: O es pura o no es verdad. Cuando la búsqueda de la verdad material está limitada en el sentido de que ésta no puede ser conocida en todo caso y mediante cualquier medio, con independencia de si el límite es más o menos riguroso, el*

---

<sup>560</sup> Ferrer, Op. Cit, nota 534, p. 23...

<sup>561</sup> Taruffo, Op. Cit., nota 522, p. 177.

*resultado es siempre el mismo: no se trata ya de una búsqueda de la verdad material, sino de un proceso de fijación formal de los hechos...*<sup>562</sup>

En relación con la tesis de que la constatación de que los procesos jurídicos suelen incorporar una serie de componentes que obstaculizan la obtención pura de la verdad, Taruffo menciona que:

*“...se subraya que el juez no dispone de los instrumentos cognoscitivos, ni del tiempo y la libertad de investigación de los que disponen el científico y el historiador. A diferencia de la actividad de estos últimos, el proceso debe desarrollarse en un tiempo limitado, dado que intereses tanto públicos como privados presionan para que la finis litium se alcance rápidamente, y éste es un gran obstáculo para la búsqueda de la verdad. Además existen limitaciones legales al uso de los medios judiciales de conocimiento y a los procedimientos con los que aquellos pueden ser producidos y utilizados; y existen normas de prueba tasada que imponen al juez una “verdad formal” que a menudo no se corresponde con la realidad de los hechos. Se pueden mencionar muchos otros aspectos del proceso como, por ejemplo, la necesidad de precluir con la cosa juzgada la posibilidad indefinida de corregir la decisión sobre los hechos, o bien, el principio dispositivo, que permite a las partes limitar el ámbito de los hechos jurídicos a determinar, para mostrar cómo bajo muchos aspectos, el proceso no es capaz de funcionar como mecanismo para determinar la verdad de los hechos...”*<sup>563</sup>

En este sentido, Ferrer menciona que:

*“...es común advertir que el desarrollo de la actividad probatoria está ampliamente reglado, esto es, que no estamos frente a una actividad libre sino que jueces y tribunales están sometidos a un buen número de reglas jurídicas que regulan su práctica. Esta sería una crucial diferencia entre la actividad probatoria jurídica y la actividad probatoria general, sometida únicamente a los imperativos epistemológicos...”*<sup>564</sup>

Ahora bien, como comenta Ferrer<sup>565</sup> en contestación al primer factor del que parte la actitud pesimista de la corriente tradicional, la verdad absoluta es imposible de obtenerse en cualquier modalidad de investigación empírica.<sup>566</sup>

De hecho, incluso en los terrenos más abstractos como los de la lógica y las matemáticas, no se sostiene que exista un conjunto de axiomas y principios inmutables (como solía sostenerse en torno a los principios de no contradicción, o el del tercero excluido, etc.).<sup>567</sup> En este sentido, recuérdense también las aportaciones que han hecho

---

<sup>562</sup> Ibidem, pp. 24-25.

<sup>563</sup> Ibidem, pp. 45-46.

<sup>564</sup> Ferrer, Op. Cit., nota 534, p. 24.

<sup>565</sup> Idem.

<sup>566</sup> En este punto es conveniente reproducir una cita de Laudan al respecto de las indagaciones sobre hechos pasados: *“The empiricist philosophers decisively undermined that possibility (of having fully certain second-hand knowledge about past events) more than two centuries ago. As they showed, there is always room for some doubt in any criminal trial, as there is likewise scope for doubt about almost any assertion about the past. Perhaps key prosecution witnesses were lying; perhaps the police planted incriminatory evidence; perhaps a seemingly voluntary confession was false. If one is minded to credit every possible sort of doubt, inductively reasoning to a conclusion of guilt about a crime becomes impossible.”*, Véase Laudan, Op. Cit., nota 153, p. 118.

<sup>567</sup> Considérese el surgimiento de diversos sistemas de lógica (que operan sobre la base de la negación de los presupuestos clásicos de la bivalencia, la no contradicción, etc.) como el caso de la lógica paraconsistente, la lógica cuántica y las lógicas multivalentes. Véase Alchourrón, Méndez y Orayen, “Lógica”, *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, Trotta, 2005.

los estudios de psicología cognitiva en torno a los vicios cognitivos (*biases*) y las que han realizado los estudios de sociología del conocimiento científico.

Ahora bien, el reconocimiento de la imposibilidad de la verdad absoluta no implica necesariamente la renuncia a cualquier esfuerzo por racionalizar la toma de decisiones en ambientes de incertidumbre y falibilidad. De acuerdo con TVRPJ, puede optarse por asumir la perfectibilidad del conocimiento empírico de manera frontal y acudir a los métodos y patrones de razonamiento (esencialmente probabilísticos) que han demostrado tener mayores índices de éxito en lo que concierne a la aproximación a la realidad, empleados en terrenos tales como las ciencias naturales, y proponer su emulación en el campo de las decisiones judiciales sobre los hechos de la causa.

Por su parte, en lo que respecta a la visión de que la incorporación de la mínima dosis de elementos *truth-thwarting* en la arquitectura del proceso judicial hace que éste se convierta en un mecanismo de fijación formal de los hechos, ésta parece descansar sobre la base de una concepción sumamente ingenua en lo que concierne al diseño de procedimientos judiciales:

Es inevitable que, dado que no nos encontramos en el terreno de la razón puramente teórica (interesada sólo en determinar qué es racional creer), sino que se trata de un contexto institucional práctico y complejo en el que se han de tomar decisiones en periodos relativamente cortos, tengan que considerarse otros valores e intereses ajenos a la obtención de la verdad (tales como la celeridad en la que debe producirse la resolución, la necesidad de que en algún momento la decisión sea inatacable por cuestiones de certeza jurídica, etc.).

Ahora bien, en efecto, puede resultar que, debido a la carencia de guías y principios racionales en términos de las concesiones que la verdad y los otros valores han de hacerse recíprocamente, el sistema resultante en efecto posea un perfil esencialmente *truth-thwarting*, muy próximo al estatus de un mecanismo de fijación formal al que se refiere Canelutti. De hecho, es plausible que éste sea el estado que guarda la mayoría de los procedimientos penales de las sociedades occidentales a la luz del desmedido interés en proteger al acusado inocente de una potencial condena falsa (como muestra de ello, basta ver los resultados del análisis de Laudan en torno al sistema de impartición de justicia penal de los Estados Unidos de Norteamérica). Sin embargo, no deja de ser una cuestión que ha de determinarse en forma empírica en cada proceso considerado.

Sin embargo, aún cuando se determine que el proceso (o procedimiento) en cuestión relega el interés por averiguar lo que ocurrió al sótano de sus prioridades, no se sigue necesariamente que tenga que asumirse una actitud pesimista de resignación. La lección que puede aprenderse del proyecto Laudan es precisamente que se pueden hacer propuestas al efecto de obtener un balance apropiado (una especie de equilibrio reflexivo si se quiere) entre el valor de la verdad y otros valores, las cuales parten de la premisa obvia de que no se trata de una cuestión al estilo todo o nada, sino de un entramado complejo de consideraciones heterogéneas, respecto del cual ha de buscarse su articulación coherente, misma que se verá traducida en la arquitectura de los procesos y procedimientos de la rama del derecho de que se trate. Sobre todo cuando nos ubicamos en la materia penal en la que necesariamente deben convivir al menos dos valores, el de averiguar la verdad y el de proteger al acusado inocente de una condena falsa



(concederle beneficios de la duda), pero deben hacerlo de una manera tal que no ponga en peligro la racionalidad de suscribir el pacto político (el surgimiento del Estado).<sup>568</sup>

## 6. *Crítica de Ferrer a la postura de Carnelutti*

Por su parte, a los efectos de matizar las tendencias Carneluttianas anteriormente aludidas (de considerar a los procesos y procedimientos judiciales como meros mecanismos formales para la fijación de los hechos constitutivos de la controversia específica por la sola inclusión de al menos una norma que no esté basada en el valor de averiguar la verdad), Ferrer se propone llevar a cabo un diagnóstico del impacto que, en las diversas facetas de la actividad probatoria al interior de un proceso judicial, tienen las reglas características de los sistemas del *Civil Law*, sobre todo, en lo que respecta a la valoración de las pruebas de parte del juez.

Para elaborar el diagnóstico referido, el autor en comento propone un análisis conceptual de la actividad probatoria, desde el cual aquella puede dividirse, según Ferrer, en los siguientes momentos:

- A) La conformación del conjunto de elementos de juicio (subconjunto de la totalidad de informaciones relevantes y existentes).<sup>569</sup>
- B) Valoración (de cada elemento de juicio individual y de su conjunto)<sup>570</sup>
- C) Adopción de la decisión (aplicación de la regla que impone el estándar de prueba específico).<sup>571</sup>

De acuerdo con Ferrer, la ventaja que tiene el dividir a la actividad probatoria en contextos jurídicos, en los momentos previamente expuestos, es que permite observar que en la mayoría de las ocasiones, cuando impera el principio de la *libre valoración* (esta condición es importante, ya que será criticada más adelante), sólo en el primero y el último de aquellos existen reglas específicas de carácter jurídico que colisionan con el valor de averiguar la verdad. Esta aseveración se vincula con la siguiente maniobra conceptual de Ferrer, consistente en atribuir ciertas notas a la toma de decisiones judiciales en torno a los hechos, las cuales son:

- A) El objetivo institucional preponderante es la averiguación de la verdad (en todas las ramas del derecho).<sup>572</sup>
- B) Se determina, normalmente, la ocurrencia de hechos pasados (únicos e irrepetibles)<sup>573</sup>
- C) Existe un buen número de reglas sobre la prueba: Sobre la actividad probatoria (apertura y clausura de periodos para ofrecer, preparar pruebas, vistas, plazos y términos intermedios); sobre medios de prueba (requisitos de admisibilidad y reglas de exclusión); sobre el resultado probatorio (sistema tasado o libre valoración).<sup>574</sup>

---

<sup>568</sup> Véase la sección del proyecto Laudan, en su parte conducente.

<sup>569</sup> Ferrer, Op. Cit., nota 534, pp. 41-45.

<sup>570</sup> Ibidem, pp. 45-47.

<sup>571</sup> Ibidem, pp. 47-49.

<sup>572</sup> Ibidem, pp. 29-32.

<sup>573</sup> Ibidem, pp. 32-35.

<sup>574</sup> Ibidem, pp. 35-36.

- D) Limitaciones temporales.<sup>575</sup>
- E) Intervienen las partes (quienes siguen sus intereses, lo cual tiene implicaciones en el ofrecimiento de pruebas y en la configuración de argumentos y narrativas).<sup>576</sup>
- F) Decisión relativa a un conjunto determinado de elementos de juicio.<sup>577</sup>
- G) La decisión sobre hechos está dotada de autoridad.<sup>578</sup>

Con la obtención del diagnóstico derivado de dividir la actividad probatoria en los tres momentos aludidos, la consideración de la nota A) de la lista anterior, y la utilización de una noción instrumental de racionalidad, Ferrer concluye que siendo la averiguación de la verdad de los enunciados fácticos el objetivo preponderante y que no hay especificidades jurídicas al momento de valorar los medios de prueba, se aplican *por default* los principios y metodologías que rigen en cualquier otro ámbito de investigación empírica (con especial énfasis en los empleados en las ciencias naturales y en ciencias como la historia), ya que constituyen los artefactos intelectuales más aptos para obtener enunciados muy probablemente “descriptivos” de la realidad, es decir, enunciados con altas probabilidades de que su valor de verdad sea “verdadero”. De lo anterior dan cuenta las siguientes citas del pensamiento del autor en comento:

*“...Si el primero de los momentos, la conformación del conjunto de elementos de juicio, acoge la gran mayoría de especificidades jurídicas, este segundo momento (siempre que estemos en el ámbito de la libre valoración de la prueba), es el momento de la racionalidad... Se trata aquí, insisto, como en cualquier otro ámbito del conocimiento, de evaluar el apoyo empírico que un conjunto de elementos de juicio aporta a una determinada hipótesis o a su contraria. Si tengo razón en esto, negar la posibilidad de adoptar decisiones racionales en este momento, a pesar de las especificidades jurídicas que pueden regir en el primero y en el tercero de los momentos de la prueba jurídica, supone necesariamente acoger argumentos escépticos generales ante la posibilidad del conocimiento, o más estrictamente, de la decisión racional... no se puede negar la posibilidad de adoptar decisiones racionales en el ámbito de la prueba jurídica por razones específicamente jurídicas cuando no hay reglas jurídicas que limiten la libre valoración de la prueba... la operación de valorar lo que de él (del conjunto de elementos de juicio) se puede inferir no difiere en nada de la que se puede realizar en cualquier otro ámbito de la experiencia y está sometida a los controles de la racionalidad general...”<sup>579</sup>*

Y en relación con la preponderancia del valor de averiguar la verdad y con la noción referida de racionalidad instrumental, nuestro autor sostiene que:

*“...En diversas ocasiones he señalado ya que la actividad probatoria en el derecho está informada por diversos valores u objetivos. El principal de ellos, porque de él depende la capacidad motivadora del derecho, es la averiguación de la verdad, pero no es el único.... vale la pena advertir que esos valores juegan también en momentos distintos. Y el momento pertinente en el que reina sin competencia el valor de la averiguación de la verdad es el de la valoración de la prueba, mientras que los demás valores rigen en el primero y en el tercero de los momentos...”<sup>580</sup>*

---

<sup>575</sup> Ibidem, pp. 36-38.

<sup>576</sup> Ibidem, pp. 38-40.

<sup>577</sup> Ibidem, p. 40.

<sup>578</sup> Ibidem, pp. 40-41.

<sup>579</sup> Ibidem, p. 46.

<sup>580</sup> Ibidem, p. 47.

A continuación la cita referente a la noción de racionalidad instrumental:

“...Se trata de una noción de racionalidad teleológica o instrumental, que juzga la adecuación de medios a fines. Dos cursos de acción, por tanto, pueden ser perfectamente racionales aunque sean absolutamente contrarios si obedecen a la persecución de fines diversos. Por eso la calificación o no como racional de distintos métodos de valoración de la prueba... debe hacerse siempre en relación con el fin perseguido por la actividad probatoria en el proceso judicial... *sólo después de presuponer que el fin último de la institución probatoria en el proceso judicial es el conocimiento de la verdad de los enunciados fácticos que describen los hechos del caso, podemos juzgar las distintas reglas probatorias y los distintos métodos de valoración de la prueba como racionales o irracionales. Todo ello en la medida en que sean adecuados o no para alcanzar la finalidad propuesta...*”<sup>581</sup>

### **7. El enfoque “formalista” de la prueba judicial**

Ahora bien, continuando con la crítica a la tradición irracionalista, en el marco del análisis de Ferrer, las funciones previas predicadas de la prueba, derivadas del impacto de la concepción retórico-persuasiva de los procesos jurisdiccionales, quedan englobadas en lo que podríamos denominar el enfoque “*formalista*”. Dicho enfoque estaría constituido por las siguientes tesis:

- A) Las declaraciones del tipo “está probado que ‘p’” (a los que denomina “enunciados probatorios”) emitidas por un juez en el transcurso del proceso desempeñan una *función constitutiva*<sup>582</sup>
- B) El significado de las declaraciones de hechos probados anteriores (a las que Ferrer denomina “enunciados probatorios”) es que “*el juez ha establecido que ‘p’*”<sup>583</sup>,
- C) Puede hablarse de una verdad jurídica (o formal), la cual puede diferir de la verdad material (o verdad *tout court*),<sup>584</sup> y
- D) Lo único que interesa es la obtención de la verdad jurídico-formal

Los incisos A) y B) ponen bajo sus reflectores a la producción de consecuencias jurídicas que resulta de las declaraciones respectivas por parte del juez, es decir, al nuevo estado de cosas que en el mundo social-jurídico es creado por dichos pronunciamientos. En este sentido, los denominados enunciados probatorios no tienen valores de verdad, pues son producto de una actividad meramente *decisoria* (en oposición a una actividad cognoscitiva); su emisión no implica que se haya realizado esfuerzo alguno (ni por el juez que valora las pruebas, ni por el legislador que diseña las reglas procesales) al efecto de que se produzca una probable correspondencia entre lo que se declara probado y los hechos ocurridos, significa simplemente que el juzgador incluirá el enunciado declarado probado dentro del razonamiento que lo conduce a proveer el asunto respectivo de una resolución.

En este sentido, declarar algo como probado, nada tiene que ver con los elementos de juicio aportados a la causa judicial, o al menos no directamente, en virtud de que se trata de un proceso guiado por la intuición, cuya expresión final se manifiesta en un estado de íntimo convencimiento de que una de las partes tiene la razón.<sup>585</sup>

---

<sup>581</sup> *Ibidem*, p. 67.

<sup>582</sup> Ferrer, Op. Cit., nota 547, pp. 20-23.

<sup>583</sup> *Ibidem*, pp. 32-34.

<sup>584</sup> *Ibidem*, pp. 61-64.

## 8. Orígenes de la conjunción de las tesis A) y B) del enfoque formalista

Por su parte, la postura de hacer depender la validez de las declaraciones de hechos probados de la identificación, por parte del juzgador, de la presencia de estados internos de convicción íntima constituye, de acuerdo con TVRPJ, una distorsión del principio proveniente de la ilustración conocido como el principio de la “libre valoración de la prueba”.

### A. Distorsión del Principio de Libre Valoración: Surgimiento del criterio de “Convicción Íntima”

La distorsión referida, de acuerdo con los autores representativos de esta comunidad, deriva del hecho de que el principio mencionado sólo expresa una condición o *criterio negativo*, a saber: que el juez no debe abordar la tarea de evaluar las pruebas disponibles en la causa de que se trate con base en una serie de valores preestablecidos por actores sociales diversos (como el legislador, o la dogmática procesal) ajenos a la actividad judicial. Sin embargo, el principio de la Libre Valoración, no contiene pauta alguna acerca de cómo llevar a cabo la valoración probatoria.

El vacío de criterios positivos ha ocasionado la distorsión mencionada. En este sentido, en relación con la caída del sistema de prueba legal o tasada y la irrupción del principio de la libre valoración, Taruffo sostiene que:

“...Lo que se produce es, en cambio, el paso de una racionalidad positiva, caracterizada por la existencia de reglas para la valoración de la prueba, a una racionalidad “negativa”, en la medida en que está caracterizada por la falta de reglas sobre la valoración de las pruebas.

En efecto, cuando cae (en los límites en que lo hace) el sistema de la prueba legal, éste no se sustituye por una nueva racionalidad, sino por el vacío. Es una constatación común que el principio de la libre convicción del juez tiene siempre un significado esencialmente negativo, en el sentido de que indica el área del fenómeno probatorio no cubierto por reglas de prueba legal.... No se da pues, un paso desde un conjunto de criterios racionales a otro conjunto distinto de criterios racionales de valoración de la prueba porque este último simplemente no existe y no es elaborado.

*El ámbito de la libre convicción resulta entonces, un espacio en el que circulan fórmulas difundidas, pero de significado cuanto menos incierto... Algunas veces se extraen elementos para la construcción de esos criterios (faltantes) a partir de la ideología general dominante, o de alguna concepción general de la racionalidad; más a menudo, no obstante, la libre convicción del juez permanece libre incluso de cualquier regla racional. La libertad de convicción resulta entonces sinónima de discrecionalidad incontrolada, y la falta de criterios racionales abre el camino al subjetivismo de la intuición irracional como instrumento para la formulación del juicio de hecho. En consecuencia, la valoración de las pruebas es sustraída al dominio de cualquier racionalidad lógica, científica o de sentido común, y se sitúa en un espacio ideal en el que el único criterio de juicio es la falta de criterios...”<sup>586</sup>*

Por lo anterior es que Taruffo considera que la misión de la dogmática procesal contemporánea consiste en realizar una actualización de los criterios que han de colmar el vacío del principio de la libre valoración recurriendo para ello a los marcos generales de la racionalidad en torno a la obtención de conocimiento empírico, disponibles al día de hoy.

---

<sup>585</sup> Ibidem, p. 34; Ferrer, Op. Cit., nota 534, pp. 62-66; Taruffo, Op. Cit., nota 522, pp. 398-403; Gascón Abellán, Marina, *Los Hechos en el Derecho*, 3ª ed. España, Marcial Pons, 2010, pp. 33-36.

<sup>586</sup> Taruffo, Op. Cit., nota 522, pp. 396-398.

De hecho, en la visión de Taruffo, incluso el sistema de prueba legal (o tasada) del medioevo y del renacimiento, constituyó un producto de la dogmática de la época, la cual, con base en la racionalidad disponible concebía a la valoración probatoria en sede judicial esencialmente como una suma fraccionaria algebraica que dotaba a la actividad referida de tintes de objetividad a los efectos de reducir el margen de discrecionalidad del juzgador. En este sentido, el autor referido sostiene que:

“... el aspecto más relevante del sistema de la prueba legal no son las normas que predeterminan la valoración de la prueba; lo que resulta más importante es que *se trata de una forma de articular y sistematizar los criterios que se presentan como “criterios racionales” de valoración de la prueba.... en el sistema de la prueba legal se expresa una racionalidad metodológica sustancialmente coherente con las formas de la racionalidad general de las épocas caracterizadas por ese fenómeno. Los juristas se enfrentan al problema de elaborar criterios para la valoración de las pruebas y lo hacen empleando poco a poco los instrumentos culturales generales de los que disponen: primero la lógica aristotélico-tomista y luego las técnicas de la combinatoria y del análisis clasificatorio... es la racionalidad de la época... la que se representa en el sistema de la prueba legal...* En resumen, el sistema de la prueba legal es esencialmente el producto típico y casi exclusivo de una cultura jurídica formalista, analítica y categorizante, amante de las sutilezas y de las complicaciones clasificatorias...”<sup>587</sup>

Ahora bien, en concordancia con la tesis de la distorsión del principio de libre valoración que se traduce en la detección de estados de convicción íntima, Gascón comenta que:

“...el principio revolucionario de la libre convicción, que había certificado la defunción del sistema de prueba legal, sufrió una evolución que Ferrajoli no duda en calificar como “una de las páginas políticamente más amargas e intelectualmente más deprimentes de la historia de las instituciones penales”. La libre convicción era corolario de haber sustituido al razonamiento deductivo propio de la prueba legal, por una concepción inductiva y, por tanto, probabilística de las pruebas. Esa libertad... suponía que la insuficiencia que ahora presentaba la prueba, esto es, su carácter probable y, en si mismo, nunca suficiente, había de complementarse con el convencimiento del juez, *pero no que éste sustituyese el esfuerzo indagatorio por su conciencia o que pudiera realizar una valoración libre de los medios y contenidos probatorios, por lo demás necesitados de motivación... la libre convicción se convirtió en una especie de momento místico capaz de suplantar a las pruebas, o cuando menos, de permitir su ponderación discrecional y no discutible...*”<sup>588</sup>

“... la libre valoración pasó pronto a ser entendida como valoración libre, sin sujeción a reglas de ningún tipo; el juez —se dice— llega a la libre convicción de los hechos a través de un sistema intelectual tan particular y subjetivo como el de cada persona. La libre convicción se interpreta entonces, como una convicción íntima, y por tanto, intransferible e incommunicable, sobre los hechos que se enjuician; una especie de momento “místico”, “extático” del juzgador, insusceptible de ser captado por los demás y, en consecuencia, incontrolable. De manera que lo que en un primer momento fue un principio metodológico (negativo) culminó finalmente en un principio positivo de valoración capaz incluso de suplantar las pruebas: la valoración libre e incontrolable del juez, que es una puerta abierta a la pura arbitrariedad judicial.”<sup>589</sup>

En el mismo tenor, Ferrer sostiene que:

---

<sup>587</sup> Ibidem, p. 389.

<sup>588</sup> Véase Gascón Abellán, Marina, *Los Hechos en el Derecho*, 3ª ed. España, Marcial Pons, 2010, pp. 34-35.

<sup>589</sup> Ibidem, p. 159.

“... en la tradición jurídica continental se ha puesto el acento en la libertad de valoración de la prueba... *se concibe al principio de libre valoración... de modo que otorga al juzgador una facultad para que juzgue según su conciencia, su entender, o sus convicciones, sin ningún tipo de límites a un poder que se concibe omnímodo en materia de prueba...*”<sup>590</sup>

## **B. Distorsión del Principio de “Inmediación”**

Ahora bien, como explica Andrés Ibáñez,<sup>591</sup> la distorsión del principio ilustrado de la libre valoración se combina con aún otra distorsión, la del principio, también proveniente de la ilustración, de la “inmediación”.

En efecto, el principio de la inmediación surgió como corolario de la oralidad asociada al proceso acusatorio en materia penal (que sustituiría al inquisitorio). En este sentido, la inmediación aseguraba que el juez habría de tener contacto directo con las fuentes originales de los hechos, es decir, con los testigos (y sus testimonios) ofrecidos por parte del fiscal y del acusado que constituían respectivamente, las bases de la acusación y de la defensa (ya no sólo con material proveniente de la etapa de instrucción, el cual constaba esencialmente en escritos o autos del expediente).

La idea fundamental expresada por el principio en comento era que sólo a partir de dicho contacto directo, el juez podría dar inicio al procedimiento inferencial que lo conduciría eventualmente a la toma de la decisión correspondiente, con lo cual el nuevo sistema se alejaba de la impartición de una justicia fría, impersonal e insensible al contexto vinculada al mero análisis de textos (lo cual caracterizaba al sistema precedente).

De manera paulatina se comenzó a hacer énfasis en la comunicación no verbal de los testigos que tomaban el estrado, lo cual es en efecto un hecho de trascendencia, sin embargo, la referencia a estas cuestiones adquirió tintes de blindaje de la decisión en la medida en que se alegaba no poderse dar cuenta del proceso interno, intuitivo, que operaba al entrar en contacto con las diversas modalidades de este tipo de comunicación (gesticulaciones, posturas, entonación, etc.)

El principal receptor de los efectos nocivos de la postura anterior fue la obligación de motivar la sentencia respectiva, de modo que su cumplimiento devino *en una mera formalidad* en la medida en que poco a poco se consolidaba una visión del juicio sobre los hechos como un *evento místico* no susceptible de seguimiento explícito ni de articulación posterior.

Así mismo, la función de la segunda instancia también experimentó el embate de la concepción previa, toda vez que al no poderse repetir el desahogo de las pruebas testimoniales, confesionales, etc., los magistrados no tenían el tan venerado contacto directo con las fuentes generadoras de “los hechos” y, de este modo, no era congruente con el principio de inmediación el delegarles la atribución de corregir el juicio de hechos que hubiere realizado el juez de primera instancia. Además recordemos que la supuesta obligación de motivación (cumplida por medio de frases oficiales del tipo “como se desprende de autos, o de las audiencias, se concluye que...” y equivalentes) no servía de mucho al efecto de constituir la base para la realización de alguna observación en torno al juicio de hechos.

---

<sup>590</sup> Ferrer, Op. Cit., nota 534, p. 62.

<sup>591</sup> Véase Andrés Ibáñez, Perfecto, *Los hechos en la sentencia penal*, México, Fontamara, 2005, pp. 191-221.

En concordancia con lo anterior, Ferrer caracteriza a la tradición irracionalista de la prueba de la siguiente forma:<sup>592</sup>

- A) Se apela a la íntima convicción del juez como único criterio de decisión
- B) Se suscribe una versión fuerte del principio de inmediación de tal suerte que la valoración de las pruebas se circunscribe casi exclusivamente al ámbito de competencia del juez de primera instancia
- C) Exigencias nulas o muy débiles en lo que respecta a la motivación de la decisión sobre los hechos del caso
- D) Se cuenta con un sistema de recursos que dificulta extraordinariamente la revisión y control del jicio sobre los hechos en instancias sucesivas

### **9. Crítica de TVRPJ a la conjunción de las tesis A) y B) del enfoque formalista**

Pues bien, la tesis de la convicción íntima (y su complementaria tesis fuerte del principio de inmediación) ha sido criticada por TVRPJ, de manera general, en el sentido de establecer únicamente nexos causales (en el mejor de los casos) con los elementos de juicio disponibles.

En este orden de ideas, los mencionados elementos de juicio constituyen potenciales “disparadores” de la convicción referida, sin embargo, en el proceso de conformación de dicho convencimiento pueden participar también (y quizá preponderantemente) factores tales como los prejuicios, creencias irracionales, temores, etc., del juez respecto de la clase a la que pertenece el sujeto enjuiciado, dándose paso con ello, a la subjetividad y a la arbitrariedad. Y es que como hemos dicho anteriormente, la tenacidad con la que se sostenga una creencia no constituye un indicativo suficiente en si mismo de la racionalidad de la creencia respectiva, no necesariamente se encuentra vinculada a una revisión cuidadosa de los elementos de juicio disponibles y a la realización de inferencias sensatas a partir de ellos.<sup>593</sup>

#### **A. Ferrer y su crítica al criterio de la “Convicción Íntima”. (La diferencia entre las actitudes proposicionales de “aceptación” y “creencia”)**

De manera complementaria, la convicción íntima como criterio para determinar que ‘p’ está probada, ha sido criticado específicamente por Ferrer, mediante el análisis de la *actitud proposicional* que mejor se ajusta a los efectos de considerarse implicada en la emisión de declaraciones de hechos probados.

En este sentido, este autor considera que se trata de la actitud de “*aceptación*”, y no la de creencia (con cualquier grado de intensidad), la que se encuentra en la base de los que denomina enunciados probatorios. La actitud de aceptación, según Ferrer, por sus notas definitorias consistentes en ser voluntaria y contextual, es la que mejor puede dar cuenta de la existencia de diversos estándares de exigencia probatoria en el derecho.

---

<sup>592</sup> Ferrer, Op. Cit., nota 534, pp. 62-63.

<sup>593</sup> Véase la sección conducente del proyecto Laudan.

Como explica el autor en comento, se trata de una actitud neutral compatible con cualquier canon de argumentación suficiente que, a la manera de una política pública (la cual, como ya sabemos, es el resultado de la atribución de utilidades sociales a las modalidades correctas e incorrectas de la decisión final), se instaure en algún dominio del derecho a los efectos de considerar “probada” alguna proposición jurídicamente relevante.

El análisis de Ferrer se encuentra fuertemente influenciado por el pensamiento del filósofo inglés Jonathan Cohen, al cual acudiremos a continuación para comprender mejor las diferencias entre las actitudes de aceptación y creencia y por qué la primera es la que genera un mayor grado de congruencia con lo que se espera de los *triers of fact* en general.

Así mismo, la incursión en el pensamiento de Cohen nos permitirá ir preparando el terreno para la discusión posterior de una de los elementos cruciales de la estructura lógica de las inferencias ampliativas o derrotables a partir de ciertos elementos de juicio (descritos por proposiciones): las generalizaciones de sentido común o generalizaciones empíricas, las cuales enuncian ciertas regularidades (y expectativas) acompañadas de un cuantificador difuso (normalmente, con frecuencia, en algunos casos, suele ser, algunas veces, etc.); son susceptibles de retractación con base en ulterior información; y suelen permanecer implícitas en el razonamiento del *trier of fact* (en modalidad de entimemas).

Pues bien, Cohen se plantea las siguientes preguntas en torno a la cuestión de la actitud proposicional involucrada en la emisión de declaraciones de hechos probados por parte de los *triers of fact*. (en el *Common Law*), las cuales son igualmente aplicables al caso del juez penal (en el contexto del *Civil Law*) cuando se encuentra determinado qué hechos han sido probados:

“A) ...Do jurors imply in a criminal case... *that they are disposed to have a feeling of conviction that the defendant is guilty?* Or do they imply that *the Court should adopt a policy of premising that this is so?*...  
B) *they claiming that they have been uncontrollably overwhelmed by a belief?* Or are they declaring that *they treat the evidence and arguments put before them as adequate reason for accepting that the defendant is provably guilty?*...”<sup>594</sup>

De acuerdo con el análisis del autor citado, lo correcto técnicamente sería la segunda opción en los dos pares de preguntas planteadas anteriormente. Es decir, que las declaraciones de hechos probados implican la *aceptación* de la culpabilidad del acusado con base en la evidencia, en lugar de la *creencia* (con un alto grado de intensidad) en esa culpabilidad, por parte del emisor de dichas declaraciones. ¿Pero porqué esto es así de acuerdo con Cohen?

Para empezar, Cohen aclara que está interesado en el análisis de estas actitudes cuando ocurren en contextos gramaticales del tipo “X cree que ‘p’” y “X acepta que ‘p’”, por ejemplo, “X cree que lloverá hoy”, o “X acepta que el tren llegará tarde”. No así en ocurrencias gramaticales del tipo “X creen en el trabajo duro”, “X acepta su responsabilidad”, o “X no acepta cumplidos en relación con su trabajo”.<sup>595</sup>

---

<sup>594</sup> Véase Cohen, Jonathan, *An Essay on Belief and Acceptance*, Clarendon Press, 1992, p. 117.

<sup>595</sup> *Ibidem*, p. 4.



Para Cohen creer que 'p', corresponde a una disposición a experimentar una clase de *sensación* de que 'p' es verdadera y que su negación es falsa, independiente del hecho de que *se quiera* actuar, hablar o razonar sobre la base de esa creencia. Veamos las palabras del autor:

“...Very briefly, belief that *p* is a disposition, when one is attending to issues raised, or items referred to, by the proposition that *p*, normally to *feel it true* that *p* and false that not *p*, whether or not one is willing to act, speak, or reason accordingly...”<sup>596</sup>

Ahora bien, las creencias pueden hallarse fuera del radio de la experiencia consciente del sujeto en cuestión en un momento determinado. En estos casos, aún cuando la persona jamás la haya experimentado, puede decirse que la creencia se encuentra en una especie de estado *recesivo* en el que la sensación de que 'p' es verdadera no se actualiza aún, debido a que el sujeto no se ha visto en una situación tal que requiera de su activación. Por ello, se trata de una disposición a experimentar una sensación, no la sensación actualizada.

Sin embargo la posesión de dicha creencia en estado recesivo está implicada, aunque no necesariamente, por la posesión de otras creencias de las cuales se seguiría.

Veamos lo que Cohen dice al respecto:

“...though many beliefs only commence at the time of their first being felt, there are many others that apparently antedate this... Thus, if you have long believed that London is larger than Oxford and that Oxford is larger than St. Andrews, then you will most probably, though not necessarily... have long believed that London is larger than St. Andrews, *even if the belief has never explicitly occurred to you until you were asked*... a present feeling that London is larger than St. Andrews (if you were asked if you think so and your answer were yes) *would be taken to display a pre-existing disposition to feel this*...”<sup>597</sup>

Y posteriormente, enfatizando la presencia de la disposición aunque su presencia escapa al monitoreo consciente por parte del individuo, el autor en comentario agrega:

“...People can say about you without self-contradiction, “He almost certainly believes it, even if he has never yet consciously thought about it.” Why should you have thought about it, if there was no occasion for you to do so? *And, after all, at any one time almost all a person's beliefs have to be absent from his current consciousness, since no more than a few such dispositions can be activated at any one time*...”<sup>598</sup>

Así mismo, Cohen explica que no existe una conexión necesaria entre ciertas creencias y la disposición del individuo a actuar y/o hablar en concordancia con aquellas. De este modo comenta:

“...we must distinguish between the disposition to execute certain utterances and actions, which is normally but not necessarily a sign of a person's belief, and the disposition to have certain feelings, which is what constitutes the belief. It is normally but not always that by discovering a disposition of the former kind that we can infer one of the latter... *even if we grant that a person is normally disposed to speak and act in accordance with*

---

<sup>596</sup> Idem.

<sup>597</sup> Ibidem, p. 5.

<sup>598</sup> Ibidem, p. 6.

*his creedal feelings... it does not follow that his disposition constitutes a part of the belief. The disposition to speak and act accordingly may normally accompany any disposition to have certain creedal feelings, without that companionship's being necessary to constitute a state of belief...*<sup>599</sup>

Lo anterior quiere decir que lo que decimos y/o cómo actuamos no necesariamente es consistente con nuestras creencias o, en otras palabras, que el comportamiento (lingüístico o no) de las personas es sólo un indicador *prima facie* de las creencias que normalmente son asociadas a esa conducta como factores que la motivan-causan.<sup>600</sup>

Asimismo, las disposiciones a sentir que 'p' es verdadero pueden tener diversos *grados de intensidad* y nuestro léxico da cuenta de ello. Por ejemplo, en ocasiones hablamos de que tenemos una sospecha de que 'p', otras intuimos que 'p', otras nos parece que 'p', otras nos inclinamos a pensar que 'p', otras estamos seguros, otras estamos convencidos o tenemos la certeza de que 'p'<sup>601</sup> (más adelante volveremos a este tema de los grados de intensidad de nuestras creencias).

Por su parte, aceptar que 'p', corresponde a la adopción de una *política* consistente en incluir a 'p' entre las premisas consideradas para decidir qué hacer o qué pensar en un contexto particular.<sup>602</sup> Nuevamente Cohen nos dice:

“...But to accept the proposition or rule of inference that *p*... is to have or *adopt a policy* of deeming, positing, or postulating that *p* –i.e., of including that proposition or rule among one's premises for deciding what to do or think in a particular context...”<sup>603</sup>

En el caso de la aceptación, Cohen considera que 'p' tiene que concebirse necesariamente en términos lingüísticos (lo cual contrasta con el caso de las creencias), debido a que sólo en ese sentido puede decirse que 'p' figura como premisa en nuestros argumentos, demostraciones, pruebas, etc. que diseñamos al deliberar qué hacer o qué pensar. Veamos lo que dice el autor en comentario al respecto:<sup>604</sup>

“...In the case of acceptance, though not of belief... there is an a priori conceptual requirement *that what is under consideration is tied to some type of linguistic formulation even if this formulation is never uttered aloud.. Premises and*

---

<sup>599</sup> Ibidem, p. 10.

<sup>600</sup> Por ejemplo, al ver por la calle a alguien que carga una sombrilla, parece razonable que, provisionalmente pueda imputársele la creencia de que experimenta la sensación de que probablemente lloverá. Sin embargo, puede ser el caso de que el individuo en cuestión no siente que pueda llover, sino que lleva consigo una sombrilla porque piensa que tal vez pueda necesitarla como arma defensiva, ya que pasará por un barrio peligroso en su trayecto. Véase Idem.

<sup>601</sup> Ibidem, p. 11.

<sup>602</sup> Nótese que esa política no tiene que articularse necesariamente sobre la base de la consideración exclusiva de averiguar la verdad, es decir, tomando en cuenta sólo valores epistémicos. Otros valores suelen jugar un papel a los efectos de la determinación de la política, sobre todo tratándose de contextos prácticos en los que el interés primordial es actuar, con mayor o menor celeridad. Dicha actuación acarrea consecuencias para el individuo, pero puede hacerlo también para terceros, como en el caso de una decisión judicial, arbitral, etc.

<sup>603</sup> Ibidem, p. 4.

<sup>604</sup> El lector ya puede intuir que en el caso de que decidir si la evidencia respalda 'p' con el grado de soporte establecido para el dominio en cuestión, implica la aceptación de 'p', ya que consiste en la conclusión que se sigue de las premisas, las cuales no son otra cosa que la evidencia disponible dispuesta en términos proposicionales.

*rules of inference have to be conceived in linguistic terms; feelings do not.* That is how logic can get to grips with inference and formulate its principles as rules for linguistic transformation. And it is also why, *though animals and pre-linguistic infants can be credited with beliefs, they can not be credited with acceptances...*<sup>605</sup>

Con la anterior caracterización de las actitudes de creencia y aceptación, Cohen pretende establecer el punto de que aquellas no son condiciones suficientes la una respecto de la otra<sup>606</sup>: "...So, belief that p can coexist in your mind with the acceptance that p. But it is not conceptually tied to doing so... Belief is a disposition to feel, acceptance, a policy for reasoning. 'Belief' carries no conceptual implications about reasoning; 'acceptance' carries none about feelings."<sup>607</sup>

Así pues, la creencia, al consistir en una sensación, constituye un evento involuntario, mientras que, por el contrario, la aceptación es una cuestión consciente y voluntaria cuyas condiciones de justificación son sensibles a ciertos cánones (que incluso pueden establecerse institucionalmente) dependientes de la clase de situación en cuestión. Cohen en este sentido, sostiene que:

"... Belief is not thought of as being normally achieved at will because it is thought of as being regularly caused in each kind of case by something independent of the believer's immediate choice; factual beliefs are typically reactions to what the believer sees or hears, moral beliefs are normally the welcome or unwelcome dictates of his conscience, intuitive beliefs are immediate, unreflective, and untutored deliverances of his intellect, and so on. *We think of our beliefs as states of mind that are normally responsive to the truth, not to our own decisions...*"<sup>608</sup>

Respecto del carácter voluntario de la aceptación, Cohen nos dice que:

"...Acceptance in contrast with belief, occurs at will, whether by an immediate decision or through a gradually formed intention. This is because at bottom, *it executes a choice—the acceptor's choice of which propositions to take as his premises...*"<sup>609</sup>

Se trata entonces de una decisión acerca de qué proposiciones (expresadas por medio de aseveraciones y reglas de inferencia) constituirán las razones-premisas de la argumentación que, de acuerdo con ciertos criterios contextuales, justifica la decisión de aceptar como conclusión a la proposición(es) correspondiente(s). Es pues, una decisión sobre cómo confeccionar un argumento a la luz de los patrones de *escrutinio-suficiencia* que le serán aplicados de acuerdo con la situación de que se trate (nótese la sensibilidad al contexto en términos de la compatibilidad de la actitud de aceptación con cualquier canon o política de suficiencia argumentativa que en determinado momento el agente decisor debe tomar en cuenta).

---

<sup>605</sup> Cohen, Op. Cit., nota 594, p. 12.

<sup>606</sup> Aunque tal vez en algunos casos, si son condiciones necesarias.

<sup>607</sup> Cohen, Op. Cit., nota 594, p. 5.

<sup>608</sup> Ibidem, pp. 22-24.

<sup>609</sup> Ibidem, pp. 22-24.

Ahora bien, pese a que no hay un requerimiento conceptual en el sentido de que coexistan las actitudes de creencia y de aceptación de que 'p' en un momento determinado, sucede que se encuentran cotidianamente ligadas.

Como dice nuestro autor: "...it is often difficult to know whether to classify a particular person's mental attitude towards a particular proposition at a particular time as one of belief, or acceptance, or of both... *there seems to be a natural tendency for the two to run together*. If you believe that p, it is normal for you also to take that proposition as a premise, and if you accept that p it is normal for you to feel it true that p..."<sup>610</sup>

Hay pues, importantes conexiones entre las dos actitudes. Analicemos algunos casos:

En general, aquello que creemos como resultado inmediato de la operación inconsciente de nuestros procesos perceptivos (la información sensorial que recabamos al interactuar con el mundo), constituye una razón *prima facie* (susceptible de ser refutada si se considera más información) para aceptar eso que creemos y entonces actuar en consecuencia, aunque no sea la única, ni la mejor razón.<sup>611</sup>

Otro caso en el que están vinculadas las actitudes de creencia y aceptación es el que se da a la inversa de los anteriores, es decir, cuando la aceptación de 'p' causa la creencia en 'p'.

Por ejemplo, considérese el caso de un sacerdote católico que pide a los feligreses de su parroquia que actúen en concordancia con los dogmas o principios de dicha doctrina. Lo que el sacerdote pide en este caso es que los principios respectivos (por ejemplo, no robarás) sean empleados como premisas en las deliberaciones prácticas de los devotos acerca de qué hacer en situaciones concretas, es decir, que acepten dichos principios como su política o parámetro de conducta.

El ejercicio constante de la aplicación de esa política de razonamiento práctico, como dice Cohen, eventualmente tiende a causar en los feligreses, la creencia de que la doctrina que siguen es verdadera.<sup>612</sup>

Ahora bien, pese a la ligazón identificada que cotidianamente se presenta entre nuestras actitudes de creencia y aceptación, nuestro autor en comentario sostiene que:

"...One often needs to go through *some process of checking or monitoring the relevant facts in order to determine whether acceptance is justifiable and such a process may well reveal deviant elements in the genesis of the belief*. Visual illusion, mishearing, linguistic misunderstanding, numerical miscalculation, misinformation from others, and many others *such factors may have played their part in generating a belief that does not deserve acceptance...*"<sup>613</sup>

---

<sup>610</sup> Ibidem, p. 17.

<sup>611</sup> Idem.

<sup>612</sup> Ibidem, p. 18. Considérese además que las actitudes de creencia y aceptación no sólo se tienen respecto de proposiciones empíricas. Al respecto, el autor citado menciona que: "... Modern philosophers have tended, like Hume, to confine their conception of belief to beliefs about matters of empirical fact. ...in the senses considered here neither the word 'belief' nor the word 'acceptance' need to be so confined in its range of reference. A person can feel it to be true, when the question arises, that child-sacrifice is morally wrong, or that 97 is a prime number... just as he feels it true, on an appropriate occasion, that it is now raining. Such feelings about normative a priori issues are sometimes attributed to specialized faculties of conscience, intuition, etc. But it is convenient to classify them generically as manifestations of beliefs, in order to draw attention to the existence of a difference between these issues that parallels the difference on factual issues..." , Ibidem, p.15.

<sup>613</sup> Ibidem, p. 19.

Piénsese particularmente en el caso de la creencia en lo que nos reportan nuestras percepciones como razón *prima facie* de la aceptación de aquellas: En la base de estos casos tan comunes, se encuentra una *presunción* (F) referida al funcionamiento de nuestros procesos perceptivos en el sentido de considerar que *generalmente* arrojan información confiable o correcta. Veamos lo que comenta Cohen al respecto:

“...This (accepting p for the reason that you believe that p which for its part arises from what you perceive) holds good wherever there is at least a *presumption, which may be rebuttable in appropriate circumstances*, that a belief would not have arisen at all without there having been some data in its favor... *The fact is that in deciding on what to accept we often need to presume that our subconscious belief-inducing mechanisms –and specially those of perception and memory- have operated veridically as they normally have done in similar situations in the past...*”<sup>614</sup>

Hemos entrado aquí nuevamente al terreno del “*razonamiento derrotable*”<sup>615</sup>, que básicamente implica considerar una generalización -tipo (F)- como parte de las premisas de nuestro razonamiento, especialmente en contextos prácticos que demandan la elección de nuestra parte, de un determinado curso de acción (tema que cobra especial importancia en el problema de la valoración de la evidencia en contextos jurídicos, como veremos más adelante).

(F) puede plantearse, de manera sucinta, como una *generalización de sentido común* o un heurístico condicional que establecería que: “si percibo ‘p’ entonces es conveniente creer que ‘p’ y, por tanto, aceptar provisionalmente que ‘p’”, el cual, como ya mencionamos, está en la base de nuestras interacciones cotidianas con el mundo.

Así mismo, (F) puede ser sometida a diversos grados de escrutinio o revisión de acuerdo con las características de la situación concreta de que se trate, debido a que como todo heurístico, es falible y sólo funciona en condiciones de normalidad. Es decir, que el asunto de qué tan inmediata es la aceptación provisional de ‘p’, es una cuestión que depende del contexto.

Por ejemplo, puede ser el caso que por un vistazo afortunado al retrovisor, un conductor ha podido percatarse de que el camión detrás de él ha perdido el control y por ello decide de inmediato orillarse (aunque sea bruscamente) de modo que queda fuera de peligro y deja espacio libre para que el chofer maniobre.<sup>616</sup>

La situación anterior demanda una acción urgente de parte del conductor puesto que lo que está en juego es su integridad física y se dispone de muy poco tiempo para actuar. En este escenario, lo que se percibe, no admite cuestionamientos y, sin más, se acepta a los efectos de tomar la decisión relativa a la elección del curso de acción correspondiente.

En otros contextos, la situación puede ser tal que demanda considerar (F) con mayor reflexión. Piénsese por ejemplo en el caso de una decisión judicial relativa a una acción de daños y perjuicios en la que el actor alega que su

---

<sup>614</sup> Ibidem, p. 17.

<sup>615</sup> Véase la sección previa correspondiente

<sup>616</sup> Este ejemplo es análogo al de Cohen, Op. Cit, nota 594, p. 17.

vecino estrelló su auto en la puerta de su cochera por manejar en estado de ebriedad. El demandante ofrece el testimonio de otro vecino (testigo ocular) que corrobora esta versión de los hechos.

En este caso, el juez no considera una percepción propia de 'p' como razón para la aceptación de 'p', sino, la percepción que experimentó un tercero (el testigo ocular) en un momento determinado del pasado.

Esta es la razón, junto con el hecho de que lo que está en juego en este tipo de casos es la posibilidad de declarar erróneamente que el demandado es responsable de los daños cometidos (lo cual tiene un cierto costo para la sociedad), por la que el juez despliega una revisión más elaborada de (F) respecto del testimonio que ofrece el vecino del actor.

Esta revisión de (F) tiene que ver con determinar la credibilidad del testigo mediante la ponderación de factores tales como su tiempo de exposición al evento percibido, la distancia que lo separaba del evento en cuestión, si no hay razón para dudar en cierto grado de sus capacidades perceptivas (tal vez el testigo es miope, daltónico), si no hay alguna enemistad entre el testigo y el demandado que pudiera viciar su testimonio, etc.

En los ejemplos anteriores podemos percatarnos de que hay ocasiones en que las percepciones propias del decisor son las que se toman en cuenta en relación con la aceptación de 'p', mientras que en otras, se trata de percepciones experimentadas en el pasado por terceros, las que entran en las consideraciones del decisor.

Así mismo, los procedimientos revisorios de la presunción consistente en que los mecanismos perceptivos del receptor de la información sensorial (sea éste el propio decisor o un tercero) suelen operar de manera adecuada y que por ello, el estado perceptivo experimentado es confiable, dependen de la importancia y características de la situación en la que hay que tomar la decisión.<sup>617</sup>

En algunas ocasiones, como en el caso del juez, dichos procedimientos han sido establecidos institucionalmente por vía de un acto deliberado de regulación de los mismos, o bien, por medio de una práctica auto-organizativa que va perpetuando dichos procedimientos revisorios de (F), como parte de las técnicas de evaluación de la evidencia, disponibles para los participantes de dicha práctica (a esta dimensión heurística-pragmática de la actividad judicial, volveremos más adelante).

Resumiendo: De acuerdo con el seguimiento que hasta este punto hemos hecho del pensamiento de Cohen, los estados de creencia y aceptación manifiestan una tendencia a aparecer ligados.

Sin embargo, en ocasiones es conveniente que el sujeto cognoscente realice un monitoreo de los procesos de formación de la creencia en cuestión (cuando ésta constituye la razón *prima facie* para la aceptación de 'p').

---

<sup>617</sup> En concordancia con la cuestión de la revisión de las creencias formadas por el operar de nuestros mecanismos perceptivos, mediante el escrutinio de la generalización de sentido común de la que parten, es decir (F), Cohen comenta que: "...One often needs to go through some process of checking or monitoring the relevant facts in order to determine whether acceptance is justifiable and such a process may well reveal deviant elements in the genesis of the belief. Visual illusion, mishearing, linguistic misunderstanding, numerical miscalculation, misinformation from others, and many others such factors may have played their part in generating a belief that does not deserve acceptance..." Ibidem, p. 19.

Así mismo, en otros contextos de hecho no esperamos que las actitudes (de creencia y aceptación) coincidan, o bien, en los que el grado de creencia y las condiciones para la aceptación son cuestiones independientes. Veamos lo que comenta Cohen:

“...But there are a number of special contexts in which belief and acceptance are not in fact expected to coincide, or in which strength of belief that p and degree of inclination to accept that p may vary independently...”<sup>618</sup>

Según este autor, uno de esos contextos es el de las Investigaciones científicas.<sup>619</sup> El otro corresponde al de las decisiones relativas a lo que se considera probado, tomadas, en términos generales, por el *trier of fact* (el juez o el jurado) en procesos jurisdiccionales.

La clave se encuentra en que, recordemos, la creencia es un estado involuntario, es algo que nos sucede; mientras que la aceptación implica la capacidad de formular (como acto voluntario) un patrón de razonamiento (ofrecer razones) respecto del cual puede juzgarse si satisface o no los criterios de exigencia probatoria establecidos por la política o canon oficiales.

En apoyo a la cuestión del carácter involuntario de las creencias, Williams sostiene que “...si se pudiera decidir tener una creencia, entonces se podría decidir tener una creencia falsa.<sup>620</sup> Pero, no puede decidirse tener una creencia falsa y, por lo tanto, no puede decidirse tener una creencia. Ello se debe principalmente a la pretensión de verdad que por definición tienen las creencias...”<sup>621</sup>

Alguien podría objetar que el cuadro que se pinta acerca de la creencia, como si fuera una bestia salvaje e incontrolable, al menos debería matizarse, o incluso borrarse del todo, si consideramos aquellos casos en los que se formulan creencias con base en la evidencia disponible.

Sin embargo, esta objeción se basa en un análisis inadecuado de la relación entre la evidencia y los estados de creencia. No se trata de una relación de justificación, *sino una de carácter causal*.

En este sentido, cualquier configuración del conjunto de elementos de juicio en apoyo de ‘p’ puede ser suficiente a los efectos de constituirse como disparador de la creencia en ‘p’ en la mente de diversos sujetos cognoscentes.

Por ejemplo, para alguno(s), el testimonio ofrecido por un solo testigo, aunque incluso no haya sido presencial, quizá puede ser “suficiente” para que se engendre en él la creencia en la culpabilidad de X. Para otro(s), ni siquiera la modalidad más contundente del conjunto de elementos de juicio que pudiera pensarse, podrá ser

---

<sup>618</sup> *Idem*.

<sup>619</sup> *Ibidem*, pp. 86-100.

<sup>620</sup> Por ejemplo, si Pedro y María estuvieron juntos en la playa el día en que, a cientos de kilómetros de ahí, murió la mamá de ésta, salvo que sufriera de pérdidas frecuentes de memoria o sufriera de algún otro padecimiento mental, no parece que Pedro sin más, pudiera decidir creer que María mató a su propia madre.

<sup>621</sup> Williams, B. “Deciding to Relieve”, en *Problems of the self*, *Philosophical Papers*, 1956-1972, Cambridge University Press, citado por Ferrer en: Ferrer, *Op. Cit.*, nota 547, p. 85.

suficiente para disparar la creencia en la culpabilidad de X. Otros, tal vez la mayoría, se encuentren en el amplio y difuso terreno del “punto intermedio”.

Y es que múltiples factores pueden hallarse determinando el ambiente cognitivo -configurando la ecología mental- del individuo al momento de su exposición a la evidencia disponible. La historia de vida personal, la estructura de la personalidad, las tendencias de memoria particulares, etc. adquieren suma relevancia al configurar, de manera incluso inconsciente, el marco interpretativo de la evidencia con elementos tales como prejuicios, temores, inseguridades, traumas pasados, rencores, etc.

Por lo anterior, Cohen comenta que el juramento que se hace tomar a los miembros del jurado en las cortes inglesas en el sentido de que sus creencias se ajustarán a la evidencia disponible exclusivamente, tendría que sustituirse por uno que implicara una acción que si estuviera dentro de su control realizar, como poner atención a los testigos y escuchar las instrucciones del juez, es decir, tratar de poner todo de su parte para que se incrementen las probabilidades de que surja una creencia verdadera.<sup>622</sup>

Sin embargo, esto no sería suficiente, tendría que complementarse con el compromiso de que, cualquiera que sea su decisión respecto de los hechos que se consideran probados, ésta debe fundarse en una pauta o patrón de razonamiento que sea apto a los efectos de fungir como instancia de la política de suficiencia probatoria establecida para el dominio en cuestión.

En este orden de ideas, Ferrer sostiene que si se ha de plantear el análisis de proposiciones del tipo “está probado que ‘p’” como proposiciones que implican la creencia (o la convicción) en ‘p’, “...lo máximo que podrá hacerse es una *investigación empírica psicológica* acerca de las causas que han llevado al juez a creer que p, a considerar probado que p... Y el juez, por su parte,, sólo podrá incorporar a la motivación de la sentencia la explicación... de las causas que le han llevado a la creencia en p...”<sup>623</sup>

Lo anterior no constituiría una justificación. Es decir, de acuerdo con el autor, el carácter involuntario de las creencias conduce a quienes proponen dicho estado mental como indicativo de contar con una prueba de ‘p’, a una concepción irracional de la prueba. Veámoslo:

“...si admitimos que el resultado que producen los elementos de juicio presentes en el expediente judicial es la producción de una determinada actitud proposicional acerca de la proposición que se pretende probar, entonces resulta que bajo la reconstrucción que se está analizando, el resultado se podría formular como “Creo que p”. Y si el hecho de tener una creencia no es justificable en si mismo, resultará que no hay posibilidades de justificar ese resultado o, lo que es lo mismo, la valoración de la prueba realizada por el juez. ... a quienes plantean que la finalidad de la actividad probatoria es la producción de un determinado estado mental (la convicción, la creencia, etc.) en el juez acerca de la proposición que se quiere probar..., la coherencia del razonamiento les lleva necesariamente a sostener una concepción irracional de la prueba como resultado, donde la única motivación necesaria de la decisión adoptada es que ésta se corresponde con el íntimo convencimiento del juez, que ésa es su creencia. Basta constatar entonces, que el juez ha alcanzado

---

<sup>622</sup> Cohen, Op. Cit., nota 594, p. 121.

<sup>623</sup> Ferrer, Op. Cit., nota 547, p. 86.



esa creencia y, dado que ese no es un acto voluntario, no puede exigirse una justificación en sentido estricto del mismo...”<sup>624</sup>

Ahora bien, además de tratarse de una cuestión involuntaria, la creencia es independiente del contexto. En este sentido, es insensible a las políticas de suficiencia probatoria a las que en los sistemas del *Common Law* se ha dado en llamar “estándares de prueba”.

Ejemplos de estos estándares, en el sistema del Common Law, son “la preponderancia de la evidencia (PEV)” en materia civil, y “más allá de toda duda razonable (MATDR)” en materia penal.

Si en efecto, la creencia en ‘p’ del *trier of fact* es el indicativo único y suficiente para la determinación de que se cuenta con una prueba de ‘p’, no se puede dar cuenta de cierta interpretación del principio de PEV según la cual, sólo es necesario para fallar a favor del actor, que la argumentación que ofrece a los efectos de concluir que ‘p’, sea simplemente más probable que la argumentación de su contraparte. Es decir, sin importar que ninguna de las dos argumentaciones alcance un puntaje de 50% + de probabilidades.

En estos casos, en que se está ante la presencia de dos malas argumentaciones (aunque una mejor que la otra), las cuales probablemente conducen al juez a *no creer* en ninguna de ellas, la política probatoria, el estándar establecido, le obligan a determinar que la mejor argumentación constituye fundamento suficiente para considerar probada la proposición que aquella respalda.

Así mismo, para el caso de BARD, el cual generalmente es interpretado como estableciendo un requerimiento de 90%+ de probabilidades de que ‘p’ sea verdadera, no obstante a que el jurado pudiera tener la creencia firme en la culpabilidad del acusado (que sobrepase el punto del 50%+ de probabilidades con base en la evidencia), ésta no es suficiente para condenar, salvo cuando corresponda a 90% +.<sup>625</sup>

Piénsese también en un caso civil en que un *trier of fact* que ha considerado probado –ha creído, de acuerdo con la postura que se critica- que X produjo daños en la propiedad de Y por conducir negligentemente. Supongamos que este *trier of fact* es llamado como jurado en un caso penal en el que Y habiendo obtenido la indemnización por daños, ahora denuncia a X por el delito de “daño en propiedad ajena”. Supongamos que la evidencia que presenta Y (la misma que en el caso civil) no es suficiente para satisfacer MATDR. En este caso, el *trier of fact* no cree que ‘p’. Tenemos entonces que para el contexto civil, el trier cree que ‘p’, pero ara el caso penal no cree que ‘p’. Esto resulta poco plausible.

Al respecto Ferrer comenta que: “...La segunda característica definitoria de la creencia que la hace especialmente inadecuada para dar cuenta de la actitud proposicional implicada en las declaraciones judiciales de hechos probados es su independencia del contexto.... Esto es, nuestras creencias son causadas por una multitud de

---

<sup>624</sup> Idem.

<sup>625</sup> Obviamente los ejemplos anteriores parten por un lado, del supuesto de que puede establecerse una tabla de equivalencias entre las probabilidades de una proposición de ser verdadera y el grado de intensidad de la creencia correspondiente; y por otro, de que en la práctica, no hay problemas con la determinación de la satisfacción de dichos grados de intensidad en las creencias. Véase la sección conducente de nuestro análisis del proyecto Laudan.

factores y de informaciones y pueden ir cambiando a lo largo del tiempo. Ahora bien, en un momento cualquiera “t”, podemos creer que p o no creerlo, pero no podemos creer que p con relación a un contexto “c1” y creer que “no-p” con relación a un contexto “c2”. No podemos, por ejemplo, creer o no creer que Hong Kong es una ciudad ruidosa en función de si es lunes o martes o de si lo pregunta el alcalde de la ciudad o un ecologista (aunque es perfectamente posible responder de una forma distinta a uno y a otro, en alguno de los dos casos se estará mintiendo respecto de la creencia que se tiene). Y un juez no puede, por ejemplo, creer que Juan mató a Pedro cuando ejerce su función de juez y no creerlo cuando no lo ejerce...”<sup>626</sup>

Como hemos visto al analizar el proyecto Laudan, una de las características básicas del mecanismo de fijación del estándar de prueba –de la política de exigencia probatoria- para un dominio particular del derecho, es que requiere de la valoración social respecto de los costos-beneficios asociados a las modalidades que puede adoptar la decisión. Esa valoración puede variar de contexto a contexto y de momento histórico a momento histórico, lo cual implica que la política o estándar pueden también variar.

Aunado a lo anterior, la existencia de normas jurídicas procesales que regulan los diversos tipos de proceso, también constituye una razón para considerar poco plausible la reconstrucción de las declaraciones judiciales de hechos probados en términos de la creencia del juez de que ‘p’.

Ferrer enumera los casos en que las disposiciones procesales colisionan con las creencias, los cuales son:

1.- Cuando el juez dispone de elementos de juicio (sobre los que basa su creencia) que no han sido incorporados al proceso y que, por tanto, no puede usar en su decisión.

2.- Cuando se han aportado al proceso elementos de juicio (sobre los que el juez basa su creencia) que han sido posteriormente rechazados por defectos formales o por haber sido obtenidos en violación de derechos fundamentales.

3.- Cuando la decisión está fundamentada en una presunción legal que no ha podido ser destruida por los elementos probatorios incorporados al proceso (en este caso, el juez no tiene por qué creer y, quizá no lo haga, en la proposición que goza de presunción)

4.- Cuando el hecho es admitido por todas las partes como cierto y, por tanto, se da por probado (el caso de los acuerdos probatorios)

5.- Cuando la decisión de considerar probado ‘p’ está basada en una regla de prueba legal que predetermina el resultado de la evaluación probatoria.<sup>627</sup>

## **B. Recapitulación del enfoque “formalista” de la prueba judicial**

Recapitulando, hemos dicho que el enfoque “formalista” de la prueba jurídica se conforma de las tesis: A) Las declaraciones del tipo “está probado que ‘p’” emitidas por un juez en el transcurso del proceso desempeñan una

---

<sup>626</sup> Véase Ferrer, Op. Cit., nota 547, pp. 87-88.

<sup>627</sup> Ibidem, p. 84.

*función constitutiva*; B) El significado de las declaraciones de hechos probados (a las que Ferrer denomina “enunciados probatorios”) es que “*el juez ha establecido que ‘p’*”; C) Puede hablarse de una verdad jurídica (o formal), la cual puede diferir de la verdad material (o verdad *tout court*), y; D) Lo único que interesa es la obtención de la verdad jurídico-formal. En la sección precedente hemos abordado los dos primeros incisos. Toca el turno entonces de referirnos a los restantes:

### **C. Crítica a las tesis C) y D) del enfoque “formalista” de la prueba judicial**

Ferrer encuadra la propuesta de distinguir la verdad jurídico-formal de la verdad material, en el contexto del siguiente dilema: O se rechaza la denominada “*relación conceptual entre prueba y verdad*”, según la cual se exige que para que una proposición se considere probada existan elementos de juicio suficientes, pero a su vez, que la proposición en cuestión sea verdadera (en términos de correspondencia con la realidad empírica), o se aceptan las consecuencias de esta concepción consistentes básicamente en que si resulta que lo declarado probado en un tiempo 1 resulta ser falso en un tiempo 2 (quizá se confirma que la supuesta víctima del delito de homicidio está viva, o alguien más confiesa y su testimonio es plausible), la falsedad de la proposición respectiva invalida su estatus como proposición probada.

Según el autor en comento, la distinción entre verdad formal y material irrumpe en este marco como una salida (falsa) al dilema presentado. Con esta maniobra conceptual, si en un tiempo 2 resulta que la proposición declarada probada es falsa, la falsedad no invalida ya su estatus probatorio, debido precisamente a que la valoración de la prueba está encaminada a establecer *la verdad jurídico-formal*, no la verdad material; subsiste pues, la calidad probatoria de la proposición pese a que ha sido contravenida por los hechos.

Se trata de una salida no satisfactoria al dilema puesto que en efecto, se obtiene la ganancia de que la falsedad de las proposiciones no invalide (o cancele) su estatus de “estar probadas” y en ese sentido, que no se considere errónea la declaración probatoria respectiva por el hecho de la eventual falta de correspondencia de la proposición con la realidad. Sin embargo, también se corre el riesgo de que se pierda el espíritu crítico en relación con el perfil de las reglas que estructuran un proceso judicial al no importar más que la obtención de la verdad jurídica con independencia de los efectos *truth-thwarting* que los distintos componentes del sistema pudieran estar produciendo al guiar la indagación empírico-jurídica.

Es decir, con la estrategia referida se crean las condiciones para que, en términos del proyecto Laudan, el sistema no sea capaz de adquirir una *meta-conciencia* de su modo de operar, lo cual se encuentra íntimamente vinculado con la propiedad de la *auto-corrección* constante que necesariamente tendría que ser satisfecha si lo que se desea es contar con un sistema genuino y no dogmático de investigación sobre cuestiones empíricas.

Aunado a lo anterior, en el terreno conceptual la distinción entre verdad formal y material genera más problemas de los que resuelve. En este sentido, la distinción referida produce un ambiente confuso en el que tendríamos que hablar de verdades (formales) no verdaderas (cuando por ejemplo, se declara a alguien culpable de

algún delito que no cometió); de falsedades (formales) verdaderas (cuando por ejemplo, se exonera a alguien con base en un estándar de prueba muy riguroso, de lo cual se puede inferir que probablemente si cometió el delito que se le imputa); incluso de falsedades (formales) verdaderas también desde el punto de vista formal (piénsese por ejemplo en la vigencia de diversos estándares de prueba para distintas ramas del derecho. Suele ser el caso, sobre todo en la experiencia anglo-americana, que el estándar en materia penal es mucho más exigente que en la materia civil. En este sentido, puede suceder que la evidencia no sea suficiente como para condenar a alguien del delito de homicidio y sin embargo, si lo sea para condenarlo al pago de daños y perjuicios. En este caso se diría que “X privó de la vida a su esposa” es una proposición falsa formalmente hablando en la materia penal, pero contemporáneamente verdadera, también formalmente hablando, en la materia civil). Se trata pues, de una proliferación innecesaria del predicado veritativo que viola la *navaja de Ockham*.

Como hemos visto, con base en la asunción de que el valor de averiguar la verdad constituye el fin prioritario, al menos en el momento de la valoración probatoria, y con base en el hecho de que los esfuerzos por determinarla son falibles y, en ese sentido, sólo tienen grados mayores o menores de probabilidad, Ferrer propone la sustitución de la conexión conceptual entre prueba y verdad (así como la distinción entre verdad jurídico-formal y verdad material) por una conexión de *tipo teleológico* entre estos dos elementos.

Con una conexión de este tipo, se garantiza la posibilidad de que coexistan situaciones en las que el enunciado probatorio del tipo “está probado que ‘p’” sea inválido por contravenir las reglas procesales en el sentido de no contarse con los elementos de juicio suficientes (falibilidad procesal) y que ‘p’ sea verdadera, o bien, que “está probado que ‘p’” sea válido, no obstante que sea falsa ‘p’. La última situación no invalidaría el estatus de “estar probada” de ‘p’ (y no requiere del recurso a la proliferación del predicado veritativo), pero, al ser la verdad el objetivo preponderante, se buscaría que casos en los que ‘p’ es falsa no obstante a ser válido el enunciado probatorio que la involucra, se produjesen en la menor cantidad racionalmente posible, con lo cual, se recupera el espíritu crítico en torno a las propias reglas que guían la indagación empírica vigentes en un momento determinado.

### III. ACEPCIONES DEL TÉRMINO “PRUEBA” PARA TVRPJ

En su análisis del significado de la expresión “prueba”, los autores de TVRPJ convergen en el reconocimiento de al menos tres sentidos del término, los cuales son:

- A) “Prueba” como medio de prueba (es decir, como insumo proposicional)
- B) “Prueba” como actividad probatoria (de las partes y del juez), y
- C) “Prueba” como resultado (es decir, cuando se determina que en efecto, los elementos de juicio respectivos son suficientes a los efectos de justificar el considerar probada la proposición correspondiente, de acuerdo con los cánones o criterios de suficiencia aplicables)

## 1. Primera acepción

En cuanto al primer sentido, Taruffo sostiene que:

“...“prueba” identifica lo que sirve o lo que puede servir para confirmar o falsear una aserción relativa a un hecho de la causa. Más precisamente, se habla en este sentido de “medios de prueba” para subrayar que es prueba todo lo que sirve para probar, es decir, todo elemento que puede ser empleado para el conocimiento del hecho...”<sup>628</sup>

Taruffo apunta que en los sistemas del Common Law, la expresión “*evidence*” corresponde a este sentido de “prueba” que estamos analizando:

“...El lenguaje jurídico anglo-americano, a diferencia de los europeos, dispone de un término ad hoc, ya que *evidence* designa –tanto en el derecho como en la epistemología y en el lenguaje común– *aquello que sirve de premisa o de apoyo para la aserción de un hecho...*”<sup>629</sup>

Es importante hacer énfases en la última frase de la cita, la cual destaca el papel de “*premisas*” que el medio de prueba desempeña en el razonamiento que conduce a determinar los hechos de la causa. En este sentido, lo único que puede desempeñar este papel es una *proposición*, no las cosas u objetos (como cuchillos ensangrentados, ropa, huellas dactilares, armas, etc.) que, por ejemplo, en la materia penal, constituyen los vestigios o rastros a partir de los cuales, los investigadores respectivos echan a andar un razonamiento de tipo abductivo con el propósito de confeccionar hipótesis que faliblemente puedan explicar su presencia,<sup>630</sup> ni los documentos o escritos (también llamados

---

<sup>628</sup> Taruffo, Op. Cit., nota 522, p. 448.

<sup>629</sup> Idem.

<sup>630</sup> En el proceso de intentar explicar cierto estado de cosas del mundo por medio de la formulación de distintas hipótesis (lo que Peirce llamaba razonamiento abductivo), Williamson sostiene que: “... But what hypotheses explain... are *propositions*; we use hypotheses to explain *why* such-and-such is the case, and so what is explained—the evidence—is *that* such-and-such is the case. *By contrast, it makes no sense whatsoever to explain an object*; we cannot explain this knife, for example. What we might explain, however, is something true *about* this knife, such as that it is bloody. Here, the evidence would be *that the knife is bloody*—again, *a proposition, not an object...*” (Véase Di Fate, “Evidence”, Internet Encyclopedia of Philosophy, en: <http://www.iep.utm.edu/evidence/>). Aún en el caso de los estados perceptivos o experienciales, lo que se explica por medio de la(s) hipótesis relevantes es la(s) proposición(es) que lo(s) describe(n): “...Nor, on Williamson's view, would it make sense to explain *a sensory experience*. The hypothesis that I have a cold does not explain the tickle in my throat, but would explain *why I have* a tickle in my throat. Again, what is explained—the evidence—is *that I have a tickle in my throat, not the experience itself*. Accordingly, if we consider the role of evidence in *explanatory* reasoning, *it seems that evidence is propositional...*” (Di Fate, Idem). Di Fate alude a la concepción de proposición en Williamson de la siguiente forma: “... Although Williamson declines to give any theoretical account of propositions, minimally we may take propositions to be *the bearers of truth and falsity* (what is true or false), *the contents of assertions* (what is said or asserted) and *the objects of propositional attitudes* (e.g. what is believed or known). More generally, propositions may be taken to be the *referents of that-clauses*: for instance, I believe or know *that* the house is on fire; it is true or false *that* the Orioles won last night; I said or asserted *that* Jones is a thief; and so on...” (Di Fate, Idem). Por su parte, posterior a la formulación de diversas hipótesis, una vez que se ha decidido escoger alguna de ellas con base en ciertos criterios, procede la etapa de justificación de la aceptación o creencia de la hipótesis, es decir, la etapa en la que se juzga la suficiencia de las razones con las que aquella cuenta a su favor. En este contexto, lo que transfiere cierto grado de justificación hacia la conclusión de que se trate, lo que cuenta como evidencia, es también, el contenido proposicional de ciertos estados mentales (de creencia o experienciales/perceptivos). En este sentido,

promociones) por medio de los que los abogados de la tradición del *Civil Law* aportan distintos elementos de juicio al proceso.

En este sentido, el autor en comento sostiene que:

“...Está claro que *no puede establecerse ninguna correlación lógica entre cosas o hechos y proposiciones referidas a (otro) hecho*; puede suceder que aquel exista ya en tanto que proposición, como en el caso de una declaración testifical o de una declaración contenida en un documento, pero también cuando esto no sucede, el elemento de prueba está, en cualquier caso, constituido (explícita o implícitamente) por una proposición que lo enuncia...”<sup>631</sup>

En efecto, como veremos más adelante, los autores de TVRPJ acuden al marco explicativo general proporcionado por la *probabilidad lógica o inductiva* defendido por Cohen a los efectos de encuadrar el razonamiento característico de la determinación de los hechos en sede judicial. En este orden de ideas, entre la evidencia disponible (en el sentido de un conjunto de medios de prueba o elementos de juicio) y la hipótesis respectiva, existe una relación lógica, no de carácter deductivo (necesario y analítico), sino gradual en la medida en que las premisas o razones correspondientes transfieren sólo cierta dosis de apoyo o soporte a la conclusión. Como puede verse, la concepción proposicional de la evidencia es crucial en este contexto.

Por su parte, Ferrer sostiene lo siguiente en torno al significado de “prueba” como medio de prueba:

“...es habitual el uso del término “prueba” para hacer referencia a los medios mediante los que se aportan o se pueden aportar elementos de juicio a favor de una determinada conclusión...”<sup>632</sup>

---

Mittag nos dice que: “... one might think that only one’s own beliefs can provide one with reason to believe something as many *coherentists* do. An evidentialist might then hold that *only belief states are evidential states*. One’s experience (experiential states) then would not be evidentially of justificatorily relevant. *The standard view of evidentialism, however, is that at least beliefs and perceptual states are evidential states*. Not only what you believe but also what you experience can provide you with reason to believe that something is the case...” (Mittag, “Evidentialism”, Internet, Enciclopedia of Philosophy, en: <http://www.iep.utm.edu/evidenti/>). Considerar que ciertos estados mentales constituyen la evidencia con la que se puede contar a favor de ‘p’ contrasta con la visión que el sentido común proporciona consistente en que la evidencia corresponde a objetos (un cuchillo ensangrentado, fibras de cabello, etc.) o situaciones *externas al sujeto cognoscente* (como el testimonio de alguien o estudios científicos en cierta materia). Considérese lo que Di Fate nos dice al respecto: “... *When we think about examples of evidence from everyday life, we tend to think of evidence, in the first place, as consisting of an object or set of objects*. Consider evidence that might be found at a crime scene: a gun, a bloody knife, a set of fingerprints, or hair, fiber or DNA samples. The same might be said of fossil evidence, or evidence in medicine, such as when an X-ray is evidence that a patient has a tumor, or koplic spots as evidence that a patient has measles. *Yet we also consider such things as testimony and scientific studies to be evidence, examples difficult to classify as “objects”*” (Di Fate, Evidence). Sin embargo, como vimos, ambos ejemplos (los cuchillos ensangrentados, el testimonio de alguien, etc.) pueden considerarse estados mentales (en nuestro caso, del investigador de un crimen, del fiscal, del abogado defensor, o bien, y de forma preponderante a los efectos de nuestra discusión, del juzgador), ya perceptivos (o experienciales), o de creencia. Como hemos dicho, para que esos estados mentales puedan tener algún papel en términos de transferencia de cierto grado de confirmación de una hipótesis, ha de tomarse en cuenta su contenido proposicional.

<sup>631</sup> Taruffo, Op. Cit., nota 522, pp. 259-260.

<sup>632</sup> Ferrer, Op. Cit., nota 547, p. 27.

El autor en comento estipula que “elemento de juicio” es: “... cualquier *enunciado fáctico descriptivo* del que se pueden obtener directa o indirectamente inferencias para la corroboración o refutación de la hipótesis principal del caso”.<sup>633</sup> (Nótese nuevamente la consideración del medio de prueba como proposición, en este caso, expresada por medio de un enunciado fáctico descriptivo).

Posteriormente, Ferrer clasifica a los medios de prueba en genéricos y específicos<sup>634</sup>: Los primeros corresponden a los tipos o clases generales de medios probatorios que los distintos ordenamientos, sobre todo, del Civil Law, suelen reconocer, por ejemplo, pruebas documentales (públicas y privadas), confesionales, testimoniales, presuncionales (indiciarias, indirectas o circunstanciales)<sup>635</sup>, inspecciones oculares, reconstrucciones de hechos, etc.<sup>636</sup>; mientras que, por su parte, los medios de prueba específicos constituyen los elementos de juicio concretos que instancian alguna de las categorías generales previas en cada causa o asunto judicial particular.

## 2. Segunda acepción

En términos generales se trata de una acepción dinámica en el sentido de que se toman en cuenta procesos de diversa clase:

Por un lado, se concibe al término “prueba” como análogo al de *test de una hipótesis* en otros campos del conocimiento en el sentido de constituir un instrumento que impone ciertos controles o requerimientos que, de ser superados, autorizan la asunción de la hipótesis en cuestión como verdadera. En este sentido, Taruffo sostiene que:

---

<sup>633</sup> Ibidem, p. 35, nota 24.

<sup>634</sup> Idem.

<sup>635</sup> Este tipo de medios de prueba suele definirse de manera general, diciéndose que se trata de aquellos casos en los que “se infieren hechos desconocidos a partir de ciertos hechos conocidos”. Los “hechos conocidos” constituirían los enunciados fácticos descriptivos extraídos de algún medio de prueba (una testimonial, una confesional, etc.); los segundos constituyen los enunciados que pueden plausiblemente inferirse a partir de aquellos. Es importante destacar por una parte, que este tipo de estructura probatoria es la más común en el razonamiento judicial, y por otra, el papel fundamental que desempeñan las generalizaciones de sentido común, también llamadas máximas de experiencia, en términos de constituir los criterios que posibilitan la realización de las inferencias respectivas.

<sup>636</sup> Anderson, Schum y Twining, en el contexto de la tradición del Common Law, al plantearse qué es lo que se puede decir acerca de la evidencia desde el punto de vista más general, desarrollan su “*substance-blind approach to evidence*”, el cual prescinde de su contenido específico. En este sentido, los autores se hacen las siguientes preguntas: “...1. How does the user or the evaluator of an item of evidence stand in relation to the evidence?... Can the user pick it up and look at it or observe it in some other way? Or does the evidence come from someone else who allegedly made some form of observation?... 2. How does the event reported in the evidence stand in relation to any probanda (that) the user is considering (including any ultimate or penultimate probanda)? ...” Anderson, et. al., *Analysis of Evidence*, Cambridge University Press, 2005, 436 pp., p. 72. Con base en la primera pregunta, los autores proponen dividir la evidencia en “tangible” y “testimonial”. Esta distinción es criticable en la medida en que, como ya hemos dicho, en última instancia, al analizarla y juzgar el grado de apoyo que transfiere a la conclusión respectiva, estamos tratando a la evidencia siempre, en terminus propositionales. Con base en la segunda pregunta, los autores proponen distinguir entre “evidencia directa” y “evidencia indirecta o auxiliar”. Las proposiciones que se encuentran vinculadas a una proposición probandum (que constituye la aseveración de que algún hecho operativo especificado por el ordenamiento, según el tipo de caso y juicio en cuestión, ha ocurrido) de manera, metafóricamente, lineal constituyen evidencia directa. Por su parte, las proposiciones que tienen que ver con la confirmación o refutación de alguno de los atributos de credibilidad asociados tanto a la evidencia tangible como a la testimonial, son consideradas como evidencia indirecta.

“...Por otro lado, se piensa en la prueba como experimento, test o control, cuando se ubica dentro del desarrollo dinámico del proceso y se la considera como instrumento o procedimiento para verificar la fundamentación o la aceptabilidad de esa afirmación... mediante la prueba se verifica y se controla qué hipótesis puede ser asumida como versión verdadera del hecho. Surge entonces... un complejo procedimiento de trial and error que puede en ciertos aspectos recordar el procedimiento de investigación científica, pero que en todo caso sirve para “probar y reprobar” las hipótesis formuladas sobre los hechos de la causa.... (se trata entonces de) un instrumento de verificación de la fundamentación de las aseveraciones referidas a... hechos...”<sup>637</sup>

Así mismo, esta acepción hace referencia a la actividad esencialmente de las partes (pero también del juez, sobre todo cuando imperan principios como el de gozar de “las más amplias facultades para allegarse de medios de prueba”), mediante la cual se aportan al proceso los elementos de juicio que han logrado reunir (en ocasiones ocultando algunos y “maquillando” otros de acuerdo con sus intereses), siguiendo para ello las formalidades que establece la ley. En este sentido, Taruffo sostiene que:

“... Desde este punto de vista “probar” designa todas las actividades que las partes y el juez —especialmente las partes— para introducir en el proceso, con las modalidades y los controles que la ley establece y regula, los elementos de prueba destinados a constituir el fundamento de la decisión sobre el hecho.... Estamos aquí ante un procedimiento en el sentido procesal del término, mediante el cual la prueba “se forma” o “se crea” como dato jurídico, es decir, como elemento del proceso y como base legítima de la decisión sobre el hecho... es a través de este procedimiento como los datos cognoscitivos “brutos” preexistentes se convierten en “pruebas” en el sentido jurídico de la palabra...”<sup>638</sup>

Por su parte, Ferrer al respecto sostiene que: “... se usa el término “prueba” para indicar la actividad consistente en la aportación de elementos de juicio a favor de una determinada conclusión, o la fase o procedimiento del proceso judicial en el que se realiza esta actividad. Así hablamos... de la fase de prueba, el periodo probatorio, etc...”<sup>639</sup>

Así mismo, “prueba” bajo la acepción que se está estudiando, también denota al procedimiento inferencial que el juzgador (*trier of fact*) realiza a partir de la consideración de los elementos de juicio disponibles en la causa. En este sentido, Taruffo comenta que:

“... se trata de la inferencia o de la cadena o serie de inferencias en función de las cuales el elemento de prueba pasa a ser la premisa (o la justificación) de la aceptabilidad de la aserción sobre el hecho. En esta acepción, “probar” u “ofrecer prueba”... están referidos al procedimiento lógico a través del cual se fundamenta la prueba-conclusión (proof) en la prueba-premisa (evidence) o se deriva de ella. “Prueba” es entonces la inferencia sobre la prueba, es decir, el razonamiento con el que el juez establece que el hecho está probado sobre la base de los elementos de prueba de los que dispone...”<sup>640</sup>

---

<sup>637</sup> Taruffo, Op. Cit., nota 522, p. 442.

<sup>638</sup> Ibidem, p. 451.

<sup>639</sup> Ferrer, Op. Cit., nota 547, p. 28.

<sup>640</sup> Taruffo, Op. Cit., nota 522, p. 450.



### A. “Prueba” como procedimiento inferencial y la probabilidad lógica de Bacon-Cohen

Ahora bien, los autores de TVRPJ insertan este procedimiento inferencial dentro del marco general de la probabilidad inductiva o lógica propuesto por Jonathan Cohen (quien, a su vez, funda su propuesta en las ideas acerca de una probabilidad no matemática de Bacon).

Como hemos dicho, la tesis central de la noción de probabilidad lógica es que entre la hipótesis en cuestión y los elementos de juicio disponibles existe una conexión de implicación lógica gradual o parcial derivada del hecho de que en muchos contextos, no se suele contar con toda la información que pudiera ser relevante<sup>641</sup> y debido también a que los criterios o reglas de inferencia que posibilitan la realización de las inferencias respectivas a partir de los elementos de juicio, son falibles o derrotables y, en ese sentido, tentativos, preliminares y retractables. De este modo, los elementos de juicio disponibles transfieren a la conclusión en cuestión sólo cierto grado de confirmación.

En este sentido, Taruffo menciona que:

“... En un contexto de este género el problema fundamental de la prueba (también) judicial resulta ser, pues, el de la conexión lógica entre la prueba y la hipótesis sobre el hecho; esa conexión determina el grado de apoyo inferencial que corresponde a la hipótesis sobre la base de la prueba, siendo evidente que el incremento de ese grado (debido, por ejemplo, a la acumulación de más elementos de prueba convergentes hacia la misma conclusión) implica un incremento de la probabilidad de la hipótesis...”<sup>642</sup>

Por su parte, Ferrer comenta al respecto lo siguiente:

“... La tesis central de la lógica inductiva es que la relación de confirmación inductiva es una relación lógica. La diferencia entre la lógica deductiva y la inductiva, para Carnap, es sólo que la confirmación inductiva es una implicación lógica parcial y, por tanto, gradual. El grado en que e confirma h no depende, de este modo, de información empírica alguna sino del contenido lingüístico de e y h. Obviamente necesitamos información empírica para saber si e ocurre en el mundo, pero una vez esto determinado, el paso de e a h depende sólo de reglas lingüísticas...”<sup>643</sup>

Marina Gascón alude a la noción de probabilidad lógica en términos de lo que llama “*inducción en sentido amplio*” en los siguientes términos:

“... Por inducción en sentido amplio se entiende todo aquel tipo de razonamiento (y, por tanto, no sólo el que va de lo particular a lo general) en el que las premisas aún siendo verdaderas, no ofrecen fundamentos concluyentes para la verdad de su conclusión, sino que ésta se sigue de aquellas sólo con alguna

---

<sup>641</sup> Algunos factores que inciden en la incompletitud de la evidencia, por ejemplo en material penal son: La tendencia de cierta clase de elementos de juicio a desvanecerse con el simple transcurso del tiempo, o por el efecto de ciertas fuerzas externas (viento, agua, etc.), o a deteriorarse (en el caso de los recuerdos de los testigos, por el mero efecto natural de su almacenaje en memoria y sucesiva recuperación); el grado de pericia con la que los investigadores trabajan sobre la escena del crimen; el grado de eficiencia en el resguardo de la cadena de custodia de evidencia física (sangre, semen, saliva, etc...); las gestiones realizadas por el agente a los efectos de ocultar la evidencia del acto delictivo, etc.

<sup>642</sup> Taruffo, Op. Cit., nota 522, p. 226.

<sup>643</sup> Ferrer, Op. Cit., nota 534, p. 95.

probabilidad, probabilidad que es cuestión de grado y depende de otras cosas. En otras palabras, frente a un argumento deductivo, en el que el paso de las premisas a la conclusión es analítico (necesario), en el argumento inductivo ese paso es sintético (no necesario)...”<sup>644</sup>

Y en otra parte sostiene que:

“Una hipótesis *h* viene confirmada por una prueba *p* si existe un nexo causal o lógico entre ambas que hace que la existencia de esta última constituya una razón para aceptar la primera. La confirmación es pues, una inferencia mediante la cual, a partir de unas pruebas y de una regla que conecta esas pruebas con la hipótesis, se concluye aceptando la veracidad de esta última...esta inferencia no garantiza la certeza absoluta, como si de un argumento deductivo se tratara. La confirmación de hipótesis representa una inferencia inductiva, pues se funda sobre leyes estadísticas y máximas de experiencia que conectan la hipótesis con los enunciados probatorios o indicios *y*, por tanto, sólo garantiza la probabilidad de la hipótesis en un mayor o menor grado, pero nunca su infalibilidad....

Ahora bien, como explica Twining, la irrupción de la propuesta de Cohen se da en un ambiente en que los teóricos de la evidencia anglo-americanos habían centrado su atención en debatir sobre la mejor forma de aplicar el cálculo matemático de probabilidades objetivas basdas en frecuencias estadísticas sobre cierta clase de eventos, o bien, el teorema de Bayes (que, a diferencia de las probabilidades frecuentistas no busca establecer la probabilidad con la que en el futuro puede producirse cierto hecho, sino la probabilidad de cierta hipótesis de ser verdadera, aunque también con base en la consideración de frecuencias estadísticas en las denominadas “*prior probabilities*”) en el contexto de la prueba jurídica, una vez reconocido que no pueden alcanzarse certezas absolutas en la actividad consistente en detrmnar los hechos de una controversía de derecho. En este sentido, Twining comenta que:

“...in 1977, a British philosopher Jonathan Cohen, advanced the thesis that not all reasoning about probabilities is in principle mathematical (Pascalian) and that some judgments of probability can be appropriately justified and criticized on the basis of objective non-mathematical (Baconian criteria)...”<sup>645</sup>

---

<sup>644</sup> Gascón Abellán, Marina, *Los Hechos en el Derecho*, 3ª ed. España, Marcial Pons, 2010, pp. 103-104.

<sup>645</sup> Twining, *Rethinking evidence*, 74... En torno a la propuesta de Cohen como una noción no-matemática de la probabilidad, los autores de la vertiente iberoamericana (o del Civil Law) de TVRPJ sostienen lo siguiente: Antes de referirse al carácter no matemático-frecuentista de la probabilidad lógica, Taruffo identifica los dos campos en que suele emplearse este marco de análisis: “... Dos son los principales campos de la concepción baconiana de la probabilidad. El primero... está referido al tradicional y complicadísimo problema de la justificación de la inducción, es decir, de las condiciones en cuya presencia se puede sostener que una aserción de contenido general o cuasi-general de naturaleza no axiomática, está fundamentada. En otros términos, se trata de explicar cómo puede fundamentarse una generalización sobre la inducción a partir del conocimiento de un cierto número de casos particulares. El otro campo de aplicación... está referido al problema de la fundamentación de hipótesis sobre eventos particulares y específicos con relación a los elementos de prueba disponibles en cada momento... “ (Taruffo, *Op. Cit.*, nota 522, p. 224). En lo que toca al carácter no matemático de esta clase de probabilidad, el autor en comentario sostiene que: “... Es conocido... que la probabilidad pascaliana representa una de las dos grandes líneas de la concepción de la probabilidad; la otra está constituida por la probabilidad que ha sido definida, por contraste, como “baconiana” o “lógica”. Esta tiene como característica fundamental que no busca la determinación cuantitativa de las frecuencias correspondientes a clases de eventos, sino racionalizar la incertidumbre correspondiente a la hipótesis sobre un hecho, reconduciendo su grado de fundamentación al ámbito de los elementos de confirmación (o de prueba) disponibles con relación a esa hipótesis. En esta concepción el grado de probabilidad de las hipótesis equivale al grado en que los elementos de confirmación les ofrecen sustento...” (Ibidem, p. 224); “... Esta noción

Profundizando un poco más en la relación que la propuesta de Cohen tiene con el pensamiento de Bacon, como explican Anderson et. al., este último sostenía que debíamos aceptar las hipótesis que *hubieren resistido nuestros mejores esfuerzos por falsarlas*. En línea con esta idea, en el sistema de Cohen, la probabilidad de una hipótesis (de ser verdadera) aumenta en la medida en que *haya superado mayores cantidades de controles o tests* de diversa índole.<sup>646</sup>

Los *tests* referidos se manifiestan a la manera de ciertas preguntas que se plantean con la intención de generar dudas respecto a los diversos atributos o factores de credibilidad asociados a las diferentes clases de evidencia (a lo que volveremos después).

Evidentemente no puede decirse sin más que una hipótesis tiene un grado mayor de probabilidad sólo si pasa más tests que otra en virtud de que, por un lado, puede suceder que los tests no tengan el grado de cobertura

---

tiene la ventaja... de no apoyarse sobre las frecuencias generales de clases de eventos sino sobre los elementos de prueba en función de los cuales diversas inferencias se presentan como apropiadas según los tipos de elementos de prueba de que se disponga. Es pues, la prueba la que constituye la base del razonamiento y determina el tipo de conclusión que se puede extraer válidamente...” (Ibidem, 226). En el caso de Ferrer, “...Cohen sostiene que los defensores de la inducción eliminativa, desde Bacon (en los inicios del siglo XVII) en adelante, recurrieron al vocabulario de la probabilidad, pero nunca sostuvieron que ésa fuera calculable y cuantificable matemáticamente. Por otra parte, la probabilidad matemática se desarrolló fundamentalmente a partir del estudio de los juegos de azar y fue aplicada por primera vez a otros tipos de casos por parte de Pascal. No fue hasta la obra de Bernoulli a inicios del siglo XVIII que se planteó la posibilidad de aplicar el cálculo de probabilidades a la valoración de hipótesis científicas y, por tanto, a los problemas de la inducción. Pero, esto es importante, se pensó siempre en la inducción enumerativa o ampliativa, que tiene esquemas más similares a la estadística. El primero en combinar las dos tradiciones fue J. S. Mill... aplicando la matemática de Pascal a la inducción eliminativa proveniente de Bacon. El extraordinario desarrollo de las teorías de la probabilidad en estos dos últimos siglos habría ofuscado a partir de ahí, la existencia de una noción no matemática de probabilidad, que Cohen denomina baconiana por oposición a la matemática, denominada pascaliana en atención a su precursor... Con estos antecedentes, la labor de Cohen es recuperar la noción de probabilidad baconiana, que no admite el cálculo matemático, para dar cuenta del uso del vocabulario de la probabilidad en algunos contextos en que la probabilidad pascaliana y sus axiomas no encajan adecuadamente. Es el caso, por ejemplo, del razonamiento probatorio jurídico...” (Ferrer, Op. Cit., nota 534, pp. 121-122). En el caso de Gascón: “...dentro de la New Evidence Scholarship, y junto a las teorías de la probabilidad matemática, se han desarrollado otros modelos de valoración que, abanderados por el planteamiento de J. Cohen, intentan recuperar para la prueba judicial el concepto de “probabilidad inductiva”. Si el modelo bayesiano utiliza un concepto de probabilidad matemática en términos de frecuencia estadística entre indicio y tema de prueba, la teoría de la probabilidad inductiva entiende en cambio la probabilidad como un concepto que surge no del azar, sino de causas: la probabilidad de una hipótesis se apoya en su conexión lógica con las pruebas a través de reglas causales generales, y mide el grado de apoyo inductivo que las pruebas proporcionan a la hipótesis...” (Gascón Abellán, Marina, Los Hechos en el Derecho, 3ª ed. España, Marcial Pons, 2010, p. 174).

<sup>646</sup> Al respecto, los autores en comentario sostienen que: “... Bacon argued... *that we would be far better off performing evidential tests designed to eliminate any hypothesis we are considering. The hypothesis that best resists our most concerted efforts to eliminate it, as well as any other hypothesis, is the one in which we should have increasing confidence. This strategy has become known as induction by elimination.* The best known development of Bacon’s method was by John Stuart Mill (1843). ... John Stuart Mill was not successful in showing how conventional probability is applicable in eliminative and variative testing. Nor was the philosopher Karl Popper later on who also advocated eliminative testing, successful in relating conventional probability to such testing. Popper did, however, claim that science should strive for improbable hypothesis that provide us with the most surprising deductions of new phenomena (Popper, 1968). *Development of a system of probability expressly congenial to eliminative and variative induction awaited the work of Jonathan Cohen. In Cohen’s major work..., he advocated a system of probabilities that we can call Baconian to acknowledge their linkage to Bacon’s original ideas about eliminative and variative testing....*” Anderson, et. al., *Analysis of Evidence*, Cambridge University Press, 2005, p. 257.

apropiado, o bien debido a que los tests que pasa la otra pueden desempeñar un papel más determinante en la medida en que indagan respecto de otros atributos o factores de credibilidad de mayor peso que los vinculados con la primera.

A este respecto, los autores en comento apuntan lo siguiente:

“... A Baconian probability for some hypothesis or proposition increases as this hypothesis passes more eliminative and variative evidential tests. But the tests may not all be comparable since they involve different matters. Thus, for example, we cannot say that the Baconian probability of the hypothesis H1, which has passed four tests, is twice as large as the Baconian probability of hypothesis H2, which has only passed two tests. The reason is that the tests passed by these hypotheses may not be comparable in terms of their importance or their eliminative potential. In short, there is no natural unit of Baconian probability as assumed in conventional probabilities...

...In the eliminative and variative testing of hypothesis, it is altogether important to consider how many different tests have been performed and *how completely our testing has involved all relevant matters that anyone could think of*. In testing the toxicity of a drug, for example, *regardless of how many other tests drug X has passed, we will not be confident in its being not toxic if we have failed to check to see whether it remains non-toxic when taken with other drugs or if we ignore its possible long-run effects...*”<sup>647</sup>

Y en relación con la manifestación de los tests respectivos en términos de ciertas preguntas cruciales que buscan identificar puntos débiles, los autores comentan lo siguiente:

“... In a Baconian view of probabilistic reasoning the weight of evidence depends in large part on *how many questions there are that remain unanswered by the evidence we have*. In short, *the Baconian weight of evidence is related to how complete has been the coverage of evidence on matters recognized to be relevant in the inference at hand*... Suppose on the basis of a collection of evidence that we decide to conclude that hypothesis H is true... The length and strength of (the) limb (we find ourselves on) depends upon two things: First, the strong part of our inferential limb depends on how much credible evidence we have that is favorable to hypothesis H. Second, *the weak part of our inferential limb depends on how many questions regarding the likeliness of any of our hypothesis remain unanswered by the evidence we have... Answers to some of these questions may in fact be favorable to our chosen hypothesis H; but other answers may not be at all favorable to H*. We cannot know which ones and how many will also be favorable until we ask the questions... we ordinarily do not know how many tests of hypothesis H are possible. We can only list those unanswered questions that we have recognized...”<sup>648</sup>

En concordancia con la idea de inducción eliminativa referida anteriormente, Ferrer propone un modelo de valoración probatoria en el que el contenido proposicional de cada medio de prueba, por ejemplo, “el testigo X vió a Juan disparar a Pedro”, es tratado, a su vez, como una sub-hipótesis (o hipótesis intermedia) sujeta a ciertos controles que tienen que ver con cuestionar su fiabilidad (o credibilidad, confiabilidad, etc.).

Si la hipótesis en cuestión sobrevive el escrutinio al que es sometida, puede tomarse como la base para la continuación de las cadenas de inferencias que eventualmente conducen a la conclusión de culpabilidad de Juan por haber cometido homicidio. Cada eslabón de cada cadena puede ser objeto de un procedimiento similar, de modo que el resultado de la valoración final incluye también consideraciones relativas al peso que de manera conjunta transfiere la totalidad de cadenas inferenciales hacia la conclusión correspondiente. Al respecto el autor en comento sostiene que:

---

<sup>647</sup> Anderson, et. al., *Analysis of Evidence*, Cambridge University Press, 2005, p. 257.

<sup>648</sup> *Ibidem*, pp. 257-259.

“... El esquema funcionaría así: el primer testigo declara haber visto a Juan disparar a Pedro. En el proceso necesitamos inferir H (“Juan ha disparado a Pedro”) a partir de H1 (“T vió a Juan disparar a Pedro”). Esta inferencia depende, entre otras cosas, de la fiabilidad de H1, que es en sí misma una hipótesis que sería falsa si el testigo mintiera porque tiene una enemistad grave con Juan o si tuviese problemas de mala visión o las circunstancias de visibilidad del momento hicieran que su percepción fuera errónea, etc. En este esquema, las declaraciones de los testigos T2 y T3 que afirman que ellos también vieron a Juan disparar a Pedro sirven como apoyo inductivo a la hipótesis H1, debilitando hipótesis alternativas, como que una mala percepción del primer testigo le hiciera confundirse... El mismo papel jugarían otras pruebas, como por ejemplo, una pericia sobre la capacidad visual del testigo o sobre las condiciones de visibilidad en el lugar de los hechos en el mismo momento del día en que sucedieron y bajo condiciones meteorológicas análogas, etc. Una vez determinada la prueba de H1..., esta permite inferir H... con mayor o menor grado de probabilidad, en función de las otras pruebas sobre H disponibles... De este modo... la probabilidad inductiva se aplica también para valorar cada elemento de juicio o prueba de forma individual, midiendo la fiabilidad del testigo, del perito, de un documento, etc.... Una vez valorada la prueba individual, si la hipótesis que afirma su veracidad se considera probada, entonces podrán hacerse inferencias a partir de ella tomándola como cierta. Esto supone que a cada paso del razonamiento probatorio, que se produce normalmente en cadena, se asumen como ciertas las hipótesis que han sido aceptadas como probadas anteriormente...”<sup>649</sup>

### **B. El papel preponderante de las “generalizaciones empíricas” en la estructura lógica de la “prueba como procedimiento inferencial”**

Ahora bien, como hemos dicho, el carácter parcial o gradual de la conexión lógica que se establece entre el contenido proposicional de los medios de prueba y la hipótesis en cuestión, deriva del hecho de que los eslabones que unen a las cadenas inferenciales de las que hablamos están constituidos por criterios o reglas de inferencia que son, en mayor o menor medida, falibles o derrotables. Se trata de las denominadas generalizaciones de sentido común (aludidas en parte, mediante la expresión “*máximas de experiencia*” en los ordenamientos del Civil Law).<sup>650</sup>

A continuación nos enfocaremos en el papel preponderante que juega este componente en la estructura lógica de las inferencias que conducen a determinar los hechos en sede judicial, al cual Schum se ha referido como “...*the glue that hold out arguments (based on evidence) together*”.<sup>651</sup>

Al respecto Taruffo comenta lo siguiente:

“... En cuanto a los criterios en función de los cuales pueden ser formuladas las inferencias sobre la prueba, Cohen subraya correctamente que... habitualmente no se dispone en juicio de datos estadísticos relevantes para la determinación de la eficacia de la prueba, lo que excluye la posibilidad de utilizar el cálculo matemático de la probabilidad. Cohen subraya que normalmente se utiliza un gran número de *common sense presumptions* y de generalizaciones extraídas de la experiencia común. Éstas ofrecen informaciones sobre lo que sucede normalmente o se espera que suceda y, por tanto, no tienen validez general y nada garantiza que

<sup>649</sup> Ferrer, Op. Cit., nota 534, 124-125.

<sup>650</sup> En este sentido, Ferrer sostiene que: “... Estas generalizaciones son la garantía de la inferencia que va de un hecho a otro y otorgarán mayor o menor fuerza a la inferencia en función del grado de corroboración que las propias generalizaciones tengan. Estas pueden ser de muchos tipos e integran lo que los juristas suelen denominar “*máximas de experiencia*”, que incluyen conocimientos técnicos, leyes científicas, o simples generalizaciones del sentido común. El grado de corroboración de las generalizaciones utilizadas en el razonamiento probatorio puede ser o no, objeto de discusión en el proceso...” Ibidem, 107-108.

<sup>651</sup> Anderson et. al, *Analysis of Evidence*, Cambridge University Press, 2005, pp. 100-101.

valgan en el caso particular. *Se trata evidentemente de conocimientos no cuantificados y, por tanto, no sujetos a cálculos que, sin embargo, funcionan como criterios de inferencia capaces de vincular los elementos de prueba con la hipótesis fáctica sometida a confirmación, atribuyendo a esta última un cierto grado de apoyo inductivo...*<sup>652</sup>

En este orden de ideas, Ferrer sostiene que:

“...para dar fiabilidad a un testigo ciego que afirma haber oído un ruido al cruzar la carretera que identifica como un autobús, puede ser necesaria la declaración de un experto que acredite que los ciegos desarrollan acentuadamente la capacidad auditiva, de manera que es perfectamente posible y fiable una identificación de los ruidos de ese tipo. Entonces, el razonamiento que concluye en “pasó un autobús cuando el testigo cruzaba la carretera” se basa en una generalización... Esa generalización puede ser científica, como en este caso, o propia del sentido común, pero es imprescindible (explícita o implícitamente) para el razonamiento... *cualquier argumento sobre la ocurrencia de algún hecho necesita del apoyo de las correspondientes generalizaciones. Esto es inevitable. En el razonamiento probatorio, pueden intervenir como pruebas sobre otras pruebas o como parte del esquema de la corroboración de hipótesis en forma de leyes científicas o máximas de experiencia...*”<sup>653</sup>

Haciendo énfasis en la estructura condicional de las generalizaciones de sentido común, y en su carácter refutable por las circunstancias particulares que se producen en el caso concreto, Gascón sostiene que:

“... Las generalizaciones que sirven de base a una inferencia inductiva en el campo judicial (por lo común “máximas de experiencia”) son leyes causales del tipo “si sucede A normalmente sucede B”. Ese “normalmente” es precisamente lo que hace aceptable inferir de un caso particular del antecedente un caso particular del consecuente. Pero estas generalizaciones no son exactas: habitualmente se cumplen, pero son refutadas cuando no se dan en el caso particular las circunstancias que presupone su aplicación correcta. La “regla de prueba” correcta que propone Cohen para evaluar la probabilidad inductiva de una hipótesis consiste en comprobar que en el caso particular no concurren circunstancias concretas que excluirían la aplicación de la regla general; no basta con que las pruebas disponibles proporcionen un alto grado de apoyo a la hipótesis; es necesario además, que permitan excluir hipótesis alternativas. Muy simplemente, cada razón para dudar de la aplicabilidad de la regla general al caso concreto, tiene que ser excluida...”<sup>654</sup>

Por su parte, Anderson et. al., hacen referencia al cuantificador difuso que a la manera de un adverbio de frecuencia acompaña al consecuente de la generalización respectiva, del modo que sigue:

“... In practice, *it is rare that the generalizations upon which the justification for an inference depends is a universally true proposition. Usually they have fuzzy quantifiers, such as “people who enter a house usually remain for more than fifteen minutes...*”<sup>655</sup> For example, assume that a police officer testifies in a narcotics case E1 that he observed person X passing a small packet of white powder to person Y at this time and place. The applicable generalization on which the inference is based might be stated as “if a police officer testifying under oath says that an event occurred, then this event almost *certainly/probably/possibly* did occur”. Some generalizations may be based on what is referred to as “common sense generalizations” while others are based on specific knowledge of phenomena that the events describe...”<sup>656</sup>

---

<sup>652</sup> Taruffo, Op. Cit., nota 522, p. 227.

<sup>653</sup> Ferrer, Op. Cit., nota 534, pp. 107-108.

<sup>654</sup> Gascón Abellán, Marina, *Los Hechos en el Derecho*, 3ª ed. España, Marcial Pons, 2010, pp. 175-176.

<sup>655</sup> Anderson, *Analysis of Evidence*, Cambridge University Press, 2005, pp. 100-101.

<sup>656</sup> *Ibidem*, p. 62.

Así mismo, de manera muy importante, los autores anteriormente referidos acentúan el hecho de que normalmente el razonamiento que conduce a la determinación de los hechos en sede judicial, opera intuitivamente en el sentido de que quien lo despliega no es consciente de las generalizaciones que emplea a los efectos de fundar su procedimiento inferencial. En esta línea, Anderson et. al., nos comentan que:

“... *In most contexts, inductive reasoning operates intuitively. The reasoner does not consciously identify the generalizations upon which her inferences depend, unless she is required to justify her conclusion. Even then, she will often find it hard, probably impossible, to articulate the precise generalization upon which an inference relied, as opposed to articulating an after-the-fact generalization that she believes justifies her conclusion...* In a legal context, it is frequently important to identify the generalization upon which an inference depends to determining the strength or the plausibility of the inference and to identify potential fallacies...”<sup>657</sup>

La preocupación crucial en torno al empleo de las generalizaciones de sentido común en el razonamiento probatorio es que aquellas presentan grados de probabilidad diversos, es decir, algunas tienen mayor fundamentación cognoscitiva que otras. En este sentido se manifiesta Gascón al decir que:

“...ninguna de estas generalizaciones establece relaciones de necesidad, sino sólo de probabilidad, *pero es evidente que ni todas expresan el mismo grado de probabilidad ni tienen el mismo fundamento cognoscitivo. Mientras algunas de estas regularidades expresan relaciones más o menos seguras o precisas, otras, en cambio, tan solo expresan toscas e imprecisas generalizaciones de sentido común. Además, mientras algunas de ellas tienen un fundamento cognoscitivo más o menos sólido (como las que constituyen vulgarizaciones de conocimientos naturales o científicos), otras adolecen de fundamento suficiente (como las que reproducen tópicos o prejuicios difundidos). Es evidente que todo esto ha de influir en el resultado de la confirmación...*”<sup>658</sup>

A esta cuestión del fundamento cognoscitivo de las generalizaciones empleadas por el juzgador habremos de volver más adelante cuando abordemos el estudio de los métodos atomista y holista para la organización e interpretación de la evidencia disponible. Por lo pronto dirigiremos nuestra atención al papel crucial que dichas generalizaciones desempeñan en la situación probatoria más común que enfrentan los *triers of fact*, la conocida como “*prueba circunstancial*” (también llamada indiciaria, presuncional o indirecta). En este sentido, Taruffo sostiene lo siguiente:

“... La estructura fundamental de las pruebas circunstanciales está determinada por la conexión inferencial por medio de la cual el juzgador vincula una circunstancia (*factum probans*) con un hecho en disputa (*factum probandum*). El *factum probandum* se describe por medio de un enunciado acerca de un hecho principal y el *factum probans* describe una circunstancia que el juzgador conoce por haberla percibido directamente... o porque esta circunstancia ha sido demostrada a través de medios de prueba específicos. El rasgo más importante de la estructura lógica básica de las pruebas circunstanciales es la inferencia que el juzgador realiza al conectar el *factum probans* en el *factum probandum*. A partir del *factum probans* es posible extraer una cantidad teóricamente ilimitada de inferencias: el problema es si ese hecho puede ser o no la premisa de una inferencia que conduzca a una conclusión relacionada específicamente con el *factum probandum*.... Por consiguiente, el núcleo de este razonamiento son las reglas en función de las cuales el juzgador puede realizar las inferencias que

---

<sup>657</sup> Ibidem, pp. 100-101.

<sup>658</sup> Gascón Abellán, Marina, *Los Hechos en el Derecho*, 3ª ed. España, Marcial Pons, 2010, pp. 179-180.

*vinculan esos dos hechos. Las reglas más habituales son generalizaciones proveídas por –y justificadas en– el sentido común, la experiencia o la cultura media existente en la época y el lugar en las cuales se toma la decisión. Estas reglas se conocen como... “máximas de experiencia”... En cualquier caso, no hay duda de que el juzgador tiene que basarse en su background de conocimientos y en nociones de sentido común para poder establecer una conexión significativa entre el factum probans y el factum probandum. Algunas veces, cuando se dispone de ellas, puede recurrir a leyes y a generalizaciones científicas, en cuyo caso sus inferencias serán generales o cuasi-generales; en la mayoría de los casos, sin embargo, las inferencias se basan en generalizaciones aproximadas, nociones vagas y máximas extraídas del sentido común y de la cultura media. En consecuencia, la fuerza racional de las inferencias y el valor probatorio de las pruebas circunstanciales están en relación directa con el valor cognitivo y la fiabilidad racional de las reglas o estándares que el juzgador emplea como criterios para fundar inferencias...”<sup>659</sup>*

Por su parte, Gascón se refiere a la prueba circunstancial en términos de una presunción *hominis* o humana, y aclara correctamente que más que de un medio de prueba individual, se trata de un procedimiento inferencial. Al respecto, la autora comenta lo siguiente:

“...Las presunciones *hominis* o presunciones simples son un conjunto de razonamientos o argumentaciones mediante las cuales, a partir de hechos conocidos, se concluye afirmando otros desconocidos. Se fundan, por tanto, sobre pruebas (es decir, sobre hechos ya acreditados) y difieren poco de las presunciones del historiador o del detective, que también intentan establecer un hecho desconocido a partir de indicios. Pero, a diferencia de las presunciones *iuris tantum* y *iuris et de iure*, en las que el fundamento de la conclusión presumida es una norma jurídica, la clave de este tipo de argumentaciones no es una norma jurídica, sino la existencia de reglas o “máximas de experiencia” que reflejando regularidades empíricamente observadas permiten conectar el hecho conocido con el hecho desconocido...”

Lo que esta caracterización de las presunciones simples pone de manifiesto es que no son un medio de prueba *sensu stricto*, sino más bien un procedimiento de prueba consistente en inferir, a partir de un hecho probado (indicio) y de una regla de experiencia, la existencia de un hecho desconocido... el esquema de las presunciones simples hace referencia a los razonamientos probatorios en que no se prueba directamente el hecho que constituye el “tema probandum”. Precisamente por ello, para aludir al procedimiento de prueba indirecta o indiciaria se habla algunas veces de “prueba de presunciones”. Las expresiones “prueba indirecta”, “prueba indiciaria” y “prueba presuntiva” aluden a una misma estructura probatoria...”<sup>660</sup>

### **C. Probabilidad lógica y el campo de la Evidence and Inference**

Ahora bien, Taruffo sostiene que para llevar el análisis del razonamiento probatorio más allá de la mera invocación de este u otro concepto de probabilidad como marco explicativo general, es conveniente realizar un análisis de los tipos de problemas inferenciales y de situaciones probatorias que se presentan, siguiendo con ello las tendencias del campo denominado “*Evidence and Inference*”.<sup>661</sup>

<sup>659</sup> Véase Taruffo, Michele, *La Prueba*, España, Marcial Pons, 2008; pp. 105-106.

<sup>660</sup> Gascón Abellán, Marina, *Los Hechos en el Derecho*, 3ª ed. España, Marcial Pons, 2010, pp. 151-152.

<sup>661</sup> En este sentido, Taruffo comenta lo siguiente: “... En los últimos años estas problemáticas referentes a la estructura del razonamiento inductivo e inferencial se han entrecruzado en el plano de la elaboración teórica de los modelos racionales de razonamiento; y se ha estructurado también... con un renovado interés hacia el análisis de las estructuras racionales de la determinación judicial de los hechos. A partir de ahí, ha surgido la tendencia a no insistir más de lo necesario en el uso de esta o aquella noción general de probabilidad y a concentrar, en cambio, la atención en los distintos tipos de situaciones inferenciales y sobre las inferencias que se realizan en el ámbito del esquema general constituido por la relación entre hipótesis y elementos de prueba. Se habla... menos de probabilidad, aunque se está siempre dentro de la idea general de probabilidad como relación lógica, y se habla siempre en mayor medida de *evidence and inference* para designar cualquier tipo de problema consistente en delimitar la aceptabilidad de



Esto, no obstante, no significa desvincularse de la noción de probabilidad como una conexión lógica entre el contenido proposicional de los medios de prueba disponibles y la hipótesis en cuestión.

En este orden de ideas, Taruffo habla de las siguientes situaciones probatorias:

- A) La prueba directa
- B) La prueba indirecta, y
- C) La *Cascaded evidence*

#### **a). La Prueba Directa**

Estamos ante una situación de prueba directa cuando el contenido proposicional de la hipótesis que se desea probar y el contenido proposicional del medio de prueba específico que apoya dicha hipótesis, es equivalente. En este sentido, Taruffo dice que: "...el objeto y el resultado de la prueba pueden ser expresados en una proposición que coincide, en su contenido, con la que constituye la hipótesis sobre el hecho..."<sup>662</sup>

En estos casos, el grado de aceptabilidad (credibilidad) del medio de prueba específico se transfiere íntegramente a la hipótesis respectiva en términos del grado de confirmación de esta última. En este sentido, nuestro autor sostiene que: "...En el caso de la prueba directa, la prueba versa directamente sobre la hipótesis y el grado de confirmación de la hipótesis coincide con el grado de aceptabilidad de la prueba, es decir, con el grado de confirmación de la proposición que enuncia el elemento de prueba..."<sup>663</sup>

El problema que surge entonces consiste en determinar qué factores o atributos de credibilidad hay que tomar en cuenta a los efectos de otorgar un cierto grado de confiabilidad (plausibilidad) a la proposición que enuncia el contenido del medio de prueba (que a su vez se transfiera como grado de confirmación, hacia la hipótesis respectiva)..

A nivel muy general, Taruffo sostiene que han de tomarse en cuenta todas aquellas "circunstancias secundarias" relevantes a los efectos de disipar las dudas que en el caso concreto pudiera haber en relación con la credibilidad de los medios de prueba en cuestión. En este sentido, el autor en comento sostiene que:

"...Si, por ejemplo, la prueba es una declaración testifical, se trata de establecer la credibilidad de las declaraciones del testigo, y esto puede suponer la valoración de datos complejos, como las relaciones laborales o de parentesco entre el testigo y las partes, su comportamiento en general y durante el interrogatorio, el contenido, la forma, y las modalidades de sus respuestas, etc... En este caso (cuando surgen dudas de credibilidad) se deben tomar en consideración distintas "circunstancias secundarias" como premisa de la que extraer inferencias acerca del grado de aceptabilidad de la prueba...también aquí (en el caso de determinar la autenticidad de un documento), si hay duda, el problema se resuelve tomando en

---

hipótesis sobre la base de los respectivos elementos de confirmación. Se puede sostener que *evidence and inference* es ya un sector autónomo de investigación metodológica y epistemológica, que tiene un desarrollo relevante en algunas direcciones como la de la *Intelligence Analysis*... Un paso necesario para llevar el análisis más allá... es, precisamente, la individualización de los tipos principales de situaciones en las que se plantea el problema (de la aceptabilidad de hipótesis a partir de las inferencias que se pueden realizar con base en los elementos de juicio disponibles)...” (Taruffo, Op. Cit., nota 522, pp. 239 y 245).

<sup>662</sup> Taruffo, Op. Cit., nota 522, p. 258.

<sup>663</sup> *Ibidem*, p. 260.

consideración todas las circunstancias relevantes y extrayendo a partir de ellas inferencias que permitan establecer hasta qué punto se puede considerar que el documento “representa” la verdad de los hechos...”<sup>664</sup>

Más específicamente en cuanto a los factores o atributos de credibilidad que suelen tomarse en cuenta en el caso de las declaraciones de testigos, Taruffo hace alusión a los siguientes:

Por un lado, la edad del testigo: “...Un primer tipo de mecanismos cuyo propósito es verificar la fiabilidad de los testimonios tiene que ver con la persona del testigo. Un criterio importante es la edad... normalmente los niños pueden ser interrogados como testigos cuando se considera necesario, pero no juran decir la verdad...”<sup>665</sup>

Así mismo, la capacidad mental del testigo: “...El testimonio de una persona con deficiencia mental no es necesariamente inadmisibile en cuanto tal, pero la falta de capacidades mentales plantea serios problemas en relación con la fiabilidad del testimonio presentado por esa persona. En cualquier caso, la persona que declara como testigo deberá ser capaz de observar, registrar, conservar y reconstruir hechos, así como de entender la obligación de decir la verdad...”<sup>666</sup>

Además deben considerarse cuestiones tales como el interés que el testigo pueda tener en términos de que la causa se resuelva a favor de alguna de las partes y los impedimentos que, por vía legal, son impuestos en algunos casos: “...los sistemas más modernos no consideran el interés del testigo en la causa como una razón para excluir su testimonio. Por lo general, un testigo con algún interés puede ser interrogado y su interés será tomado en cuenta como un factor relevante en la valoración de su credibilidad...las más importantes de estas situaciones (de impedimentos) tienen que ver... con el hecho de que el testigo haya estado previamente relacionado con la causa en calidad de juez, como miembro del jurado, o como empleado del tribunal...”<sup>667</sup>

En el caso de los documentos públicos, Taruffo refiere el efecto vinculante que éstos tienen (sobre todo en sistemas del Civil Law), sin embargo aclara que: “...No obstante este valor probatorio especial y fuerte no abraza todos los contenidos ni todos los aspectos del documento... el valor probatorio fuerte se atribuye normalmente a las declaraciones del autor de la escritura, los hechos que declara haber percibido personalmente, el hecho de que alguien haya realizado alguna declaración en su presencia, las firmas de estas personas y la fecha del documento... el valor probatorio formal del documento cubre “lo que el documento dice”, esto es, las declaraciones hechas por su autor. Ese valor no abarca la verdad de ningún otro enunciado, ni de las partes, ni de ninguna otra persona que se registre en el documento...”<sup>668</sup>

---

<sup>664</sup> Ibidem, p. 262.

<sup>665</sup> Taruffo, Michele, *La Prueba*, España, Marcial Pons, 2008, p. 63.

<sup>666</sup> Ibidem, pp. 63-64.

<sup>667</sup> Ibidem, 64.

<sup>668</sup> Ibidem, 77-78.

Una consideración mucho más precisa de los atributos de credibilidad asociados a diversas clases de medios de prueba se puede encontrar en Anderson et. al.<sup>669</sup> Los autores mencionados se refieren en términos generales a dos clases de evidencia: testimonial y tangible.<sup>670</sup>

En relación con la evidencia testimonial, los autores hacen hincapié en distinguir las diversas formas a través de las cuales los testigos pudieron adquirir el conocimiento respectivo que vierten -a la manera de declaraciones testificales- en relación con el asunto de la causa.

En este sentido se habla de “*personal knowledge*” cuando el testigo presencia o capta directamente el evento respecto del cual da cuenta; de “*second-hand knowledge*” cuando la información se adquiere por vía indirecta con base en lo dicho por otra(s) persona(s); de “*hearsay*” cuando, por alguna razón, no puede corroborarse ese *second-hand knowledge* acudiéndose a la fuente directa; y de “*opinion evidence*” cuando el testigo no presencia directamente el evento respecto del que declara, sin embargo, si presencia algunos hechos a partir de los cuales infiere la probable ocurrencia del evento en cuestión (es decir, cuando el testigo realiza, él mismo, un procedimiento inferencial del tipo “prueba indiciaria, presuncional o circunstancial”).

Ahora bien, los atributos de credibilidad asociados a la evidencia testimonial son: “*veracity*”, “*objectivity*”, e “*informational sensitivity*”.

En relación con el primer atributo, la pregunta concerniente es si hay o no alguna razón para suponer que el testigo se encuentra mintiendo al ofrecer su declaración. En este punto los autores comentan que no necesariamente del descubrimiento que el evento respecto del cual X atestigua no ocurrió se sigue que X mintió, ya que puede ser que el testigo en cuestión simplemente se equivocó en la interpretación de su percepción.

En relación con el segundo atributo, la pregunta relevante tiene que ver con los factores emotivos o de otro tipo que estuvieron presentes en el testigo al momento de la percepción, los cuales pudieron haber tenido un efecto de distorsión de la misma.

En relación con el tercer atributo, la pregunta relevante fundamentalmente tiene que ver con la calidad de la percepción respectiva, la cual se encuentra determinada por factores tales como las circunstancias de iluminación del lugar en que el testigo afirma que el evento tuvo lugar, la distancia a la cual se encontraba el sujeto del evento respectivo, deficiencias en los sistemas representacionales de aquel (visual, auditivo, olfativo, etc.).

Por su parte, los atributos de credibilidad asociados a la evidencia tangible son: “*Authenticity*”, “*accuracy/sensitivity*”, y “*reliability*”.

El primer atributo está determinado por la influencia de factores tales como la acción deliberada de alguna persona a los efectos de falsificar el contenido de un documento, o de distorsionar el contenido de alguna fotografía, video, grabación de audio, etc., con el propósito de ofrecer una falsa impresión, o a cuestiones que tienen que ver con

---

<sup>669</sup> Anderson et. al, *Analysis of Evidence*, Cambridge University Press, 2005, pp. 65-71.

<sup>670</sup> Recordemos que, aunque ciertas cosas u objetos hayan sido recabados como “evidencia”, el procedimiento inferencial que caracteriza la determinación de hechos trabaja con las descripciones de esos objetos. Sólo así pueden constituir premisas del argumento justificatorio respectivo que conduce a aceptar la conclusión correspondiente.

el cuidado que debe darse a cierta evidencia física a los efectos de que conserve sus propiedades, como el caso de la denominada *cadena de custodia*, cuya integridad debe demostrarse en el caso de muestras de sangre, saliva, semen, etc (en materia penal).

A su vez, los autores en comento relacionan un conjunto de sub-atributos para cada atributo de credibilidad de la evidencia testimonial y tangible. En este punto surge la noción de “evidencia indirecta”, la cual consiste en aquellos medios de prueba vinculados con alguno de los sub-atributos mencionados. Considérese la siguiente tabla:<sup>671</sup>

Specific	Less Specific	Unspecific
<b>OBSERVATIONAL SENSITIVITY</b>		
Sensory defects		
General physical condition		
Conditions of observation		
Quality/duration of observation	Instructional sets	Contradictory testimony from other witnesses
Expertise	Observational objectives	Conflicting testimony from other witnesses
Allocation of attention		Some forms of prior inconsistent statements
Sensory bias		
<b>OBJECTIVITY</b>		
Expectancies	Stakes, motives, interests	
Memory-related factors	Self-contradictions	
Objectivity bias	Hypnosis	
<b>VERACITY</b>		
Conviction of crimes related to dishonesty		
Other misconduct related to dishonesty		
Carácter evidence regarding honesty		
Influence/corruption among witnesses		
Polygraph		
Testimonial bias		

Recordemos que hemos dicho que en el marco que ofrece Cohen a los efectos de explicar el razonamiento probatorio de un *trier of fact*, los controles a los que las diversas hipótesis son sometidas se manifiestan a la manera de preguntas y que el peso que la evidencia transfiere a la conclusión respectiva tiene que ver con el grado de cobertura que aquella mostró en relación con los aspectos relevantes para el caso en cuestión. Pues bien, esas preguntas (o controles) están destinadas a inquirir acerca del desempeño de los diversos ítems evidenciaros o medios de prueba en relación con los diversos atributos y sub-atributos asociados a la determinación del grado de credibilidad tanto de la evidencia testimonial, como de la tangible.

### **b) La Prueba Indirecta**

Por su parte, nos encontramos frente a casos de prueba indirecta cuando existe una proposición intermedia entre el enunciado que describe el contenido del medio de prueba en cuestión y la hipótesis correspondiente. La proposición intermedia describe un hecho o circunstancia a partir de la cual se infiere la conclusión que corresponde a la hipótesis respectiva.

<sup>671</sup> Anderson, et. al., *Analysis of Evidence*, Cambridge University Press, 2005, p. 68.

Dicha inferencia está basada, como hemos visto, en una generalización de sentido común o máxima de experiencia que suele tener la estructura de una proposición molecular condicional. Es el consecuente de esta proposición condicional el que coincide con el contenido proposicional de la hipótesis en cuestión. El enunciado que describe la circunstancia específica afirma el antecedente de la estructura condicional referida, con lo cual, mediante la aplicación de la regla de inferencia conocida como *Modus Ponens Derrotable (falible)*, puede concluirse el consecuente. Al respecto, Taruffo sostiene que:

“...En ese supuesto (de prueba indirecta) se dispone de una prueba que demuestra la existencia de un hecho diverso de aquel que es afirmado en la hipótesis; sin embargo, a partir de la proposición que describe ese hecho, que los juristas denominan “secundario”, es posible extraer inferencias que afectan a la fundamentación de la hipótesis en cuestión...”<sup>672</sup>

Como explica el autor en comentario,<sup>673</sup> el grado de apoyo que la hipótesis respectiva puede recibir de esta clase de estructura probatoria depende del grado de aceptabilidad que el medio de prueba confiere a la afirmación del denominado hecho secundario, lo cual, como vimos, depende a su vez del grado de cobertura de la evidencia respecto de los atributos y sub-atributos de credibilidad relevantes; y así mismo, depende del grado de aceptabilidad de la inferencia que se funda en el hecho secundario mencionado, grado que, a su vez depende del fundamento cognoscitivo de la generalización que vincula a la proposición que describe ese hecho secundario con la hipótesis.

### c) *La Cascaded Evidence*

Nos encontramos frente a un caso de *cascaded evidence* cuando entre el enunciado que describe el medio de prueba y el contenido proposicional de la hipótesis en cuestión hay al menos dos enunciados intermedios que afirman cada uno, algún hecho o circunstancia. En efecto, existen en estos casos al menos dos generalizaciones de sentido común o máximas de experiencia: una de ellas contiene en su consecuente al enunciado que afirma la segunda circunstancia, mientras que el consecuente de la segunda generalización contiene a la hipótesis en cuestión. Al respecto, Taruffo comenta que:

“...(la *cascaded evidence* se da cuando) el elemento de confirmación de la hipótesis principal deriva de una cadena de pasos inferenciales del tipo  $X \leftarrow A \leftarrow B \leftarrow C \leftarrow \dots \leftarrow N$ , donde A, B, C, y N son hechos “secundarios”, cada uno de los cuales es idóneo para fundar inferencias sobre el hecho sucesivo: el orden de la concatenación es el indicado por las flechas y la conclusión es la que versa sobre la hipótesis relativa al *factum probandum* X...”<sup>674</sup>

En cuanto a la determinación del grado de fundamentación de la hipótesis respectiva en este tipo de estructura probatoria, el autor en comentario sostiene que: “... es evidente que el grado de apoyo del que dispone la

---

<sup>672</sup> Taruffo, Op. Cit., nota 522, pp. 265-266.

<sup>673</sup> Ibidem, p. 266.

<sup>674</sup> Ibidem, p. 273.

hipótesis sobre X es el resultado de la cadena inferencial completa y de la función combinada de los grados de aceptabilidad de los distintos pasos que la componen...La cadena de inferencias puede ser analizada, precisamente, como una serie de pasos inferenciales, cada uno de los cuales se fundamenta en un determinado criterio de inferencia y parte de una premisa que se asume como establecida en la medida en que ello resulte justificado...”<sup>675</sup>

Posteriormente, Taruffo nos habla sobre hipótesis complejas (compuestas por más de un hecho que desea probarse),<sup>676</sup> pruebas convergentes (cuando existen múltiples combinaciones de estructuras probatorias –prueba directa, indirecta y cadenas inferenciales- respecto de una misma hipótesis),<sup>677</sup> así como de hipótesis y pruebas en conflicto.<sup>678</sup> Respecto de esta última situación, Taruffo sostiene que ha de elegirse la hipótesis relativamente mejor confirmada, es decir, aquella que tenga el grado de probabilidad prevaleciente. En este sentido, el autor en comento nos dice lo siguiente:

*“...Debe escogerse, en resumen, la hipótesis que reciba el apoyo relativamente mayor sobre la base de los elementos de prueba conjuntamente disponibles. Se trata pues, de una elección relativa y comparativa dentro de un campo representado por algunas hipótesis dotadas de sentido, por ser, en distintas formas, probables, y caracterizado por un número finito de elementos de prueba favorables a una u otra hipótesis... se trata también de una elección racional, precisamente por ser relativa, dado que consiste únicamente en individualizar la alternativa más fundamentada en una situación de incertidumbre definida por la presencia de distintas hipótesis significativas. En un contexto de este tipo... resulta difícil negar la racionalidad intrínseca del criterio según el cual, la hipótesis más aceptable... es aquella que presenta el grado más elevado de probabilidad lógica sobre la base de los elementos de prueba disponibles...”<sup>679</sup>*

### 3. Tercera acepción

Por último, esta acepción del término “prueba” hace referencia al momento en que se ha determinado que, en efecto, la hipótesis en cuestión puede considerarse probada con base en los elementos de juicio disponibles y en la verificación de que el razonamiento realizado instancia la política de suficiencia establecida para el área del derecho de que se trate.

En este sentido, Taruffo sostiene que: “... “prueba” designa el *resultado* que deriva de la adquisición de los medios de prueba del proceso y de su valoración por parte del juez...”<sup>680</sup>

En la misma línea, Ferrer comenta que: “... el tercero de los sentidos (que él identifica) hace referencia al *resultado* producido por la aportación de elementos de juicio con relación a la confirmación o falsación de una determinada hipótesis acerca de los hechos...”<sup>681</sup>

---

<sup>675</sup> Ibidem, p. 274.

<sup>676</sup> Ibidem, pp. 255-256

<sup>677</sup> Ibidem, pp. 282-286

<sup>678</sup> Ibidem, pp. 249-252, 286-282.

<sup>679</sup> Ibidem, pp. 299-300.

<sup>680</sup> Ibidem, p. 449.

<sup>681</sup> Ferrer, Op. Cit., nota 547, p. 28.

#### IV. LA DISCUSIÓN “ATOMISMO-HOLISMO”

Como explican Anderson et. al., las expresiones “atomismo” y “holismo” denotan respectivamente un método específico de organización de la información evidenciaria y de evaluación de la misma:

El primero –el Atomismo- hace énfasis en la obtención de una organización del entramado de proposiciones respectivas en términos de un *gran argumento complejo*, en el que han de analizarse las distintas cadenas inferenciales que lo componen a efecto de determinar el grado de aceptabilidad de cada proposición constitutiva de cada cadena. En este sentido, refiriéndose a la determinación del peso probatorio de cada ítem evidenciario y de la red de ítems en conjunto, los autores en comento sostienen que:

“... The probative force of an item or body of evidence answers to the question: “How strong is this evidence in favoring or disfavoring some penultimate *probandum* in the case at hand?”... ”

An item of directly relevant evidence must be linked to a penultimate *probandum* by a chain of inferences. This chain can contain several links. The first link in the chain is always the credibility link. The remaining links are those necessary to demonstrate the relevance of the item to a penultimate *probandum*. *The probative force of an item depends upon the strength of each link in the chain.* When there is a mass of evidence to consider, there will be many chains of reasoning to consider. *Assessing the probative force of a mass of evidence requires that the probative force of every chain be assessed and that the individual assessments be combined to determine the net probative value of the mass with respect to the ultimate probandum...*<sup>682</sup>

Por su parte, el segundo método, el Holismo, hace énfasis en la obtención de un producto diferente al argumento complejo previamente referido: Se trata de una *estructura narrativa* o, en otras palabras, de una historia que ordena las aseveraciones relativas a los distintos acontecimientos relevantes en términos de una secuencia cronológica o en términos de relaciones causa-efecto. Uno de los exponentes del holismo es Abu Hareira, quien sostiene, en contraposición al atomismo, que:

“...in evaluating the probative force of a ‘mass of evidence’ we do not, and should not proceed by analyzing the mass into separate ‘items’ and giving each item an independent probative value. *Rather we consider the mass as a whole, as a gestalt or configuration, and assess its total probative force or plausibility in a manner which defies analysis.*”<sup>683</sup>

En todo caso, ambos métodos son empleados a los efectos de organizar la información evidenciaria (el entramado proposicional) de modo que le “haga sentido” al *trier of fact* (o al abogado que prepara el caso).<sup>684</sup>

---

<sup>682</sup> Anderson, et. al., *Analysis of Evidence*, Cambridge University Press, 2005, p. 71.

<sup>683</sup> Twining, William, *Rethinking Evidence; Explanatory Essays*, Cambridge University Press, 2006, p. 309.

<sup>684</sup> Como veremos más adelante, en el campo de la Inteligencia Artificial Aplicada al Derecho, se están desarrollando sistemas para la representación gráfica de la evidencia de la que disponen en un momento dado, los investigadores de casos penales, a efecto de facilitar su evaluación, la detección de posibles debilidades o inconsistencias, la generación de líneas alternas de investigación, etc. Este tipo de sistemas han sido denominados “*sense making software* (SMS)”. El SMS parte de la idea de que en buena medida la resolución exitosa de cierta clase de problemas se apoya en las capacidades del sujeto consistentes en imponer una estructura sistematizada a cierta clase de

## 1. *Ventajas comunes de la la organización atomista y holista de la evidencia*

De acuerdo con Anderson, Schum y Twining, las ventajas de la imposición de una arquitectura argumentativa a la evidencia (conjunto de proposiciones) disponible, mediante el empleo de la técnica de Wigmore<sup>685</sup>, son:

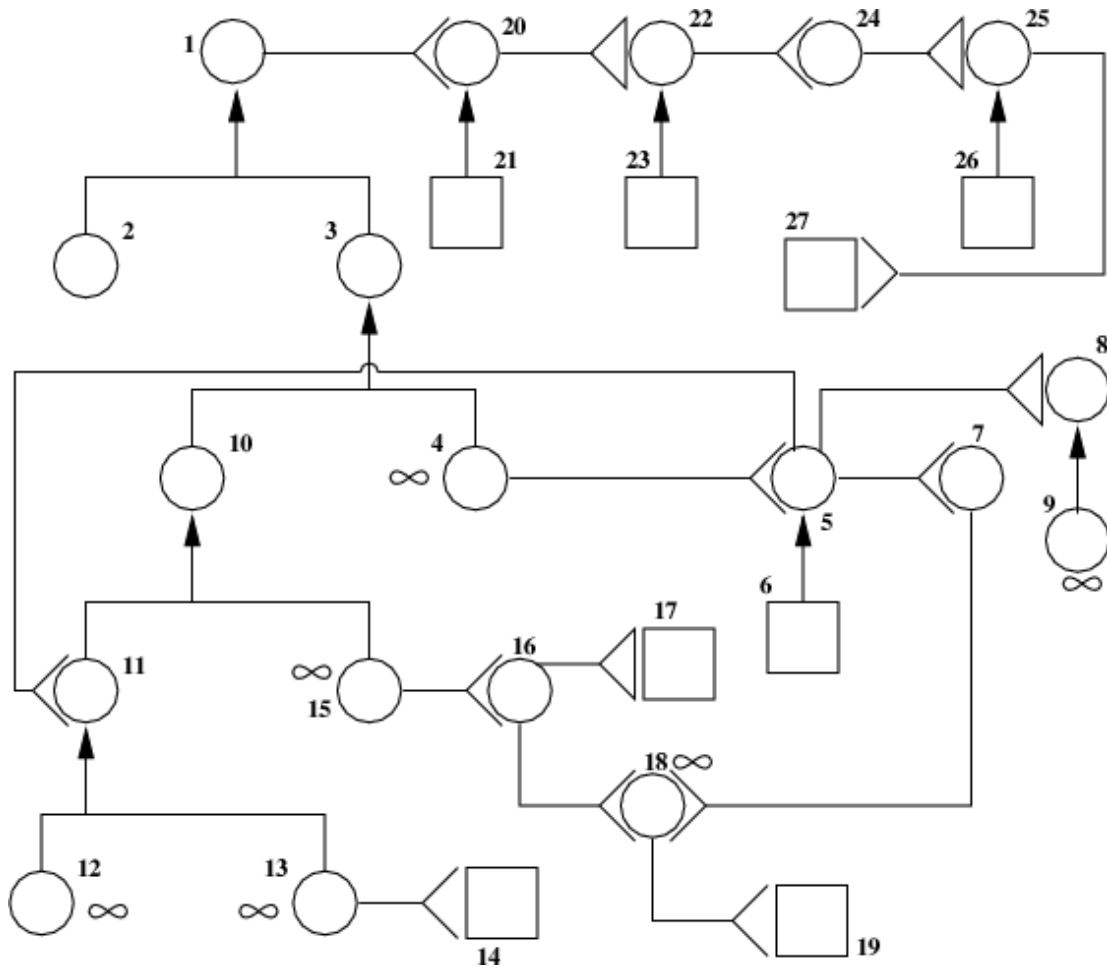
---

información, lo cual constituye ya haber iniciado el recorrido de la ruta hacia la solución del problema. El SMS proporciona asistencia precisamente en el despliegue de este heurístico.

<sup>685</sup> Uno de los máximos representantes de la escuela atomista es John Henry Wigmore, quien en la primera mitad del siglo pasado, desarrolló una técnica de representación gráfica de la evidencia en términos de argumentos inductivos, la cual refleja su compromiso con el enfoque atomista (la referencia a estas técnicas de representación gráfica de la evidencia cobrará mayor relevancia en un momento posterior del trabajo. Baste ahora con destacar el hecho de que la técnica de Wigmore, como ya dijimos, está enraizada en la concepción atomista). De hecho, el desarrollo de esta técnica de análisis gráfico de la evidencia por parte de Wigmore, es considerada como un evento crucial del origen del *método de diagramación de argumentos* empleado en los ámbitos de la lógica informal, la teoría de la argumentación y la Inteligencia Artificial (así como en la Inteligencia Artificial Aplicada al Derecho (Cfr. Walton, Douglas, *Argumentation Methods for Artificial Intelligence and Law*, Springer, 2010, pp. xi-xii, 8-10. Así mismo, véase Walton, Douglas, *Legal Argumentation and Evidence*, Pennsylvania State University Press, 2002, p. 117). En las siguientes palabras de Douglas Walton podemos observar claramente cómo la técnica de Wigmore es una posible traducción gráfica del atomismo:

“...Wigmore’s theory of evidence *is built on the idea of the chaining of inferences*... According to Wigmore’s theory, there is a mass of evidence in any given case, and that mass of evidence is made up of a network of single inferences that are all chained together into the network... Each single probabilistic inference needs to be evaluated by chaining it together with all the related inferences in a given case, and then, each single inference, although individually weak, needs to be judged as a small piece in a larger picture. *The larger picture is represented by the chained network of the argumentation in the whole case*”... (Véase Walton, Douglas, *Legal Argumentation and Evidence*, Pennsylvania State University Press, 2002, pp. 117-118). Un ejemplo de las estructuras o diagramas resultantes mediante el empleo de la técnica de Wigmore es el siguiente:





**Propositions of the Example:**

1. Bill disobeyed Mum.
2. Mum had instructed her children, Bill and Molly, not to eat sweets, unless they are given permission. In practice, when the children are given permission, it is Mum who is granting it.
3. Bill ate the sweets.
4. Many envelopes of sweets are strewn on the floor of Bill's room.
5. It was Molly, not Bill, who ate the sweets whose envelopes were found in Bill's room.
6. Bill says it was Molly who ate the sweets and placed the envelopes in his room, in order to frame him.
7. Molly is very well-behaved.
8. Bill would not have left around such damning evidence, implicating him as being the culprit.
9. The envelopes were very conspicuously strewn on the floor of Bill's room.
10. Medical evidence suggests that Bill ate the sweets.
11. Bill's teeth are aching, the reason being that he ate the sweets.
12. Bill has bad teeth.
13. Bill's teeth are aching at the time the charge against him is being made.
14. Bill says that his teeth were already aching on the previous two days.
15. Mum is a nurse, and she immediately performed a blood test on Bill, and found an unusually high level of sugar in his bloodstream.
16. If there was a mixup, then Molly is the culprit, not Bill.
17. Bill rang up Dad and claimed that Bill insisted with Mum to test also Molly's blood, not only Bill's blood, and that Mum did so, but must have mixed up the results of the two tests.

A) "...First, it requires the person doing the analysis to identify and articulate precisely each proposition that she claims is a necessary step in the arguments in a case. The value to be achieved is precision..."<sup>686</sup>

B) "...Second, the method requires that the person employing it specify with precision each step in each argument being advanced. This makes it possible to appraise each argument rigorously..."<sup>687</sup>

C) "...Third, it provides a method of marshalling all the relevant and potentially relevant data in a complex case into a single, coherent, and clear structure in the form of an argument"<sup>688</sup>.

Al respecto, Twining comenta que:

"...(The chart method) enables one to see the argument as a whole, and, through a process of disciplined articulation, it makes it easier to spot fallacies, unwarranted jumps and other weaknesses in a complex argument..."<sup>689</sup> A continuación mostramos un ejemplo de la estructura argumentativa resultante del empleo de la técnica de Wigmore:<sup>690</sup>

Por su parte, también en consonancia con las ventajas del procedimiento –y producto obtenido- de la sistematización cognoscitiva de tesis fácticas, las funciones que, según Twining, las historias o estructuras narrativas desempeñan en una de las versiones propuestas de holismo (la de Benett y Feldman<sup>691</sup>), son:

"...jurors typically use stories to organize the otherwise disjointed bits of evidence that are presented to them. This helps them to select, interpret and assess what would otherwise be a confusing and unmanageable mass of data."<sup>692</sup> "Stories organize information in ways that help the listener to perform three interpretive functions; to locate the central action of the story; to construct inferences about the relationships among the elements

- 
18. Mum tested both Bill and Molly for sugar in their bloodstream, and both of them tested positive.
  19. Molly says she only ate sweets because Bill was doing so and convinced her to do likewise.
  20. Bill was justified in eating the sweets.
  21. Bill rang up Dad, related to him his version of the situation, and claimed to him that Grandma had come on visit, and while having some sweets herself, instructed Bill to the effect that both Bill and Molly should also have some sweets, and Bill merely complied.
  22. Dad's evidence confirms that Bill had Grandma's permission.
  23. Dad rang up Grandma, and she confirmed that she gave Bill the permission to take and eat the sweets.
  24. Dad's evidence is not valid, because Dad told Grandma about Bill's predicament, and Grandma wanted to save Bill from punishment.
  25. What Dad admitted, confirms that his way of questioning Grandma may have affected whether she was being sincere.
  26. Dad confirms that he told Grandma about Bill's predicament, and didn't just ask her whether she had come on visit first, and next, whether sweets were being had.
  27. Dad: "How dare you question Grandma's sincerity?!"

<sup>686</sup> Véase Anderson, Schum y Twining, *Analysis of evidence*, pp. 141.142.

<sup>687</sup> Idem.

<sup>688</sup> Idem.

<sup>689</sup> Véase, Twining, William, *Rethinking Evidence; Explanatory Essays*, Cambridge University Press, 2006, p. 307.

<sup>690</sup> No es necesario que conozcamos, por ahora, los detalles de la notación gráfica. Baste por el momento con tener una idea, a la manera de un golpe de vista, de la estructura argumentativa resultante del empleo de la técnica referida.

<sup>691</sup> Bennet, Lance, *Reconstructing Reality in the Courtroom: Justice and Judgment in American Culture*, Rutgers University Press, 1981.

<sup>692</sup> Aunque el pasaje se refiere específicamente a las funciones de la imposición de una arquitectura narrativa a la evidencia, podemos decir que ambas escuelas, el atomismo y el holismo, es decir, ambas estructuras, argumentos y narrativas, desempeñan la función básica de organizar-sistematizar un caos informativo de modo que comience a hacer sentido.

surrounding the central action; and to *test the story as a whole for internal consistency and descriptive adequacy or completeness...* Stories serve as aids to *selecting from a superfluity of information and to filling in gaps in that information*; they are a vehicle for introducing judgments of value; and, above all, *they provide essential frames of reference for organizing, evaluating, and interpreting evidence.*<sup>693</sup>

Por su parte, Reid Hastie y Nancy Pennington también han propuesto un enfoque holista respecto de la estructuración-evaluación de la evidencia al que han denominado “*The Story Model*”.

En consonancia con las funciones que, de acuerdo con Twining, las estructuras narrativas desempeñan, Hastie y Pennington comentan que:

“...The major assumption in our explanation-based approach to decision making is the hypothesis that *decision makers construct an intermediate summary representation of the evidence and that this representation, rather than the original "raw" evidence, is the basis of the final decision. Interposition of this organization facilitates evidence comprehension, directs inferencing, enables the decision maker to reach a decision, and determines the confidence assigned to the accuracy or success of the decision...*”<sup>694</sup>

De acuerdo con los autores citados, esta “representación sumaria de la evidencia” de la que hablan, adquiere, con base en sus investigaciones empíricas, la forma de una historia o narrativa. Veámoslo:

“...Our empirical research has demonstrated that the juror's "explanation" of legal evidence takes the form of a "story" in which causal and intentional relations among events are prominent...”<sup>695</sup>

El estado de la información evidenciaria que requiere de la imposición del filtro de comprensión constituido por la estructura narrativa es descrito por Hastie y Pennington del modo que sigue:

“...First, a *massive "database" of evidence* is input at trial, frequently requiring several days to present. Second, *the evidence comes in a scrambled sequence, usually several witnesses and exhibits convey pieces of a historical puzzle in a jumbled temporal sequence and prosecution and defense witnesses who provide conflicting versions of the same events appear widely separated in time at trial.* Third, *the evidence is piecemeal and gappy in its depiction of the historical events that are the focus of reconstruction: event descriptions are incomplete, usually some critical events were not observed by the available witnesses, and information about personal reaction and motivations is rarely presented* (often because of the rules of evidence). Finally, *subparts of the evidence (for example, individual sentences or statements) are interdependent in their probative implications for the verdict. The meaning of one statement cannot be assessed in isolation because it depends on the meaning of several related statements, often distributed across witnesses of varying credibility...*”<sup>696</sup>

Las conclusiones a las que arribaron Hastie y Pennington en su estudio son las siguientes:

---

<sup>693</sup> Véase Twining, William, *Rethinking Evidence; Explanatory Essays*, Cambridge University Press, 2006, p. 308.

<sup>694</sup> Véase "Implications of the Story Model for the Trial Judge's Behavior," Reid Hastie and Nancy Pennington, in M. T. MacCrimmon and M. Ouellette: *Filtering and Analyzing Evidence in an Age of Diversity*. Montréal: Éditions Thémis, 1994, pp.

<sup>695</sup> Idem.

<sup>696</sup> Idem.

“...The research we have conducted on juror decisions has led us to conclude that *the juror's comprehension of the evidence is "filtered" through the construction of narrative story structures*. We have identified several characteristic features of jurors' decisions:

1. Factors and conditions that make evidence easy to comprehend as a story will promote verdicts in the direction favored by the story. Thus, the side of the case (prosecution, defense) that more closely follows a "narrative" order of proof, will have an advantage in juror decisions.
2. A juror's global confidence that the story he or she has constructed from the evidence is the truth depends on several factors:
  - (i) the extent to which the story "covers" or explains the evidence presented by credible witnesses;
  - (ii) the completeness of the story;
  - (iii) the internal consistency of the story;
  - (iv) the plausibility of the story, evaluated primarily with reference to related stories or other events with which the jurors are familiar; and
  - (v) the uniqueness of the story (the degree to which alternate stories are or are not being entertained by the juror)...”<sup>697</sup>

## **2. Dos características de las estructuras narrativas (historias) en cuanto a su empleo en el ámbito de la determinación judicial de los hechos: Necesarias y peligrosas**

Twining sostiene que la imposición de una estructura narrativa a la información evidenciaria de parte del *trier of fact*, es incluso necesaria en relación con el problema de la determinación de los hechos de una controversia jurídica, debido precisamente a las funciones tan importantes que ello desempeña en el sentido de que permite organizar y hacer manejable lo que en una primera aproximación constituye una masa confusa de datos<sup>698</sup>; permite así mismo, llenar lagunas informativas; y en última instancia, permite contar con un marco de referencia para organizar, interpretar y evaluar la evidencia.<sup>699</sup>

Pese a lo anterior, el autor citado nos advierte respecto de los peligros que puede acarrear el empleo-imposición de estructuras narrativas en el proceso de toma de decisiones judiciales relativas a los hechos (expresados en enunciados) que han de considerarse probados. Al respecto Twining comenta que:

“...Story-telling can also be shown to be *dangerous* in legal contexts in that... it is widely regarded as appealing to intuition and emotion and as a vehicle for ‘irrational means of persuasion’. Examples of such dangers include:

- a) Sneaking in irrelevant facts;
- b) Sneaking in invented or ungrounded facts;
- c) Suggesting facts by innuendo;
- d) Focusing attention on the actor rather than the act;
- e) Appealing to hidden prejudices or stereotypes;
- f) Telling the story in emotionally toned language;
- g) Telling a story that may win sympathy for the speaker or the victim but is irrelevant to the argument;
- h) Making use of dubious analogies;

---

<sup>697</sup> Idem.

<sup>698</sup> Recuérdese el estado que guarda la información evidenciaria previo a la imposición de la organización narrativa descrito por Hastie y Pennington en la sección anterior.

<sup>699</sup> Véase Twining, “Narrative and Generalizations in Argumentation about Questions of Fact”, *Rethinking Evidence; Explanatory Essays*, Cambridge University Press, 2006, p. 336, en la sección titulada: “Stories: Necessary but Dangerous”.

- i) Subverting lawyers' distinctions between fact, law, and disposition and, more generally, fact and value, and;
- j) Good stories pushing out true stories"<sup>700</sup>

Por su parte, Taruffo aborda también (y en general, siguiendo la discusión de Twining), el tema de la cautela con la que debe tomarse la construcción-relato de historias en el contexto de la determinación judicial de los hechos de una controversia.<sup>701</sup>

El autor mencionado considera que la construcción de narrativas por parte del *story-teller* (en este caso, el juez), presenta las siguientes modalidades (que confluyen de manera integrada): A) Construcción de categorías;<sup>702</sup> B) Construcción lingüística, semántica y lógica;<sup>703</sup> C) Construcción social e institucional,<sup>704</sup> y; D) La que llama “construcción cultural”.<sup>705</sup>

Los peligros más importantes, de acuerdo con Taruffo, son los que se derivan del carácter *epistémicamente cuestionable* de muchos de los elementos constitutivos del “stock” de conocimientos con base en el cual el *story-teller* despliega la modalidad de construcción D).

Respecto al “stock” de conocimientos referido, Taruffo comenta que: “...los relatos hacen una referencia permanente al “stock de conocimiento” que proporciona el antecedente cultural de cada *story-teller*. *En algún sentido... puede ser comprendido como un equivalente al ‘sentido común’ o a la ‘cultura general’*. En todo caso, es un conjunto de cosas extremadamente vago, indeterminado, variable e incierto...”<sup>706</sup>

Y más adelante sostiene que:

“... ese stock es una suma de ‘aglomeraciones de creencias mal definidas que típicamente consisten en un *complejo potaje de información*, modelos sofisticados, memorias anecdóticas, impresiones, relatos, mitos, proverbios, deseos, estereotipos, especulaciones y prejuicios más o menos fundados’... *No consiste en proposiciones individuales empíricamente verificadas y bien articuladas...*”<sup>707</sup>

La primera referencia que el autor en comento hace al stock de conocimientos, destaca la *dimensión social* de esta noción (como una especie de *patrimonio cultural* que se auto-preserva en el tiempo y se adapta, a través de las prácticas comunicativas desplegadas por los miembros de la comunidad o grupo social en diversos contextos, en los que, a su vez, aquellos son socializados).<sup>708</sup>

<sup>700</sup> Véase Twining, *Rethinking Evidence; Explanatory Essays*, Cambridge University Press, 2006, p. 336.

<sup>701</sup> Véase Taruffo, Michele, “Narrativas judiciales”, en *La Prueba*, España, Marcial Pons, 2008, pp. 185-227.

<sup>702</sup> *Ibidem*, pp. 206-208.

<sup>703</sup> *Ibidem*, pp. 208-210.

<sup>704</sup> *Ibidem*, pp. 210-211.

<sup>705</sup> *Ibidem*, pp. 211-217.

<sup>706</sup> *Ibidem*, p. 211.

<sup>707</sup> *Ibidem*, p. 311.

<sup>708</sup> En un muy interesante libro de Jack Balkin en que se aborda el tema de cómo se construye la ideología de una sociedad desde el punto de vista de la “memética” o teoría de los memes, este “patrimonio cultural” ha sido denominado “*cultural software*”. Véase Balkin, Jack, *Cultural Software; A Theory of Ideology*, Yale University Press, 2003.

Por su parte, la segunda referencia al stock de conocimientos, destaca la *dimensión individual* de dicha noción (en el sentido de la habilidad que, como procesador de información, el *story-teller*, tiene, consistente en acceder a su propia “base de conocimientos” o arsenal de recursos cognitivos -el cual ha sido configurado en función de la historia particular de socialización del individuo- a efecto de construir-comprender la(s) historia(s) respectiva(s)).

Es conveniente en este punto destacar que, pese a que este no es el lugar para realizar una exposición profunda de la cuestión, la dimensión social del stock de conocimientos aludida es explicada por la *teoría de las representaciones sociales*,<sup>709</sup> mientras que la dimensión individual, por la *teoría de los esquemas*,<sup>710</sup> ambas desarrolladas en el seno de la psicología social y cognitiva.

---

<sup>709</sup> Para una buena introducción a la teoría de las representaciones sociales, véase, Morales, Francisco, et. al. *Psicología Social*, Madrid, España, McGrawHill, 1998, pp. 815-842. La teoría de las representaciones sociales se ocupa del conocimiento (contenidos cognitivos, afectivos y simbólicos) que no sólo desempeña un papel significativo para las personas en su vida privada cotidiana, sino también para la vida y organización de los grupos en los que esa vida transcurre. En este sentido, el foco es puesto no en el individuo, sino en las entidades sociales o comunidades a través de las cuales, aquél realiza su proyecto de vida. Ejemplos de las comunidades referidas pueden ser la comunidad internacional, las naciones, los grupos étnicos, las instituciones gubernamentales, las organizaciones civiles, el ejército, partidos políticos, empresas, sindicatos de profesionistas, fundaciones, gremios de comerciantes, barras de abogados, comunidades científicas, grupos religiosos, clubes, universidades, sociedades de exalumnos, fraternidades, pandillas, la delincuencia organizada, los núcleos familiares etc. De hecho, con los avances tecnológicos actuales, ha surgido el concepto de las comunidades virtuales, cuyos intercambios comunicativos trascienden las limitaciones espaciales y temporales, teniendo lugar preponderantemente en el ciber-espacio. Pues bien, las reglas cognitivas de procesamiento de la información, así como los productos resultantes de aquellas, constituyen el conocimiento característico que proporciona la sensación de identidad colectiva a los miembros de las distintas comunidades, el cual es denotado por la expresión “representaciones sociales”. Este conocimiento es “custodiado” y perpetuado por medio de mecanismos institucionalizados (en mayor o menor grado) de socialización. Morales *et. al.*, atribuyen dos características básicas a las representaciones sociales, a saber: a) el carácter social de su génesis; b) el hecho de que son compartidas ampliamente y distribuidas dentro de una colectividad, lo cual implica que los grupos en cuestión manifiestan ciertos patrones específicos de pensamiento, sentimiento y actuación. En este sentido, el término ‘representaciones sociales’ está afectado de ambigüedad proceso-producto: Por un lado, denota a los procesos, la sociogénesis por la que se crea el conocimiento colectivo a través del discurso y la comunicación; por otro, al producto final de ese proceso, el conocimiento colectivamente distribuido e individualmente accesible.

<sup>710</sup> Véase *Ibidem*, pp. 156-170. Así mismo, véase, De Vega, Manuel, *Introducción a la Psicología Cognitiva*, Madrid, España, Alianza, 1985, pp. 389-408. La teoría de los esquemas se ha empleado para explicar procesos cognitivos de alto nivel como la comprensión, la percepción visual, la memoria o la planificación. Centrándonos en los procesos de comprensión, Manuel de Vega nos dice: lo siguiente “...Los individuos humanos comprenden gran número de fenómenos de su entorno vital. Comprenden el comportamiento de otras personas, los acontecimientos físicos, los conceptos científicos..., pero sobre todo comprenden expresiones verbales habladas (frases o narraciones) o escritas (textos)... *La comprensión puede considerarse como un proceso cognitivo de alto nivel, que requiere la intervención de los sistemas de memoria y atencionales, de los procesos de codificación y percepción, y en fin, de operaciones inferenciales basadas en los conocimientos previos y en sutiles factores contextuales...*” Véase De Vega, Manuel, p. 367. Respecto al papel fundamental de los esquemas en la comprensión, el autor citado comenta que: “...Los procesos de comprensión se apoyan en los procesos de codificación o perceptivos, pero no se identifican con éstos. *Suponen operaciones más complejas que... requieren esquemas conceptuales muy elaborados...*” Manuel de Vega, p. 370. Refiriéndose de manera más concreta a las funciones específicas de los esquemas en la comprensión de nuestro entorno, De Vega dice que: “...*Los esquemas determinan nuestra comprensión del mundo en todos los dominios. La percepción de objetos y acontecimientos físicos, nuestra familiaridad con el complejo dominio de las relaciones interpersonales, la comprensión y uso de las instituciones y hasta nuestra propia identidad personal son manifestaciones de nuestro complejo mundo de representaciones esquemáticas. Los esquemas proporcionan sentido a nuestra experiencia habitual de las cosas, dan una apariencia de “racionalidad” y “plausibilidad” al flujo de acontecimientos.* En contrapartida, los fenómenos difíciles de integrar en nuestros esquemas resultan insólitos, absurdos, irracionales o misteriosos...” Manuel De Vega, p. 402. Los antecedentes de la teoría se remontan a las investigaciones acerca de las diversas etapas del pensamiento-aprendizaje en niños, llevadas a cabo en la década de los veinte

Ahora bien, como dijimos, a Taruffo le preocupa el carácter *epistémicamente cuestionable* de algunos de los elementos constitutivos del “stock” de conocimientos que ofrece las herramientas y el material de construcción de las narrativas (historias) correspondientes a cierto caso.

Pues bien, el autor en comentario hace especial énfasis en los siguientes elementos constitutivos de dicho stock: Los que llama prejuicios, los guiones, los estereotipos o perfiles, y las *generalizaciones de sentido común*.<sup>711</sup>

En cuanto a la primera clase de elementos, Taruffo sostiene que se trata de creencias infundadas respecto de una persona, normalmente basadas en generalizaciones estadísticas fiables (por ejemplo, “los adolescentes afroamericanos suelen dedicarse a la vagancia y la delincuencia”).<sup>712</sup>

---

por Piaget y a los estudios sobre comprensión y memoria en ámbitos sociales de Bartlett durante la década de los treinta. Sin embargo, en los años siguientes, la teoría de los esquemas sale de la escena. Tuvieron que transcurrir más de cuatro décadas para que la noción de esquema cognitivo fuese retomada en las investigaciones de algunos de los personajes centrales en el área de la Inteligencia Artificial –como Minsky, Schank y Abelson- quienes parten de la observación de que: “...Es preciso para que un mecanismo de comprensión sea eficiente, que disponga de un ‘*conocimiento del mundo*’, fuera de un dominio temático muy limitado. La comprensión resultará un producto construido a partir de la información del *input* y el conocimiento previo...” Manuel de Vega, p. 389. Ese “*conocimiento del mundo*” que es presupuesto para la comprensión de, y participación en, nuestro entorno vital, se encuentra almacenado en la memoria semántica del individuo a la manera de “paquetes de conocimiento prototípicos”, a los que precisamente se les llama “esquemas cognitivos”. Los esquemas constituyen así, unidades cognitivas complejas distintas a otros tipos de representaciones mentales, como las imágenes, las proposiciones y las categorías, a las que también se atribuye un papel central en el mencionado paradigma del procesamiento de la información. Las entidades psicológicas anteriores (incluidos los esquemas) constituyen el arsenal de productos cognitivos mediante los que el mundo es internamente construido y proyectado al exterior por parte del sujeto cognoscente, con base en los cuales tiene lugar la conducta de éste. La complejidad de los esquemas se manifiesta por un lado, en que están conformados por productos cognitivos más simples como los conceptos, categorías y proposiciones mencionados anteriormente, o incluso por esquemas más elementales; y, por otro, en que suelen hallarse interconectados integrando sistemas de esquemas cognitivos. Al constituir paquetes de conocimiento prototípicos, los esquemas no hacen referencia a situaciones, relaciones, sujetos u objetos particulares, sino que se refieren más bien, a clases de aquellos, de modo que en los casos específicos el sujeto cognoscente rellena los valores respectivos de acuerdo con el contexto. Veamos el ejemplo que da De Vega: “Los esquemas son paquetes de conocimientos prototípicos cuyos componentes o variables no están especificados. Por ejemplo, el esquema COMPRAR tiene una serie de variables que ya hemos mencionado (COMPRADOR, VENDEDOR, etc.), pero que son genéricos (no se refieren a un comprador, un vendedor o un episodio de compra particular). Los valores de estas variables se rellenan en función del contexto...” De Vega, p. 390. Por medio de este relleno de variables, se actualizan los esquemas. Veámoslo: “...Si alguien está cerrando una carta y dice “me voy a comprar un sello”, el esquema de COMPRAR se actualiza, de modo que se asignan automáticamente valores a las variables del esquema; la MERCANCIA es un sello, el VENDEDOR, es un estanco, el ESTABLECIMIENTO es un estanco, la META es franquear una carta, el DINERO requerido para la transacción es una pequeña cantidad... Así, *aunque el interlocutor no menciona el estanco, el estanco... estos elementos se integran en el modelo mental que construye el oyente...*” De Vega, p. 390. Ahora bien, como De Vega señala, los esquemas se adquieren a partir de *la experiencia personal en situaciones recurrentes*, en las que la comunicación juega un papel fundamental a los efectos de propiciar la inducción-abstracción de los mismos. Así, la habilidad consistente en inducir esquemas representacionales a partir de la interacción comunicativa con nuestro entorno, no se despliega con base en lo anterior, de modo consciente y ya está presente en edades tempranas del individuo. En este sentido, De Vega comenta que: “...la capacidad de generación de esquemas parece una *habilidad básica* que se desarrolla muy pronto en el individuo. PIAGET (1926) describe esquemas sensorio-motrices en niños de pocos meses de edad *que les permiten organizar su percepción y su conducta*. ... NELSON (1978, 1981) señala que los niños de preescolar *tienen esquemas o guiones bien organizados sobre situaciones y actividades frecuentes* (Vg.: “comer en casa”, “ir al cine”, etc.)” De Vega, p. 391. Ahora bien, de acuerdo con su contenido, De Vega clasifica a los esquemas en: A) esquemas visuales (o marcos); B) esquemas situacionales (guiones o escenarios); C) esquemas de dominio; D) esquemas sociales; y E) esquemas de autoconcepto. Dentro de los esquemas tipo D) podemos encontrar a los prototipos, los temas, las teorías implícitas, las ideologías y los sistemas de creencias.

<sup>711</sup> Véase Taruffo, Michele, *La Prueba*, España, Marcial Pons, 2008, pp. 211-216.

El peligro principal con esta clase de elementos constitutivos del stock de conocimientos, de conformidad con nuestro autor, es que el *story-teller* puede echar mano de ellos (conciente o inconcientemente) al efecto de la construcción de una historia que puede aparecer como coherente y creíble ante los ojos de personas que comparten los mismos prejuicios, acarreado con ello la posible distorsión de los hechos.<sup>713</sup>

El peligro anterior puede manifestarse de diversas formas en las distintas tradiciones jurídicas. Por ejemplo, en aquellas latitudes en que frecuentemente se confía a un jurado la función del *trier of fact*, tanto fiscal como abogado defensor, habiendo estudiado la conformación del panel, pueden valerse de los prejuicios identificados en aquellos en términos de diseñar historias que implícita o explícitamente los invoquen, de modo que los miembros del jurado “hagan suya” la versión narrada, por satisfacer sus expectativas relativas al tipo de persona en cuestión.

En relación con los guiones, Taruffo sostiene que éstos “...encarnan las expectativas y las prácticas corrientes de una cultura; capturan las formas corrientes en que la gente vive y se espera que viva en su vida cotidiana... encarnan las ideas de la “normalidad” existente en una determinada cultura; se usan para articular los hechos de acuerdo con secuencias normales de sucesos o comportamientos...”<sup>714</sup>

El peligro que nuestro autor identifica respecto de estas estructuras cognitivas es que en los casos en que aquellas se encuentran profundamente arraigadas en el *trier of fact*, constituyen mecanismos para encuadrar “los hechos” de la causa en *tramas predeterminadas*, lo cual puede implicar la posibilidad (conciente o inconsciente) de distorsión o manipulación de dichos hechos.<sup>715</sup>

El autor referido comenta que las alusiones a la “normalidad” frecuentemente acarrear un juicio positivo respecto de aquello que se ajusta a la misma. Lo que no “encaja” en estos cánones de regularidad suele ir acompañado de una predisposición negativa, una especie de intuición de que se trata de algo malo.<sup>716</sup>

Como ejemplos de la tercera clase de elementos del stock, los que llama estereotipos o perfiles, Taruffo menciona el caso de “la esposa leal”, “el marido infiel”, “el narcotraficante latino”, “el terrorista islámico”, entre otros.<sup>717</sup>

Esta clase de esquemas está en la base de las impresiones que nos formamos de la gente<sup>718</sup>, los cuales determinan, de manera general, nuestras interacciones con ellas: nuestras actitudes, emociones, sentimientos y conductas hacia ellas. Así mismo, constituyen filtros para la memoria en el sentido de que recordamos los aspectos distintivos del estereotipo, los cuales en efecto, pueden no corresponder con la persona específica de que se trata.

En este sentido, como comenta Taruffo, los estereotipos, en caso del empleo acríptico de los mismos, “...no están destinados a dar una imagen precisa de personas particulares; son usados como medios para subsumir personas

---

<sup>712</sup> Ibidem, p. 211.

<sup>713</sup> Ibidem, p. 212.

<sup>714</sup> Idem.

<sup>715</sup> Idem.

<sup>716</sup> Idem.

<sup>717</sup> Idem.

<sup>718</sup> Véase sección correspondiente.



o comportamientos específicos bajo “tipos” bien conocidos, esto es, como un mecanismo que reduce la especificidad de tales personas o comportamientos, con el fin de *simplificar la comprensión y la descripción de la realidad...* Por tanto, en la medida en que una narración (estructura narrativa) se base en estereotipos, probablemente no podrá ser tomada como la descripción fiel de hechos reales; esta narración tiende a transformarse en una suerte de idealización en la cual caracteres típicos actúan en las formas típicas...”<sup>719</sup>

La cuarta clase de elementos constitutivos del stock de conocimientos del *trier of fact* es la que corresponde a las *generalizaciones de sentido común*.

Taruffo reconoce que dichos elementos son un aspecto fundamental del razonamiento probatorio “...ya que en la mayoría de los casos son las premisas para las inferencias que conectan la información y los hechos,... son el “pegamento” del razonamiento inductivo...”<sup>720</sup>

En este sentido, dichas generalizaciones están en la base de las inferencias que podemos hallar tanto en las estructuras argumentativas, como en las estructuras narrativas propuestas respectivamente por los enfoques atomista y holista, entendidos como mecanismos heurísticos para la generación de marcos de comprensión (organización) y evaluación de la evidencia.

En este punto es conveniente introducir en nuestra discusión el eje de “confiabilidad” en el que pueden ubicarse a las distintas clases de generalizaciones propuesto por Anderson, Schum y Twining.<sup>721</sup>

De acuerdo con estos autores, en un extremo del eje de confiabilidad podríamos situar a las leyes científicas (como la ley de la gravitación universal), a las opiniones científicas bien fundadas (como las conclusiones de un experto forense en el sentido de determinar que dos documentos x e y han sido escritos por el mismo agente), y a las creencias compartidas basadas en experiencias comunes (como la que expresa que los conductores deben detenerse cuando la luz está en rojo).<sup>722</sup>

En el centro del eje podríamos ubicar a ciertas creencias compartidas no verificadas y quizá no susceptibles de verificación, como la que expresa que huir de la escena del crimen es un indicativo de peso en relación con la culpabilidad de un sujeto.<sup>723</sup>

En el extremo opuesto del eje podríamos encontrar a los prejuicios, los cuales pueden estar profundamente arraigados pese a no contarse con evidencia a su favor, como la creencia de que las mujeres no suelen ser buenas abogadas, que los blancos no son injustos cuando intervienen en juicios donde el acusado es una persona de color, etc.<sup>724</sup>

---

<sup>719</sup> Véase Taruffo, Michele, *La Prueba*, España, Marcial Pons, 2008, p. 213.

<sup>720</sup> Idem.

<sup>721</sup> Véase Anderson, et. al., *Analysis of Evidence*, Cambridge University Press, 2005, p. 102.

<sup>722</sup> Idem.

<sup>723</sup> Idem.

<sup>724</sup> Idem.

El análisis de las generalizaciones que Taruffo efectúa es compatible con el andamiaje anterior. En este sentido, sostiene que:

“...En algunos pocos casos (las generalizaciones) son una especie de vulgarización de las leyes científicas o de generalizaciones “verdaderas” que provienen de la ciencia; en esos casos –asumiendo que la traducción de la ciencia al sentido común no alteró o distorsionó el conocimiento científico original- son universales y pueden tener un grado significativo de confiabilidad...”<sup>725</sup>

Estos elementos estarían ubicados en el extremo de mayor confiabilidad que proponen Anderson y compañía. Continuando con el análisis de Taruffo, tenemos que:

“...el caso típico, sin embargo, es aquel de las generalizaciones que no son universales. (Éstas) pueden tener una base estadística adecuada, y en ese caso pueden ser significativamente fiables...”<sup>726</sup>

Podríamos ubicar estas generalizaciones en un peldaño anterior a las anteriores en el eje de confiabilidad. Sigamos con la discusión del autor:

“... en la mayoría de los casos, sin embargo, no tienen fundamentos estadísticos fiables y están fundadas solamente en el sentido común. En otras palabras, *son generalizaciones “espurias”; esto significa que son infundadas, que su sentido es vago, que su generalidad es dudosa y que pueden ser contradichas por otras generalizaciones de sentido común o por una serie de circunstancias específicas.*”<sup>727</sup>

Estas últimas, quizá las más frecuentes, se ubicarían en el extremo opuesto a las generalizaciones científicas, es decir, en el rango de *menor confiabilidad*.

En este último grupo también entrarían aquellas generalizaciones que tienen sólo la apariencia de tener una base estadística sólida. En este sentido, Taruffo sostiene que “...los problemas surgen cuando la gente, quizá en un esfuerzo por parecer “científica”, habla en términos de frecuencias y probabilidades, dando valores numéricos y porcentajes a todo, en una variedad de situaciones en las que no hay disponibles cuantificaciones numéricas y frecuencias estadísticas fiables.”<sup>728</sup>

En un esfuerzo por intentar otorgar un sustento epistemológico menos vago a esta última clase de generalizaciones, en algunos ordenamientos jurídicos (como los de Alemania, Italia, España y México) ha surgido la doctrina de “*las máximas de experiencia*”.

---

<sup>725</sup> Taruffo, Michele, *La Prueba*, España, Marcial Pons, 2008, p. 214.

<sup>726</sup> Idem.

<sup>727</sup> Idem.

<sup>728</sup> Ibidem, p. 215.

El fundador de la doctrina fue Friedrich Stein (dogmático procesalista alemán en la rama civil de finales del siglo XIX), cuya idea central era que la experiencia podía llevar a la formulación de “máximas” o principios, los cuales se obtenían a partir de inducciones respecto de cantidades ingentes de casos particulares.<sup>729</sup>

Más que ventajas, la noción de máxima de experiencia ha acarreado confusiones, ya que, como explica Taruffo, “...transmite la impresión de que una inferencia basada en una “máxima” es deductivamente válida porque se deriva de una premisa general... (y) en realidad nadie sabe de quién, por cuánto tiempo, de qué, de cuántos casos, recogida por quién, según qué parámetros, es necesaria la experiencia para poder afirmar que ha surgido una máxima. De hecho, muchas máximas no están basadas en experiencias reales, sino en prejuicios, guiones y estereotipos...”<sup>730</sup>

En suma, podemos sintetizar la crítica de Taruffo al enfoque holista diciendo que el peligro más apremiante en la imposición de una estructura narrativa a la evidencia presentada como base para la decisión relativa a qué hechos se consideran probados, es el que se deriva por un lado, del carácter epistémico dudoso del elemento más básico de entre aquellos que constituyen el stock de conocimientos del *trier of fact*: Las generalizaciones de sentido común.

Por otro lado, tenemos al peligro derivado de qué tan arraigadas se encuentran las creencias (generalizaciones) que están en la base de las estrategias heurísticas de comprensión (esquemas) que se imponen a la información que se procesa y, en esta línea, qué tanta disposición hay de parte del *trier of fact* de someter a revisión dichas estructuras de modo que lo habilite para “ser sensible al contexto del caso específico”.

La crítica de Taruffo no sólo es aplicable al enfoque holista, sino que se extiende al enfoque atomista (que él mismo defiende), debido a que, como vimos, las llamadas “generalizaciones de sentido común” constituyen el “combustible” con el que trabajan ambos métodos de sistematización-organización de la evidencia.

Ahora bien, la crítica de Taruffo relativa al estatus epistémicamente cuestionable de la mayoría de las generalizaciones de sentido común que están en la base de los distintos elementos constitutivos del stock de conocimientos del que el *trier of fact* echa mano a los efectos de la imposición de un filtro de comprensión a la información evidenciaria, encuentra un fuerte sustento en las recientes y novedosas investigaciones sobre lo que ha dado en llamarse “Inconsciente Adaptativo” (IA)<sup>731</sup> y “Adquisición inconsciente de la información”.<sup>732</sup>

Los estudios empíricos en los dominios novedosos mencionados arrojan evidencia en el sentido de que la formación y activación de la mayoría de esas generalizaciones es el resultado de procesos gestionados por el IA. En este sentido, no han sido sometidas al control y monitoreo que una metodología rigurosa pudiera imponer; simplemente se han gestado a lo largo de nuestro historial de interacciones comunicativas.

Lo anterior nos conduce al segundo aspecto de la crítica de Taruffo. Al no contarse con hábitos de monitoreo riguroso de la confiabilidad de las generalizaciones que están en la base del razonamiento probatorio, la activación y aplicación de esos elementos epistémicamente cuestionables se vuelve, paradójicamente, un mecanismo rígido.

---

<sup>729</sup> Ibidem, p. 214.

<sup>730</sup> Idem, p. 214. Véase también Ibidem, pp. 267-271.

<sup>731</sup> Wilson, Timothy, *Strangers to Ourselves; Discovering the Adaptive Unconscious*, Bleknap Press, 2004.

<sup>732</sup> Lewicki, Pawel, *Nonconscious Social Information Processing*, Academia Press Inc., 1986.

Hasta aquí podría parecer que asumimos una postura pesimista en cuanto al problema de las generalizaciones: Por un lado, su empleo parece ser inevitable, ya que se encuentran en la base de las estructuras cognitivas que nos permiten sistematizar significativamente nuestra experiencia. Por otro, los procesos mediante los cuales se generan, con frecuencia suelen escapar al monitoreo del consciente y, en ese sentido, su fundamento es incierto; su articulación, difícil de realizar; y su rango de cobertura, difícil de determinar.

Sin embargo, esto no significa que no podamos, por ejemplo, debido a que suelen encontrarse en modalidad entimemática,<sup>733</sup> recurrir a ciertas herramientas que posibiliten la explicitación de las generalizaciones de sentido común<sup>734</sup> (como las técnicas para la diagramación de argumentos de la lógica informal y de la Inteligencia Artificial Aplicada al Derecho).

Así mismo, nada impide que podamos diseñar una *política para su escrutinio severo*, la cual quizá difiera en cuanto a su grado de rigurosidad, en función del contexto de decisión en cuestión.

En un momento posterior del trabajo nos referiremos a los componentes conceptuales que establecerían las bases para el desarrollo de la política referida. Baste con decir, por ahora, que dichos componentes son la teoría de los esquemas argumentales de Douglas Walton y el rol crucial que dentro de aquella desempeñan las *Critical Questions*, así como la consideración de la dimensión heurístico-pragmática de la comunidad judicial de referencia.

De hecho, el propio Taruffo manifiesta opiniones en apoyo a la idea de contar con un mecanismo o estrategia de escrutinio de las mencionadas generalizaciones de sentido común. En este sentido, sostiene que:

“... el hecho de que el recurso a estas nociones (generalizaciones de sentido común) sea inevitable y que éstas sean tan inciertas y peligrosas si se usan acriticamente como reglas de inferencia, *hace que se deba hacer un uso extremadamente cauto y prudente de las mismas y, sobre todo, que su fuerza heurística y justificativa no deba ser sobrevalorada. Por ello, ciertamente el juez puede recurrir a nociones de sentido común, pero a condición de que haga un uso correcto de las mismas...*”

Ese “uso correcto” al que la cita se refiere, es desarrollado por Taruffo a la manera de ciertos consejos de aplicación general, del modo que sigue:

A) primer consejo

“...el juez debe comprobar de la manera más cuidadosa posible el fundamento cognoscitivo de la máxima de la experiencia, eventualmente descartándola y comprobando la posibilidad de utilizar otras máximas, hasta que pueda “anclar” firmemente las nociones que adopte sobre una base generalmente compartida...”<sup>735</sup>

---

<sup>733</sup> Al respecto del concepto de “entimema”, Walton nos dice: “...A kind of argument called an enthymeme is an argument containing a premise or conclusion that was not explicitly stated but that is required to make sense of the argument. For example, if we were to argue, “All philosophers are wise, therefore, Confucius is wise”, the implicit premise of my argument is the proposition “Confucius is a philosopher”...” Walton, Douglas *Argumentation methods for Artificial Intelligence and Law*, Springer, 2010, , p. 14.

<sup>734</sup> Clasificadas por Bex et. al., como evidenciarias y causales. Ver sección correspondiente.

<sup>735</sup> Taruffo, Michele, *La Prueba*, España, Marcial Pons, 2008, p. 270.

B) segundo consejo

“...El juez, por otra parte, no debe sobreestimar el valor lógico y heurístico de la noción que utiliza: en particular, no debe considerar como general una noción que expresa sólo la posibilidad o la eventualidad infrecuente de que un hecho se produzca...”<sup>736</sup>

C) Tercer consejo

“...Finalmente, el juez debe saber distinguir entre la formulación de generalizaciones fácticas y la expresión de valoraciones éticas, estéticas o culturales que forman una parte importante del sentido común y de la cultura media, pero que no sirven para fundar inferencias dirigidas al conocimiento probatorio de los hechos...”<sup>737</sup>

En otro lugar, refiriéndose específicamente a cierto tipo de generalizaciones de sentido común –las que denomina “leyes de cobertura” (que corresponderían a las generalizaciones causales que permiten unir los distintos segmentos de la estructura narrativa), Taruffo propone fundamentarlas en evidencia científica. Veámoslo:

“...parece que debemos excluir que el juez pueda obtener la ley de cobertura de la inferencia causal a partir de su ciencia privada, improvisándose como aprendiz de brujo y evitando o eludiendo cualquier control de validez científica de las nociones en las que fundamente su razonamiento. La prueba científica es pues, indispensable para demostrar la existencia de la ley causal de cobertura o para verificar –en caso de duda- la fundamentación científica de las nociones de sentido común o de los modelos cognitivos que el juez pretenda usar como regla de cobertura. La consecuencia obvia es que si no se dispone de confirmación científica de la regla de cobertura, falta la premisa indispensable para la formulación de la inferencia causal específica. En ese caso, es inevitable concluir que el correspondiente enunciado causal queda sin confirmación probatoria.”<sup>738</sup>

Sin embargo, al respecto sostenemos que el requisito es demasiado severo, pareciendo incluso poco plausible si se refiere a cada una de las inferencias causales que permiten unir cada segmento de la historia. Tendría que determinarse primero, si la prueba científica es pertinente (o relevante) para el caso en cuestión, lo cual no puede establecerse a priori como requerimiento general de cada segmento-episodio.

Si lo que se quiere decir es que se requiere de evidencia científica para probar el nexo causal entre cierta secuencia de acontecimientos y lo que correspondería al resultado material del delito en cuestión (tratándose de la materia penal), esto no generalizable para todos los casos. ¿Por qué se requeriría de evidencia científica para probar que cierta persona sustrajo bienes que no le pertenecían, por ejemplo, del banco municipal?

---

<sup>736</sup> Idem.

<sup>737</sup> Idem.

<sup>738</sup> Ibidem, p. 271.

Por otro lado, no todos los delitos producen esos “resultados materiales” de los que habla la doctrina penal. Por ejemplo ¿cómo podría demostrarse científicamente que Juan Pérez dejó de proporcionar alimentos a su acreedor alimentario?

Además, concediéndose, por mor del argumento, la plausibilidad de ofrecer evidencia científica respecto de cada una de las inferencias causales que se encuentran uniendo los segmentos de la estructura narrativa, la sola presencia de evidencia científica, por sí misma, no es garantía de la calidad de la inferencia.

En la base de las inferencias realizadas a partir de los testimonios ofrecidos por expertos en alguna rama de la ciencia, también se encuentran ciertas generalizaciones o presupuestos que requieren de una evaluación rigurosa: Como el presupuesto de que el experto tiene las credenciales suficientes; que ha empleado un método ortodoxo, o al menos, confiable para la obtención de sus resultados; que no fue “comprado” por la parte que ofrece su testimonio, etc.

Con la anterior discusión concluimos el abordaje de los problemas que plantea el “stock” de conocimientos al que alude Taruffo, en lo que toca a la dimensión individual de dicha noción. Es decir, desde la perspectiva de la habilidad que el propio *trier of fact* despliega en el sentido de acceder su “base de conocimientos” o arsenal de recursos cognitivos a los efectos de la construcción de la estructura narrativa que habrá de servir como filtro de comprensión de la evidencia.

### 3. Crítica a los modelos Atomista y Holista

Los enfoques atomista y holista han sido criticados por no considerar lo que cada una tiene que ofrecer como “*insight*” al tema de la estructuración-valoración de la prueba.

Así, a la técnica de Wigmore se le reclama la falta de consideración de la dimensión narrativa en las reglas de formación de su lenguaje gráfico de modo que arroja una visión de la valoración probatoria que parece “simplemente” implicar la aplicación mecánica de ciertos principios de lógica inductiva al campo de la prueba jurídica. En este sentido, Twining comenta que:

“...Wigmore’s Chart Method is open to the criticism that, *by failing to develop the notion of... a ‘story’, he gives the impression that his Chart Method involves an almost mechanical application of ordinary principles of inductive logic. Anyone who tries to apply the method to a mass of evidence soon learns that Wigmore’s theory provides almost no guidance in making strategic choices in constructing or criticizing a complex argument. He had a very crude view of narrative, and he has surely mistaken in seeing the ‘narrative method’ as an alternative rather than as complementary to his method of analysis...*”<sup>739</sup>

Taruffo por su parte, expresa su preocupación en torno al método de las narrativas (o sea, el holismo) en el sentido de la aparente falta de conexión con la “*dimensión empírica*”. A continuación, las palabras del autor:

---

<sup>739</sup> Twining, William, *Rethinking Evidence; Explanatory Essays*, Cambridge University Press, 2006, p. 310.

“...(En el ámbito de las conexiones “semióticas” o “narrativistas” del proceso) La premisa fundamental es que el proceso es una situación en la que se desarrollan diálogos y se narran *stories*; los diálogos y las narraciones tienen que ver también con los hechos, pero no interesa cuál sea esa relación más que desde el punto de vista de las estructuras semióticas y lingüísticas. *Sólo se considera relevante la dimensión lingüística y narrativa del proceso, mientras que la eventual relación entre narración y realidad empírica no se considera relevante (o posible). Los hechos surgen en el proceso únicamente como narraciones y son sólo apreciados como puntos o partes de narraciones; no son conocidos ni determinados como verdaderos.*”<sup>740</sup>

Esa conexión entre hechos y “realidad empírica”, de acuerdo con Taruffo, está claramente presente en el enfoque atomista, el cual, como ya mencionamos, básicamente consiste en la construcción de cadenas inferenciales (argumentos) que van de las proposiciones extraídas de los medios de prueba empleados durante el juicio por las partes, a las proposiciones probandum relevantes.

En este enfoque los medios de prueba (o más bien, las proposiciones de ellos extraídas) son concebidos como instrumentos para la obtención del fin consistente en la “reconstrucción verdadera de los hechos”<sup>741</sup> y, la valoración de dichos medios es entendida como una “técnica racional de confirmación de hipótesis.”<sup>742</sup>

#### **4. Enfoque mixtos**

Twining comenta lo siguiente respecto del papel que deben jugar las historias y los argumentos en una teoría prescriptiva de la valoración de la evidencia jurídica:

*“...I am suggesting that both narrative and explicit argument, are almost bound to have a place in any prescriptive theory about arguing towards, arriving at, justifying and evaluating adjudicative decisions on disputed questions of fact. What precisely are the functions of narratives in this context and what are the proper relations between narrative and argument, are open questions...”*<sup>743</sup>

En la actualidad, las respuestas a las preguntas abiertas que Twining plantea en la cita anterior, comienzan a ser abordadas por modelos mixtos que intentan fusionar los enfoques atomista y holista.

#### **A. En el ámbito teórico**

En el ámbito teórico Taruffo nos dice:

*“...Existe una forma menos radical y más razonable para configurar la relación entre la orientación holista, que pone el acento en la coherencia de la narración, y el criterio atomista, que se funda en la verdad de los hechos concretos en función de las pruebas que específicamente confirman sus respectivas hipótesis. Ésta*

---

<sup>740</sup> Véase Taruffo, Op. Cit., nota 522, p. 82.

<sup>741</sup> Ibidem, p. 84. Esta reconstrucción verdadera de los hechos en el proceso se encuentra matizada, relativizada o contextualizada por la consideración de la afectación que para tales efectos, puede significar la existencia de reglas procesales diversas.

<sup>742</sup> Ibidem, p. 85.

<sup>743</sup> Véase Twining, William, *Rethinking Evidence; Explanatory Essays*, Cambridge University Press, 2006, p. 311.

*consiste en considerar que hay, en lugar de una oposición irreducible entre los dos modelos, una posible combinación entre ellos en el ámbito de una teoría comprensiva de la decisión sobre los hechos.”<sup>744</sup>*

## **B. En el ámbito de la investigación empírica**

En el terreno de la investigación empírica sobre el razonamiento judicial en materia penal (en lo tocante a la determinación de los hechos del caso), han surgido estudios que demuestran que, en la práctica, los *triers of fact* (término más general que engloba tanto a jueces en el derecho continental, como a los jurados de las tradiciones anglo-sajonas) intuitivamente combinan los modelos resultantes de los enfoques atomista y holista.

Tal es el caso de las investigaciones llevadas a cabo por Wagenaar, van Koppen y Crombag, quienes desarrollan la denominada “Teoría de las Narrativas Ancladas” (*Anchored Narratives Theory* o ANT).<sup>745</sup>

El aporte fundamental de la ANT lo encontramos en su concepto de “anclaje”.<sup>746</sup> El anclaje tiene que ver por un lado, con que la historia sea consistente con *generalizaciones empíricas o de sentido común* (las cuales constituyen el “pegamento” que va uniendo los distintos segmentos de la historia), pero también, con que esté debidamente fundamentada en la evidencia disponible. La relación de la historia con la evidencia también se establece por medio de inferencias a partir de generalizaciones empíricas.<sup>747</sup>

---

<sup>744</sup> Véase Taruffo, Op. Cit., nota 522, p. 314.

<sup>745</sup> La cual será tratada con mayor detalle en partes sucesivas del trabajo. Véase Wagenaar, van Koppen, and Crombag, *Anchored Narratives: The psychology of Criminal Evidence*, St. Martin’s Press, New Cork, 1993. Así mismo, véase Bex, Floris, *Explaining Anchors*, Tesis de Maestría, disponible en línea en: [http://www.phil.uu.nl/preprints/ckiscripties/SCRIPTIES/043\\_bex.pdf](http://www.phil.uu.nl/preprints/ckiscripties/SCRIPTIES/043_bex.pdf).

<sup>746</sup> Véase Bex, Floris, *Explaining Anchors* referida en la nota previa.

<sup>747</sup> Nuevamente surge aquí el importante tema de las generalizaciones de sentido común a las que aludimos en una sección previa. Como sabemos, su rol en el razonamiento probatorio es crucial, independientemente de la tradición jurídica a la que pertenezca el operador judicial, e independientemente, también, de que se asuma un enfoque atomista, holista, o uno mixto. Por ejemplo, en la tradición del Common Law, véase Anderson y Twining, “Necessary but dangerous: Generalizations and stories in argumentation about facts”, en *Analysis of evidence*, pp. 262-287., Véase también Twining, “Narrative and generalizations in argumentation about questions of fact.”, en *Rethinking evidence*, pp. 332-343. En la tradición del Civil Law, véase por ejemplo, Taruffo, *La prueba*, 105-106, en donde el autor aborda el problema de la estructura de las denominadas “pruebas circunstanciales”, refiriéndose a las generalizaciones de sentido común o empíricas como el núcleo del razonamiento en esta clase de pruebas. Véase también Taruffo, *La prueba*, pp. 139-140, en donde aborda el problema de la determinación del peso de cada prueba, refiriéndose nuevamente a las generalizaciones provenientes de la ciencia, a las de tipo estadístico, pero haciendo especial énfasis en las que se obtienen de la cultura media, del background y del sentido común, todas ellas consideradas como “estándares de razonamiento” que permiten realizar las inferencias que vinculan a ciertas proposiciones básicas (que describen generalmente un hecho perceptivo) con las hipótesis fácticas correspondientes. Asimismo, véase Taruffo, “La prueba del nexo causal”, en *La prueba*, pp. 267-271, en donde trata el problema de las denominadas “máximas de experiencia” (las cuales según el autor, corresponden a las generalizaciones empíricas), cuando son invocadas como fundamento de la inferencia causal. Por otro lado, véase Ferrer, *La valoración racional de la prueba*, pp. 106-107, en donde el autor se encuentra realizando un resumen de las críticas esgrimidas al empleo de la probabilidad objetiva (estadística) como modelo de valoración de la prueba en contextos jurídicos, consistentes básicamente en que información relativa a la frecuencia en que cierta clase de evento ocurre en determinado contexto, no constituye una base suficiente para concluir que cierto evento específico e individualizado ocurrió (aunque pertenezca a la clase de eventos de la que se cuenta con la información estadística). En este sentido, Ferrer analiza el argumento de Frederick Schauer, quien sostiene que incluso proposiciones que parecen reportar eventos particulares, han sido el resultado de una inferencia que tiene como fundamento (implícito o explícito) una generalización, científica, o una de sentido común. Por su parte, Gascón recurre precisamente a la noción de



En este sentido, la ANT se encuentra en mejores condiciones para enfrentar la objeción de Taruffo dirigida al holismo consistente en la falta de conexión con la “realidad empírica”, debido al papel crucial que desempeña la mencionada relación de anclaje de la narrativa con la evidencia disponible.

Sin embargo, parece que Taruffo permanecería escéptico ante la propuesta de la ANT, ya que, según él, la evidencia no sería más que otro trozo o pedazo de narración al mismo nivel que la historia (o teoría del caso). Veamos lo que el autor nos dice al respecto:

“...Cada prueba que es tomada en consideración exclusivamente como store o como un “pedazo de narración” relativa a los hechos, se inserta en la dimensión lingüística y semiótica del proceso como una de tantas ocurrencias del diálogo a varias voces que en aquel se desarrolla, resultando claro que la del “lenguaje de las narraciones” es la *única dimensión relevante* y que en ella todos los “pedazos de diálogo” se sitúan –por así decirlo- uno al lado del otro *en el mismo nivel*.”<sup>748</sup>

En cuanto al soporte que la evidencia podría brindar a la historia, sostiene que:

“...No está muy claro de qué forma un pedazo de narración puede servir de soporte de otro pedazo de narración que se sitúa en el mismo nivel... no resulta claro de qué forma se realiza esa elección (entre dos historias) y cuál es el rol específico que en ella desarrollan las pruebas.”<sup>749</sup>

De esta forma, para Taruffo, aún los modelos narrativos que otorgan un papel fundamental a la evidencia (como la ANT) colapsan hacia una concepción persuasiva de la prueba (la cual le niega a ésta una función cognoscitiva):

“...En la dimensión dialógico-narrativista, la única función que puede ser asignada a la prueba *es la de acreditar la narración desarrollada por uno de los personajes del diálogo*, haciéndola idónea para ser “asumida como propia” por otro personaje, esto es el juez. En esa dirección, las teorías semiótico-narrativistas acaban adoptando (aunque a menudo sus seguidores no se dan cuenta de ello) *un punto de vista sustancialmente análogo al de la concepción retórico-persuasiva de la prueba*... la reducción del problema de la prueba a la dimensión “discursiva” lleva el análisis a un callejón sin salida, en el que la función meramente persuasiva de la prueba resulta la única alternativa posible a la radical disolución o negación del fenómeno (de la prueba)”.<sup>750</sup>

---

regularidad, ley empírica, generalización empírica, etc. para explicar las notas características de lo que denomina la “inducción en sentido amplio” o “inducción reconstructiva”, las cuales tienen que ver con el carácter no deductivo (no necesario) de la inferencia que une a las premisas y a la conclusión, precisamente por estar basada en una premisa que expresa cierta regularidad de eventos, la cual permite arribar a la conclusión correspondiente sólo con cierto grado de probabilidad. Véase Gascón, Marina, Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba, pp. 101-106. Este tipo de razonamiento aludido por Gascón como “inductivo en sentido amplio”, o “inducción reconstructiva”, concuerda con la noción de “probabilidad lógica o inductiva” de Jonathan Cohen. De hecho hay un acuerdo en los que en un momento posterior del trabajo denominaremos la Comunidad de la Epistemología Jurídica (CEJ) en el sentido de considerar dicha noción como la más adecuada para modelar el razonamiento probatorio judicial. Véase Ferrer, La valoración racional..., pp. 120-125, Gascón, Los hechos en... pp. 174-177, Taruffo, La prueba de los hechos, pp. 225-236, Taruffo, La Prueba, pp. 32-33, Anderson y Twining, Analysis of evidence, pp. 100-103.

<sup>748</sup> Véase Taruffo, Op. Cit., nota 522, p. 82.

<sup>749</sup> Ibidem, p. 83.

<sup>750</sup> Ibidem, p. 84.

De acuerdo con Taruffo, en la concepción persuasiva “...la prueba no tiene una función en sentido lato “cognoscitiva” sino “argumentativa”; esto es, no se situaría en la dimensión “lógica” del fundamento racional de las hipótesis sobre el hecho, sino en la muy distinta dimensión “retórica” de la argumentación dirigida a *convencer* a alguien (...al juez) para que considere el hecho como existente. En resumen, la prueba no sería un instrumento para conocer racionalmente algo, sino *un argumento persuasivo dirigido a hacer creer algo acerca de los hechos relevantes para la decisión.*”<sup>751</sup>

Algunos de los problemas que Taruffo identifica en la concepción retórico-persuasiva de la prueba son:

1) Confunde los niveles del discurso, ya que “...no toma en cuenta que *la persuasión* (como la no-persuasión) *es un hecho empírico sobre la situación subjetiva de alguien* (...el juez), mientras que *la teoría de la prueba es prescriptiva* en la medida en que se refiere a los criterios de aceptabilidad y validez del razonamiento con el que el juez determina los hechos sobre la base de las pruebas...”<sup>752</sup> En otras palabras “... una cosa es analizar el procedimiento psicológico de la decisión... y otra cosa es discutir modelos racionales de decisión...”<sup>753</sup>

2) No puede distinguir entre pruebas persuasivas y pruebas capaces de dar un fundamento racional al juicio de hecho). Esto quiere decir que contar con una prueba persuasiva no necesariamente implica que dicha prueba apunte hacia la verdad de la conclusión fáctica en cuestión.<sup>754</sup>

Una respuesta a Taruffo podría comenzar por señalar que no queda claro porqué el ubicar a la evidencia (el contenido de los medios de prueba) que respalda a diversos segmentos de la narrativa o historia, en el plano lingüístico, podría constituir una objeción (un motivo genuino de preocupación) a la ANT (o modelos narrativos similares que otorgan un papel preponderante a la evidencia).

En otra parte, en contraste con la función que adquiere la prueba en el modelo de narrativas (aún en modelos como la ANT), Taruffo menciona que desde una postura que admite que en el proceso judicial puede alcanzarse la verdad (en términos de la correspondencia de la decisión sobre los hechos con una realidad externa), aún cuando matizada por las características del contexto jurídico, la función de la prueba es propiciar la reconstrucción verdadera de los hechos.<sup>755</sup>

En este marco, Taruffo sostiene que “prueba” denota “...sintetizadamente al conjunto de elementos, de los procedimientos y de los razonamientos por medio de los cuales aquella reconstrucción es elaborada, verificada y confirmada como verdadera...”<sup>756</sup> Los mencionados procedimientos y razonamientos constituyen para Taruffo una técnica racional de confirmación de hipótesis.<sup>757</sup>

---

<sup>751</sup> Ibidem, pp. 349-350.

<sup>752</sup> Ibidem, p. 355.

<sup>753</sup> Ibidem, p. 293.

<sup>754</sup> Ibidem, p. 355.

<sup>755</sup> Ibidem, p. 84.

<sup>756</sup> Idem.

<sup>757</sup> Cfr. Ibidem, p. 85.

Con base en lo anterior dice el autor en comentario, se recupera el vínculo instrumental entre prueba y verdad que está en la base de lo que considera como la concepción tradicional (o de sentido común) de los juristas.<sup>758</sup> Sin embargo, esos “elementos” a los que la cita anterior hace referencia consisten esencialmente en proposiciones lingüísticas. Los “procedimientos” y “razonamientos” a los que el autor en comentario alude, a su vez, se llevan a cabo precisamente con las proposiciones lingüísticas constitutivas de la evidencia.

En este sentido, no parece haber razones suficientes para considerar que la “racionalidad” en la determinación de los hechos se pierde automáticamente cuando se introducen las narrativas (la dimensión lingüística) en el panorama. Esta dimensión lingüística está siempre presente.

Así mismo, no parece haber razones suficientes con base en las cuales considerar menos “racional” al anclaje propuesto por la ANT, el cual consiste básicamente en la revisión crítica de las generalizaciones empíricas que están tanto en la base de las inferencias causales que permiten vincular cada segmento de la historia, como en la base de las inferencias que permiten fundamentar los diversos segmentos con la evidencia disponible.

En suma, el escrutinio severo, la revisión metódica, de cada una de las inferencias cruciales que pueden hallarse en una “narrativa anclada” (en los términos de la ANT) permite hablar también, si se quiere, de una reconstrucción verdadera de los hechos de la causa.

Por último, tampoco parece justificada la ubicación de los modelos narrativos que, como la ANT, otorgan un papel crucial a la evidencia, dentro de la “concepción persuasiva” de la prueba. ¿Qué más puede exigirse a un modelo probatorio para alejarse de esta concepción persuasiva, además de considerar seriamente la evidencia (inevitablemente dispuesta en términos proposicionales) por medio del escrutinio severo de las inferencias que se realizan a partir de aquella?

### ***C. En el ámbito de la representación gráfica de la evidencia y el razonamiento probatorio en la Inteligencia Artificial Aplicada al Derecho (AI and Law)***

El esfuerzo más reciente y novedoso de combinar los enfoques atomista y holista de la valoración de la prueba jurídica, se ha dado en el campo de lo que se conoce como *Artificial Intelligence and Law* (o *AI and Law*), particularmente mediante el desarrollo de técnicas para la representación visual o gráfica de la evidencia que, con frecuencia son implementadas en sistemas de cómputo, los cuales podrían de modo genérico, ubicarse dentro de la categoría del “*sense-making software* (SMS)”. Más adelante abordaremos con mayor detalle el proyecto concreto que se ha propuesto este objetivo.<sup>759</sup>

A continuación, un ejemplo de la técnica de Bex para la representación gráfica de la evidencia, la cual combina historias o narrativas y argumentos.

---

<sup>758</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 84.

<sup>759</sup> Véase el proyecto holandés de Prakken, Bex y compañía denominado *Making sense of evidence. Software support for crime investigation*. cuya página oficial es: <http://www.cs.uu.nl/research/projects/evidence/index.html>; al que, como dijimos, más adelante haremos referencia con más detalle.

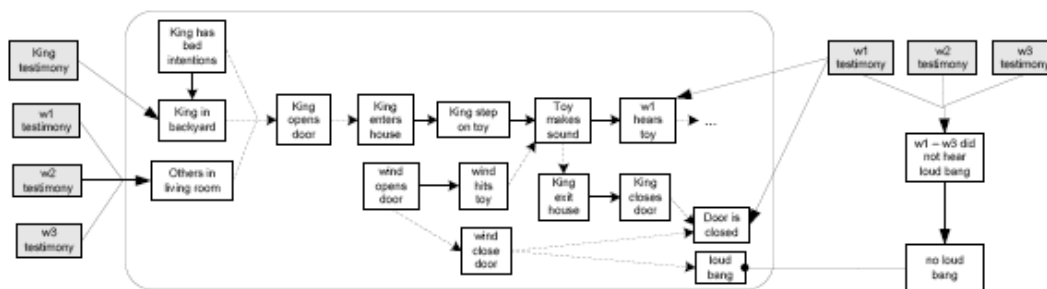


Figure 7: the causal theory after King's explanation is added

Esquema que muestra una teoría del caso, la evidencia que la sustenta y la explicación que en su defensa ofrece el acusado.<sup>760</sup>

#### D. En el ámbito de las teorías de la justificación epistémica

Desde un marco más general, en el campo de las teorías de la justificación epistémica, se han producido intentos de fusionar las teorías “fundacionalista” y “coherentista” de la justificación, las cuales, según consideran algunos como Amaya, se encuentran en la base respectivamente, de los enfoques atomista y holista.<sup>761</sup>

En ese sentido, un enfoque mixto de la justificación epistémica estaría entonces en la base de los modelos que amalgamas estructuras narrativas y estructuras argumentativas en el dominio de la prueba jurídica.<sup>762</sup>

<sup>760</sup> Véase: F.J. Bex, H. Prakken & B. Verheij (2006) *Anchored narratives in reasoning about evidence*. In T.M. van Engers (ed.), *Legal Knowledge and Information Systems. JURIX 2006: The Nineteenth Annual Conference*, pp 11-20. Amsterdam etc, IOS

<sup>761</sup> En este sentido, la autora comenta: “...Atomism and holism about evidence evaluation, I submit, implicitly rely on different views on the structure of legal justification. *Atomism is grounded on a “foundationalist” view of justification* according to which justification involves a sequence of beliefs ordered by relations of epistemic priority, along which justification is passed from earlier to later beliefs in the chain via connections of inference.... *In contrast holism assumes a “coherentist” view of justification* according to which a belief is justified if it belongs to a coherent system of beliefs.” Véase, Amaya, “A coherence theory of evidence and Proof.”, en prensa.

<sup>762</sup> Un ejemplo de estos enfoques mixtos de justificación epistémica es propuesto por la profesora Susan Haack, al que ha dado en llamar “*Foundherentism*”. Como ya dijimos, el proyecto de Haack fusiona las teorías fundacionalista y coherentista de la justificación de nuestras creencias empíricas. De esta guisa, en este modelo tienen cabida tanto la información recabada por nuestros sentidos (*sensory inputs*), como la coherencia entre creencias. Dos elementos que también se presentan en el caso de la evidencia jurídica. Su análisis parte de la presentación del enunciado “X está justificado en creer que ‘p’ (proposición acerca del mundo), en mayor o menor medida, en un tiempo 1, de acuerdo con qué tan buena sea la evidencia de la que dispone”, y posteriormente procede a la explicación de sus componentes. Como comenta la autora, en la formulación del enunciado en cuestión, que pareciera trivial y pacífico, se han tomado ya ciertas decisiones teóricas que se expresan en los siguientes presupuestos:

- A) La justificación no es un estado impersonal, sino que hace referencia al individuo que experimenta el estado de creencia en ‘p’.
- B) La justificación del estado de creencia de un individuo no tiene carácter absoluto (se está o no se está justificado), sino gradual.
- C) La justificación depende de la evidencia disponible
- D) Debe haber una evaluación (o escrutinio) de la evidencia disponible para determinar el grado de justificación

- 
- E) La evaluación de la evidencia se guía por ciertos criterios o estándares
  - F) El escrutinio se realiza sobre la evidencia disponible en determinado momento, lo que significa que el grado de justificación puede variar (aumentar o disminuir), aunque no necesariamente, ya que puede permanecer igual, en función del tiempo en que se efectúe la evaluación.

Antes de tratar las cuestiones relativas a la evaluación de la evidencia, Haack hace alusión a lo que podemos llamar una fase de construcción del conjunto de *ítems evidenciales*.

#### *Fase de Construcción del conjunto de ítems evidenciarios.*

El conjunto de *ítems evidenciarios* es un subconjunto del conjunto más general de *ítems causales*, es decir del conjunto de todos los factores, incluidas las creencias, las experiencias sensoriales, los estados introspectivos, pero también, los miedos, prejuicios, deseos, motivaciones, etc. que conducen a X a experimentar un estado de creencia en 'p'. La consideración de ciertos ítems causales tiene el efecto de que X tienda a creer en 'p', mientras que la consideración de otros tiene el efecto de que X tienda a rechazar 'p'. A los primeros Haack los llama sustentantes (*sustaining factors*), y a los segundos, inhibitorios (*inhibiting factors*). En los casos en que ambos se presentan, la creencia en 'p' es resultado de su balance o ponderación. En el camino hacia la construcción del conjunto de ítems evidenciales, tanto éstos como los ítems causales son tratados desde un punto de vista en cierto sentido, formal. Es decir, como *estados internos* del individuo, desprovistos de su contenido específico. La consideración de su contenido tiene lugar hasta la fase de evaluación, en la que los estados referidos *se convierten en proposiciones*. Identificada la totalidad de los ítems causales, podemos prescindir de aquellos que, pese a que figuran en una explicación de *por qué* X experimenta el estado de creencia en cuestión, no inciden en el aumento o disminución de las probabilidades que tiene 'p' de ser verdadera. Los ítems que si tienen esta incidencia o *efecto epistémico* son los que permanecen, ya que son los que interesa considerar a los efectos de determinar el grado en que X está justificado en creer que 'p'. Así, el conjunto de ítems evidenciales está constituido sólo por aquellos ítems causales que, además, tienen un efecto epistémico. A continuación presentaremos la división que Haack hace de estos ítems evidenciales: Los ítems evidenciales constan de las *razones* y de la *evidencia experiencial* (*experiential evidence*). Las primeras están constituidas por otros estados de creencia respecto de proposiciones distintas a 'p'. Las segundas están constituidas por *estados sensoriales* y *estados introspectivos*. Los estados sensoriales (o perceptivos) son aquellos derivados del empleo de nuestros sensores, es decir, de los dispositivos con que contamos para recabar información (en sus modalidades visual, auditiva, táctil, olfativa y gustativa) acerca del mundo. Los estados introspectivos se derivan del monitoreo consciente que podemos hacer de nuestros estados internos, con lo que nos damos cuenta, por ejemplo, de que deseamos algo, sentimos algo, creemos algo, etc.. Con las herramientas anteriores, Haack hace las siguientes estipulaciones:

- 1.- "Evidencia a favor de 'p'" denota a las razones y evidencia experiencial sustentantes, es decir, a las razones y evidencia experiencial cuya consideración hace que X tienda a creer en 'p'.
- 2.- "Evidencia en contra de 'p'" denota a las razones y evidencia experiencial inhibitorias, es decir, a las razones y evidencia experiencial cuya consideración hace que X tienda a rechazar 'p' de su sistema de creencias.
- 3.- "Evidencia respecto de 'p'" denota a los estados evidenciales (razones y evidencia experiencial) sustentantes/ inhibitorios respecto de 'p'.
- 4.- "Evidencia directa respecto de 'p'" denota a los estados evidenciales (razones y evidencia experiencial) que directamente sustentan/inhiben la creencia en 'p'.
- 5.- "Evidencia indirecta respecto de 'p'" denota a los estados evidenciales (razones y evidencia experiencial) que directamente sustentan/inhiben la evidencia directa (también sustentante e inhibitoria) respecto de 'p', y así sucesivamente.

Como dijimos, en la fase de evaluación, en la que se determinará el grado de justificación de la creencia de X en 'p' a través de la aplicación de ciertos criterios o estándares, es cuando se consideran los contenidos específicos de los estados evidenciales (razones y evidencia experiencial) referidos. Estos contenidos se expresan por medio de proposiciones.

#### *Fase de evaluación de ítems evidenciales: El juego del "crucigrama".*

Ahora bien, para explicar su idea de los criterios que deben considerarse en la fase de evaluación para determinar el grado en que X está justificado en creer que 'p', Haack realiza una analogía con el juego del "crucigrama" (*word puzzle*).

Siguiendo a la autora en comento, si queremos determinar *qué tan razonable* es nuestra confianza en que la introducción de cierta "entrada" (*entry*) en el crucigrama es correcta, debemos tomar en cuenta lo siguiente:

## 5. *El proyecto de Epistemología Jurídica Coherentista de Amalia Amaya.*

Amaya sostiene<sup>763</sup> que hay evidencia empírica de que, desde una perspectiva más general, tanto atomismo como holismo están basados en una teoría coherentista de la justificación (tanto en la imposición de estructuras argumentativas como de estructuras narrativas a la evidencia, los *triers of fact* realizan operaciones coherentistas). Por esta razón, ubicamos a su propuesta dentro de los *enfoques mixtos*.

El objetivo de la propuesta teórica de la autora en comento, es dar cuenta del proceso de sistematización cognoscitiva de los ítems evidenciarios en términos de un *proceso de búsqueda de coherencia*.

El modelo de Amaya se expresa de manera condensada, en la siguiente proposición:

“La creencia en la hipótesis respectiva está justificada si esa hipótesis se corresponde con la que sostendría un *fact-finder epistémicamente responsable* en virtud de haber determinado, por medio de un proceso de *maximización de coherencia*, que la hipótesis en cuestión satisface un grado óptimo de coherencia (*optimal coherence*)”.

El proceso de maximización de coherencia referido consta de las siguientes fases:

1.- *Generation process*: Proceso mediante el cual comienza a delimitarse el universo de hipótesis candidatas a explicar los hechos (la evidencia), mediante el establecimiento de relaciones de coherencia entre las hipótesis en cuestión y ciertos *background beliefs* como generalizaciones, creencias acerca de motivaciones comunes para diversas acciones, principios causales, y creencias que tienen que ver con la manera en que suelen cometerse diversas clases de delitos.

---

A) Debemos considerar qué tanto respaldo (*support*) recibe la entrada en cuestión, tanto de la pista respectiva que el diseñador del crucigrama proporciona para el llenado de las casillas donde debe insertarse la palabra, como de las entradas que intersectan con ella (si la palabra que queremos revisar está dispuesta en forma horizontal en el crucigrama, las entradas o palabras que intersectarán con ella serán verticales, y viceversa).

El nivel de respaldo que la entrada recibe depende de cómo se *acopla* en el contexto de la pista y las entradas intersectantes en cuestión, en comparación con la forma en que se acoplan otros candidatos (o competidores).

En este sentido, el candidato que mejor se acople al contexto referido es el que recibe el mayor respaldo.

Desde ahora apuntamos que el candidato que mejor se acopla no necesariamente es la entrada correcta.

B) Debemos considerar también, qué tan razonable es nuestra confianza en que las entradas que intersectan con la palabra que estamos revisando son correctas.

Como en el caso anterior, esto depende del respaldo que cada entrada intersectante recibe tanto de la pista, como de las entradas que a su vez, intersectan con ellas

C) Por último, debemos considerar qué tan completo se encuentra el crucigrama en el momento en que comenzamos a revisar la palabra en cuestión. Es decir, qué tantas entradas, además de la que estamos revisando, están llenas y qué tantas faltan por llenar.

Véase, Haack, Susan, *Evidence and inquiry. Towards reconstruction in Epistemology*, Blackwell, 1ª ed. 1993, 8va reimpresión 2001, 259 pp. Especialmente el capítulo cuarto titulado “Foundherentism articulated”, pp. 73-94.

<sup>763</sup> Amaya, Amalia, “A Coherence Theory of Evidence and Proof”, en prensa.

Como resultado de este proceso se obtienen: A) La base de coherencia (que contiene una cierta teoría del caso) y B) el conjunto de contraste que contiene teorías alternativas que explican los hechos.

2.- *Refinement Process*: Proceso mediante el que se pulen o refinan las hipótesis de A y B con base en criterios coherentistas como la substracción, la adición y el reencuadre o reinterpretación.

3.- *Selection Process*: Contándose con A y B refinados, se procede a escoger la mejor explicación sobre la base de un test de coherencia (Inferencia a la Mejor Explicación o IME)..

Al desplegar las estrategias de maximización de la coherencia, el *fact-finder* ha de comportarse como lo haría un agente epistémicamente responsable, quien satisface por un lado ciertos *deberes*, y por otro, exhibe ciertas *virtudes*, de manera apropiada para el caso en cuestión.

Los deberes son básicamente: “buscar evidencia” (mediante las estrategias de substracción, adición y reinterpretación) y “diseñar explicaciones o hipótesis alternativas”. Las virtudes son: diligencia, perseverancia, coraje, atención, ser flexible, abierto, consciente de las distorsiones emocionales que pueden incidir en su escrutinio, y emplear recursos creativos.

El grado de coherencia óptima que se requiere en cada caso (para considerar justificada una hipótesis) está determinado por una parte, por una especie de intuición moral (*frónesis*) que orienta al *fact-finder* acerca del grado de severidad que debe desplegar en el escrutinio coherentista.

Por otra parte, está determinado por constreñimientos contextuales. Es decir, por el rol que desempeña el *fact-finder* (fiscal, abogado, juez) y por las reglas que el dominio particular establece (como las reglas de exclusión de evidencia, las reglas que imponen valores probatorios a ciertos ítems de evidencia, y la regla que impone el estándar de prueba). No satisfacer estos requerimientos contextuales implicaría cambiar la naturaleza del escrutinio o de la investigación.

Amalia sostiene que su modelo no es alcanzado por las siguientes objeciones:

- A) Los modelos coherentistas son extremadamente vagos: “Escoger la historia que haga más sentido en su conjunto”.
- B) La tesis del sistema irrestricto de creencias. La hipótesis en cuestión debe ser coherente con el sistema total de creencias del sujeto. Esto no es psicológicamente plausible.
- C) La tendencia de los fact-finders a confirmar aquello que ya creen. Favorecen la teoría del caso que se corresponde con sus creencias previas.
- D) Circularidad en la relación de confirmación-coherencia.
- E) Aislamiento de la realidad ¿Es la coherencia indicativo de verdad?: Sólo se determina el grado de coherencia de la hipótesis con un conjunto de creencia de un sujeto. No se sigue que la hipótesis sea verdadera.
- F) Empate de coherencias.

Respecto de A) Amaya sostiene que su enfoque de coherencia como satisfacción de constreñimientos, permite establecer un conjunto de criterios razonablemente claros. Se escoge la historia que satisfaga el modelo de la

Inferencia a la Mejor Explicación (se genera un conjunto de candidatos y se escoge la que exhiba el grado más alto de coherencia).

Respecto de B), Amaya sostiene que el conjunto de creencias en cuestión es el que resulte “relevante” para los efectos del caso, no la totalidad de creencias del sujeto. Los constreñimientos contextuales ayudan a delimitar el conjunto de creencias con el que se determinará la coherencia de las hipótesis

Respecto de C), Amaya sostiene que su modelo le da prioridad a la evidencia disponible en el caso respectivo y resalta que el sujeto que realiza las operaciones de maximización es alguien epistémicamente responsable que no incurriría en esas faltas de parcialidad

Respecto de D), Amaya sostiene que no es necesario que se conciba que las relaciones inferencias sólo se dan en cadena de atrás hacia delante, sino que también a la inversa (la hipótesis es coherente con la evidencia y viceversa)

Respecto de E), Amaya nuevamente destaca la prioridad que en su modelo recibe la evidencia y el modelo de la IME, lo cual garantiza, en cierto grado, la conexión con la verdad

Respecto de F), Amaya sostiene que hay reglas contextuales que resuelven estos conflictos (como el *in dubio pro reo*)

## V. RECAPITULACIÓN

En el presente capítulo hemos dado cuenta del posicionamiento que TVRPJ asume ante las tesis que conforman la postura de su principal adversario –la concepción irracionalista- en lo concerniente al problema de la prueba en contextos jurídicos.

En síntesis la corriente irracionalista sostiene que concebir al razonamiento probatorio como una actividad orientada a la determinación tendencialmente verdadera de los hechos de la causa con base en la evidencia disponible, constituye un sinsentido en virtud de que, según su análisis, la actividad probatoria desempeña funciones meramente persuasivas y, en ese sentido, consituye un cúmulo de manifestaciones retórico-discursivas, cuyo estudio merece abordarse sólo desde la perspectiva de la determinación de las condiciones de éxito que, en términos de obtener el convencimiento (principalmente del juez), aquellas deben satisfacer (condiciones tales como la coherencia narrativa, claridad, emotividad, elegancia, etc.)

Como hemos visto, la concepción irracionalista de la prueba, a su vez resulta de la adopción (explícita o implícita) de ciertos presupuestos de orden más general en los terrenos ontológico (o meta-físico), epistemológico, ideológico y práctico, desde los cuales se percibe al objetivo de averiguar (faliblemente) la verdad -como producto final de las determinaciones al interior de un proceso judicial- como algo imposible, no prioritario, o bien, irrelevante del todo.

En el terreno ontológico (o meta-físico), TVRPJ deja ver su preferencia por propuestas como la del *Realismo Crítico* de Putnam, sin mayor posicionamiento al respecto; así mismo, invoca cierta interpretación de la teoría de la



verdad de Tarski según la cual “verdad” denota correspondencia (gradual) con la realidad (al estilo del Realismo Crítico), y “coherencia” y “*warranted assertibility*” denotan meros criterios para la determinación de la verdad de ciertas aseveraciones fácticas (es decir, son considerados como condiciones de verdad del empleo del predicado veritativo en ocurrencias lingüísticas que pretenden hacer referencia al mundo empírico).

En cuanto a la contestación de TVRPJ a la tesis de que la verdad no es un objetivo prioritario en el diseño y funcionamiento de un proceso judicial, la comunidad en comento propone por un lado, disipar la emotividad suyacente a dicotomías tales como “resolver la controversia” Vs. “averiguar la verdad” (la primera expresión se asocia a los procesos basados en la exaltación y respeto de la autonomía de la voluntad y de los intereses de las partes, mientras que la segunda suele ser asociada a los procesos inquisitivos en materia penal con la fuerte carga negativa que ello acarrea), y por otro, ofrece argumentos para establecer la prioridad de la verdad respecto de otros intereses. Dichos argumentos tienen que ver con la justicia del fallo; la aplicación correcta de la norma jurídica en cuestión; con el establecimiento de las condiciones para que se produzca una motivación exitosa de comportamientos por parte del derecho; con imperativos de orden legal, e incluso, de orden constitucional.

En este sentido, a los efectos de averiguar lo sucedido como asunto prioritario en el diseño y operación de procesos judiciales, TVRPJ propone acudir a los marcos de la *racionalidad general* en torno a la obtención de conocimiento empírico, con especial referencia a los métodos de razonamiento empleados en el ámbito de las ciencias naturales (las cuales han demostrado tener un mejor desempeño en términos de su aproximación a la realidad empírica), como el recurso primordial para realizar una sistematización de los criterios a ser empleados en la tarea del juez consistente en evaluar los medios probatorios de los que dispone en términos del grado de confirmación que (individual y colectivamente) confieren a la hipótesis jurídicamente relevante en cuestión.

Por otra parte, en relación con la postura de que la averiguación de la verdad es del todo irrelevante en el contexto jurídico-procesal, la cual se deriva de una actitud pesimista y resignada por percatarse de que la verdad absoluta es imposible y de que es común que la estructura de los ordenamientos procesales incorpore un conjunto extenso de dispositivos que más bien obstaculizarían la búsqueda de la verdad, TVRPJ sostiene de manera sintética que la imposibilidad referida se extiende a todas las modalidades de investigación empírica (e incluso a las de carácter más abstracto como las matemáticas y la lógica), sin embargo, ello no impide realizar esfuerzos por “racionalizar” nuestras indagaciones acerca del mundo en ambientes de información incompleta e incertidumbre, y en este sentido, por buscar obtener el producto “*second best*” en términos de aproximaciones graduales (con cierta probabilidad) a la realidad.

Así mismo, hicimos un análisis de las acepciones de “prueba” que pueden hallarse en el discurso de TVRPJ. En este sentido, distinguimos entre “prueba” como insumo, o elemento de juicio (haciendo énfasis en su carácter proposicional y de su papel como premisa del razonamiento probatorio); como la actividad generalmente llevada a cabo por las partes (por medio de sus abogados) consistente en aportar medios de prueba (primera acepción) a los efectos de que sean considerados por el juzgador; como procedimiento inferencial del juzgador que lo conduce a

considerar probadas o no ciertas hipótesis; y como resultado en términos de haber determinado que la conclusión en cuestión recibe o no el apoyo o sustento probatorio adecuado de acuerdo con los cánones de suficiencia argumentativa (políticas probatorias) aplicables.

En el caso de “prueba” como procedimiento inferencial, dimos cuenta de la vinculación de esta acepción con el marco explicativo general de la probabilidad lógica de Bacon-Cohen que los autores de TVRPJ suelen invocar a los efectos de concebir a la relación entre la hipótesis que se desea probar, y las proposiciones que describen el contenido de los medios de prueba disponibles, como una conexión lógica no deductiva, sino gradual o parcial de modo que las premisas transfieren cierto grado de sustento o apoyo inferencial, pero no garantizan la afirmación de la conclusión respectiva con certeza absoluta.

En el marco de la probabilidad lógica, dimos cuenta del papel fundamental que las generalizaciones de sentido común (llamadas a veces máximas de experiencia) desempeñan al efecto de posibilitar las inferencias respectivas a partir de los elementos de juicio disponibles. Se trata de estructuras condicionales que enuncian ciertas regularidades referidas a clases de acontecimientos, las cuales suelen estar difusamente cuantificadas (en lugar de “para todo  $x...$ ”, se acompañan de adverbios de frecuencia como “normalmente”, “suele ser el caso”, “en algunas ocasiones”, etc.), suelen permanecer implícitas (en modalidad entimemática) en el razonamiento del juzgador, y son, en mayor o menor grado, según su fundamento cognoscitivo, retractables, preliminares, o derrotables (la derrotabilidad se actualiza al haber información que apunta hacia la presencia de una excepción a sus condiciones de aplicación). Así mismo, dimos cuenta del empleo frecuente de estos elementos en la estructura probatoria más común que los jueces enfrentan, es decir, la de la prueba circunstancial, también llamada presuncional, indirecta, o de indicios.

También vimos cómo Taruffo ha acudido a marcos como el de la *Evidence and Inference* para llevar el análisis más allá de la mera invocación del concepto de probabilidad lógica a los efectos de proponer ciertas estructuras o situaciones probatorias que sirvan como *esquemas generales* para estudiar los problemas inferenciales que en aquellas se presentan, tales como el esquema de la prueba directa, la prueba indirecta y la llamada “*cascaded evidence*”.

Por último nos referimos a la discusión sobre los métodos atomista y holista como criterios que posibilitan de un lado la organización-estructuración del entramado de proposiciones constituido por los diversos enunciados que describen el contenido de los distintos medios de prueba, y de otro la interpretación y evaluación de las inferencias realizadas sobre la base de aquellos; hicimos énfasis en la cautela con la que autores como Twining y Taruffo proponen tratar a las generalizaciones de sentido común, las cuales participan como componente crucial tanto en la organización resultante de la aplicación del método atomista (argumentos complejos), como en la resultante de la aplicación del método holista (narrativas o historias), cautela inherente al carácter epistémicamente endeble de muchas de dichas generalizaciones; dimos cuenta de las tendencias actuales de combinar ambos métodos de organización y análisis de la evidencia en los terrenos conceptual o teórico, en las investigaciones empíricas, en el desarrollo de técnicas de diagramación gráfica (o visual), y en el terreno más abstracto de las teorías de la justificación epistémica (el modelo de Haack); y nos referimos a la propuesta de Amaya, quien caracteriza los procesos subyacentes a ambos

métodos (atomismo y holismo) como orientados a la búsqueda de *grados de coherencia óptima* (independientemente de que la información evidenciaria se organice a la manera de un argumento complejo, de una historia, o de estructuras mixtas que combinan elementos de ambos).

## CAPÍTULO CUARTO

### LOS MODELOS DIALÉCTICO-PROCEDURALES DE ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE LA ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND LAW (AI AND LAW)

#### I. RECAPITULACIÓN

Como hemos dicho en el capítulo introductorio de este trabajo, las investigaciones de *AI and Law* experimentan actualmente la tendencia a abordar como eje central de sus reflexiones, a las actividades argumentativas de los juristas.

Dentro de su rama teórica, también llamada *Computational Legal Theory* (CLT), la tendencia referida en el párrafo precedente se manifiesta en el desarrollo de los que han sido denominados “*modelos dialéctico-procedurales de argumentación jurídica*”, cuya expresión se ubica en diversos puntos dentro del espectro que va del empleo de lenguajes naturales para su articulación, el diseño de técnicas de diagramación, las cuales a su vez, se traducen en software para la representación gráfica (visual) de argumentos, hasta el uso de lenguajes artificiales o formalismos que constituyen ellos mismos desarrollos en campos más generales como los del razonamiento derrotable y la lógica no-monotónica.

Ahora bien, como hemos dicho previamente el enfoque que mayor influencia ha tenido en los modelos generados por CLT es el llamado “*enfoque pragma-dialectico de la argumentación*” de Van Eemern y Grootendorst. Sin embargo, es momento de profundizar un poco en los presupuestos de dicho enfoque a los efectos de evidenciar la forma en que los modelos dialéctico-procedurales desarrollados por la CLT se distancian de dicho punto de referencia (o elaboran más específicamente alguno de sus aspectos).

El modelo de Van Eemern y Grootendorst está basado en los siguientes cuatro principios denominados “meta-teóricos” por sus exponentes: Externalización, Funcionalización, Socialización y Dialectificación. Walton da cuenta de cada uno de ellos de la forma que sigue:

- “*Externalization* stresses the external and the explicit over the internal and the implicit. It involves focusing on the public commitments of arguers arising from their linguistic activity, rather than their unexpressed private beliefs.<sup>764</sup>
- *Functionalization* stresses the goal-oriented and procedural aspects of argumentation. It involves adopting a process-based, or functional, view of argument over a product-based or structural view. The linguistic activity of argumentation is treated pragmatically as a regulated sequence of purposive speech acts.
- *Socialization* highlights a picture of argumentation which is interactional and has multiple agents, rather than one which is individual and has a passive audience. It involves treating argumentation as a dialogue between two or more parties with distinguishable and opposing positions, each of whom actively participate in the argumentation process.
- *Dialectification* involves treating dialogue moves in a normative context, as attempts to resolve a difference of opinion in accordance with critical norms of reasonableness. This allows evaluative

---

<sup>764</sup> Nótese la compatibilidad entre esta exigencia o principio de “externalización” y el análisis acerca de la actitud proposicional que mejor da cuenta de la emisión de los denominados enunciados probatorios de Ferrer, según el cual, la aceptación de ‘p’ constituye un mejor candidato que la creencia en ‘p’. Véase la sección conducente.

principles to be stated as procedural norms regulating the activity of argumentation, rather than as standards against which a product is later measured....<sup>765</sup>

El enfoque pragma-dialectico ha permitido articular las contribuciones que de manera relativamente separada e incomunicada habían venido haciendo autores ingleses y europeos (Toulmin, Perelman, etc.) y por otro lado, el movimiento de la *Lógica Informal* y del *Critical Thinking* en Canadá y Estados Unidos de Norteamérica, a la teoría general de la argumentación, al punto de que como dicen Walton y Godden, “...its central tenets are even becoming a part of science, as they are increasingly adopted into the standard model of argument used in computing...”<sup>766</sup>

No obstante, pese a la fuerte influencia del enfoque mencionado, los diversos modelos producidos en el seno de la CLT frecuentemente se han distanciado de las pautas originales anteriormente referidas, de modo que algunos de ellos incluyen la participación del juez en el intercambio comunicativo-argumentativo, así como la consideración tanto de reglas procesales típicas de procesos y procedimientos jurídicos, como de criterios contextuales para la evaluación de los argumentos respectivos (a diferencia del enfoque pragma-dialectico, el cual se basa en un modelo normativo ideal de razonabilidad al que denomina “*critical discussion*”, cuyo seguimiento supuestamente garantiza ofrecer al conflicto constituido por la diferencia de opiniones inicial, una solución razonable), mientras que otros hacen énfasis en la elucidación y representación gráfica –mediante *software* especialmente diseñado para tales efectos- de la estructura de la argumentación dialéctica que sustenta la proposición cuya justificación (o grado de aceptabilidad) se analiza.<sup>767</sup>

En este sentido, en el estado actual de la cuestión, no se recurre totalmente al modelo ideal de la “*critical discussion*” como único marco normativo para regular el proceso de argumentación jurídica, ni existe una separación tan tajante entre lo que se ha llamado el “*process-based approach*” y el “*product-based approach*” para el estudio de los argumentos vertidos en la interacción comunicativa (como parece encontrarse en la propuesta original de Van Eemeren). Walton y Godden se refieren a los métodos aludidos del siguiente modo:

“...An argument can be analyzed as a process or a product. Most of us (with a background in formal logic)... are familiar with analyzing and evaluating a given argument as a set of propositions founding a text of discourse one of which is chosen as the conclusion while the others represent premises supposedly supporting that conclusion. We are very familiar with the tools used in the typical logic course to analyze and evaluate such an argument. An argument diagram can be constructed showing an interpretation of the inferences from sets of premises to conclusions as one argument is connected to another. We can use rules from deductive logic, and inductive forms of reasoning, as well as argumentation schemes that aren't either deductive or inductive, to evaluate the strength or weakness of such an argument. Such an analysis represents the view of argument as a product...”<sup>768</sup>

---

<sup>765</sup> Walton, Douglas, and Godden, David, “The Impact of Argumentation on Artificial Intelligence”, *Douglas Walton and David M. Godden, in Considering Pragma-Dialectics, ed. Peter Houtlosser and Agnes van Rees, Mahwah, New Jersey, Erlbaum, 2006, 287-299.*, p. 288.

<sup>766</sup> Idem...

<sup>767</sup> Araucaria, Argu-Med, AVERs, etc...

<sup>768</sup> Walton, Douglas, “Informal Logic and the Dialectical Approach to Argument”, *Douglas Walton and David M. Godden, Reason Reclaimed, ed. H. V. Hansen and R. C. Pinto, Newport News, Virginia, Vale Press, 2007, 3-17*, p. 7.

Y respecto al *process-based approach*, los autores en comento nos dicen que:

“...We can also analyze an argument in a deeper way, by seeing it as a process. The product model sees an argument as static entity, whereas the process model sees it as a dynamic entity that moves through different stages towards a collective goal, based on collaborative conversational postulates that govern how moves are made during the process... You can chose to analyze and evaluate an argument in Esther way...”<sup>769</sup>

Cuando se emplean los denominados “*argument schemes*” para la evaluación de argumentos no deductivos ni inductivos, sino *presuntivos* (también llamados plausibilistas o derrotables) –que son característicos del contexto jurídico- la realización de las llamadas “*critical questions*” se vuelve un asunto crucial (a esto volveremos más adelante con mayor detalle). La realización de estas preguntas constituye un acto discursivo (*speech act*) inherentemente dialéctico (y dinámico), lo cual parece no ajustarse bien con un enfoque tipo “*argument as a product*”. Al respecto Walton sostiene que:

“...From a product point of view argumentation schemes can be seen simply as forms of argument, including familiar deductive forms like modus ponens. However the standard way of evaluating argumentation using schemes involves applying sets of critical questions matching the scheme. *This mode of evaluation is essentially dialectical, because the speech act of asking a question is dialectical, and cannot be accommodated at least straightforwardly, in the product view. However some recent work has suggested that it might be possible to accommodate the asking of critical questions in something like a product view.... On this analysis some critical questions are treated as presumptions of an argument, while others are treated as exceptions to a rule in an argument. The issue is a complex one which has not been resolved with any unanimity yet. But it indicates that the borderline between the illative core of an argument and its dialectical context have not yet precisely been determined at all points...*”<sup>770</sup>

Es precisamente en el desarrollo de software para la representación gráfica (visual) -como el sistema Araucaria<sup>771</sup>- de la argumentación dialectica que sustenta alguna proposición jurídica, que las fronteras entre el “*process-based approach*” y el “*product-based approach*” se han visto diluidas, en la medida en que dichos sistemas han logrado capturar en su ontología, y por ende, en las estructuras argumentativas resultantes, ciertos componentes dialógicos tales como la posibilidad de diferenciar las fuentes de la argumentación que se confronta (*proponent* and *respondent*), así como las *critical questions*, las cuales, como veremos más adelante, son parte esencial del contenido proposicional de cada *argument scheme* y son cruciales en la determinación del peso o apoyo que las premisas particulares de un argumento presuntivo transfieren hacia su conclusión.<sup>772</sup>

---

<sup>769</sup> Idem...

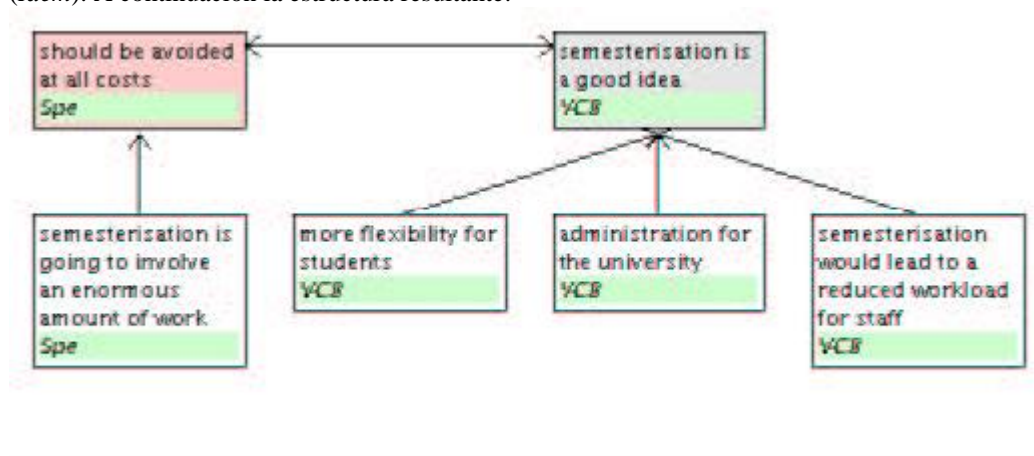
<sup>770</sup> Ibidem, p. 10.

<sup>771</sup> Véase Walton, Douglas, “Araucaria as a Tool for Diagramming Arguments in Teaching and Studying Philosophy” Glenn Rowe, Fabrizio Macagno, Chris Reed and Douglas Walton, *Teaching Philosophy*, 29, 2006, 111-124.

<sup>772</sup> Refiriéndose particularmente al software de diagramación denominado “Araucaria”, Walton comenta lo siguiente: “... Araucaria does support one feature that appears at first blush to be dialectical, the identification of interlocutors with propositions - termed 'Owners' in Araucaria... The very fact that this contrast is expressed indicates a dialectical component. And yet, this is nonetheless a simple monologue which should yield to an analysis based purely on the product...” (Véase Walton, “Argumentation Schemes in Argument as a Process, and Argument as a Product”, *Chris*

A continuación abordaremos el modelo de argumentación jurídica dialectica que de manera informal (en el sentido de estar expresada en lenguaje natural) propone Douglas Walton, sin embargo, es necesario antes recordar el cuadro que muestra los distintos aspectos o capas de la argumentación jurídica que presentamos en la introducción de este trabajo, con base en el cual Prakken *et. al.*, monitorean la forma en que distintas teorías han contribuido a cada una de ellas:

Reed and Douglas Walton, *Proceedings of the Conference Celebrating Informal Logic @25, Windsor, Ontario, 2003*, p. 7). Un ejemplo de la manera en que Araucaria permite identificar la argumentación en función de quién la produce, puede ser el siguiente: “Vice Chancellor Brown has claimed that semesterisation would lead to a reduced workload for staff, more flexibility for students, and simpler administration for the university. It seems to me, however, that semesterisation is going to involve an enormous amount of work and should be avoided at all costs.” (*Idem*). A continuación la estructura resultante:



Otro componentes dialectico (dinámico) que, de acuerdo con Walton, también puede ser representado (incluso mejor comprendido) por medio del empleo de software que produce estructuras argumentativas (estáticas), tiene que ver con la determinación de la “relevancia” de cierto argumento en relación con el contexto más amplio de argumentación en el que se desea ofrecer sustento a una proposición final (*Ultimate probandum*). La idea es que software como Araucaria permite articular las diversas líneas de argumentación, las cuales pueden tener múltiples pasos o estadios intermedios y, en ese sentido, si el argumento específico que se analiza puede incrustarse coherentemente en alguna de estas líneas que canalizan el apoyo probatorio hacia la proposición final (sea la que sostiene el *proponent* o la del *respondent*), entonces dicho argumento es relevante para la cuestión. En este sentido, Walton comenta que: “... The analysis of relevance in argumentation put forward in (Walton, 1999) is dialectical. It assumes that in the case of any argument to be evaluated for relevance, the argument is part of a dialogue. The proponent has a thesis, and has a pro attitude toward that thesis. The respondent has expressed doubt about the truth or acceptability of the proponent’s thesis. *The proponent’s thesis to be argued for provides an aiming point and a direction for the chaining forward of her argumentation. If it appears that her argumentation is moving in a different direction, the logical failure that may be diagnosed is that of dialectical irrelevance....* The method used to determine dialectical relevance of kind described above is called *argument extrapolation* in (Walton, 1999). The method works by *trying to match the given argumentation in the case to an ideal model*. In this ideal model, there is a dialogue, and the proponent of the argument has a conclusion (ultimate thesis) to be proved. But does it do that or not? How successful is it in doing that? *Does it have any potential for success, or is it merely irrelevant? Does it aim somewhere other than the conclusion to be proved? To answer these questions about relevance, the given argument has to be extrapolated forward to get an indication of where it is leading.* It is argued in (Walton, 1999) that this process of argument extrapolation by trying to chain an argument forward to judge where it is leading is the basis of how to determine relevance in a given case. *But what tools do we have in informal logic that could help with a determination? One of the best tools is argument diagramming...*” (Ibidem, p. 11).

Capa Lógica	Capa Dialéctica	Capa Procedural	Capa Heurística
La teoría de Toulmin sobre la estructura general de los argumentos derrotables, la cual se basa en las llamadas “ <i>warrants</i> ”.	La teoría del razonamiento derrotable de Pollock, con especial referencia a sus conceptos de “Undercutter” y de “Rebutter”,	La tradición filosófica que enfatiza el aspecto procedural de la racionalidad: Rawls; Rescher; Habermas; Alexy (en el campo jurídico). La teoría de las diversas clases de diálogos, así como de las transiciones inter-dialécticas de Walton.	La teoría de las estrategias heurísticas de convencimiento en vista de una “audiencia universal de Perelman y Olbrechts-Tyteca.
La teoría de los “ <i>Esquemas Argumentales</i> ”, desarrollada en los trabajos de Kienpointer, Van Eemern, Walton, y Blair. Dicha teoría constituye una extensión de las investigaciones inauguradas por Toulmin en torno a la estructura de los argumentos derrotables.	El modelo abstracto del estatus de los argumentos a partir de la consideración de sus contra-argumentos de Dung; y de Bondarenko et. al.	La <i>Formal Dialectics</i> de Hamblin y de MacKenzie	Las teorías sobre las condiciones de la argumentación persuasiva en el contexto de una negociación de Graus, et. al; y Parsons, et. al.

Podemos decir que la contribución más importante del modelo de Walton, en el área jurídica, se ubica al nivel de las dos primeras capas. En lo que sigue, daremos cuenta de su teoría de los *legal argument schemes*, haciendo énfasis en los *argument schemes* que se aplican al razonamiento probatorio.

## II. LA TEORÍA DE LOS *LEGAL ARGUMENT SCHEMES* DE WALTON

### 1. *Lógica Informal y el criterio RSA*

Walton constituye uno de los autores representativos de la corriente de la *Lógica Informal* (o *LI*), la cual emerge entre las décadas de los setenta y ochenta del siglo pasado en un contexto en el cual por un lado, se acentuaba la insuficiencia de la lógica formal deductiva (proposicional y cuantificacional primordialmente) como una herramienta adecuada para el análisis y evaluación de los argumentos que se producen, en lenguaje natural, en contextos comunes de la vida cotidiana, tales como el debate político, social, en el foro jurídico, etc; y por otro, existía un renovado interés por el estudio de las denominadas falacias informales a partir de su consideración dentro del marco de diversas clases de diálogos.<sup>773</sup>

Los fundadores de esta corriente, Johnson y Blair, definen a LI de la siguiente manera:

“... By “informal logic” we mean to designate a branch of logic whose task is to develop non-formal standards, criteria, and procedures for the analysis, interpretation, evaluation, critique, and construction of argumentation...”<sup>774</sup>

Otra definición que los autores referidos proponen es la siguiente:

<sup>773</sup> Walton, Douglas, “Informal Logic and the Dialectical Approach to Argument”, *Douglas Walton and David M. Godden, Reason Reclaimed, ed. H. V. Hansen and R. C. Pinto, Newport News, Virginia, Vale Press, 2007, 3-17.*

<sup>774</sup> Citado por Walton, Idem.



“...Informal logic is best understood as the normative study of argument. It is the area of logic which seeks to develop standards, criteria, and procedures for the interpretation, evaluation, and construction of arguments and argumentation used in natural language...”<sup>775</sup>

Una de las contribuciones más celebradas de la LI es su criterio para determinar la “*cogency*” o “*goodness*” de un argumento, el cual, a diferencia del criterio de “*soundness*” de la lógica formal, no exige que las premisas empleadas sean absolutamente verdaderas y que estén ligadas a su conclusión mediante pasos inferenciales que instancian reglas formales deductivas (cuyo grado de abstracción es tal que les permite prescindir plenamente del contenido proposicional concreto de las premisas).

El criterio propuesto es conocido por sus siglas en inglés, como “*RSA criteria*” (*Relevance, Sufficient support, Acceptance*), el cual establece que:

- A) las premisas han de ser aceptables (no absolutamente verdaderas);
- B) relevantes para la conclusión en cuestión (lo cual se determina si puede construirse una cadena de inferencias que culmine en la conclusión respectiva, en la conclusión opuesta (*rebutter*), o que sirva para señalar defectos en algún paso inferencial (*undercutter*);
- C) han de proporcionar apoyo o sustento suficiente a la proposición final;
- D) la cual en última instancia, se afirma también sólo con cierto grado de aceptabilidad en función del peso evidenciario o probatorio (*evidential weight*) que las premisas lograron transferir (nótese la compatibilidad de este criterio con el marco explicativo general de la probabilidad lógica de Bacon-Cohen empleado por los autores de la TVRPJ).

Al respecto Walton comenta lo siguiente:

“... The most widely recognized contribution of the informal logic approach... (is) the replacement of the standard of soundness (premise truth + deductive validity) with the RSA standard of argument cogency. *In order to be good, arguments do not require true premises linked to their conclusions by valid inferences; rather, good arguments require premises that are acceptable, premises that are relevant to the conclusion, and premises that provide sufficient support or evidence for the acceptability of the conclusion. Fallacies are explained as the violation of one or more of the RSA criteria...*”<sup>776</sup>

## **2. El criterio RSA, Falacias, Tipología de Diálogos y Esquemas Argumentales.**

En la última frase de la cita podemos percatarnos de la íntima relación que se establece entre la teoría dialéctica de las falacias informales y el criterio RSA, en el sentido de que estamos ante una instancia de razonamiento falaz cuando dicho razonamiento viola alguno de los principios incluidos en el criterio referido.

A este respecto, Walton propone una tipología de diálogos, y desarrolla la teoría de los esquemas argumentales (*argument schemes*) con sus correspondientes *critical questions* –aunque aclaramos que no es el único que ha

---

<sup>775</sup> Idem.

<sup>776</sup> Idem.

realizado contribuciones y posteriores desarrollos a la teoría mencionada- a los efectos de proveer de herramientas para determinar cuándo ha sido violado el requisito de la relevancia y/o el del sustento o apoyo suficiente.

La tipología referida es la siguiente:<sup>777</sup>

TYPE	INITIAL SITUATION	MAIN GOAL	PARTICIPANTS'AIMS	SIDE BENEFITS
1. Persuasion Dialogue	Conflicting points of view	Resolution of such conflicts by verbal means	Persuade the other(s)	Develop and reveal positions Build up confidence Influence onlookers, Add to prestige
2. Negotiation	Conflict of interests & need for cooperation	Making a deal	Get the best out of it for oneself	Agreement, Build up confidence Reveal position Influence onlookers Add to prestige
3. Inquiry	General ignorance	Growth of knowledge & agreement	Find a "proof" or destroy one	Add to prestige Gain experience Raise funds
4. Deliberation	Need for action	Reach a decision	Influence outcome	Agreement Develop & reveal positions Add to prestige, Vent emotions
5. Information seeking	Personal Ignorance	Spreading knowledge and revealing positions	Gain, pass on, show, or hide personal knowledge	Agreement Develop & reveal positions Add to prestige, Vent emotions
6. Eristics	Conflict & antagonism	Reaching a (provisional) accommodation in a relationship	Strike the other party & win in the eyes of onlookers	Agreement Develop & reveal positions Gain experience, Amusement Add to prestige, Vent emotions

A continuación presentamos el cuadro que muestra a cada categoría de diálogo vinculada con sus sub-categorías correspondientes:<sup>778</sup>

<sup>777</sup> Walton, Douglas, "Types of Dialogue, Dialectical Relevance, and Textual Congruity", *Douglas Walton and David M. Godden, Reason Reclaimed, ed. H. V. Hansen and R. C. Pinto, Newport News, Virginia, Vale Press, 2007, 3-17.*

<sup>778</sup> Idem.

TYPE	SUBTYPES	TYPE	SUBTYPES
<b>1. Persuasion Dialogue</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Dispute</li> <li>- Formal discussion</li> <li>- Discussion of proposals</li> </ul>	<b>4. Deliberation</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Means-ends discusión</li> <li>- Discussion of ends</li> <li>- Board meeting</li> </ul>
<b>2. Negotiation</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Bargaining</li> <li>- Making a package deal</li> </ul>	<b>5. Information-Seeking</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Expert consultation</li> <li>- Didactic dialogue</li> <li>- Interview</li> <li>- Interrogation</li> </ul>
<b>3. Inquiry</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Scientific research</li> <li>- Investigation</li> <li>- Examination</li> </ul>	<b>6. Eristics</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Eristic discussion</li> <li>- Quarrel</li> </ul>

La idea es que cada categoría (y sub-categoría) de la tipología presentada funciona como un marco normativo que regula el intercambio de los actos discursivos que en él tienen lugar en congruencia con el objetivo de cada clase de diálogo. En este sentido, existen patrones de razonamiento o *argument schemes* que constituyen “jugadas” (*moves*) permitidas y otros que están prohibidos. De este modo, puede determinarse la *relevancia* de un acto discursivo específico verificando si aquel corresponde al catálogo de jugadas permitidas (el marco dialógico que supuestamente se ajusta a las prácticas jurídicas es el denominado “*persuasion dialogue*”, respecto del cual se han planteado variaciones como el “*Adjudication Dialogue*” de Prakken). Al respecto, Walton sostiene que:

“... The idea of types of dialogue can be considered the core of the new dialectical theory of fallacies, intended as moves that can be acceptable in certain contexts of dialogue, but unacceptable in others. *Dialogue types, according to the new dialectical theory, are normative frameworks characterized by specific rules and representing different types of interactions. A move can fulfill the purpose of a dialogue type, or comply with its rules, but in another dialogical context it would not be constructive for the purpose of the dialogue. Dialogue types, whose basis were mentioned in Aristotle’s Organon, can be conceived as tools to evaluate the relevance of a move...*”<sup>779</sup>

El autor en comento sostiene que puede haber transiciones o *shifts* de un diálogo a otro en los contextos comunicativos prácticos. Las transiciones referidas pueden ser *repentinas*, en las cuales el viraje hacia el nuevo diálogo nada tiene que ver con el anterior, o bien, *graduales* en la medida en que el tipo de diálogo subsecuente (producto de la transición) mantiene todavía relación con el primero.<sup>780</sup>

Así mismo, pueden haber transiciones lícitas e ilícitas: Las primeras contribuyen de manera constructiva a que se logre el objetivo de la interacción comunicativa en cuestión; mientras que las segundas no realizan tal contribución. En este sentido, Walton comenta que:

<sup>779</sup> Walton, Douglas, “Types of Dialogue, Dialectical Relevance, and Textual Congruity”, *Douglas Walton and David M. Godden, Reason Reclaimed, ed. H. V. Hansen and R. C. Pinto, Newport News, Virginia, Vale Press, 2007, 3-17, p. 14.*

<sup>780</sup> *Ibidem*, p. 5.

“... Dialectical shifts can be licit or illicit. In the licit shifts, the second dialogue is functionally related to the first dialogue. *In this case, the second dialogue is embedded in the first one, because it helps the first dialogue to move along constructively.* For instance, negotiation dialogues often shift to persuasion dialogue, such as in case of divorce dispute mediation. In these types of negotiation, the shift to a persuasion dialogue on themes like child custody allows the participants to evaluate the situation and to make the most reasonable deal. On the contrary, the dialogue might shift to a quarrel, in which the two parties counter-blame each other. In this case, however, *the shift is not constructive for the purpose of the interaction, but prevents the deal from being made.* Embeddings can occur in case the main dialogue comes to a deadlock, or to a point in which persuading the initial interactive goal would not lead to any result...”<sup>781</sup>

La detección de transiciones ilícitas constituye también un caso en el que se viola el principio de relevancia del criterio RSA. Algunos ejemplos que el autor nos ofrece son los siguientes:

- A) “... *Ad hominem* arguments are arguments typical of eristic discussions, in which personal attacks are common and acceptable. *However, when used in a debate or a critical discussion, they are highly inappropriate. They shift the dialogue into a quarrel.* In (Walton 1993, p. 96) *ad hominem* fallacies are analyzed as illicit dialogical transitions...”
- B) Consider the fallacy *ad verecundiam* (how can you deny this? Do you think you know this argument better than doctor X?) can be considered an illicit transition from persuasion dialogue to expert consultant (information seeking) dialogue.
- C) *Ad ignorantiam* arguments (I have no proofs that x is false, therefore x is true) are reasonable patterns of reasoning typical of an inquiry, but fallacious in most cases of deliberation dialogue...”<sup>782</sup>

Con base en lo anterior, Walton sostiene que muchas de las falacias comúnmente conocidas pueden constituir patrones de razonamiento “correcto” o “aceptable”, aunque claro, derrotable, si es el caso que el marco dialógico regulativo que se emplea como análisis del intercambio comunicativo respectivo, los contempla como una jugada permitida que promueve la obtención de los objetivos propios del tipo de diálogo en cuestión. En este sentido, el autor en comentario sostiene lo siguiente:

“... The traditional logic textbooks mainly treated these forms of argumentation (like argument from expert opinion, *ad hominem* argument, argument from analogy, argument from correlation to cause, etc...) under the heading of informal fallacies, but more and more research in argumentation/informal logic is supporting the theory that *they are not always fallacious* (Hansen and Pinto, 1995), *and the view that in many instances, they are reasonable but defeasible arguments...*”<sup>783</sup>

Ahora bien, una vez determinada la relevancia de la jugada argumentativa respectiva mediante la ayuda de la tipología de diálogos y el arsenal de esquemas argumentales (tema que abordaremos con más precisión posteriormente) disponible a la manera de jugadas permitidas, surge otra forma de emplear dichos esquemas, pero esta vez, al efecto de verificar la satisfacción del requisito relativo al apoyo o sustento suficiente (*sufficient support*) —no absoluto e irrefutable— del criterio RSA.

---

<sup>781</sup> Idem.

<sup>782</sup> Idem.

<sup>783</sup> Walton, “Defeasible Reasoning and Informal Fallacies”, p. 5, en <http://www.dougwalton.ca/papers%20in%20pdf/09DefFall.pdf>.

La satisfacción o no de esta condición (y recordemos que si la determinación es negativa nos encontramos ante una instancia de razonamiento falaz), se establece por un lado, mediante la realización de las denominadas *critical questions* asociadas a cada esquema argumental, y de otro verificando si la convergencia de la instancia del esquema en cuestión más otras instancias del mismo o de otro esquema, es suficiente al efecto de transferir el apoyo requerido en el contexto práctico de que se trate (generalmente una secuencia de razonamiento que instancia algún esquema argumental es en si mismo, insuficiente para transferir el peso probatorio requerido). Como veremos más adelante, las preguntas críticas forman parte del contenido proposicional del esquema en cuestión, cada una de las cuales es clasificada como una *ordinary premise*, una *assumption*, o una *exception*, lo cual tiene repercusiones en términos de distribución de cargas probatorias.

Walton realiza una correlación entre los patrones de razonamiento comúnmente aludidos como falaces y un conjunto de esquemas argumentales que pueden ser empleados a los efectos de determinar, tanto si corresponden a un catálogo permitido de jugadas (de acuerdo con el marco dialógico regulativo de referencia), como si satisfacen o no la cuota o dosis de apoyo suficiente en términos del *evidential weight* que transfieren hacia su conclusión. En este sentido, nos comenta que:

“... The formal and inductive fallacies, like affirming the consequent and arguing from too small a sample to a generalization, can be analyzed with deductive and inductive forms of reasoning familiar to formal logicians. However, of the major informal fallacies, the following twelve need to be analyzed with defeasible argumentation schemes of the sort that can be found in (Walton, Reed and Macagno, 2008, chapter 9).

1. *Ad Misericordiam* (Scheme for Argument from Distress, 334)
2. *Ad Populum* (Scheme for Argument from Popular Opinion and its subtypes, 311)
3. *Ad Hominem* (*Ad Hominem* Schemes; direct, circumstantial, bias, 336-338)
4. *Ad Baculum* (Scheme for Argument from Threat, 333; Fear Appeal, 333)
5. Straw Man (Scheme for Argument from Commitment, 335)
6. Slippery Slope (Slippery Slope Schemes; four types, 339-41)
7. *Ad Consequentiam* (Scheme for Argument from Consequences, 332)
8. *Ad Ignorantiam* (Scheme for Argument from Ignorance, 327)
9. *Ad Verecundiam* (Scheme for Argument from Expert Opinion, 310)
10. *Post Hoc* (Scheme for Argument from Correlation to Cause, 328)
11. Composition and Division (Argument from Composition, 316; Division, 317)
12. False Analogy (Scheme for Argument from Analogy, 315)

De este modo, una secuencia de razonamiento (derrotable) es potencialmente una falacia, y a la vez instancia de algún esquema argumental válido. El contexto (marco dialógico) en que dicho razonamiento ocurre como acto discursivo propuesto a los efectos de que el oponente acepte la conclusión respectiva, constituye el factor determinante del carácter de dicho razonamiento (argumento) para la interacción comunicativa en que tuvo (o tiene) lugar. Al respecto, Walton comenta que:

“... An important general factor in evaluating arguments pragmatically is that an argument can be quite correct or reasonable as used in one type of dialogue, but the same argument could be fallacious when used in a different type of dialogue. In other words, there are different types of dialogue that can function as contexts for the use of argumentation...”<sup>784</sup>

### 3. Antecedentes de la Teoría de los Esquemas Argumentales

Ahora bien, el antecedente más remoto de la teoría de los esquemas argumentales se remonta a la *Tópica* de Aristóteles (*Topoi*).<sup>785</sup> Sin embargo, debemos a Hastings la noción moderna del término en el sentido de usar las preguntas críticas asociadas a cada esquema como mecanismo de evaluación del peso que las premisas transfieren a la conclusión, así como la primera identificación y análisis sistemático del conjunto de esquemas argumentales derrotables más comunes. En línea con lo anterior, Walton comenta que: “... *Hastings (1963) must be credited with presenting the first systematic identification and analysis of many of the most common defeasible argumentation schemes, and for presenting them in a format that enables them to be evaluated as arguments. Hastings presented a set of critical questions matching each scheme. With each scheme Hastings presented one premise as a conditional formulated as a Toulmin warrant, including (with this) the defeasible nature of argumentation...*”<sup>786</sup>

---

<sup>784</sup> Walton, Douglas, *Legal Argumentation and Evidence*, Pennsylvania State University Press, 2002, p. 164...

<sup>785</sup> Como explica Walton, en aquella época el énfasis era puesto en la *loci* de un argumento, es decir, en la *maxima propositio*, de aceptación generalizada, que daba lugar a la generación de argumentos, pero no en la forma en que en la práctica (en la argumentación real) era empleada, ni en la forma en que podía ser evaluada en casos específicos al efecto de verificar el apoyo que transfería a la conclusión concreta. En este sentido, el autor en comentario nos dice que: “... In the ancient tradition, the focus of the studies was limited to the *locus*. The locus of an argument is the proposition upon which the argument is based and is the proposition that is accepted by everyone (*maxima propositio*). Modern theories, in their study on argument schemes, comprehend not only what was traditionally thought of as *topoi* or *loci*, but also the use of *topoi* or *loci* in actual argumentation... In Aristotle, *topoi* have the twofold function of proof and invention, that is, they are regarded as points of view under which a conclusion can be proved true or false, and as places where arguments can be found...”, Véase, Walton, “Argumentative Reasoning Patterns”, *Fabrizio Macagno and Douglas Walton, Proceedings of 6th CMNA (Computational Models of Natural Argument) Workshop, ECAI (European Conference on Artificial Intelligence), Rivadel Garda, Italy, August 28 - September 1, Trento, Italy, University of Trento, 2006, 48-51.*

<sup>786</sup> Véase Walton, “How to Evaluate Argumentation using Schemes, Diagrams, Critical Questions, and Dialogues”, *Studies in Communication Sciences, Argumentation in Dialogic Interaction, ed. Marcelo Dascal, Frans H. van Eemeren, Edo Rigotti, Sorin Stati and Andrea Rocci, Special Issue, June 2005, 51-74, p. 53.* En otra parte, Walton sostiene que: “... Aristotle did not define the notion of topic. But two uses of topics have been seen as central, by commentators. The first use of topics is called invention (Kienpointner, 1997). According to this use, the function of a topic is to help an arguer search around to find an argument she can use, by selecting from among the various topics, or commonly used types of arguments. The second use, which tended to be stressed by later medieval commentators, is the guaranteeing or warranting function (Kienpointner, 1992, p. 226). According to this use, the topic can be used to find the warrant needed to support the inference from the premises to the conclusion of a given argument. The second use seems more like a logical function, while the first use seems to be more of a rhetorical function... Leff (1983) observed that the connections made by the topics are relative to the arguments addressed, and are varied with reference to social knowledge shared by a speaker and hearer. But the framework needed to verify or rationally support an argument on this basis has, in the past, seemed beyond our reach. Logical positivism, a view that was popular during the development of deductive logic in the early twentieth century, would dismiss such a view of argument as subjective. Thus the topics always seemed very interesting, but elusive and mysterious. They were never really useful as a set of analytical tools that could be effectively used either in logic or rhetoric. The resources for showing how topics could be used for either the invention or the warranting function were unavailable. That is changing now, as recent research (Rigotti, 2007) is taking a closer look at the topics to see how they could be refashioned and integrated with the latest developments in argumentation theory...” Walton, “Enthymemes,

#### 4. Toulmin y su esquema general de razonamiento presuntivo

No obstante, el esquema argumental de razonamiento presuntivo más abstracto y en ese sentido, el haber retomado la importancia de la argumentación no deductiva, ni inductiva, que se produce en contextos cotidianos de interacción comunicativa (la cual hace uso de premisas que no son absolutamente verdaderas, sino aceptables en cierto grado), lo debemos a Stephen Toulmin, quien en la década de los cincuenta escribiera su “*The Uses of Argument*”.<sup>787</sup>

En su esquema (que a continuación presentaremos), Toulmin destaca la importancia del empleo de *generalizaciones derrotables* como los componentes cruciales que permiten la realización de la inferencia falible respectiva a partir de otra(s) proposición(es) que afirma(n) las condiciones de la generalización referida. Este componente crucial es denominado “*Warrant*”, el cual, de acuerdo con su calidad epistémica, transfiere diversos grados de sustento o apoyo a la conclusión en cuestión.

Por su parte, la determinación de la calidad epistémica (del fundamento) de cada *warrant* depende de las razones en que aquella, a su vez, se sustenta. Toulmin llama a estas razones el “*Backing*” con que cuenta cada generalización derrotable.

Así mismo, dada la falibilidad de la inferencia, precisamente debido al empleo de las diversas *warrants* disponibles como base de la misma, el autor mencionado introduce otro elemento fundamental del esquema, a saber, las condiciones que impedirían que se obtenga la conclusión (elemento al que denomina *Rebuttal*), introduciendo con ello, el germen de los controles para el escrutinio de la validez de la *warrant* conocidos como *critical questions* de los esquemas argumentales.. Al respecto, Walton menciona que:

“...He (Toulmin) can be considered the first in the theory of argumentation to take into consideration the defeasible generalization used as the step between the Ground (or Data) and the Conclusion of an argument. To analyze this step, Toulmin introduced the concept of warrant, which he saw as a hypothetical statement that can be subject to defeat in some cases acting as a bridge or link between the two poles. The warrant can be considered as representing the reasons behind the inference, the backing that authorizes the link... Warrants have different natures and support conclusions with different strengths. Furthermore, he introduces the Qualifier representing the degree of force of the inferential link (necessarily, probably, etc.) and showing that the inference is defeasible because the link can fail to hold in some cases. Thus in his scheme other two factors are prominent: the Rebuttal, the exceptional conditions that might defeat the conclusion and the Backing, the assurances we have or we can provide to support our inferential passage...”<sup>788</sup>

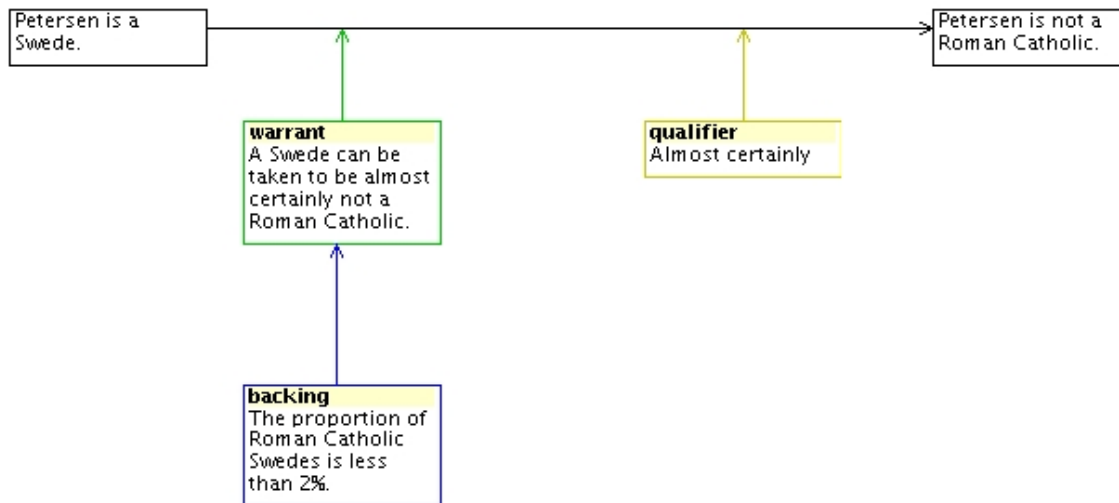
---

Argumentation Schemes, and Topics”, *Proceedings of the Workshop W5: Computational Models of Natural Argument, Twenty-First International Joint Conference on Artificial Intelligence, Pasadena, 2009*, 49-56.

<sup>787</sup> La contribución de este autor es más valiosa a la luz del contexto en que se produjo, en el cual el positivismo y el deductivismo estaban de moda. En este sentido, Walton comenta que: “... we can see how Toulmin was a man well ahead of his time. During the heyday of positivism, in which only deductive reasoning and inductive reasoning of the Bayesian kind were recognized as forming rational arguments of an objective kind that can command assent, Toulmin boldly set out a paradigm of rational argument that was defeasible, opening the way to the study of argumentation schemes that are not well cast into deductive or inductive form...” Véase Walton, “Argument Diagramming in Logic, Law, and Artificial Intelligence”, *Chris Reed, Douglas Walton and Fabrizio Macagno, Knowledge Engineering Review*, 22, 2007, 87-109.

<sup>788</sup> Idem.

A continuación presentamos el esquema de Toulmin:



### 5. Warrants y Entimemas

Como explica Walton, al introducir la noción de *warrant* como un elemento básico de este esquema argumental de razonamiento presuntivo abstracto, Toulmin vuelve a traer a la escena la importancia del concepto de *entimema*, es decir, un argumento en el cual, alguna de sus premisas permanece implícita. En este caso, se trata de la premisa *warrant*.

En un artículo reciente,<sup>789</sup> Walton hace referencia al debate que en la actualidad se mantiene en torno al concepto de “*entimema*” originalmente propuesto por Aristóteles. La postura tradicional sostiene que dicha expresión hace referencia a un argumento que instancia la forma de un silogismo categorial, en el que alguna de sus premisas permanece implícita.

Este es el sentido que atribuimos a “entimema” (aunque no refiriéndonos a un silogismo categorial-deductivo) en el párrafo precedente. Pese a que, en efecto, las *warrants* de las que habla Toulmin suelen permanecer implícitas,<sup>790</sup> hay sin embargo otro sentido de la expresión en comento –que supuestamente se ajusta mejor al sentido original

<sup>789</sup> Walton, Douglas, “Enthymemes, Argumentation Schemes, and Topics”, *Proceedings of the Workshop W5: Computational Models of Natural Argument, Twenty-First International Joint Conference on Artificial Intelligence, Pasadena, 2009*, 49-56.

<sup>790</sup> Véase la sección correspondiente de TVRPJ.



propuesto por Aristóteles- que también nos interesa, el cual emplearemos para entrar de lleno al tema del carácter presuntivo de las inferencias basadas en el empleo de *warrants* falibles.

En este orden de ideas, para la que Walton identifica como postura inclusiva, la expresión “entimema” denota a una inferencia basada en el empleo de una generalización derrotable que reporta alguna clase de regularidad, la cual normalmente persiste, aunque está sujeta a excepciones. Haciendo referencia específica a autores de la denominada postura inclusiva, Walton sostiene que:

“...Hamilton argued that you can have an Aristotelian syllogism, for example one based on argument from sign, where the inference from the premises to the conclusion is not logically necessary. *An enthymeme, on this view is a kind of syllogistic-like inference based on a warrant stating that something generally appears to be true, subject to exceptions...*”<sup>791</sup>

Joseph sostiene algo similar a Hamilton como se ve en la siguiente cita:

“...Joseph, like Hamilton, thought that Aristotle was referring to a kind of inference based on a defeasible generalization, one that can be defeated by exceptions. According to Joseph..., *eikos* is a general proposition true only for the most part, such as that raw foods are unwholesome. Eikotic generalizations are subject to exceptions, Joseph argued, and eikotic (enthymematic) inferences based on them hold only tentatively. Joseph... cited arguments used in medical diagnosis as examples of enthymemes in the proper sense meant by Aristotle. The symptoms point eikotically to a diagnosis as conclusion of an inference, but the eikotic inference can be defeated when new test results come in...”<sup>792</sup>

Autores como Bitzer nos dan la clave acerca de la razón que podría explicar por qué la postura tradicional le atribuye a “entimema” el sentido arriba mencionado. El punto es que, dado que la producción de argumentos para Aristóteles tenía una función retórica y, en ese sentido, siempre se consideraban dirigidos a cierta audiencia, no es necesario explicitar cada paso del argumento, sobre todo cuando se apela al “conocimiento común” (sujeto a excepciones claro) respecto a cuestiones prácticas. El que la audiencia respectiva “rellene” (algunas de) las lagunas que el orador va dejando en su discurso, constituye pues, una expectativa legítima para él, y una actividad común de la audiencia (y de cualquier interlocutor en la mayoría de los contextos de interacción discursiva).<sup>793</sup> En este sentido, Walton comenta que:

---

<sup>791</sup> Walton, Douglas, “Enthymemes, Argumentation Schemes, and Topics”, *Proceedings of the Workshop W5: Computational Models of Natural Argument, Twenty-First International Joint Conference on Artificial Intelligence, Pasadena, 2009*, 49-56.

<sup>792</sup> Idem

<sup>793</sup> De hecho, lo anterior es compatible con uno de los postulados conversacionales propuestos por Grice (cuya teoría ha tenido gran influencia en la confección de las reglas generales que regulan al tipo de diálogo conocido como “discusión crítica” y, en términos generales, en la propuesta de evaluación pragmática y dialéctica de la argumentación cotidiana del enfoque pragma-dialéctico), según el cual, el participante en un intercambio conversacional debe contribuir a éste de modo que no informe de más a su interlocutor. En este sentido Walton comenta que: “... Grice cites other conversational postulates: “Do not make your contribution more informative than is required”; “Do not say what you believe to be false”. All these conversational postulates are governed by what Grice calls CP or conversational principle: “Make your conversational contribution such as is required, at the stage at

“...In Bitzer's view... *enthymemes are jointly produced by an arguer and the audience or respondent to whom the argument is addressed. On this interpretation, what essentially characterizes an Aristotelian enthymeme is a kind of common knowledge, often a practical grasp of the way things normally go in common situations, shared by the speaker and audience...*”<sup>794</sup>

## 6. Warrants y Razonamiento Plausibilista (o Presuntivo)

Ahora bien, el empleo de generalizaciones derrotables -denominadas *warrants* en el esquema de Toulmin- como la base para la realización de inferencias, actualmente es reconocido como un tipo de razonamiento *sui generis* al que Rescher ha dado en llamar “*razonamiento plausible*” (*plausible reasoning*), el cual difiere de las inferencias extraídas de generalizaciones universales y probabilísticas que fundan respectivamente, inferencias deductivas e inductivas. En este sentido, Walton sostiene lo siguiente:

“...The earliest serious and systematic attempt to give a structural account of a third type of reasoning distinct from deductive and inductive reasoning was that of Nicholas Rescher... Rescher gave a set of formal rules or a kind of reasoning he called plausible reasoning... The key rule states that in a plausible inference, the conclusion must have at least as great a plausibility value as the least plausible premise. *According to Rescher plausible inference is distinctively different in kind from probable inference (of the familiar kind, based on statistics), and cannot be reduced to probable inference... One key difference is the negation rule; it is possible that both a proposition and its negation can be highly plausible. In contrast, in the probability calculus, the probability value of a proposition A is calculated to be that of 1 minus A...*”<sup>795</sup>

Profundizando en la diferencia que existe entre el razonamiento plausible en contraste con el deductivo y el inductivo, Walton plantea el ejemplo de la generalización “los pájaros vuelan”. Al respecto, el autor en comento menciona lo siguiente:

“Let's say we let the predicate letter *F* stand for the property of being a bird, and the predicate letter *G* stand for the property of being something that flies. Then the universal generalization 'All birds fly' may be represented as having the following logical form.

$$(GU): (\forall x)(Fx \supset Gx)$$
<sup>796</sup>

Dicha generalización pueden emplearse como premisa mayor en una inferencia silogística deductivamente válida del modo que sigue:

---

which it occurs, by the accepted purpose or direction of the talk exchange in which you are engaged”...” Walton, Douglas, *Legal Argumentation and Evidence*, Pennsylvania State University Press, 2002, p. 155.

<sup>794</sup> Ibidem, p. 10.

<sup>795</sup> Ibidem, p. 109...

<sup>796</sup> Walton, Douglas, “Rethinking the Fallacy of Hasty Generalization”, *Argumentation*, Vol. 13, 1999. pp. 161-182.

(DI):  $(\forall x)(Fx \supset Gx)$

*Fa*

---

*Ga*

Como explica Walton, "... this inference is deductively valid in the sense that it is logically impossible for the premises to be true while the conclusion is false. For example, suppose that all birds fly and that Tweety is a bird. It follows (by valid deductive reasoning) that Tweety flies... If interpreted as a universal generalization,... the statement is falsified by a single counter-example. For instance, if one example of a bird that does not fly is found, then it follows that the universal generalization 'All birds fly' is false..."<sup>797</sup>

Si interpretamos la generalización del ejemplo como una de carácter inductivo del tipo "la mayoría de los pájaros vuela", "88 % de los pájaros vuela", etc., y contamos con la premisa adicional de que Tweety es un pájaro, podemos concluir que Tweety vuela (sobre la base de una inferencia inductiva sólida).

En efecto, es lógicamente posible que las premisas mayor y menor sean verdaderas y que la conclusión resulte falsa. Sin embargo, es improbable (con un grado entre 0 y 1) que se de esta situación, es decir, es improbable que encontremos un contra-ejemplo. De encontrarse más contra-ejemplos de los predichos por la base inductiva de la generalización, el apoyo inferencial que transmite a la conclusión disminuye.

Por su parte, si la generalización del ejemplo ("los pájaros vuelan") es interpretada como una de tipo derrotable (presuntivo o plausible), ésta expresa sólo la *expectativa legítima* de que si algo es un pájaro entonces vuela. La razón que legitima la expectativa referida es que "*normalmente*" las cosas son del modo en que lo expresa la generalización. Sin embargo, el hecho de que en nuestra experiencia cotidiana las cosas normalmente se desenvuelvan de acuerdo con el contenido de estas generalizaciones presuntivas, no excluye la posibilidad de que en los casos concretos, ésto no ocurra así, es decir, inherentemente están sujetas a excepciones en las instancias particulares de aplicación.

En este sentido, a diferencia de las generalizaciones deductivas e inductivas, podemos decir que las presuntivas o plausibles aspiran a un ámbito de aplicación menos ambicioso que las anteriores. Como vimos en el capítulo precedente,<sup>798</sup> la expresión "normalmente" suele implicar una gama amplia de matices en términos de adverbios de frecuencia difusos ("con frecuencia", "en algunas ocasiones", "suele ser", "en muchos casos", "la tendencia general es", etc.). La mayor o menor extensión del ámbito de aplicación de estas generalizaciones, es decir, su grado de susceptibilidad a ser contraejemplificadas, es función, a su vez, de su grado de fundamentación cognoscitiva.

---

<sup>797</sup> Idem.

<sup>798</sup> Véase sección correspondiente.

En este punto es conveniente recordar los ejes de *generalidad*, *confiabilidad*, el eje de *origen*, así como el de *comunalidad*, en los que puede ubicarse a las distintas generalizaciones presuntivas, propuesto por Anderson et. al.<sup>799</sup> El desempeño de las generalizaciones presuntivas en términos de su posicionamiento en algún punto de los espectros o ejes mencionados determina su grado de fundamentación, y en ese sentido, su grado de susceptibilidad a la contraejemplificación, o bien, su ámbito de aplicación.

En lo que respecta a los ejes de confiabilidad y de origen, es conveniente recordar que, como también hemos visto en el capítulo anterior, el surgimiento de gran parte de las generalizaciones presuntivas -que conforman, junto con otros elementos, el acervo o “*stock*” de conocimientos y recursos cognitivos de una persona, suele ser gestionado por lo que ha dado en llamarse el “*Inconsciente Adaptativo*” (IA). En este sentido, su estatus corresponde al de dispositivos *heurísticos* vinculados a la actividad que, desde etapas muy tempranas en nuestra vida, desplegamos en términos de (tratar de) imponer orden al caos informativo en que emergemos y en términos de detectar patrones.

Como heurísticos, estos dispositivos no garantizan el éxito en todas las situaciones, de hecho, son formulados como parte de una estrategia de *ensayo-error* (como un recurso de economía cognitiva), cuya puesta en marcha permite ir sorteando los problemas que emrgen en nuestra interacción cotidiana con el mundo, sometiéndolos frecuentemente a revisiones y adaptaciones. Son empleados pues, como tenues luces que alumbran contextos de incertidumbre e información incompleta.

Así mismo, suele ser el caso que la argumentación realizada sobre la base de una de estas generalizaciones presuntivas es insuficiente para transferir el apoyo o sustento adecuado para la aceptación de las proposiciones en cuestión. En este sentido, suele requerirse que sea tomado en cuenta el efecto global de sustento que resulta de la consideración de múltiples líneas argumentativas derrotables. Al respecto, Walton comenta que:

“... A weight of plausibility in favor of a proposition's being acceptable only gives a tentative reason for accepting that proposition, subject to doubt and subject to potential retraction. *A weight (of plausibility) is generally a samll amount of evidence that is not very significant in itself, but that taken together with a larger body of evidence, tilts the burden of Prof. to one side or the other on a balance of considerations...*”<sup>800</sup>

Por otro lado, Walton sostiene que una diferencia más entre el razonamiento plausibilista y el inductivo (o probabilista) tiene que ver con los requerimientos dialecticos vinculados a cada uno de los casos. Así, las generalizaciones alcanzadas por métodos inductivos constituyen un acto discursivo del tipo “*aseveración*” (*assertion*). De acuerdo con Walton, este acto discursivo trae aparejada la obligación de desahogar la carga de la prueba, mientras que dicha carga se tranfiere al interlocutor cuando se trata del acto discursivo de proponer ‘p’ como plausible. En este sentido, el autor en comentario nos dice lo siguiente:

---

<sup>799</sup> Anderson et. al, *Analysis of Evidence*, Cambridge University Press, 2005, pp. 102-103, 265-266.

<sup>800</sup> Walton, Douglas, *Abductive Reasoning*, University of Alabama Press, 2005, p. 142.

“... Plausibility is often thought to be the same as probability (in the sense in which this alter term is taken to be used by statisticians). But... the two ways of rating the strength of evidence are inherently different.... If you claim that a proposition is probable true, then there is a burden of proof attached, because you have asserted that the proposition is (probable) true. *Once you assert a proposition, you are obliged to back up your assertion with some appropriate proof or justification, if it is questioned or doubted by the person or audience you made the assertion to. But if you only claim that a proposition is plausibly true, there is no burden of proof attached. Instead, the proposition is only set in place as a presumption that has been offered as a hypothesis, or provisional assumption, and the burden is on the respondent to give a reason for not making the presumption if, for some reason he does not want to accept it. So... the dialectical requirements for the reasonable acceptance of the two kinds of speech acts are quite different... At any rate, to say something like a proposition is plausible is roughly equivalent to saying that it appears to be true, but it could possibly be false...*”<sup>801</sup>

Aún otra diferencia con el razonamiento probabilista es que el de corte plausibilista no requiere de una metodología matemática para atribuir grados de probabilidad de que la proposición en cuestión sea verdadera (a la manera de la denominada probabilidad subjetiva basada en la aplicación del teorema de Bayes).

La idea es que en los contextos prácticos que demandan la elección de un curso de acción, muchas veces se toma la decisión correspondiente con base en *pesos de confianza intuitivos* (“*confidence values*”) considerando la información disponible al momento, en lugar de realizar cálculos matemáticos para determinar si está justificado o no incrementar el grado o intensidad de la creencia racional en alguna proposición partiendo de información acerca de la frecuencia estadística en que ocurre el hecho expresado en la misma (recuérdese el carácter heurístico de las generalizaciones presuntivas al que hicimos referencia anteriormente). A este respecto, Walton sostiene que:

“... But the idea of plausibility does not require that there be some way of calculating the chances of whether this proposition is true or not. Plausibility is based on the practical idea that sometimes it is necessary –in order to go ahead with doing something that needs to be done- to definitely accept a particular proposition or to reject it. So one’s acceptance (or rejection), in such a case, is based on the purpose of one’s actions and how careful or cautious one needs to be. In many cases of a kind we encounter every day, it is better to balance up the weights of what appears to be the case for and against a proposition’s being true. Then by supposition, the best decision may be to go with a plausible hypothesis, even if it is just an intelligent guess, which could turn out to be wrong. So, plausibility is based on what appears to be the case, and then making guesses on how to proceed, based on what one can tell (as far as one can tell) from these appearances... Probability takes a set of exclusive and exhaustive set of alternative propositions and distributes a fix amount (unity) across the set, based on the internal contents of each proposition being considered.... Plausibility is best measured by course scale “confidence values” that seems to be good enough to decide actions, but are different from probability values...”<sup>802</sup>

Ahora bien, el razonamiento plausibilista propuesto por Rescher como un razonamiento *sui generis*, también ha dado en llamársele razonamiento *presuntivo*. De acuerdo con Walton, pueden realizarse dos caracterizaciones, complementarias entre sí, de este razonamiento. Por un lado, haciéndose alusión a su estructura lógica, y por otro, a sus implicaciones en el contexto de un intercambio conversacional (o diálogo).

Uno de los primeros intentos por develar la estructura lógica del razonamiento presuntivo lo encontramos, según Walton, en el trabajo de Ullman-Margalit, al respecto de quien Walton comenta que:

---

<sup>801</sup> Walton, Douglas, *Legal Argumentation and Evidence*, Pennsylvania State University Press, 2002, pp. 110-111.

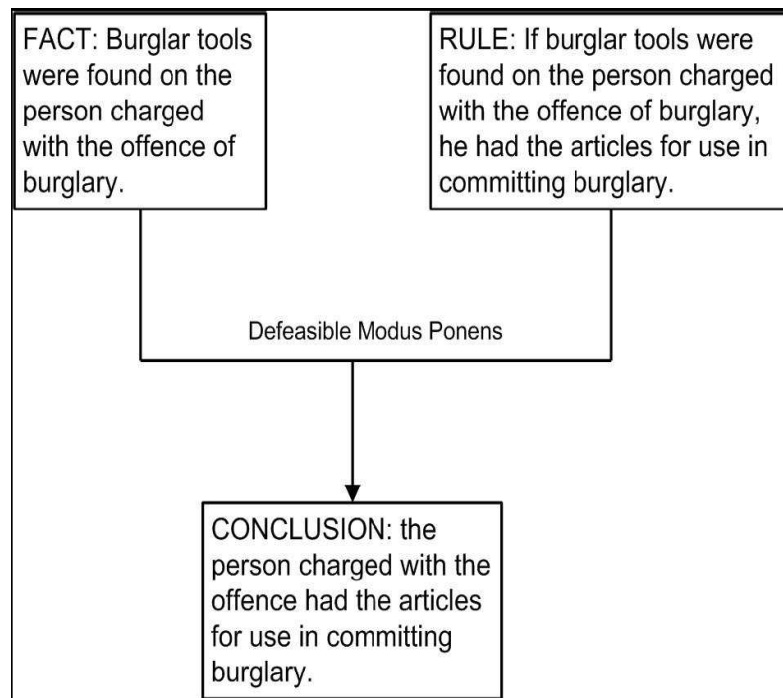
<sup>802</sup> *Ibidem*, 111-112.

“... The outcome of her analysis was to define presumption in terms of the characteristic sequence of reasoning from premises to a conclusion. There are three parts to the form of inference defining the sequence...”

- A) The first part is the presence of the presumption raising fact in a particular case at issue.
- B) The second part is the presumption formula which sanctions the passage from the presumed fact to a conclusion.
- C) The conclusion is that a proposition is presumed to be true on the basis of the first two parts of the inference structure. She is very careful to describe the status of the conclusion of this presumptive inference, writing (147) that the inference is not to a “presumed fact”, but to a conclusion that “a certain fact is presumed”<sup>803</sup>

Por su parte, Walton sostiene que la estructura lógica de la inferencia presuntiva consta de la proposición que describe un hecho y una regla o *generalización presuntiva* que contempla ese hecho como parte de sus condiciones de aplicación (en el antecedente): “... *In one respect, presumption has the same structure as an ordinary defeasible inference. In the most typical case, it is based on two premises, called the fact and the rule....*”<sup>804</sup>

El siguiente esquema representa la estructura referida (el cual hace referencia al caso de artículos robados en posesión de la persona acusada del delito de robo):



<sup>803</sup> Walton, “Presumption, Burden of Proof, and Lack of Evidence”, *L'Analisi Linguistica e Letterari*, 16, 2008, 49-

71

<sup>804</sup> Idem.

Como podemos observar, la regla de inferencia que permite extraer la conclusión respectiva de las premisas iniciales es conocida como *Modus Ponens Derrotable (Defeasible Modus Ponens, o DMP)*. A este respecto, Walton sostiene que las generalizaciones anteriormente contrastadas, las generalizaciones que fundan inferencias deductivas, inductivas y las generalizaciones presuntivas (o plausibles), constituyen instancias diferentes de estructuras condicionales (tipo antecedente-consecuente). En este sentido, a las inferencias que se siguen del empleo de cada uno de estos tipos de condicionales como premisa en un argumento, les corresponde una regla de inferencia al estilo Modus Ponens. De este modo, el tipo de Modus Ponens aplicable a las inferencias presuntivas es, como vimos, el DMP: Veamos lo que sostiene el autor en comentario:

*“... corresponding to the three types of generalizations, there are three types of conditionals. This correspondence turns out to be quite important with respect to modus ponens, because it reveals that there are also three kinds of modus ponens inferences, depending on the type of conditional appearing in the inference...”*<sup>805</sup>

Cabe aclarar que la regla de inferencia DMP es aplicable en sistemas de lógica no-monotónica, cuya característica distintiva es, como su nombre lo indica, que no satisfacen la propiedad de la *monotonidad*, según la cual, la verdad de una conclusión derivada de alguna teoría inicial –T1- (secuencia de razonamiento, o serie de premisas), persiste en cualquier modalidad de expansión de T1 (T2, T3, T4, T...n).

La propiedad de la monotonicidad se encuentra íntimamente vinculada al presupuesto de la lógica formal deductiva consistente en la *verdad absoluta de las premisas* (de no satisfacerse este requisito, tenemos argumentos válidos pero no robustos –*sound arguments*-). Siendo este el caso, la incorporación de nueva información a los efectos de ampliar T1 se traduce en teoremas más generales (desde los que pueden deducirse necesariamente las premisas de T1), o en implicaciones de la conclusión derivada de T1.

Por su parte, en un marco de lógica no-monotónica, dado que las premisas no constituyen verdades absolutas, éstas transfieren sólo cierto grado de sustento y, en ese sentido, resulta posible que nueva información entrante a T1 tenga el efecto de que la conclusión inicial no se obtenga más, por ello, el estatus de la conclusión respectiva es preliminar, derrotable o retractable.

Ahora bien, una característica importante de la estructura de la inferencia presuntiva es precisamente que la generalización derrotable (o plausible) no requiere de estar respaldada, al menos en principio, al efecto de que la inferencia prosiga, por evidencia que la sustente. En este sentido, Walton sostiene que:

*“... Another distinguishing factor that makes a presumption different from an inference that is not presumptive in nature is the probative weight of the premise stating the rule. Normally when an inference is put forward in the form of an argument, the proponent of the argument has to support the premises, if any of them are challenged by the respondent. A premise supported by evidence is said to have probative weight. It is this probative weight that moves the argument forward as a device that forces the respondent to accept the conclusion, given that the argument has a valid logical form. However, in the case of a presumptive inference, a problem is that there is*

---

<sup>805</sup> Walton, Douglas, *Abductive Reasoning*, University of Alabama Press, 2005, p. 139...

*insufficient evidence to prove the premises and give them enough probative weight to move the argument forward towards acceptance. What fills the gap in the case of presumptive inference is that one premise is a rule that is accepted by procedural reasons even though it lacks the probative weight that would be bestowed upon it by sufficient evidence.”<sup>806</sup>*

El que no sea necesario que, en principio, la generalización derrotable que se emplea como premisa tenga que estar basada en evidencia que le proporcione sustento, permite que la discusión (o la investigación) prosiga sin que se caiga en una especie de callejón sin salida en que ni siquiera puedan explorarse las rutas a las que conduciría la argumentación basada en la mencionada generalización, debido a las demandas recíprocas de evidencia por parte de quien propone aceptar provisionalmente la generalización respectiva como premisa (en el sentido de que sea el otro quien provea de prueba en contrario), y por parte de su interlocutor. A este respecto, Walton sostiene que:

*“... The function of making a presumption is to enable a discussion or investigation to move forward without getting continually bogged down by having to prove a proposition needed as part of an argument required to help the investigation move forward. The problem may be that proving such a proposition may be too costly, or may even require stopping the ongoing discussion or investigation temporarily so that more evidence can be collected and examined. The problem is that a particular proposition may be necessary as a premise in a proponent’s argument he has put forward, but the evidence that he has at present may be insufficient to prove it to the level required to make it acceptable to all parties. Hence moving forward with the argumentation may be blocked while the opponent demands proof. The two parties may then become locked into an evidential burden of proof dispute where one says “you prove it” and the other says “you disprove it”. This interlude may block the ongoing discussion. A way to solve the problem is for the proponent or a third party to say, “Let’s let this proposition hold temporarily as a premise in the proponent’s argument, so that we can say he has proved his contention well enough so that we can accept the conclusion of his argument tentatively as a basis for proceeding.” If necessary, later on, the subdiscussion can be continued by bringing in more evidence for or against the proposition that served as the premise...”<sup>807</sup>*

Por su parte, la caracterización dialógica del razonamiento presuntivo, tiene que ver con el efecto que tiene el estatus de *presunción* de la conclusión basada, a su vez, en una generalización presuntiva, en el sentido de trasladar la *carga de la prueba* al interlocutor. Al respecto Walton sostiene que:

*“At the dialectical level, a presumption is defined in terms of its use or function in a context of dialog. This function is to shift an evidential burden from one side to the other in a dialog, where the effect of such a shift is on the burden of persuasion set at the opening stage of the dialog.”<sup>808</sup>*

El traslado de la carga de la prueba referido está íntimamente relacionado con el llamado “*Argument from ignorance*”, el cual suele estar implícito en el razonamiento presuntivo. Así mismo, el denominado “*Argument from ignorance*” suele ser considerado un patrón falaz de razonamiento, sin embargo, en ciertos contextos prácticos, las instancias del mismo constituyen un modo adecuado de proceder. Esto sucede cuando el agente se encuentra en un escenario de información incompleta y de incertidumbre que demanda de él, cierto tipo de acción (decisión). En este caso, el agente echa mano de esos conocimientos de receta (*rules of thumb*) que, con base en su experiencia, ha podido

---

<sup>806</sup> Walton, “Presumption, Burden of Proof, and Lack of Evidence”, *L'Analisi Linguistica e Letterari*, 16, 2008, 49-

71

<sup>807</sup> Idem.

<sup>808</sup> Idem.



compilar. El sabe (idealmente) que la aplicación de dichos conocimientos está sujeta, en mayor o menor medida, a excepciones. En este orden de ideas, se abre un periodo de búsqueda de indicios que apunten hacia la presencia de alguna excepción en el caso particular, cuya duración está determinada por factores tales como el tiempo disponible (la prontitud con la que la acción es requerida), los costos de equivocarse, etc. En algún momento, la búsqueda referida ha de clausurarse a los efectos de la toma de una decisión con base en la información disponible. Si no se hallaron indicios de la presencia de excepciones, o los encontrados son considerados insuficientes, se aplica por *default* el consecuente de la regla derrotable en cuestión. Walton explica lo anterior con el ejemplo en que Alice transita junto con su amigo Bruce por una avenida citadina concurrida y se pregunta cuál es el límite de velocidad permitido, a lo cual su compañero le contesta que generalmente cuando no hay señal que establezca lo contrario, el máximo es de 50 km/h. Al respecto, nuestro autor comenta que:

“... There are two possibilities: either the speed limit is posted by a sign or not. If it is posted, then the speed limit is whatever is indicated on the sign. If it is not posted, then the speed limit is 50k per hour. Alice can then make observations as she drives along the street. If she sees no sign then that is evidence (that) there is no sign. The evidence, or lack of evidence, leads to a chain of reasoning prompting an argument from ignorance. If she doesn't see a sign, or any evidence of one marking the speed limit on this street, after driving along some ways, that can be taken as a reason to infer that the speed limit here is 50k per hour. Of course, that is just a presumption. But as Alice drives along, the more that observation indicates the lack of any such sign, the stronger is the inference to the conclusion that there is not such sign. The speed limit example shows how negation, or argument from ignorance, can be used to move defeasible reasoning forward in a situation of uncertainty and lack of knowledge. Alice may know that the normal speed limit inside the city is 50k per hour, and she may know that there are exceptions to this general rule. But she is unsure about this street they are driving on. It looks that people are driving pretty fast, suggesting that the speed limit may be higher than 50k per hour, but she knows she should be cautious while driving on a city street. Thus she is in a quandary. She knows there is a general rule that the speed limit is normally 50k per hour in the city, and she knows that there are exceptions. But given the lack of visible signs posting any speed limit, she doesn't know whether this street falls under one of the exceptions or not. Bruce solves the problem using argument from ignorance, which reverses the burden of proof. Alice can infer that since there is no speed limit posted on this street, she must assume that it is not an exception to the rule.... She must draw the conclusion that the speed limit on this street is 50k per hour. *The argument from ignorance, as the evidence builds up through observations and searching warrants a presumptive epistemic closure that seals off the existence of exceptions to the general rule. However, an inference of this sort can still be defeated. If there was no sign but a "Speed limit 80k per hour" suddenly became visible, the argument from ignorance would default. It holds only as long as there is no evidence of a sign posting a specific speed limit...*”<sup>809</sup>

Otro caso al que Walton hace referencia es al de las conocidas como presunciones legales, como por ejemplo, aquella que establece que, en términos generales, cuando alguien ha desaparecido, si su ausencia se prolonga por cierto periodo (quizá de 3 a 5 años, o el periodo que sea), y no se cuenta con evidencia de que está vivo, entonces, se aplica por default, la presunción de que ha muerto, con las consecuencias jurídico-prácticas que dicha declaración, por parte de un juez, acarrea.<sup>810</sup>

---

<sup>809</sup> Walton, *Argumentation Methods for Artificial Intelligence and Law*, Springer, 2010, pp. 64-65...

<sup>810</sup> *Ibidem*, 63.

## 7. Esquemas Argumentales de Razonamiento Presuntivo

Es momento ahora, con base en el camino hasta aquí recorrido, de considerar el concepto de “*esquema argumental*” (EArg): “EArg” denota a los patrones de razonamiento presuntivo que suelen ocurrir en contextos cotidianos de interacción discursiva (en una discusión política, jurídica, etc.), así como al conjunto de factores determinantes de la validez de la instancia correspondiente en un contexto dialógico particular.

Los factores aludidos suelen asumir la forma de una serie de *critical questions* (CQ’s). Las combinaciones de respuestas que, de acuerdo con la situación particular, pueden darse a las diversas CQ’s contribuyen a la determinación de si la instancia del esquema argumental transfiere o no a su conclusión el apoyo o sustento suficiente requerido por el contexto en cuestión. En este orden de ideas, Walton sostiene que:

“... Argumentation schemes are stereotypical patterns of defeasible reasoning that typically occur in common, everyday arguments... A standard account of argument schemes describe them as representing different types of plausible argument which, when successfully deployed, create presumptions in favor of their conclusions, and thereby shift the burden of proof to an objector. Associated with each argument scheme is a set of critical questions to be used in the evaluation of arguments of the corresponding type.. The posing of critical questions has the effect of defeating the initial presumption and shifting the burden of proof back on to the initial proponent....”<sup>811</sup>

En otro lugar, Walton nos dice que:

“... Argument schemes offer a means of characterizing stereotypical patterns of (presumptive) reasoning... are the forms of argument (structures of inference) that enable one to identify and evaluate common types of argumentation in every day discourse... An argument used in a given case is evaluated by judging the weight of evidence on both sides at the given point in the case where the argument was used. If all the premises are supported by some weight of evidence, then the weight of acceptability is shifted towards the conclusion, subject to rebuttal by the asking of appropriate critical questions...”<sup>812</sup>

Por otra parte, podemos decir que el esquema de razonamiento presuntivo propuesto por Toulmin, constituye el esquema argumental más abstracto, mientras que esquemas como el “*Appeal to expert opinion*”, etc. (que abordaremos más adelante con mayor detalle), constituyen instancias de dicho esquema general diseñados sobre la base de la consideración de los tipos de *warrants* (elemento crucial en el esquema que Toulmin planteó) que pueden intervenir como premisas en diversos contextos, así como sobre la base de las clases generales de factores que pueden tener el efecto de que no se siga la conclusión deseada.

En este sentido, los esquemas argumentales de razonamiento presuntivo implican la consideración, hasta cierto punto, del *contenido* de las premisas que los constituyen para poder diferenciarse unos de otros. Decimos “hasta

---

<sup>811</sup> Walton, “Advances in the Theory of Argumentation Schemes and Critical Questions”, *David M. Godden and Douglas Walton, Informal Logic*, 27, 2007, 267-292.

<sup>812</sup> Reed, Chris, Walton, Douglas, “Applications of Argument Schemes”, *Douglas Walton and Chris Reed, Proceedings of the 4th Conference of the Ontario Society for the Study of Argumentation (OSSA2001)*, ed. H. V. Hansen, C. W. Tindale, J. A. Blair, and R. H. Johnson, 2001, Windsor, Canada, CD ROM

cierto punto” debido a que, dado que nos encontramos en el plano del planteamiento de *esquemas* de razonamiento, que supuestamente emergen de cierta base inductiva, el contenido de las premisas no puede corresponder al de las instancias particulares que sirvieron de base para la inducción de la estructura del esquema en cuestión, sino a un contenido general, de modo que se habla de “clases” de premisas.

El problema es que, si prescindimos del contenido genérico aludido, nos quedamos con una estructura muy poco informativa que corresponde a la del *Modus Ponens Derrotable* (DMP) propuesto por la lógica no-monotónica (“si ‘p’ entonces normalmente, sujeto a excepciones, se sigue ‘q’), el cual, como dijimos, se aplica a todo tipo de razonamiento presuntivo en que se emplee una generalización plausible como parte de sus premisas y otra que afirme las condiciones de su antecedente. De este modo, la riqueza que, en términos de la amplia gama de diversas modalidades que el razonamiento presuntivo pudiera presentar precisamente en función de los diversos tipos de *warrants* y de *critical questions* que a cada uno de esos tipos puede asociarse, se pierde.

En otras palabras, puede hablarse de “esquemas argumentales” en los tres ámbitos de razonamiento a los que nos hemos referido (razonamientos deductivo, inductivo y plausible o presuntivo), sin embargo, la consideración del contenido de las premisas que constituyen la estructura de dichos esquemas se vuelve sumamente importante en el caso de los esquemas de razonamiento presuntivo, a diferencia de lo que ocurre por ejemplo con los esquemas argumentales tradicionales (también llamados “reglas de inferencia”) de la lógica formal deductiva.

Por ellos es que Walton se refiere a los EArg’s de razonamiento presuntivo como métodos *cualitativos* para determinar si el apoyo que las premisas transfieren hacia su conclusión es suficiente (en oposición a determinar la mera validez formal del argumento). En este sentido, el autor en comento sostiene que:

“... The schemes that have proven to be of most interest, not only for modelling the kind of reasoning so commonly used in analysis and evaluation of evidence in law but also for studying ordinary conversational argumentation, do not fit either of these quantitative models (deductive logic and inductive reasoning of the kind used in statistics, and the standard Bayesian probability calculus. They are *qualitative*, as opposed to quantitative, in several senses... Arguments fitting schemes of this sort are used to respond to doubts and questions expressed by a second party to whom the argument was addressed in a dialogue. *Such arguments are defeasible in a way different from the deductive and inductive kinds of arguments that we are traditionally familiar with. They are defeasible (open to defeat) through the asking of critical questions that match the scheme. A burden of proof, so-called, shifts back and forth between the proponent and the respondent as critical questions are asked and answered. Thus, the worth of an argument depends on its procedural status as a dialogue proceeds from an opening stage through an argumentation stage to a closing stage...*”<sup>813</sup>

Como hemos visto, el razonamiento presuntivo que se manifiesta en los contextos cotidianos de interacción discursiva, suele mantener implícitas (en modalidad entimemática) muchas de las premisas de las que se vale. La premisa a la que más comúnmente le ocurre lo anterior, es precisamente la generalización presuntiva (o plausible). Una de las ventajas derivadas del empleo de los EArg’s consiste pues, en *explicitar* dicha proposición.

---

<sup>813</sup> Walton, “Visualization Tools, Argumentation Schemes, and Expert Opinion Evidence in Law”, *Law, Probability and Risk*, 6, 2007, 119-140.

Sin embargo, la aplicación del esquema correspondiente para el análisis de la que se propone como una instancia de aquel, permite traer a la superficie no sólo la *warrant* que permanece implícita, sino también, el contenido proposicional de una serie de asunciones que, al momento de la evaluación del argumento en cuestión, adquieren la modalidad de CQ's. De este modo, el esquema argumental consiste en la *unión total* del conjunto de proposiciones referidas (premisas, asunciones y CQ's). En este sentido, Walton sostiene lo siguiente:

*“... In argumentation schemes it is not just the defeasible major premises that are left implicit. In many cases there are a range of assumptions each of which can be seen as acting as implicit linked premises... The propositional content of the critical questions also form necessary assumptions if the argument scheme is to successfully carry the burden of proof... The complete set of linked premises employed in a scheme is thus the union of those given as premises and (the propositional content of those) listed as critical questions...”<sup>814</sup>*

Ahora bien, uno de los EArg's más usado por Walton es el denominado “*Argument from position to know*”, el cual presenta la siguiente estructura:

#### ***Argument from Position to Know (Version I)***

**Major Premise:** Source a is in a position to know about things in a certain subject domain S containing proposition A.

**Minor Premise:** a asserts that A (in Domain S) is true (false).

**Conclusion:** A is true (false).

**CQ1:** Is a in a position to know whether A is true (false)?

**CQ2:** Is a an honest (trustworthy, reliable) source?

**CQ3:** Did a assert that A is true (false)?

Otro EArg empleado como ejemplo paradigmático por Walton es el “*Appeal to expert opinion*”, cuya estructura es la siguiente:

#### ***Appeal to Expert Opinion (Version I)***

**Major Premise:** Source E is an expert in subject domain S containing proposition A.

**Minor Premise:** E asserts that proposition A (in domain S) is true (false).

1. *Expertise Question:* How credible is E as an expert source?
2. *Field Question:* Is E an expert in the field that A is in?
3. *Opinion Question:* What did E assert that implies A?
4. *Trustworthiness Question:* Is E personally reliable as a source?
5. *Consistency Question:* Is A consistent with what other experts assert?
6. *Backup Evidence Question:* Is A's assertion based on evidence?

Walton propone una segunda versión de los esquemas precedentes en la que aparece explícitamente la generalización presuntiva (o *warrant*), que constituye un condicional en cuyo antecedente se conjuntan todas las

---

<sup>814</sup> Idem.

asunciones que se requerirían para que se transfiera un peso de presunción hacia la conclusión. A continuación presentamos la segunda versión mencionada:

### ***Argument from Position to Know (Version II)***

**Major Premise:** Source a is in a position to know about things in a certain subject domain S containing proposition A.

**Minor Premise:** a asserts that A (in Domain S) is true (false).

**Conditional Premise:** If source a is in a position to know about things in a certain subject domain S containing proposition A, and a asserts that A is true (false), then A is true (false).

**Conclusion:** A is true (false).

### ***Appeal to Expert Opinion (Version II)***

**Major Premise:** Source E is an expert in subject domain S containing proposition A.

**Minor Premise:** E asserts that proposition A (in domain S) is true (false).

**Conditional Premise:** If source E is an expert in a subject domain S containing proposition A, and E asserts that proposition A is true (false), then A may plausibly be taken to be true (false).

**Conclusion:** A may plausibly be taken to be true (false).

## ***8. Esquemas Argumentales de razonamiento presuntivo aplicables al razonamiento jurídico***

Sin ánimo de ser exhaustivo, Walton se refiere a una serie de EArg's típicos del razonamiento jurídico que, tradicionalmente, en otros contextos y bajo la óptica de la lógica formal tradicional, son considerados *falacias*. En este sentido, el autor comenta que: "...No attempt is made to evaluate any of the arguments (that he presents) yet, except to note that *many of them have, in past traditions of logic, been treated as fallacious. What becomes evident, however, is that such arguments, when used in the legal context, are generally not fallacious. They are defeasible and inconclusive arguments... and although they can be used fallaciously in some cases, they are generally reasonable arguments that carry some weight as items of evidence in a legal context of use...*"<sup>815</sup>

Los EArg's a los que hace referencia son:

- A) Argument from Analogy<sup>816</sup>
- B) Argument from an Established Rule<sup>817</sup>
- C) Argument from Sign and Abductive Argument<sup>818</sup>
- D) Argument from Position to Know<sup>819</sup>
- E) Argument from Expert Opinion (or Appeal to Expert Opinion)<sup>820</sup>
- F) Argument from Verbal Classification<sup>821</sup>
- G) Argument from Commitment<sup>822</sup>
- H) Practical Reasoning<sup>823</sup>

---

<sup>815</sup> Walton, Douglas, *Legal Argumentation and Evidence*, Pennsylvania State University Press, 2002, pp. 34-35...

<sup>816</sup> *Ibidem*, pp. 35-39

<sup>817</sup> *Ibidem*, pp. 39-41

<sup>818</sup> *Ibidem*, pp. 41-45

<sup>819</sup> *Ibidem*, pp. 45-49

<sup>820</sup> *Ibidem*, pp. 49-50

<sup>821</sup> *Ibidem*, pp. 51-53

<sup>822</sup> *Ibidem*, pp. 53-56

- I) Argument from Personal Attack (*AD HOMINEM* Argument)<sup>824</sup>
- J) The Slippery Slope Argument<sup>825</sup>

A) y B) constituyen los dos esquemas que habían venido abordándose mayoritariamente en la comunidad de *AI and Law*, lo cual refleja, en esta primera etapa, la continuidad de las investigaciones con los intereses preponderantes de la filosofía del derecho de corte analítico, es decir, su preocupación casi exclusiva, por la denominada *Questio Legis* (aplicación de la norma o del precedente).

Sin embargo, en la actualidad, *Questio Legis* y *Questio Facti* se han equilibrado, sobre todo gracias al desarrollo de software para la visualización de la estructura de argumentos aplicables al denominado “*Reasoning About Legal Evidence*”.

La forma en que los EArg’s han sido modelados ha variado en función de diversos autores, sin embargo, la idea general permanece en términos de la presencia de una regla o generalización condicional (derrotable), y otras premisas que desempeñan la función de asunciones o CQ’s (generalmente implícitas en las instancias particulares).

Usaremos el caso de B) para ilustrar lo anterior, y para crear el puente con los EArg’s que particularmente nos interesan, es decir, los aplicables al *Reasoning About Legal Evidence*. (o EArg’s de Razonamiento Probatorio).

Gordon y Walton proponen la siguiente estructura de B) en la cual, como puede verse, el esquema está compuesto por el conjunto de premisas ordinarias (entre las que se encuentra la norma jurídica en cuestión) –P- excepciones –E- asunciones –A- y conclusiones –C-.

**Argument from Rules**<sup>826</sup>

Let (r1,P,E,A,C) be a rule.

**Rule Premises.** Let p1, . . . , pn be the premises in P.

- 1. p1 is true.
- 2. . . .
- 3. pn is true.

**Rule Exceptions.** Is some e in E true?

**Rule Assumptions.** Is every a in A true?

**Validity Assumption.** Is valid(r1) true?

**Exclusionary Exception.** Is excluded(r1,c) true, for the conclusion c in C at issue?

**Priority Exception.** For the conclusion c at issue, is there a rule r2 such that priority(r2,r1,c)?

**Conclusions.** Let c1, . . . , cn be the statements in C.

- 1. applicable(r1)
- 2. c1 is true.
- 3. . . .
- 4. cn is true.

---

<sup>823</sup> Ibidem, pp. 56-59

<sup>824</sup> Ibidem, pp. 59-63

<sup>825</sup> Ibidem, pp. 63-66.

<sup>826</sup> Gordon, Walton, “Legal Reasoning with Argumentation Schemes”, *Thomas F. Gordon and Douglas Walton, 12th International Conference on Artificial Intelligence and Law, ed. Carole D. Hafner, New York, Association for Computing Machinery, 2009, 137-146.*

Por su parte, al caracterizar la investigación de la *AI and Law* como manteniendo continuidad con el esquema abstracto de razonamiento presuntivo propuesto por Toulmin (y desarrollándolo por medio del análisis de diversos EArg's que lo instancian), Prakken se refiere, de manera informal a la estructura del esquema para la aplicación de una norma jurídica propuesto por Hage et. al., de la manera que sigue:

- “... statutory rule application involves (at least) four steps:
- A) proving that the facts to which the rule is claimed to apply have indeed occurred (evidence),
  - B) deciding that the facts as proven are subsumed under the rule's conditions (classification/interpretation),
  - C) deciding that the rule is valid law (rule validity) and
  - D) deciding that the rule ought to be applied (rule application).”<sup>827</sup>

Cada uno de estos cuatro pasos pueden entenderse como los presupuestos, asunciones o CQ's que han de ser revisados a los efectos de concluir que una norma jurídica particular se aplica a algún caso concreto.

A continuación nos referiremos a A), lo cual nos conduce al terreno de los EArg's aplicables al denominado “*Reasoning About Legal Evidence*”.

### **9. EArg's aplicables al denominado “Reasoning About Legal Evidence” (o EArg's de Razonamiento Probatorio)**

El punto de partida para la aplicación de EArg's en materia del modelado del razonamiento probatorio en el dominio jurídico lo constituye la propuesta de clasificación de generalizaciones derrotables de Anderson y Twining..

De acuerdo con los autores citados puede hablarse de: A) “*Case-specific generalizations*”, las cuales hacen referencia a las regularidades que surgen del análisis de un caso jurídico específico, por ejemplo, Mary suele ser quien recoge a las niñas de la escuela; B) “*Scientific generalizations*”, como las típicas regularidades causales de las leyes científicas, cuya confiabilidad (*reliability*) está determinada en parte, por cuestiones tales como la confiabilidad del método empleado; C) “*General knowledge-generalizations*”, las cuales corresponden a esos conocimientos de receta que nos permiten participar en las interacciones más comunes de nuestra vida, como “si contrato un servicio, debo pagarlo”, “para entrar a una casa, se suele primero llamar el timbre”, “al comer en un restaurante se suele ordenar una carta”, etc. (piénsese en los guiones de los que hablamos anteriormente<sup>828</sup>); D) “*Experience-based generalizations*”, como las generalizaciones que una persona puede hacer con base en su experiencia, por ejemplo, interactuando con las autoridades al realizar trámites, etc.; E) “*Belief-generalizations*”, las cuales suelen no provenir de la experiencia personal, sino más bien de información de segunda mano, por adoctrinamiento ideológico (“los comunistas son gente peligrosa”), religioso (“el sexo es un pecado”), político (“el partido X es corrupto”), creencias intuitivas, etc. <sup>829</sup>

---

<sup>827</sup> Prakken, Henry, *AI & Law, logic and argument schemes. Argumentation* 19 (2005): 303-320

<sup>828</sup> Véase sección correspondiente.

<sup>829</sup> Walton, Douglas, *Argumentation Methods for Artificial Intelligence and Law*, Springer, 2010, p. 37.

Anderson y Twining sostienen que los peligros derivados del empleo de estos dispositivos falibles de razonamiento son:

1. “The warranting generalization may be indeterminate with respect to frequency or universality (all/most/some), level of abstraction, defeasibility (exceptions, qualifications), precision or “fuzziness”, empirical base/confidence (accepted by scientific community, part of everyday firsthand or vicarious experience, speculative, etc.).
2. They may be unclear as to identity (which generalization –there may be rival generalizations available to each side...) or source (whose generalization –male/female experience in a domestic violence case).
3. There may not in fact be a “cognitive consensus” on the matter, especially in a plural society.
4. Value judgments (including prejudices, racist or gender stereotypes) may be masquerading as empirical propositions.
5. When articulated, a generalization may be expressed in value laden language or in loaded categories...”<sup>830</sup>

Walton plantea los peligros referidos con anterioridad haciendo alusión a la tendencia de las inferencias fundadas en éstos recursos cognitivos derrotables a cruzar hacia el “lado oscuro” del razonamiento falaz, como el caso de la denominada “*hasty generalization*” (1, 2), el denominado “*Argument Ad Populum*” (3), el empleo persuasivo y tipo “*question begging*” de definiciones y términos (5), etc.<sup>831</sup>

El autor en comento sostiene que la aplicación de la teoría de los EArg’s puede servir como herramienta apropiada precisamente para valorar si la línea tenue entre el razonamiento válido y el razonamiento falaz con base en el uso de estas generalizaciones, ha sido o no traspasada.

En este orden de ideas, concentrándose en las generalizaciones tipo A), B) y C), Walton propone el empleo de los EArg’s “*Appeal to expert opinion*”, el más general del cual el anterior se deriva denominado “*Argument from position to know*”, así como el denominado “*Appeal to popularity*” (o “*Presumption by common knowledge*”).

En relación con las “*Scientific generalizations*”, es interesante mencionar que su valoración en el campo jurídico no es “pura” en el sentido de que sólo tengan aplicación los estándares de una discusión científica (de hecho, esto no puede esperarse en la medida en que los miembros del jurado, o el juez cuando él es el *trier of fact*, no suelen disponer del conocimiento que les permitiría contra-argumentar en términos de señalar alguna deficiencia metodológica de carácter técnico, etc.). Por ejemplo, en sistemas del Common Law, son relevantes cuestiones tales como la denominada “*character evidence*”, la cual tiene repercusiones, en caso de ser negativa para el testigo experto, en términos del detrimento de su grado de credibilidad. En este sentido, las “*Scientific generalizations*” son evaluadas dentro del marco que proporciona otra generalización: la que corresponde al “*Appeal to expert opinion*”, cuyas *critical questions* incorporan cuestiones que van más allá de la discusión de la confiabilidad de los resultados del método o técnica respectivos. En este sentido, algunas de esas CQ’a constituyen instancias válidas del argumento “*Ad Hominem*”.

---

<sup>830</sup> Ibidem, 38.

<sup>831</sup> Idem.



En relación con las generalizaciones tipo C) identificadas por Anderson y Twining, Walton hace énfasis en el aspecto referido a su grado de confiabilidad. Éste suele ser mucho más débil en comparación con las generalizaciones anteriores, por lo que suele requerir de la convergencia de otras líneas argumentativas. En este sentido, el autor en comento sostiene que: "... *Arguments based on common knowledge tend to be weak when flatly stated, but they are piten supported or bolstered up by allied forms of arguments, like (precisely) appeal to expert opinión...*"<sup>832</sup> A este fenómeno de la alianza de instancias de EArg's en el razonamiento probatorio nos referiremos después con más detalle al hablar de la denominada "*Corroborative evidence*" ayudados por las estructuras que pueden generarse en Araucaria.

Procederemos ahora a mostrar la modificación más reciente que con respecto al Earg "*Appeal to expert opinión*", Walton ha realizado. La modificación en cuestión tiene que ver básicamente con el inventario de preguntas críticas asociadas el esquema, las cuales, de acuerdo con la versión original son:<sup>833</sup>

1. *Expertise Question*: How credible is E as an expert source?
2. *Field Question*: Is E an expert in the field that A is in?
3. *Opinion Question*: What did E assert that implies A?
4. *Trustworthiness Question*: Is E personally reliable as a source?
5. *Consistency Question*: Is A consistent with what other experts assert?
6. *Backup Evidence Question*: Is A's assertion based on evidence?

Cada una de las preguntas generales anteriores ha sido complementada con un conjunto de sub-preguntas del modo que sigue:

**"1. *Expertise Question***: How credible is E as an expert source?

- 1.1 What is E's name, job or official capacity, location, and employer?
- 1.2 What degrees, professional qualifications or certification by licensing agencies does E hold?
- 1.3 Can testimony of peer experts in the same field be given to support E's competence?
- 1.4 What is E's record of experience, or other indications of practiced skill in D?
- 1.5 What is E's record of peer-reviewed publications or contributions to knowledge in D?

**2. *Field Question***: Is E an expert in the field (domain) that A is in?

- 2.1 Is the field of expertise cited in the appeal a genuine area of knowledge, or area of technical skill that supports a claim to knowledge?
- 2.2 If E is an expert in a field closely related to the field cited in the appeal, how close is the relationship between the expertise in the two fields?
- 2.3 Is the issue one where expert knowledge in *any* field is directly relevant to deciding the issue?
- 2.4 Is the field of expertise cited an area where there are changes in techniques or rapid developments in new knowledge, and if so, is the expert up-to-date in these developments?

**3. *Opinion Question***: What did E assert that implies A?

---

<sup>832</sup> Ibidem, p. 43.

<sup>833</sup> Walton, Douglas, "Visualization tools, Argumentation Schemes, and Expert Opinion Evidence in Law", *Law, Probability and Risk*, 6, 2007, 119-140.

- 3.1 Was E quoted in asserting A? Was a reference to the source of the quote given, and can it be verified that E actually said A?
- 3.2 If E did not say A exactly, then what did E assert, and how was A inferred?
- 3.3 If the inference to A was based on more than one premise, could one premise have come from E and the other from a different expert? If so, is there evidence of disagreement between what the two experts (separately) asserted?
- 3.4 Is what E asserted clear? If not, was the process of interpretation of what E said by the respondent who used E's opinion justified? Are other interpretations plausible? Could important qualifications be left out?

**4. Trustworthiness Question:** Is E personally reliable as a source?

- 4.1 Is E biased?
- 4.2 Is E honest?
- 4.3 Is E conscientious?

**5 Consistency Question:** Is A consistent with what other experts assert?

- 5.1 Does A have general acceptance in D?
- 5.2 If not, can E explain why not, and give reasons why there is good evidence for A?
6. Backup Evidence Question: Is E's assertion based on evidence?
- 6.1 What is the internal evidence the expert used herself to arrive at this opinion as her conclusion?
- 6.2 If there is external evidence, e.g. physical evidence reported independently of the expert, can the expert deal with this adequately?
- 6.3 Can it be shown that the opinion given is not one that is scientifically unverifiable?<sup>834</sup>

Como ya puede intuirse, uno de los grandes problemas que enfrentan quienes diseñan EArg's de razonamiento presuntivo consiste en la justificación del número y contenido de sus *critical questions*, pero además del grado de especificidad que desea alcanzarse, así como del tipo de respuesta que se espera en términos de opciones binarias o múltiples opciones que denotan rangos de valores.

En este sentido, un caso muy interesante en el que las las preguntas críticas que tienen que ver con la evaluación de testimonios en sede judicial, son planteadas a la manera de factores cuya evaluación está determinada por la selección de cierto valor que expresa un rango, es el del sistema ADVOKATE desarrollado por Bromby et al.,<sup>835</sup> en el Joseph Bell Center de la Universidad de Edimburgo.<sup>836</sup> Dicho sistema está diseñado específicamente para ofrecer asesoría en torno al grado de credibilidad que puede otorgársele al testimonio ofrecido por testigos oculares.

Primero recordemos las CQ's que forman parte del esquema general aplicable a cualquier argumento basado en el testimonio de alguien, denominado por Walton como "*Argument from position to know*":

- CQ1:** Is a in a position to know whether A is true (false)?
- CQ2:** Is a an honest (trustworthy, reliable) source?
- CQ3:** Did a assert that A is true (false)?

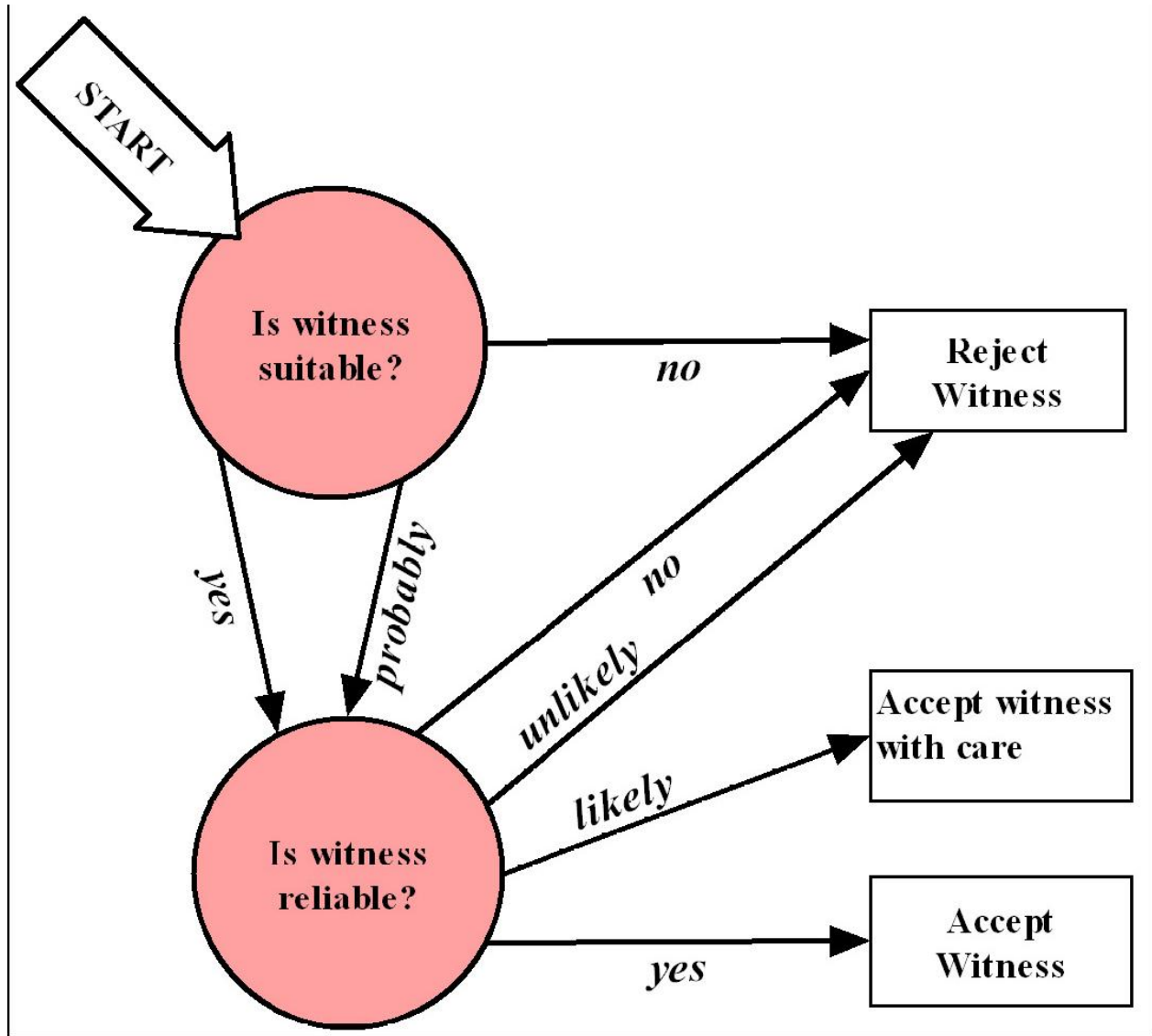
---

<sup>834</sup> Idem.

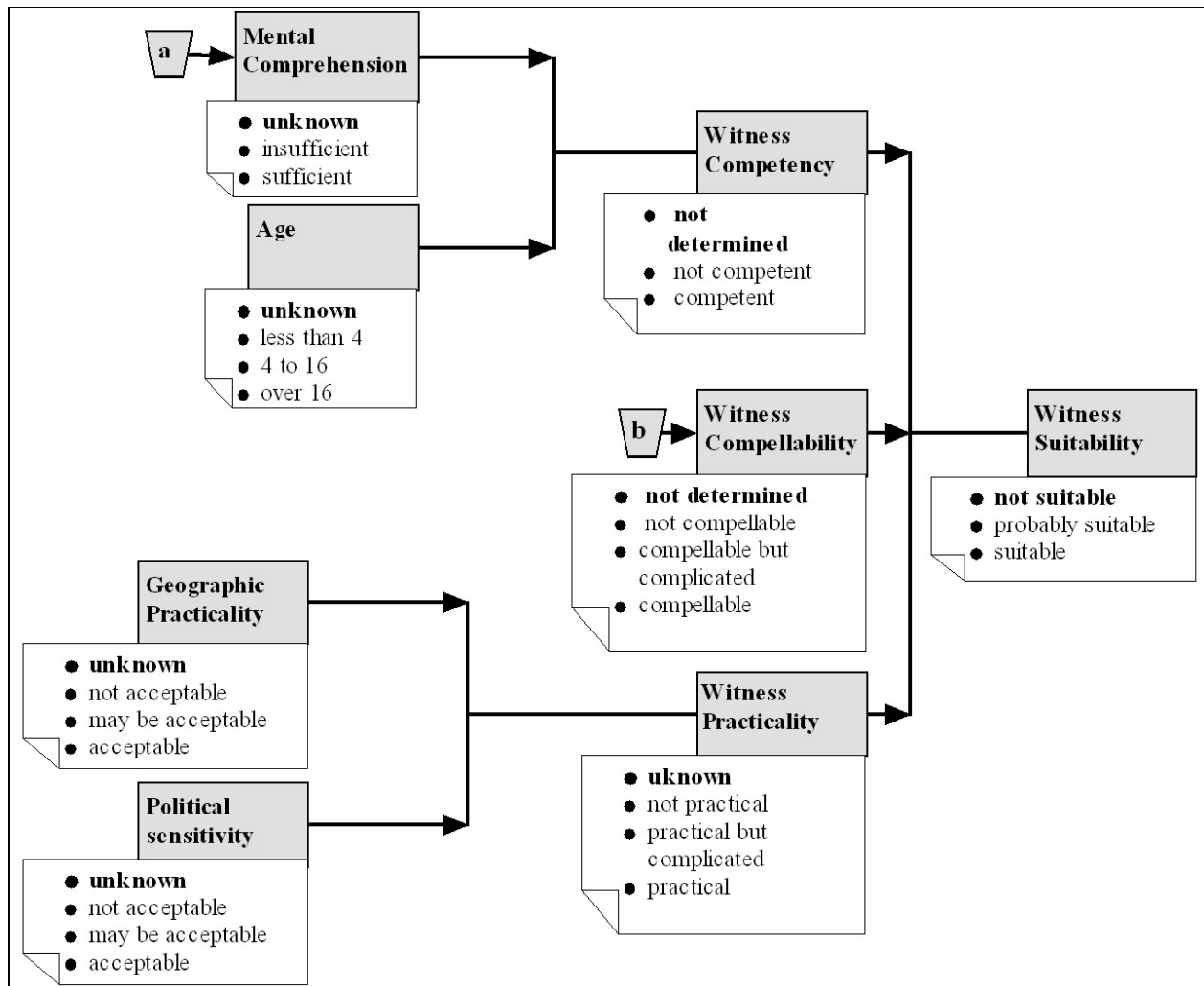
<sup>835</sup> Bromby, et. al., "The Development and Rapid Evaluation of the Knowledge Model of ADVOKATE: An Advisory System to Asses the Credibility of Eyewutness Testimony", <http://www.jurix.nl/pdf/j02-15.pdf>

<sup>836</sup> <http://www.cfslr.ed.ac.uk/>

Pues bien, para los diseñadores de ADVOKATE, la segunda CQ queda enmarcada dentro de lo que ellos denominan la determinación de la “*Credibility*” del testimonio ofrecido por un testigo ocular. La “*Credibility*” depende a su vez, de determinar la incidencia de dos factores: Lo que denominan la “*Suitability*” y precisamente la “*Reliability*” (CQ 2 del “*Argument from position to know*”) del testigo. A continuación presentamos el modelo que muestra la dependencia de estos últimos factores:



Por su parte, la determinación de la “*Suitability*” depende de la consideración de tres factores más, que se muestran a continuación:

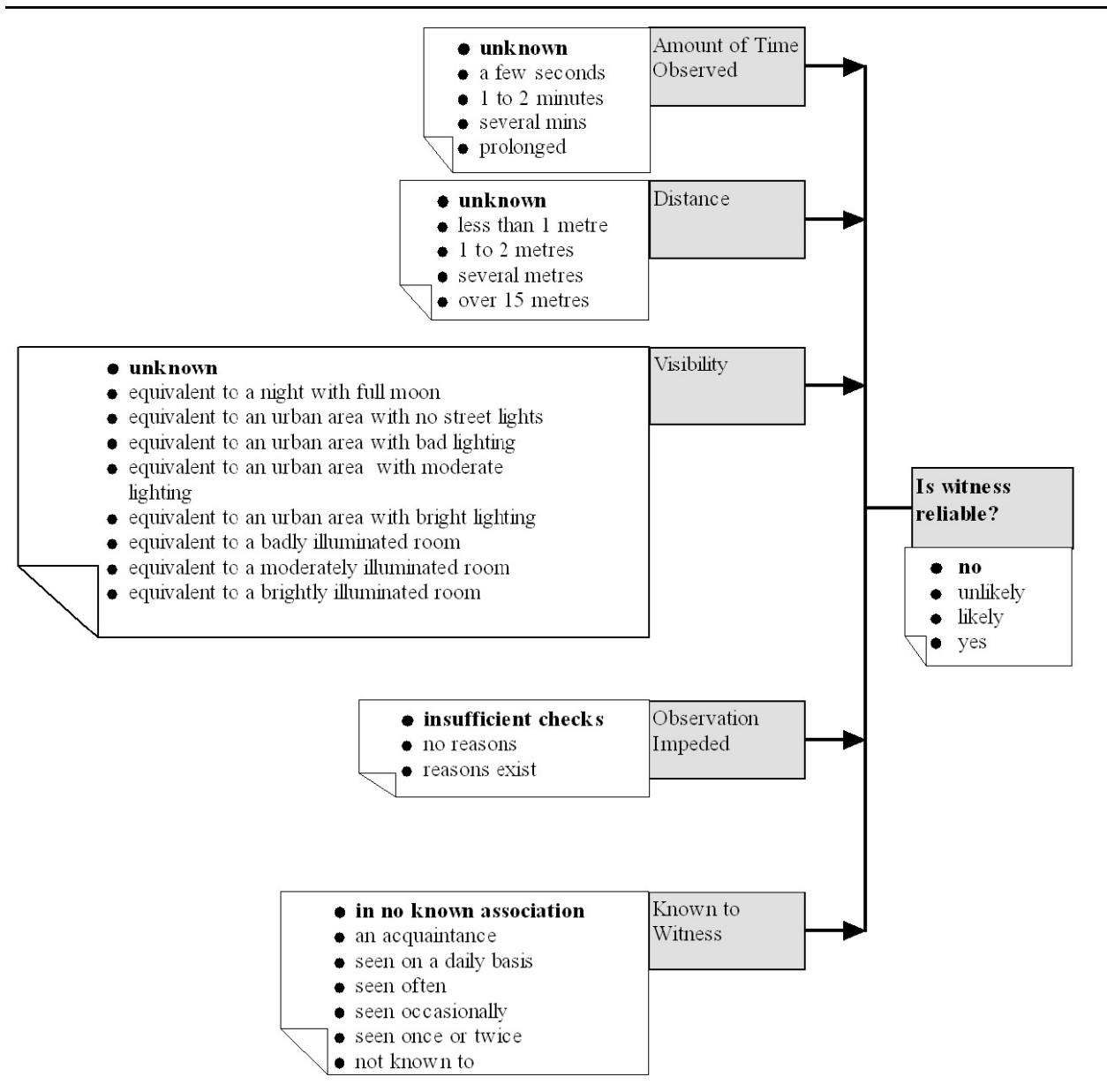


Entrando en materia de la “*Reliability*” del testigo ocular, ésta depende de la consideración de la incidencia de los siguientes factores, de donde ADVOKATE toma su nombre:

- “A – the **A**mount or length of time the witness observed the perpetrator
- D – the **D**istance from the witness to the perpetrator
- V – the **V**isibility conditions at the material time
- O – whether the line of **O**bservation was impeded either partially or temporarily
- K – whether the perpetrator was **K**nown to the witness in any way
- A – if there were **A**ny reasons for remembering the event or the perpetrator
- T – the **T**ime elapsed since the event
- E – whether there were any **E**rrors in the description of the perpetrator compared to the appearance of the accused.”<sup>837</sup>

<sup>837</sup> Bromby, et. al., “The Development and Rapid Evaluation of the Knowledge Model of ADVOKATE: An Advisory System to Assess the Credibility of Eyewitness Testimony”, <http://www.jurix.nl/pdf/j02-15.pdf>.

Los factores mencionados son tomados del caso *R v. Turnbull*,<sup>838</sup> los cuales son ordenados como se muestra en la siguiente figura:



Detengámonos un poco en los factores que consisten en el tiempo de exposición al evento (duración del acontecimiento perceptivo) y distancia a la que el testigo se encontraba. Como hemos dicho, la determinación del valor correspondiente a estos factores tiene que ver con elegir entre ciertos rangos propuestos (algunos segundos,

<sup>838</sup> *R v Turnbull* [1977] Queen's Bench Law Reports at pg. 277.

entre 1 y 2 minutos, menos de un metro, entre 1 y 2 metros, más de 15 metros, etc.) no simplemente en respuestas binarias del tipo si o no.

Por su parte, el factor “visibilidad” en lugar de presentar opciones, algunas de las cuales expresen rangos, hace alusión a situaciones con las que el testigo pueda establecer alguna similitud comparándolas con el contexto en que se produjo el evento perceptivo del cual da cuenta, como “similar a una noche con luna llena, a una calle urbana sin alumbrado público, a una habitación con buena o brillante iluminación”, etc.

Ahora bien, los factores, asunciones o preguntas críticas que hemos visto, vinculadas a los EArg’s “*Appeal to expert opinion*” y “*Argument from position to know*” en su modalidad de testimonio ofrecido por testigos oculares, corresponden a lo que Anderson y Twining llamaban “*atributos de credibilidad*” de la evidencia testimonial, los cuales a su vez constituyen los controles a los que ha de someterse la evidencia en terminos del metodo de inducción eliminativo de Bacon-Cohen.<sup>839</sup>

Estos EArg’s nos muestran con mayor claridad la generalización derrotable de estructura condicional, la cual, junto con la(s) proposición(es) que describe(n) el contenido de un medio de prueba como la testimonial, permite extraer la inferencia presuntiva correspondiente al consecuente del condicional referido. Estas generalizaciones, de acuerdo con la versión 2 de los EArg’s que venimos comentando son:

**Conditional Premise:** If source a is in a position to know about things in a certain subject domain S containing proposition A, and a asserts that A is true (false), then A is true (false) (para el EArg *from position to know*), y; **Conditional Premise:** If source E is an expert in a subject domain S containing proposition A, and E asserts that proposition A is true (false), then A may plausibly be taken to be true (false) (para el EArg *from expert opinion*).

Notese cómo las preguntas críticas, factores o asunciones (que normalmente permanecen implícitas, pero que forman parte integral del contenido prooisional de dichos esquemas) se integran al antecedente de la generalización mediante el conector “y”.

Como hemos visto, de acuerdo con el analisis de Taruffo, cuando la conclusión de la inferencia respectiva equivale al contenido proposicional de la hipótesis jurídicamente relevante que constituye la *probandum* final, estamos ante la presencia de un caso de “prueba directa”. Sin embargo, sabemos que las situaciones probatorias que más comúnmente enfrentan los jueces (o *triers of fact*) corresponden a la estructura de la “prueba indirecta”, “circunstancial”, “presuncional”, “*cascaded evidence*”, “indiciaria”, etc, la cual se caracteriza por la presencia de inferencias intermedias previas a la conclusión cuyo contenido equivale a la *probandum* final, así como por la convergencia de múltiples cadenas argumentales. A continuación presentaremos un buen ejemplo de “prueba indirecta” que hace referencia al famoso caso de Sacco y Vanzetti, presentado or Walton:

---

<sup>839</sup> Vease sección correspondiente.

1. “Starting with Connolly’s testimony as an instance, the following generalization can be invoked: *If a police officer testifies that an event occurred, then that is a reason for thinking that the event occurred.* Connolly testified that Sacco attempted to put his hand under his overcoat. Therefore, there is reason to conclude that Sacco attempted to put his hand under his overcoat.
2. *Persons arrested while carrying concealed weapons, might try to grasp these weapons.* Sacco was arrested while carrying a concealed weapon. Reasoning from this plausible generalization and the conclusion of step 1, we might conclude that Sacco’s intention in putting his hand under his overcoat was to grasp a concealed weapon. In other words, Sacco intended to draw the revolver from his belt.
3. *An arrested person carrying a concealed weapon might intend to use this weapon to threaten or harm the arresting officer.* At any rate, that is a plausible generalization. Suppose as concluded from step 2, that Sacco did intend to draw his revolver. It follows that he might have intended to use it, or threaten to use it, on the arresting officers.
4. *An arrested person might intend to use a concealed weapon to threaten or harm the arresting officer, in order to try to escape.* That is a plausible generalization. Suppose that Sacco did intend to use or threaten to use a concealed weapon, as the conclusion of step 3 indicates. It follows that his intent may have been to try to escape.
5. *Persons who intend to escape from arresting police officers may be doing so because they are aware of having committed a criminal act.* Suppose that Sacco did intend to escape from arresting police officers, as indicated by the conclusion of step 4. It follows that he might have been distressed about having committed a criminal act.
6. *If someone is distressed about having committed a criminal act, it might plausibly be quite a serious criminal act, like a robbery or shooting.* Suppose that Sacco was distressed about having committed a criminal act, as concluded from step 5. The plausible conclusion is that Sacco was distressed about quite a serious criminal act, like a robbery or shooting.
7. *If a person was distressed about quite a serious criminal act, like a robbery or a shooting, then that might tend toward indicating that he actually committed it.* According to the conclusion derived from step 6, Sacco was distressed about quite a serious criminal act, like a robbery or a shooting. Therefore, it is plausible that Sacco did commit the robbery and shooting in South Braintree on April 15, 1920...<sup>840</sup>

Este es un típico caso de razonamiento falaz por falta de un adecuado escrutinio o control de la confiabilidad (credibilidad o *reliability*) de cada generalización implicada en la cadena argumentativa referida (es decir, por falta de contar con lo que la *Anchored Narratives Theory* se refiere como *well-anchored generalization*<sup>841</sup>s).

Pues bien, como se percibe en el ejemplo, las denominadas “*Common knowledge generalizations*” por Anderson y Twining, desempeñan un papel crucial. Pese a ello, Walton no elabora sobre el problema de aplicar un EArg, aunque sea muy general, a dichas generalizaciones (tan importantes en la estructura de la prueba indirecta) de modo que dote al analista de una estructura que le permita dirigir ciertas preguntas críticas al efecto de detectar puntos débiles en las mismas.

Un esfuerzo más específico por proveer de una estructura (EArg) que permita controlar la tendencia de estas generalizaciones a dar pie a razonamientos falaces, el cual se enfoca en las críticas que pueden realizarse al respecto, es propuesto por Henry Prakken (el actual presidente de la Asociación Internacional para la Inteligencia Artificial Aplicada al Derecho), quien también se encuentra sumamente interesado en aplicar estructuras tipo *argument schemes* al razonamiento probatorio (o *reasoning about legal evidence*).

---

<sup>840</sup> Véase Walton, Douglas, *Legal Argumentation and Evidence*, Pennsylvania State University Press, 2002, pp. 203-204.

<sup>841</sup> Véase la sección correspondiente.

Al efecto de modelar el razonamiento probatorio con base en estructuras tipo EArg's, Prakken asume la teoría general propuesta por Pollock en torno al proceder epistémico cotidiano de los sujetos cognoscentes. La teoría referida intenta constituir una explicación de la manera en que comúnmente formamos creencias a partir tanto de otras creencias previas, como de *inputs* perceptivos. En ella, Pollock distingue entre reglas inferenciales estrictas (deductivas, necesarias) y reglas (o principios) inferenciales no estrictas a las que alude con el nombre de “razones *prima facie*” –como el principio de la confianza general en la percepción, el de la confianza en la memoria, etc.–, las cuales, pese a que conducen a resultados (creencias) preliminares o tentativos y en ese sentido, falibles, no pierden su *estatus* de principios básicos de uso constante, que guían a seres no-omniscientes como nosotros, en sus interacciones cotidianas con el mundo (empírico, social).

Prakken explica el funcionamiento del modelo de Pollock de la siguiente manera:

“...The full picture can be summarized as follows: First perception (as one of the *prima facie* principles mentioned above) is applied to sense data, yielding specific beliefs, and memory is used to record and retrieve these data. Then induction infers general rules from them, after which the statistical syllogism derives new specific beliefs from these rules. Finally, beliefs thus derived, persist over time...”<sup>842</sup>

Las creencias resultantes de la aplicación de estos principios o razones falibles pueden ser derrotadas de dos formas: Por medio de lo que Pollock denomina “*rebutters*” o por medio de “*undercutters*”.<sup>843</sup> Los primeros constituyen argumentos que respaldan la conclusión contraria al contenido de la creencia en cuestión, mientras que los segundos señalan defectos o puntos débiles en la inferencia que conduce a la creencia respectiva. En este sentido, las denominadas *critical questions* de los EArg's constituirían potenciales *undercutters*.

Las reglas no estrictas, razones *prima facie*, o principios epistémicos y de razonamiento práctico, junto con sus potenciales *undercutters* (o *critical questions*) que propone Pollock son los siguientes:

**“Rule 1: Perception:** “Having a percept with content  $\phi$  is a *prima facie* reason to believe  $\phi$ ”  
“The present circumstances are such that having a percept with content  $\phi$  is not a reliable indicator of  $\phi$ ”  
undercuts R1.

**Rule 2: Memory:** “Recalling  $\phi$  is a *prima facie* reason to believe  $\phi$ ”  
“ $\phi$  was originally based on beliefs of which one is false” undercuts R2.  
“ $\phi$  was not originally believed for reasons other than R2” undercuts R2.

**Rule 3; Statistical syllogism:** ‘ $c$  is an F and F’s are usually G’s’ is a *prima facie* reason for ‘ $c$  is a G’.  
‘ $c$  is an F and H’ and ‘it is not the case that F and H’s are usually G’s’ is an undercutter of R3.  
‘ $c$  is an F and H’ and F and H’s are usually not G’s’ is an undercutter of R3.

---

<sup>842</sup> F.J. Bex, H. Prakken, C. Reed & D.N. Walton, Towards a formal account of reasoning about evidence: argumentation schemes and generalisations. *Artificial Intelligence and Law* 11 (2003), 125-165.

<sup>843</sup> H. Prakken, AI & Law, logic and argument schemes. *Argumentation* 19 (2005): 303-320. (special issue on *The Toulmin model today*); y H. Prakken & G. Sartor, The three faces of defeasibility in the law. *Ratio Juris* 17:1 (2004), 118-139.



**Rule 4; Induction:** *'most observed F's are G's' is a prima facie reason for 'F's are usually G's'* (Pollock formulates various undercutters to induction based on bias of samples).

**Rule 5; Temporal persistence:** *"Believing that  $\phi$  is true at T1 is a prima facie reason for believing  $\phi$  at a latter time T2"*

The general scheme for the undercutters of temporal persistence arguments is:

"Having reason to believe  $\neg\phi$  at T3 between T1 and T2 is an undercutter of R5".<sup>844</sup>

Como explica Prakken, en el modelo original de Pollock, las generalizaciones para cuya aplicación se cuenta con R3, sólo pueden generarse por vía de procesos inductivos -como los de la ciencia- de lo cual da cuenta el principio de la inducción en R4. Lo anterior constituye un problema si lo que se quiere modelar son también las generalizaciones de sentido común típicas del razonamiento protatorio (en la estructura de prueba indirecta). En este punto, Prakken et. al., también recurren a la tipología de generalizaciones propuesta por Anderson y Twining, y deciden entonces incluir, también dentro del conjunto de reglas *prima facie* mencionado, otras que capturen el EArg "*Appeal to expert opinion*", "*Argument from position to know*" y un esquema argumental general para las generalizaciones de sentido común (o "*Common knowledge generalizations*"). De este modo se incluye la siguiente regla:

**Rule 6; General Knowledge:** *'It is general knowledge that  $\phi$ ' is a prima facie reason for  $\phi$ '*

Los *undercutters* y *rebutters* que, en terminos generales, pueden realizarse a las inferencias basadas en esta clase de generalizaciones son:

1. *"Attacking the validity of the source of the generalization*, e. g., "It is not general knowledge that if x tries to prevent y's marriage with false claims, then usually a revengefull murderous emotion from y towards x is created". This attack can be modeled as a rebutting attack.
2. *Attacking the defeasible derivation from the source*, for instance: "It is in deed general knowledge that if x tries to prevent y's marriage with false claims, then usually a revengeful murderous emotion from y towards x is created, but this particular piece of general knowledge is infected by folk belief". This attack can be modeled as an undercutter to rule 6.
3. *Attacking the application of the generalization in the given circumstances*. This can be modeled as the application of more specific generalizations (e. g., "If x tries to prevent y's marriage with false claims but y is known to be not violent and aggressive, then usually not a revengeful murderous emotion from y towards x is created", or the weak form with "not usually"). Then the subproperty defeater of the statistical syllogism undercuts the use of the general default.
4. *Attacking the generalization itself*. Such an attack takes the form of an argument for the negation of the attacked generalization... An example of such an attack is the combination of the above more specific generalization with the claim that the additional condition is not unusual, or perhaps even that it is usual, as in "People are usually not aggressive and violent".<sup>845</sup>

---

<sup>844</sup> Idem.

<sup>845</sup> Idem.

El primer tipo de ataque consiste en negar que la generalización referida forme parte del acervo de conocimientos (representaciones sociales<sup>846</sup>) de la comunidad de referencia. Un problema que evidentemente surge en este momento es el de definir la comunidad de referencia, sobre todo si consideramos que el caso se da en una sociedad plural, e incluso multi-cultural. Así mismo, otro problema consiste en establecer el tipo de evidencia que podría respaldar tal aseveración, la cual puede consistir en citar a varios testigos de la comunidad en cuestión quienes quizá podrían contar con cierto grado de arraigo en la comunidad de referencia, o incluso realizar un estudio empírico de exploración de representaciones sociales e imaginarios colectivos. Sin embargo, pese a que esta última opción podría ser la más robusta, generalmente no habría tiempo suficiente para llevar a cabo el estudio correspondiente, ni para procesar e interpretar sus resultados, sin considerar los altos costos que representaría para la parte que quisiera presentar esta clase de evidencia.

El segundo tipo de ataque implica conceder que la generalización respectiva en efecto forma parte de las representaciones sociales de la comunidad de referencia, sin embargo señala que, no obstante, aquella está infectada de *prejuicios* o *distorsiones sociales*. En este caso surge de nuevo el problema de la evidencia que respalda la aseveración correspondiente. Podría pensarse que evidencia de buena calidad podría consistir en citar las cifras y estadísticas de estudios serios en torno al tema, sin embargo, esto depende crucialmente del interés que aquel haya despertado en una sociedad determinada como para que existan bases de datos de consulta más o menos generalizada.

El tercer tipo de ataque también puede implicar conceder que la generalización forma parte del imaginario colectivo de la comunidad de referencia, la diferencia consiste en aseverar otra generalización sobre la base de los patrones de comportamiento que pueden inducirse acerca de cierta persona. La idea es que dichos patrones contrasten con la generalización inicial: Dentro del contexto del ejemplo que manejan los autores, quizá el sujeto de que se trate suele meditar todos los días (lo cual a su vez es relevante dada la creencia generalizada de que los estados meditativos producen paz interna y deseos de paz universal), es conocido por su carácter apacible, no tiene antecedentes penales, y no hay registro de quejas en su contra, etc.

El último ataque puede implicar conceder la generalización, no obstante, atribuirla a esferas más generales o a otras comunidades, por ejemplo: “La gente de esta región histórica y culturalmente suele resolver sus conflictos de manera pacífica, sin importar su gravedad...”.

Ahora bien, a continuación mostramos cómo se incorporan los EArg’s “*Appeal to expert opinion*” y “*Argument from position to know*” a la manera de razones *prima facie* de la lista precedente:

**Rule 7; Expert Testimony:** ‘*E says  $\phi$ , and  $\phi$  is within domain  $S$ , and  $E$  is an expert in domain  $S$ ’ is a prima facie reason to believe  $\phi$ ’*

**Rule 8; Witness testimonies:** ‘*Witness  $w$  says  $\phi$ ’ is a prima facie reason for believing  $\phi$ ’.*

---

<sup>846</sup> Véase sección correspondiente.

Ya sabemos que las *undercutters* de dichas reglas pueden variar en función del grado de especificidad que se desee (el cual puede ser mayor de acuerdo con el grado de escrutinio que se desee desplegar, por ejemplo, leve, normal, riguroso, severo, etc.) y del tipo de respuesta que puede darse a las preguntas críticas en cuestión (respuestas binarias, múltiples opciones, de las cuales algunas puedan consistir en rangos, etc.)

Un comentario contextual respecto de R8 es pertinente. Una de las razones por las que esta regla constituye una razón *prima facie*, derrotable, es que, en ocasiones (y aquí tenemos nuevamente los problemas asociados a escoger el cuantificador difuso de cualquier generalización derrotable) los testigos mienten o de algún modo “distorsionan” sus testimonios de acuerdo con sus intereses. El respeto o confiabilidad que puede atribuirse a este medio de prueba se ve afectado también por las prácticas de las comunidades de operadores jurídicos, las cuales pueden desarrollar dinámicas de corrupción, e incluso, de simulación, en cuyo caso, dicha confiabilidad se viene a pique.

Un caso extremo de lo anterior lo constituyen las prácticas de evaluación de testimonios que ocurren en el contexto mexicano en materia penal (común). De acuerdo con un modelo plausible que puede levantarse de la integración de los resultados de múltiples estudios que, de manera separada, han abordado las prácticas procedimentales penales en diversos puntos del procedimiento (desde la etapa de averiguación previa, pasando por la etapa judicial del caso, hasta las condiciones que imperan en el sistema penitenciario, incluyendo los intereses políticos de varios partidos), pueden identificarse prácticas como las siguientes:

- Los jueces suelen dar un peso extremo al testimonio que ofrecen los oficiales remitentes en casos de delitos flagrantes
- Las testimoniales referidas suelen ser la única prueba para el ejercicio de la acción penal
- Los jueces suelen conceder valores bajos, de manera sistemática, a los testimonios que ofrecen testigos de descargo de parte de la defensa, argumentándose que la convergencia de testimonios, para el caso del acusado, automáticamente constituye un indicio de contubernio entre los testigos respectivos.

En un contexto como el que se perfiló anteriormente, por razones políticas respecto de las cuales, por ahora sólo pueden generarse conjeturas plausibles, la valoración de la prueba testimonial (y probablemente la actividad completa de valoración de medios de prueba) se vuelve un mero acto discursivo de *simulación* (curiosamente muy semejante a las funciones que la corriente irracionalista le atribuye a las pruebas en el sentido de persuadir/ocultar a la sociedad de que lo que ocurre en un proceso penal, nada tiene que ver con el interés de averiguar la verdad, lo curioso es que tampoco, al menos en México, tiene nada que ver con otorgar protección al acusado, previendo que pudiera ser inocente).

Ahora bien, Prakken et. al., toman el caso Sacco y Vanzetti al efecto de mostrar cómo puede modalarse el razonamiento probatorio en dicho caso a partir del esquema de las razones *prima facie* de Pollock, el cual, puede describirse como un enfoque de esquemas argumentales de razonamiento presuntivo basado en la noción, aún más general, de someter a escrutinio las generalizaciones que dan pie a las inferencias que instancian dichos esquemas.

Como explica Prakken, en lugar de recurrir al empleo de alguna técnica de diagramación gráfica de los argumentos respectivos, los autores en comento optan por presentar el razonamiento probatorio a la manera de secuencias de fórmulas bien formadas (proposiciones), algunas de las cuales constituyen “*input information*” y otras se derivan de aquellas por medio de la aplicación del inventario de razones *prima facie* anteriormente aludido.

A continuación haremos una descripción del caso Sacco y Vanzetti de acuerdo con la forma en que Prakken et al., dan cuenta de éste:

“Nicola Sacco y Bartolomeo Vanzetti fueron acusados, hallados culpables, condenados a muerte y, en efecto, ejecutados, por el homicidio del guardia Barardelli, quien perdió la vida en el transcurso de un robo a mano armado que tuvo lugar en South Braintree, Massachusetts, en Abril de 1920. Barardelli y otro guardia, Parmenter, tenían que trasladar quince mil dólares en dos cajas de acero de una fábrica de zapatos (Slater y Morrill) a otra de sus bases en South Braintree. En su ruta fueron atacados por sorpresa, por dos hombres que se encontraban escondidos detrás de una barda. A Barardelli le dispararon cuatro veces, y al otro guardia dos veces. Después, los asaltantes tomaron las cajas con el dinero y huyeron de la escena. Barardelli murió una hora después, mientras que Parmenter, a la mañana siguiente.

Sacco y Vanzetti eran miembros bien conocidos del movimiento anarquista que se gestó en aquella época en los Estados Unidos. Los investigadores del delito sabían que miembros de dicho partido estuvieron involucrados en los hechos de aquel 15 de abril. Sacco y Vanzetti fueron arrestados el 15 de mayo del mismo año, y después de un largo juicio en el que muchos testigos ofrecieron su testimonio, fueron hallados culpables de los homicidios al momento de cometer un robo. El 23 de agosto de 1927, después de la investigación independiente desplegada por el gobernador del Estado y después de muchas apelaciones, los condenados fueron ejecutados.”<sup>847</sup>

Como explican los autores en comento, el caso Sacco y Vanzetti ha sido estudiado desde múltiples ángulos (derecho, historia, ciencias sociales, etc.), y es considerado una de las injusticias más atroces perpetradas por el sistema de impartición de justicia norteamericano. Uno de los análisis más novedosos es el de Schum et al., quienes emplean la técnica de diagramación de Wigmore, interpretándola bajo la óptica de redes probabilísticas bayesianas, a efecto de mostrar el poco sustento probatorio en el que se basó la condena.

Prakken et al., a su vez, escogen algunas secuencias del razonamiento representado en estructuras argumentativas resultantes de la aplicación del método Wigmore, a efecto de mostrar la viabilidad del análisis con esquemas argumentales. Los autores en comento trabajan pues, con los testimonios ofrecidos por el fiscal, de Wade y Pelser. El análisis, respecto al testimonio de Wade, es el siguiente:

---

<sup>847</sup> F.J. Bex, H. Prakken, C. Reed & D.N. Walton, Towards a formal account of reasoning about evidence: argumentation schemes and generalisations. *Artificial Intelligence and Law* 11 (2003), 125-165.

### Argument P1:

1. Wade says: "I recall I saw someone who looked like Sacco at the scene of the crime when it occurred" (input)
2. Wade recalls having seen someone who looked like Sacco at the scene of the crime when it occurred (1, Witness Testimony)

La proposición 2 constituye una inferencia que se extrae de 1 (input) y la aplicación de la regla sobre **Witness Testimony**, lo cual se indica al final de 2 "(1, Witness Testimony)

3. Wade saw someone who looks like Sacco at the crime scene when the crime occurred (2, Memory)

3 se obtiene de 2 más la aplicación de la regla denominada **Memory**, lo cual se indica con "(2, Memory)".

4. If a person x saw someone who looks like person y, then usually x saw y (input)

Nótese que 4 constituye una generalización de sentido común o "*Common knowledge generalization*".

5. Wade saw Sacco at the crime scene when the crime occurred (3, 4 Stat. Syll)

5 se obtiene de 3, 4 y la regla denominada **Statistical Syllogism**, lo cual se indica mediante "(3, 4, Stat. Syll)". Dicha regla es la que, como dijimos, permite la aplicación de cualquier clase de generalización al caso concreto.

6. Sacco was at the crime scene when the crime occurred (5, Perception)

6 se obtiene, por su parte, de 5 más la regla denominada Perception, lo cual se indica mediante "(5, Perception)".

Como explican los autores en comentario, el testimonio de Wade se debilitó en virtud de que no pudo decir que fue Sacco quien disparó a Barardelli. No es que Wade negara en algún momento que el hombre que vió se "parecía" a Sacco, sin embargo, si manifestó que tenía dudas respecto de que ese hombre fuera en efecto, Sacco. Esta situación, de acuerdo con el análisis de Prakken et. al., da lugar al siguiente *undercutter*.

### Argument D1<sup>848</sup>

1. Wade says: "I recall I saw someone who looked like Sacco at the scene of the crime when it occurred" (input)

---

<sup>848</sup> Idem.

2. Wade recalls having seen someone who looked like Sacco at the scene of the crime when it occurred (1, Witness Testimony)
3. Wade saw someone who looks like Sacco at the crime scene when the crime occurred (2, Memory)
4. Wade would not say “Sacco is the man I saw shooting Barardelli at the crime scene” (input)
5. If a person x saw someone who looked like person y, but x will not testify he saw y, then usually x has doubts about Y’s lookalike being y (input)
6. Wade had doubts about the fact that the man who looked like Sacco actually was Sacco (3, 4, 5, Stat. Syll.)
7. If a person x saw someone who looks like person y, but x has doubts about y’s look-alike being y, then it is not usually the case that if a person x saw someone who looks like person y, then person x saw person y (input)
8. Wade saw someone who looks like Sacco at the scene of the crime when it occurred and Wade had doubts about the fact that the man who looked like Sacco actually was Sacco and if a person x saw someone who looks like person y, but x has doubts about y’s look-alike being y, then it is not usually the case that if a person x saw someone who looks like person y, then person x saw person y (strict reason)

Como explican Prakken et. al., D1 constituye un *undercutter* de P1. El punto clave de este ataque se encuentra en la relación de confrontación que se establece entre las generalizaciones 4 de P1 y 7 de D1. Se trata de generalizaciones con *consecuentes contradictorios*.

Por su parte, la generalización 7 de D1, como pudimos observar, se vuelve relevante una vez que se cuenta con la información (input) de que Wade simplemente no dijo que la persona a quien viò, pese a que se parecía a Sacco, era en efecto, Sacco (la propia fuente que experimentò la percepción correspondiente, no estaba segura, de hecho expresó sus dudas al respecto). Nòtese que esta proposición resulta de la consideración de àun otra generalización en el sentido de que “quien se niega a afirmar que la persona que viò era el acusado, pese a conceder que se parecía mucho a èste, tiene dudas al respecto de su propia percepción”.

Ahora bien, 7 de D1 constituye una instancia del denominado “*sub-property defeater*” que afecta al principio o razón *prima facie* denominada **Statistical Syllogism**. Recordemos que dicho ataque se expresa de la manera que sigue:

‘c is an F and H’ and ‘it is not the case that F and H’s are usually G’s’ is an undercutter of R3, o bien:

‘c is an F and H’ and F and H’s are usually not G’s’ is an undercutter of R3.

Pues bien, el caso de Wade constituye en efecto, una instancia de “If c is an F usually c is a G”, es decir, se satisface el antecedente de la generalización que dice que “si una persona x viò a alguien que se parece a y, es usual que en efecto, haya visto a y”. La cuestión es que no se satisface el consecuente debido a que concurre otra propiedad que se predica del caso perceptivo de Wade, es decir, que tiene dudas al respecto de que quièn viò, en efecto haya sido el acusado. Esta segunda propiedad (H en el esquema del *sub-property defeater*) hace que se active el consecuente de otra generalización que precisamente niega el consecuente de la original.

Con el análisis previo hemos podido evidenciar la utilidad del enfoque de EArg's para el análisis del razonamiento probatorio en el sentido de que permite explicitar las generalizaciones que suelen permanecer implícitas en el razonamiento del *trier of fact* (sobre todo en casos de prueba indirecta o circunstancial). Así mismo, el enfoque referido permite someter dichas generalizaciones a un escrutinio que puede variar en términos de un espectro que va de leve a severo y riguroso.

A continuación abordaremos el problema de la relación entre las preguntas críticas (que, como hemos dicho, permiten controlar la tendencia del razonamiento presuntivo a ser falaz) que se asocian a cada EArg, y la distribución de cargas probatorias.

### **10. Critical Questions y Cargas probatorias (*Burdens of proof*)**

Hemos dicho que existen dos formas de caracterizar al razonamiento presuntivo: Por un lado, haciendo alusión a su estructura lógica, lo cual permite develar el papel crucial de las generalizaciones falibles que están en la base de dicho razonamiento. Por otro lado, haciendo alusión a las implicaciones de su empleo en el contexto de un intercambio dialógico.

En este segundo sentido, la característica más importante de este razonamiento consiste en que traslada la carga de la prueba a la parte contraria (recordemos el “*Argument from Ignorance*” que implícitamente acompaña a esta clase de razonamiento en vista de que suele desplegarse en contextos prácticos que requieren de la toma de una decisión –elegir un curso de acción– generalmente en periodos relativamente cortos, en los cuales al agente no puede realizar una consideración exhaustiva de todas las razones que podrían ser relevantes, dado que la investigación respectiva no puede proseguir indefinidamente). En este orden de ideas, la parte contraria tiene la obligación de señalar excepciones respecto de la aplicación de la generalización particular al caso en cuestión.

Sabemos ya que los EArgas pretenden capturar patrones de este razonamiento presuntivo. Las *critical questions* (CQ's) asociadas a cada esquema constituirían las rutas por las que la contra-argumentación o ataque a las generalizaciones respectivas, tendría que canalizarse. Con base en lo dicho en el párrafo precedente, la parte contraria tendría que aportar evidencia en relación con cada CQ que quisiera realizar.

Sin embargo, como dan cuenta de ello Gordon y Walton<sup>849</sup>, en la actualidad existe un debate en torno a la cuestión de qué CQ's son las que efectivamente tienen este efecto, según el cual, como hemos dicho, se traslada la carga de la prueba a la parte que señala la CQ respectiva.

Una teoría sostiene que el sólo hecho de llevar a cabo el acto discursivo de realizar una CQ acarrea la fuerza suficiente como para derrotar temporalmente la inferencia presuntiva. Otra teoría mantiene una postura más compleja, de acuerdo con la cual, realizar algunas CQ's en efecto derrotan temporalmente la inferencia, sin embargo, el efecto completo de este acto discursivo consiste en que la carga de la prueba se revierte a quien propone la

---

<sup>849</sup> Walton, Douglas, “The Carneades Model of Argument and Burden of Proof”, *Thomas F. Gordon, Henry Prakken and Douglas Walton. Artificial Intelligence*, 171, 2007, 875-896.

inferencia presuntiva inicialmente. Por su parte, la realización de otras CQ's acarrearán la obligación, en sí mismas, de producir cierta "cantidad" de evidencia (cuando decimos "cantidad" es sólo en sentido metafórico, no debido a que sostengamos una concepción cuantitativa al respecto).

Ahora bien, antes de continuar es preciso realizar una distinción analítica en torno a la expresión "carga de la prueba":

De acuerdo con Prakken y Sartor<sup>850</sup>, pueden distinguirse tres sentidos:

- A) La llamada "*Burden of persuasion*" (BoPers)
- B) La llamada "*Burden of production*" (BoP), y
- C) La llamada "*Tactical Burden of proof*" (TacB)

El sentido contenido en A) denota al nivel de persuasión que debe experimentar el *trier of fact* en torno a la *probandum* final con base en la consideración de *toda* la evidencia producida en torno a la misma -la cual incurre en el campo de denotación del antecedente de la norma jurídica básica aplicable al caso- a los efectos de considerarla probada y, en ese sentido, para que procedan las consecuencias jurídicas correspondientes. Al respecto, Prakken y Sartor sostienen que:

"... *The burden of persuasion specifies which party has to prove a statement to a specified degree (the standard of proof) on the penalty of losing on the issue. Whether this burden has been met is determined on the basis of all evidence provided in the proceedings and all arguments referring to this evidence...*"<sup>851</sup>

Como se desprende de la última parte de la cita precedente, una característica importante de esta clase de carga probatoria es que la determinación de su satisfacción se realiza en función de toda la evidencia que, a la manera de distintas cadenas argumentativas, se presenta para el respaldo de la *probandum* principal del caso.

El sentido contenido en B) denota a la carga de producir cierta "cantidad" de evidencia en torno a proposiciones que se ubican en niveles inferiores de la jerarquía en la cual la(s) *probandum* final(es) se encuentra(n) en la cima. Se trata de la obligación de producir evidencia en el transcurso del diálogo o intercambio argumentativo, cuyo incumplimiento acarrea el riesgo de perder el asunto considerado en su totalidad, aunque no se tenga la *Burden of persuasion* global. Suele suceder que dicha carga es menor, en términos de criterios de suficiencia, a la carga implícita en la "*Burden of persuasion*". Así mismo, puede suceder que una de las partes tenga el *Burden of persuasion*, y no obstante, la *burden of production* se distribuye al interior del intercambio dialógico.

Piénsese en el caso criticado por Laudan, de las *affirmative defenses* del sistema norteamericano, o en el caso de las eximentes de responsabilidad en el contexto penal mexicano. En estos casos, pese a que, de manera oficial, el fiscal

---

<sup>850</sup> H. Prakken & G. Sartor, More on presumptions and burdens of proof. In E. Francesconi, G. Sartor & D. Tiscornia (eds.), *Legal Knowledge and Information Systems. JURIX 2008: The Twenty-First Annual Conference*. Amsterdam etc, IOS Press (2008),

<sup>851</sup> Idem.



tiene la obligación general de probar los elementos del delito (BARD en Estados Unidos y “Convicción íntima” en México).

Una vez desahogada esta *burden of production*, el riesgo “formal” de perder el asunto por no ofrecer evidencia respecto de algún punto específico, se elimina, lo cual no quiere decir que por la sola presentación de la evidencia en cuestión, ésta sea suficiente (la valoración de la misma es un asunto aparte). Así mismo, también queda por determinarse el impacto que la presentación de la evidencia que desahoga una *burden of production* particular (en algún punto de la argumentación), tiene en relación con el estado global de la controversia. Al respecto, Prakken y Sartor sostienen que:

“... *The burden of production specifies which party has to offer evidence on an issue at different points in a proceeding. If the burden of production is not met, the issue will be decided as a matter of law against the burdened party, while if it is met, the issue will be decided on the basis of all available evidence according to the burden of persuasion...*”<sup>852</sup>

El sentido contenido en C) denota a la habilidad de las partes consistente en monitorear el estado global del caso en términos de la suficiencia de la evidencia en diversos puntos de la argumentación. Puede ser que, en efecto se haya cumplido con la *burden of production* en algún punto, y que la contraria haya respondido con un ataque a dicha evidencia. Dicho ataque puede ser eficaz si satisface los criterios de suficiencia respectivos que aplica el *trier of fact*, o puede ser que no, y en ese sentido, puede volver a inclinar la balanza a favor de la parte que lo realiza (a dicho fenómeno se le conoce como *reinstatement*, de acuerdo con el análisis de Prakken). En estos casos, la parte que satisfizo en primera instancia su *burden of production*, realiza ciertos cálculos con base en los cuales puede decidir presentar aún más evidencia en torno a ese punto (produciéndose de nuevo el *reinstatement* si la estrategia es eficaz). Hecho lo anterior, toca de nuevo a la otra parte, realizar cálculos acerca de la eficacia de este movimiento en el tablero, y puede decidir atacar nuevamente. En este sentido, los autores en comento sostienen lo siguiente:

“... *By contrast, the tactical burden of proof is a matter of tactical evaluation in that a party must assess the risk of ultimately losing on an issue if no further evidence concerning that issue is produced. The tactical burden on an issue can shift between the parties any number of times during the proceedings, depending on who would likely win on that issue if no further evidence were provided...*”<sup>853</sup>

Es conveniente mencionar en este momento, que el despliegue de las estrategias referidas podría durar indefinidamente en términos de innumerables intercambios o transacciones dialógicas, de no ser por la existencia de reglas procesales jurídicas que impiden la expansión al infinito de este fenómeno.

Pues bien, el sentido al que se alude cuando se habla de la relación de las CQ’s con la carga de la prueba es el de B), es decir, la *Burden of production* inicialmente. Decimos inicialmente debido a que las partes siguen haciendo cálculos en torno a la eficacia del movimiento que desahoga la BoP inicial, y en ese sentido, el TacB está siempre en

---

<sup>852</sup> Idem...

<sup>853</sup> Idem.

operación. Por su parte, la BoPers es una cuestión más global que tiene que ver con el tema que abordaremos más adelante referido a la convergencia de diversas líneas argumentativas en términos del apoyo que en conjunto logran transferir a la *probandum* final (“*Corroborative Evidence*”).

Esta dinámica de transferencias de la BoP se manifiesta en el estatus que puede otorgarse a las CQ’s de un EArg. Un primer paso en esta dirección ha sido dado por Bart Veheij, quien comienza por identificar roles distintos para cada uno de los tipos de CQ’s que pueden asociarse a un determinado Earg, los cuales son:

- (1) “They can be used to question whether a premise of a scheme holds.
- (2) They can point to *exceptional situations* in which a scheme should not be used.
- (3) They can *set conditions for the proper use* of a scheme.
- (4) They can point to *other arguments that might be used to attack the scheme*.”<sup>854</sup>

Como explican Gordon et. al., las CQ’s del tipo 1) cuestionan la aceptabilidad de la instancia particular de algún esquema argumenta; las del tipo 2) constituyen *undercutters* del argumento; las del tipo 3 refutan de manera más específica algunas de las asunciones o presupuestos implícitos en los que descansa el argumento; mientras que las del tipo 4) apuntan hacia la formulación de ataques tipo “*rebuttal*”, los cuales consisten en argumentos que respaldan la conclusión contraria a la que se analiza.

Con base en los roles previamente distinguidos, se han propuesto los siguientes estatus o modalidades de CQ’s:

- A) *Ordinary Premise*
- B) *Assumption*
- C) *Exception*

El estatus A) implica que la premisa en cuestión tiene que ser respaldada siempre con cierta evidencia, se hagan o no CQ’s al respecto. Se tratan pues, de aseveraciones (*assertions*), las cuales, como vimos, traen aparejada la BoP.<sup>855</sup>

Por su parte, el estatus B) hace referencia a las premisas que en el EArg son presupuestas si en efecto la instancia particular del mismo ha de transferir algún peso probatorio hacia su conclusión. Estos presupuestos no acarrear carga de prueba, salvo que se realice una CQ al respecto de alguno de ellos.

Por último, el estatus C) hace referencia al caso de las CQ’s que si traen aparejada la BoP, y, como su nombre lo indica, tiene que ver con el señalamiento de que, en el caso particular, concurren circunstancias excepcionales que derrotan la generalización presuntiva de la que parte la inferencia.

El estatus que se asocia a las premisas de algún EArg constituye sólo el punto de partida en vista de la operación constante del TacB, es decir, de los cálculos estratégicos que realizan las partes en términos de valorar ellas

---

<sup>854</sup> Walton, Douglas, “The Carneades Model of Argument and Burden of Proof”, *Thomas F. Gordon, Henry Prakken and Douglas Walton. Artificial Intelligence*, 171, 2007, 875-896.

<sup>855</sup> Véase la sección correspondiente.

mismas la posible eficacia probatoria de los movimientos de su contraparte, lo cual las puede llevar al fortalecimiento de sus obligaciones de descargar la BoP, con la expansión del diálogo en términos de realizar un mayor número de intercambios o transacciones dialógicas, lo cual, como vimos, suele estar limitado por las reglas procesales aplicables en lo particular.

Al respecto de los estatus mencionados, Gordon et. al., nos dicen que:

*“... The upshot of all this is that in a dialogical context different kinds of premises must be distinguished: those that must always be supported with further grounds; those that can be assumed until they have been questioned; and those that do not hold in the absence of evidence to the contrary. In this article we will call the first kind ‘ordinary premises’, the second kind ‘assumptions’ and third kind ‘exceptions’...”<sup>856</sup>*

Ahora bien, un asunto de crucial importancia para nosotros es el hecho de que la comunidad ha reconocido que el otorgamiento de los diversos estatus a las premisas constitutivas de la estructura de un EArg, y en ese sentido, la distribución de cargas probatorias, constituye un asunto de la *política que en el dominio particular* desee aplicarse. Al respecto, los autores en comento sostienen que:

*“... Whether an assumption or exception is appropriate depends on who should have the burden of production, which is a policy issue dependent on the domain. If the respondent, the person who poses the critical question, should have the burden of production, then the critical question should be modeled as an exception. If, on the other hand, the proponent, the party who used the scheme to construct the argument, should have the burden of production, then the critical question should be modeled as an assumption. Which type of premise is appropriate depends on the policy of the argumentation scheme. If a new argumentation scheme is being modeled, the premise type can be used to clearly express the desired policy. Modeling an existing argumentation scheme requires the scheme to be interpreted to determine the policy intended by its drafters, similar to the way legislation must be interpreted...”<sup>857</sup>*

Recordemos que uno de los problemas que enfrenta el diseño de EArg consiste en la definición del número, contenido y grado de especificidad de las CQ's asociadas a cada EArg, así como en la definición del tipo de respuestas que se espera (binarias o con múltiples valores, si las respuestas más convenientes son graduales (utilización de rangos), etc.).

Pues bien, estas cuestiones, más la política de distribución de la BoP a nivel de cada esquema, así como los criterios de suficiencia o eficacia que tendrían que ser satisfechos por cada “movimiento evidenciario” pueden entenderse como los puntos, situaciones, como las válvulas, por cuyo conducto se transminan las preocupaciones en torno a la inyección del beneficio de la duda a los efectos de proteger a alguna de las partes (en virtud de la consideración de que una sentencia que erróneamente falla en su contra, constituye el tipo de error que produce los daños más graves), en términos de hacer más o menos reiguroso el escrutinio de la instancia de algún EArg.<sup>858</sup>

---

<sup>856</sup> Walton, Douglas, “The Carneades Model of Argument and Burden of Proof”, *Thomas F. Gordon, Henry Prakken and Douglas Walton. Artificial Intelligence*, 171, 2007, 875-896.

<sup>857</sup> Idem.

<sup>858</sup> Véase Capítulo final...

Un punto importante que debemos resaltar es que, mientras que la comunidad de la *AI and Law* reconoce que cuestiones como la distribución de cargas probatorias -lo cual se intenta modelar mediante la asignación de diversos estatus a las distintas CQ's de un EArg- están relacionadas con decisiones en términos del contenido de ciertas políticas en el dominio y tipo de juicio de que se trate, no elaboran sobre las razones o principios que podrían estar sustentando (legitimando) a las diversas políticas de distribución probatoria, ni sobre si en efecto, dichas políticas son de tal modo específicas que alcanzan el problema de las CQ's (ubicado a nivel local de la argumentación).

Lo que las investigaciones de *AI and Law*, particularmente las referentes al empleo de EArg's para el análisis del razonamiento probatorio demuestran es que hay fenómenos al *nivel local* de dicho razonamiento que trascienden la capacidad de los diversos tipos de lógica no-monotónica para su modelamiento, es decir, que no se siguen, ni se encuentran regidos, por algún principio derivado del análisis exclusivamente lógico del razonamiento probatorio.

Se trata de fenómenos que se hallan dentro del rango de afectación de ciertas decisiones que se toman por los diseñadores de las políticas públicas aplicables (principalmente los legisladores) al dominio en cuestión, en cuyas deliberaciones se consideran valores extra-epistémicos (en ocasiones contra-epistémicos) distintos al de averiguar faliblemente la verdad. Uno de estos fenómenos consiste precisamente en la distribución de la *burden of production*, la cual podría entenderse como una continuación o extensión, en el espectro de especificación, del severo escrutinio que, a la manera del establecimiento de la carga de prueba global, la sociedad ha decretado realizar, lo cual sería útil sobre todo en sistemas del *Civil Law*, respecto de los cuales hemos dicho que, si estamos en lo correcto, no se cuenta con reglas de decisión tipo estándar de prueba sentido 2, como en el caso de los países de la tradición del *Common Law*.

Con la discusión previa damos por concluida nuestra exposición de la problemática asociada a la teoría de los esquemas argumentales de razonamiento probatorio. Es momento de dar paso al modelo formal de argumentación jurídica más robusto propuesto por la *Computational Legal Theory (CLT)*: El denominado *Adjudication Dialogues* de Henry Prakken.

### III. EL *ADJUDICATION DIALOGUE* (AD) DE PRAKKEN

El AD de Prakken constituye una de las propuestas más acabadas en el ámbito de la vertiente formal de la CLT. Este modelo dialéctico-procedural de argumentación jurídica combina exitosamente desarrollos en las siguientes áreas del conocimiento:

- A) En la denominada *Lógica No-monotónica* (que a su vez constituye una manera de modelar formalmente el llamado *razonamiento derrotable*). A este aspecto, Prakken ha optado por un enfoque que no únicamente considera que las conclusiones en este tipo de lógica, son tentativas o retractables a la luz de mayor información, y que en un momento dado pueden co-existir conclusiones contradictorias u opuestas, sino que permite diferenciar las razones que respaldan cada una de aquellas a la manera de argumentos en pro y en

contra. A esta modalidad de lógica no-monotónica se le denomina “*Argument-Based Non-Monotonic Logics*”. En este sentido, Prakken sostiene que:

“... Many theories of defeasible reasoning in artificial intelligence have been produced such as default logic, circumscription, autoepistemic logic, negation by failure, and various argumentation systems. Our preference goes to those models that explicitly ground the “jump” to a certain conclusion upon the articulation of the reasons for and against drawing such conclusion, making the jump dependent upon the interaction of reasons and counter-reasons...”<sup>859</sup>

Y en otro lugar, el autor en comento sostiene lo siguiente:

“... *Argumentation systems* (short for “*Argument-Based Non-Monotonic Logics*”) are one way to formalise nonmonotonic reasoning, viz., as the construction and comparison of arguments for and against certain conclusions... Nonmonotonicity, or defeasibility (under this approach), is explained in terms of the interactions between conflicting arguments: it arises from the fact that new premises may give rise to counterarguments that defeat the original argument...”<sup>860</sup>

- B) En el área denominada “*Dialectical Proof Theories*”. En este punto, Prakken ha desarrollado un “*Argumentation Framework*” (el cual abstrae elementos de diversas *dialectical proof theories*) que permite asignar un *estatus* específico (“*won*”, “*overruled*”, y/o “*defensible*”) a cada argumento presentado por las partes en respaldo de cierta tesis o conclusión. Dicho *estatus* resulta del tipo de interacción que se establece entre los argumentos respectivos, así como de la aplicación de ciertos estándares para su comparación. Es conveniente mencionar desde ahora (ya que ello tendrá repercusiones en la crítica que elaboraremos en el capítulo final), que Prakken no reflexiona en torno al origen y *racionalidad* de los criterios de comparación referidos. Éstos simplemente son asumidos y son considerados como el producto de la implementación de cierta política propia del dominio de argumentación de que se trate. En este sentido, el autor en comento aclara que

“... For some time, researchers in nonmonotonic reasoning thought that the specificity principle would be a useful general commonsense principle for comparing arguments. (That is, the more specific the information on which an argument is based, the stronger it is.) *However, it is now widely acknowledged that many domains have their own standards, and that often these standards are themselves the subject of debate... Accordingly, most argumentation systems leave the origin of the strength criteria undefined...*”<sup>861</sup>

- C) Así como en el área denominada “*Formal Dialectics*”<sup>862</sup> (la cual aspira no sólo a identificar los componentes comunes a distintos marcos dialógicos regulatorios de diversas interacciones o intercambios discursivos, sino

---

<sup>859</sup> H. Prakken & G. Sartor, The three faces of defeasibility in the law. *Ratio Juris* 17:1 (2004), 118-139.

<sup>860</sup> H. Prakken, “Relating Protocols for Dynamic Dispute with Logics for Defeasible Argumentation”, *Synthese* 127, 187-219 (2001).

<sup>861</sup> Idem.

<sup>862</sup> Véase: Hamblin, C. (1971). “Mathematical models of dialogue”, *Theoria* 37: 130–155; Mackenzie, J. (1979).

“Question-begging in non-cumulative systems”, *Journal of Philosophical Logic* 8: 117–133; y Walton, D. and

a su expresión *formal* en términos de su definición rigurosa por medio del empleo de lenguajes artificiales). En esta línea, el AD propuesto por Prakken implicó, como el propio autor en comento explica, la depuración o refinamiento de ciertos componentes del denominado “*Persuasion Dialogues*”, de modo que el marco dialógico en cuestión modela también la participación del juez (un tercero adicional a las partes en conflicto) en términos de ciertos *speech acts*. En este sentido, Prakken sostiene que:

“... So far, most studies of the dialogical aspects of legal reasoning have, either explicitly or implicitly, applied the model of so-called *persuasion dialogue* as developed in argumentation theory... In persuasion dialogues two self-interested parties aim to persuade each other that they are right and the other is wrong. Although this is clearly what happens between a plaintiff and a defendant in a civil case and between the prosecutor and an accused in a criminal case, *the persuasion model leaves no room for an adjudicator*. In persuasion, as modeled in argumentation theory *the disagreeing parties are in full control of the outcome; if they do not want to admit that they are wrong, they cannot be forced to do so*. In legal procedures, by contrast, *the outcome ultimately depends on the adjudicator’s decision; so in legal procedures the disagreeing parties should not persuade each other but the adjudicator... legal procedures do not fully fit the model of persuasion dialogue... our aim... is to add a model of so-called adjudication dialogues to the study of formal dialectics in argumentation theory...*”

Como explica Prakken, su AD es fruto de lo que ha dado en llamarse el “*procedural turn*” al interior de la vertiente formal de la Computacional Legal Theory (CLT). Dicho giro procedural tuvo lugar en la medida en que los investigadores de esta corriente comenzaron a percatarse de que el razonamiento jurídico no sólo puede ser abordado desde la óptica exclusiva de la estructura de los argumentos que los abogados producen en diversos contextos, así como de la lógica (preponderantemente no-monotónica) subyacente a las inferencias implicadas en dichos argumentos, sino que puede (y debe) complementarse con el estudio de los aspectos procedurales de las referidas dinámicas argumentativas. En este sentido, Prakken sostiene que:

“... The procedural aspects of legal reasoning have been a main research topic in AI & Law since researchers started to realise that legal reasoning is bound not only by the rules of logic and rational inference but also by those of fair and effective procedure... The main focus of this area is the integration of logical models of legal reasoning (especially those using tools from nonmonotonic logic) with dialogue game models of argumentation. The resulting models regulate the use of argumentative speech acts, such as making, disputing and conceding claims and putting forward argument and counterarguments, and they define the outcome of a dispute in terms of the effects of these speech acts on the ‘information state’ of the dispute. The main guiding idea is that of *procedural justice*, according to which the quality of a legal decision not only depends on its content but also on how it was reached...”<sup>863</sup>

Antes de proseguir, y a los efectos de ubicar en qué cuadrante se encuentran las contribuciones de Prakken, recordemos el cuadro que presenta un modelo abstracto de los aspectos distintivos de la argumentación en general, y de la jurídica en particular:

---

Krabbe, E. (1995). “*Commitment in Dialogue. Basic Concepts of Interpersonal Reasoning*”, State University of New York Press, Albany, NY.

<sup>863</sup> H. Prakken, “A Formal Model of Adjudication Dialogues”, *Artificial Intelligence and Law* 16 (2008): 305-328.

Capa Lógica	Capa Dialéctica	Capa Procedural	Capa Heurística
La teoría de Toulmin sobre la estructura general de los argumentos derrotables, la cual se basa en las llamadas “ <i>warrants</i> ”.	La teoría del razonamiento derrotable de Pollock, con especial referencia a sus conceptos de “Undercutter” y de “Rebutter”.	La tradición filosófica que enfatiza el aspecto procedural de la racionalidad: Rawls; Rescher; Habermas; Alexy (en el campo jurídico). La teoría de las diversas clases de diálogos, así como de las transiciones inter-dialécticas de Walton.	La teoría de las estrategias heurísticas de convencimiento en vista de una “audiencia universal de Perelman y Olbrechts-Tyteca.
La teoría de los “ <i>Esquemas Argumentales</i> ”, desarrollada en los trabajos de Kienpointer, Van Eemern, Walton, y Blair. Dicha teoría constituye una extensión de las investigaciones inauguradas por Toulmin en torno a la estructura de los argumentos derrotables.	El modelo abstracto del estatus de los argumentos a partir de la consideración de sus contra-argumentos de Dung; y de Bondarenko et. al.	La <i>Formal Dialectics</i> de Hamblin y de MacKenzie	Las teorías sobre las condiciones de la argumentación persuasiva en el contexto de una negociación de Graus, et. al; y Parsons, et. al.

Pues bien, el *Adjudication Dialogue* de Prakken constituye una aportación fundamental a la tercera capa de los modelos dialéctico-procedurales de argumentación jurídica generados por la vertiente formal de la CLT:

Retomando el denominado *procedural turn*, éste básicamente sugiere que debe tomarse en cuenta que los actos discursivo-argumentativos de los juristas no se llevan a cabo en el vacío, sino en el seno de un marco dialógico con pretensiones normativas en el sentido de que este marco se dirige a regular el flujo del debate respectivo en términos de establecer ciertas convenciones, protocolos o condiciones que hacen de cada uno de los *actos de habla* con los que las partes involucradas participan, una instancia del uso “*coherente*” del discurso.

En el caso de la adjudicación, Prakken sostiene que aquello que hace que un *acto de habla* (realizado por las partes o por el juez) constituya una instancia de uso coherente del discurso es que “contribuya al objetivo primordial del tipo de diálogo al que pertenece la adjudicación”, el cual consiste en resolver de manera justa, equitativa y efectiva, una resolución o controversia jurídica. En este sentido, Prakken mantiene lo siguiente:

“... The main aim of dialogue systems is to define conventions for coherent discourse, where an utterance in a dialogue is regarded as coherent if it contribuyes to the goal of the dialogue... *The goal of adjudication dialogues can be described as fair and effective dispute resolution...*”<sup>864</sup>

En este punto, y a reserva de retomarlo en el capítulo final del trabajo es conveniente recordar que como apuntábamos desde el inicio de nuestra investigación,<sup>865</sup> en el diseño de procedimientos y procesos jurídicos (a través de los cuales el Estado ejerce la función jurisdiccional), intervienen múltiples preocupaciones, intereses, valores u objetivos, cada uno de los cuales compite o presiona por materializarse en el proceso respectivo mediante reglas específicas.

En última instancia, la configuración del proceso en cuestión en términos de las reglas que lo conforman, no es más que la manifestación jurídico-normativa del tipo de concesiones y de compromisos recíprocos que se

<sup>864</sup> Idem.

<sup>865</sup> Véase la sección II. IDENTIFICACIÓN DE LOS PROYECTOS-PROGRAMAS RESPECTIVOS del Capítulo primero.

establecieron entre dichos intereses; no es más que el reflejo de cómo se decidió que los intereses y objetivos convergentes convivieran en el caso particular del tipo de proceso que se pretende instaurar.

En efecto uno de ellos consiste en la eficacia y rapidez (*justicia pronta y expedita*) con que se resuelve el conflicto entre las partes; otro es la equidad con la que las partes son tratadas. Sin embargo, repetimos, el entramado de intereses y objetivos concurrentes al diseño de un proceso es mucho más complejo que el cuadro que nos pinta Prakken. Los procesos jurídicos no persiguen un objetivo unitario, sino una pléyade de ellos con distintos *estatus* de prioridad entre sí.

Presentar dichos procesos jurídicos como persiguiendo única o preponderantemente el objetivo de “resolver la controversia entre las partes”, sin considerar, por ejemplo, objetivos tan importantes como el de obtener como resultado del proceso, fallos “*justos*”, entre cuyas condiciones (necesarias, quizá no suficientes) podría hablarse de una determinación verdadera acerca de los hechos alegados por las partes en conflicto, distorsiona la complejidad que circunda el diseño de dichos procesos, así como las dinámicas de los intercambios comunicativos que tienen lugar en su seno.

Sin embargo, dejemos aquí la crítica que ya comienza a esbozarse en las líneas precedentes, ya que como mencionamos, el tema será vuelto a tratar en el capítulo respectivo.

### **1. Estructura del Adjudication Dialogue (AD)**

Como el propio Prakken manifiesta, su AD constituye una herramienta para la *reconstrucción racional* de casos jurídicos argumentados por abogados ante un juez, la cual podría ser empleada por el propio juez a los efectos de justificar su decisión, o como la base para el diseño de aplicaciones computacionales del tipo “*Legal Argument-Management Systems*” orientadas al almacenamiento y recuperación de información estructurada a la manera de diálogos argumentativos.<sup>866</sup>

Para entrar en materia, el AD está dividido en dos grandes fases: La *Argumentation Phase* y la *Decision Phase*.

Durante la primera, las partes van intercambiando “jugadas” (o *moves*), cada una de las cuales está constituida por cierto “*acto de habla*” (o *speech act*) permitido por las reglas del diálogo para la fase en cuestión.

En esta fase el juez tiene preponderantemente un papel neutro en el que sólo va moderando el intercambio. Sin embargo, toma algunas decisiones relativas a la legalidad (o ilegalidad) del acto realizado por alguna de las partes, y relativas también a quién tiene la carga de la prueba (en el sentido de “*Burden of Production*”) respecto de cierta proposición.

En la segunda y última fase, el juez asume un papel crucial según el cual ya no sólo es un moderador del intercambio, sino que propiamente decide las cuestiones de la fase anterior que requieran de una resolución mediante la emisión de ciertos *actos de habla* específicos, algunos de los cuales ponen fin al diálogo.

---

<sup>866</sup> Prakken, Henry, “Formalising ordinary legal disputes: a case study”, *Artificial Intelligence and Law* 16 (2008): 333-359.



Ahora bien, el AD está conformado por reglas de diversos tipos que son comunes a todos los “*formal dialogues*,” tales como:

- A) Las reglas constitutivas de la lógica (en esta caso *no-monotónica*) subyacente al intercambio dialógico (a la que Prakken ha denominado “ALIS”)<sup>867</sup>
- B) Las reglas constitutivas del *protocolo* discursivo, las cuales establecen qué jugadas o *moves* se permiten en diversas fases del diálogo. Entre estas reglas tenemos a las que conforman el “*Communication Language*”
- C) Las denominadas “*Effect Rules*”, las cuales establecen los efectos que cada jugada tiene en el “*almacén de compromisos proposicionales*” (o “*commitment store*”) que se genera para cada participante o jugador
- D) Las denominadas “*Termination Rules*”, que establecen cuándo concluyen las distintas fases del diálogo, y
- E) Las denominadas “*Outcome Rules*”, que establecen en qué condiciones gana alguna de las partes que intervienen en el diálogo

Ahora bien, como hemos dicho, la lógica no-monotónica de A) ha sido denominada “ALIS” por Prakken. En este sistema, las premisas que conforman los argumentos respectivos se representan como reglas de estructura condicional (en este sentido un argumento equivale al encadenamiento de un conjunto de reglas condicionales).

Algunas de esas reglas representan el contenido (repetimos, reconstruido en términos condicionales) de normas jurídicas o de cualquier otra regla de inferencia (deductiva o no-deductiva), mientras que otras representan proposiciones que aseveran hechos (en este segundo caso, se trata de estructuras condicionales con *antecedentes vacíos*).

Un conjunto de reglas importantes es el constituido por aquellas que representan el contenido de ciertas normas jurídicas que resuelven conflictos entre otras normas o principios jurídicos, a las que Prakken denomina “*priority rules*”.

Los argumentos resultantes pueden entrar en conflicto del modo que sigue:

1.- Modalidad *Undercutting Attack*: Esta modalidad de confrontación se da cuando entre las premisas de un argumento (*Arg1*) existe una asunción del tipo “por el momento no hay prueba de que ‘p’” (a lo que se llama “*negación débil*”), en donde ‘p’ constituye una condición que de obtenerse impediría la aplicación del consecuente de la regla en cuestión, y existe un segundo argumento (*Arg2*) que concluye precisamente que ‘p’, es decir, concluye que se ha obtenido la condición que cancela la aplicación de la norma o regla respectiva.

---

<sup>867</sup> Como explica Prakken, a los primeros desarrollos de esta lógica no-monotónica aplicable al derecho los denominó llanamente “*Inference System*” (IS). Posteriormente, a IS le es agregado un componente crucial que tiene que ver con la posibilidad de que los participantes en el “juego argumentativo” para determinar si una proposición está justificada o no, puedan desempeñar indistintamente los roles de “*proponent*” y/o *opponent*” respecto de alguna proposición. En esta nueva versión –a la cual se le llamó *Litigation Inference System* o LIS- a los participantes se les puede asignar la *carga de persuasión* respecto de diversas proposiciones. En la última etapa de desarrollo de esta lógica se le agrega la posibilidad de que las partes puedan debatir en torno a las asignaciones de carga de persuasión (pueden discutir respecto de la “*Allocution of the burden of persuasion*”, de ahí que ahora al sistema se le denomina “ALIS”). Prakken, Henry, G. Sartor, “More on presumptions and burdens of proof.”, In E. Francesconi, G. Sartor & D. Tiscornia (eds.), *Legal Knowledge and Information Systems. JURIX 2008: The Twenty-First Annual Conference*. Amsterdam etc, IOS Press (2008), 176-185.

2.- Modalidad *Excluding Attack*: Esta modalidad ocurre cuando un argumento ( $Arg2$ ) concluye que una regla ( $rf$ ) contenida como premisa en otro argumento ( $Arg1$ ) no es aplicable ( $\neg rf$ ).

3.- Modalidad *Rebutting Attack*: Esta modalidad tiene lugar cuando existen dos reglas ( $r1$  y  $r2$ ) pertenecientes a dos argumentos diferentes ( $Arg1$  y  $Arg2$ ) cuyos consecuentes son opuestos o contradictorios.

Así mismo, los argumentos pueden tener diferentes *estatus*, tales como:

- 1.- “Justificados”, y
- 2.- “Defendibles”

El proceso de justificación discurre de modo dialógico. En este sentido, el “*proponent*” del diálogo comienza presentando un argumento respecto del cual espera que su contraparte (el “*opponent*”) lo acepte como justificado. Por su parte la contraparte presenta alguna de las modalidades anteriores de ataque, o bien introduce un “*priority argument*”, con el cual afirma que de acuerdo con ciertas normas, su argumento prevalece.

Así mismo, ALIS está diseñado para que las partes puedan desempeñar en cualquier momento el rol de “*proponent*” u “*opponent*” respecto de cualquier proposición, y para que también las partes puedan debatir en relación con la asignación de alguno de estos roles.

Por su parte, el *Communication Language* del AD reconoce la participación de tres personajes o jugadores en el diálogo: El juez ( $\alpha$ ), el Plaintiff ( $\pi$ ), y el Defendant ( $\delta$ ).

Las jugadas permitidas para las partes durante la *Argumentation Phase* son las siguientes:

Acts	Attacks	Surrenders
<i>claim</i> $\varphi$	<i>why</i> $\varphi$	<i>concede</i> $\varphi$
<i>why</i> $\varphi$	<i>argue</i> $A$ ( $conc(A) = \varphi$ )	<i>retract</i> $\varphi$
<i>argue</i> $A$	<i>why</i> $\varphi$ ( $\varphi \in prem(A)$ ), <i>argue</i> $B$	<i>concede</i> $\varphi$ ( $\varphi \in prem(A)$ or $\varphi = conc(A)$ )
<i>concede</i> $\varphi$		
<i>retract</i> $\varphi$		

Como puede observarse, en el repertorio de los *actos de habla* de las partes en esta fase tenemos la posibilidad de sostener, cuestionar, conceder y retractarse de aseveraciones (o *claims*), así como de argumentar y contraargumentar.

Es momento ahora de modelar la intervención del juez mediante la incorporación de los *actos de habla* que le correspondería emitir en esta fase, los cuales son:

- 1.- Decretar que alguna jugada de las partes es legal o ilegal (*illegal m*)

2.- Decidir sobre quién tiene la carga de la prueba en su modalidad de *Burden of Production* respecto de cierta proposición ( $burden(j, p)$ ).

3.- Pasar (“*Pass*”)

4.- Dar terminación a la fase (“*Terminate*”)

A continuación presentamos un cuadro que presenta los *actos de habla* de todos los participantes (juez y partes) en la primera fase del AD:

<b>Acts</b>	<b>Attacks</b>	<b>Surrenders</b>
<i>claim</i> $\varphi$	<i>why</i> $\varphi$ <i>illegal</i> $m$	<i>concede</i> $\varphi$
<i>why</i> $\varphi$	<i>argue</i> $A$ ( $conc(A) = \varphi$ ) <i>why</i> $\neg\varphi$ <i>burden</i> ( $\neg\varphi, a$ ) <i>illegal</i> $m$	<i>retract</i> $\varphi$
<i>argue</i> $A$	<i>why</i> $\varphi$ ( $\varphi \in prem(A)$ ), <i>argue</i> $B$ <i>illegal</i> $m$	<i>concede</i> $\varphi$ ( $\varphi \in prem(A)$ or $\varphi = conc(A)$ )
<i>concede</i> $\varphi$	<i>illegal</i> $m$	
<i>retract</i> $\varphi$	<i>illegal</i> $m$	
<i>illegal</i> $m$		
<i>burden</i> ( $\varphi, p$ )		
<i>pass</i>		
<i>terminate</i>		

Ahora bien, en la *Decision Phase*, sólo le corresponde al juez participar por medio del ofrecimiento de argumentos que a su vez, determinen si los argumentos ofrecidos por las partes satisfacen o no lo que Prakken denomina la “*Internal Validity*” y la “*Dialectical Validity*”.

Determinar que un argumento satisface los criterios de la *Internal Validity* equivale a establecer que el peso probatorio de dicho argumento es suficiente como para sobrevivir por sí mismo, es decir, sin considerar la presencia de contra-argumentos. Cuando el argumento en cuestión no satisface los criterios de su *Internal Validity*, el juez lo expresa mediante la presentación de un *Undercutting Argument*.

Por su parte, determinar la *Dialectical Validity* de un argumento equivale a establecer que éste, además de ser internamente válido, posee un peso probatorio tal que le permite sobrevivir (y en ese sentido, *derrotar*) a los contra-argumentos respectivos. La supervivencia de un argumento, y la respectiva determinación de que el otro(s) son derrotados, se expresa por medio de la emisión de *Priority Arguments* por parte del juez.

## 2. *La dinámica del Adjudication Dialogue (AD)*

Continuemos ahora con un ejemplo abstracto del funcionamiento del AD. Considérense las siguientes “jugadas” de parte del *Plaintiff*:

$\pi 1$ : *claim p*

$\pi 2$ : *pass*

Como puede verse, el *Plaintiff* comienza por sostener la tesis ‘p’ y procede entonces a emitir el *acto de habla* “paso”. El juez en este punto tiene la opción de decretar la legalidad o ilegalidad de la jugada del *Plaintiff*. Sin embargo, con el simple acto de “pasar” se asume que la jugada del *Plaintiff* es válida (o legal):

$\alpha 3$ : *pass*

$\delta 4[\pi 1]$ : *why p*

$\delta 5$ : *pass*

Como puede observarse, el juez ha simplemente “pasado” y entonces el *Defendant* presenta una jugada de ataque al inquirir por las razones que el *Plaintiff* tiene para aseverar ‘p’; y después “pasa”:

$\alpha 6$ : *pass*

$\pi 7[\delta 4]$ : *p since q*

$\pi 8$ : *pass*

$\alpha 9$ : *pass*

En el intercambio previo, el juez decreta que la jugada anterior del *Defendant* es válida, de manera implícita al “pasar”; posteriormente el *Plaintiff* ofrece un argumento en respaldo de su aseveración ‘p’ y luego “pasa”; el juez igualmente decreta de manera implícita que su jugada es legal al no emitir un *acto de habla* que diga que es “ilegal” y por tanto, “pasa”:

$\delta 10[\pi 7]$ : *why q*

$\delta 11$ : *pass*

En las jugadas precedentes, el *Defendant* cuestiona las razones que el *Plaintiff* ha ofrecido en respaldo de ‘p’ y posteriormente “pasa”:

$\alpha_{12}[\delta_{10}]$ : *burden*( $\neg q, \delta$ )

$\alpha_{13}$ : *pass*

Por su parte, en la secuencia anterior, el juez ha optado por emitir un *acto de habla* por medio del cual asigna al *Defendant* la carga de la prueba (en su modalidad de *Burden of Production*) al efecto de que ofrezca razones a favor de ‘ $\neg q$ ’; y luego “pasa”. Sin embargo, también pudo haber ocurrido lo siguiente:

$\alpha'$  12: *pass*

$\pi_{13}[\delta_{10}]$ : *why*  $\neg q$

$\pi_{14}$ : *pass*

$\alpha_{15}[\delta_{10}]$ : *burden*( $\neg q, \delta$ )

Como puede observarse, en esta versión del intercambio dialógico, el juez “pasó” con vista a esperar que el *Plaintiff* fuera quien cuestionara las razones del *Defendant* para dudar de ‘q’ y después emitir un *acto de habla*, con el cual, de cualquier modo termina depositando en el *Defendant* la carga de la prueba.

### **3. El Adjudication Dialogue aplicado a ejemplos concretos**

Prakken pone a prueba su AD aplicándolo a dos casos concretos de complejidad progresiva:

En el primero de ellos (un caso imaginario) el *Plaintiff* argumenta que el *Defendant* le debe la cantidad de 500 Euros como contra-prestación de un supuesto contrato de compra-venta.

Sin embargo, el *Defendant* cuestiona la validez de dicho contrato.

Por su parte, el *Plaintiff* sostiene que el contrato es válido, ya que tiene un documento firmado por ambos.

En este punto, el juez deposita la carga de la prueba en el *Plaintiff*, quien tiene que demostrar que la firma contenida en el documento corresponde en efecto, a la firma del *Defendant*.

El *Plaintiff* argumenta que se trata de la firma del *Defendant*, ya que es semejante a otras formas plasmadas en otros documentos por su contraparte.

El *Defendant* responde entonces sosteniendo que no obstante a que la firma respectiva es semejante a otras firmas previas, no es similar a “una” firma en particular, pero además, argumenta que no tenía la capacidad de celebrar contratos válidamente toda vez que al momento de la firma del mismo, padecía de sus facultades mentales, lo cual comprueba mediante la presentación de un documento de la Corte que lo declara incapaz.

Posteriormente, el *Plaintiff* ataca la validez del supuesto documento de la Corte con base en la opinión de un experto que declara que el documento en cuestión es falso.

Por su parte, el juez declara inadmisibles dichas opiniones en virtud de que fueron presentadas extemporáneamente.

A su vez, el *Plaintiff* sostiene que de cualquier modo, él no pudo haber sabido de la incapacidad del *Defendant* con base en el argumento de que al momento de la celebración del contrato, éste parecía “normal”.

Para concluir, el juez termina la disputa sosteniendo que está convencido de que la firma plasmada en el documento presentado por el *Plaintiff* es auténtica. Sin embargo, no concede las pretensiones del *Plaintiff* con base en la tesis de que el hecho de que el *Defendant* luciera “normal” al contratar es insuficiente para sostener que “no pudo haber sabido de su incapacidad”, ya que (en este ejemplo), el *Plaintiff* pudo haber revisado el registro público de la Corte para tales efectos.

Veamos cómo se reconstruiría este ejemplo mediante el empleo del AD de Prakken:

$\pi 1$ : *claim owe 500*

$\delta 2[\pi 1]$ : *why owe 500*

$\pi 3[\delta 2]$ : *owe 500 since contract and delivered and  $\neg$  paid and  $r 1$*

$\delta 4[\pi 3]$ : *concede delivered*

$\delta 5[\pi 3]$ : *concede  $\neg$  paid*

$\delta 6[\pi 3]$ : *why contract*

Como puede observarse, en la secuencia previa se representa la pretensión principal del *Plaintiff* (que le sea pagada la cantidad debida), la cual se basa en la celebración de un contrato y en el hecho de que el *Plaintiff* ha cumplido con la prestación que le corresponde, no así el *Defendant*.

$\pi 7[\delta 6]$ : *contract since document and signed and  $r 2$*

$\delta 8[\pi 7]$ : *why signed*

En la secuencia anterior se formaliza el argumento del *Plaintiff* en el sentido de que la prestación que reclama deriva de un contrato escrito y explícitamente firmado por el *Defendant*. Este último cuestiona que se trate de su firma:

$\pi 9[\delta 8]$ : *why  $\neg$  signed*

$\alpha 10[\pi 9]$ : *burden(signed,  $\pi$ )*

En la secuencia precedente, el *Plaintiff* pide razones para sostener que no se trata de la firma del *Defendant*. Sin embargo, el juez le asigna la carga de probar que la firma en efecto corresponde a su contraparte:

$\pi 11[\delta 8]$ : signed *since* similar-to-3

$\delta 12[\pi 11]$ :  $\neg$  signed *since*  $\neg$  similar-to-1

En el intercambio previo, el *Plaintiff* sostiene que se trata de la firma de su contraria debido a que es semejante a otras tres instancias de dicha firma, a lo cual el *Defendant* responde que no obstante, no es similar a otra forma particular que tiene de firmar documentos:

$\delta 13[\pi 7]$ :  $\neg$  r2 *since* insane and r4

$\pi 14[\delta 13]$ : *why* insane

$\delta 15[\pi 14]$ : insane *since* court's doc and declares insane

$\pi 16[\delta 15]$ : *why* court's doc

En la secuencia anterior, el *Defendant* ofrece el argumento adicional que tiene en el sentido de que, independientemente de que se considere que se trata de su firma, él era incapaz al momento de la celebración del contrato. Como sabemos, de acuerdo con nuestro ejemplo imaginario, el *Defendant* ofrece como prueba de su incapacidad, un documento de la Corte que así lo declara. Por su parte el *Plaintiff* cuestiona la autenticidad de dicho documento:

$\alpha 17[\pi 16]$ : *burden*( $\neg$  court's doc, $\pi$ )

Con la jugada precedente, el juez deposita en el *Plaintiff* la carga de probar que no se trata de un documento auténtico:

$\pi 18[\delta 15]$ :  $\neg$  court's doc *since* lab report and says that forged

La jugada previa formaliza el argumento del *Plaintiff* en el sentido de que el documento que declara la incapacidad del *Defendant* es falso con base en el peritaje realizado por un experto:

$\alpha 19[\pi 18]$ : *illegal*  $\pi 18$

Por su parte, el juez, en la jugada anterior, declara ilegal (inadmisible) la jugada intentada por el *Plaintiff*, en vista de que el peritaje en cuestión fue entregado a la Corte en forma extemporánea:

$\pi 20[\delta 13]$ :  $\neg$  r4 *since* could not know and r7

$\delta 21[\pi 20]$ : *why could not know*  
 $\pi 22[\delta 21]$ : *could not know since looked normal*  
 $\alpha 23$ : *terminate*

En el intercambio previo, se formaliza el intento del *Plaintiff* de bloquear la aplicación de la imaginaria regla 4, la cual establecería que “los contratos celebrados por las partes son inválidos si alguna de ellas es incapaz”. Como sabemos, el argumento que pretende bloquear la aplicación de la referida regla consiste en que el *Plaintiff* no pudo haber sabido que su contraparte era incapaz al celebrarse el contrato respectivo, en vista de que “lucía normal”. En este punto, el juez termina la *Argumentation Phase* con el *acto de habla* “*Terminate*”.

El diálogo ha entrado ahora en su fase de decisión (o *Decision Phase*):

$\alpha 24[\delta 12]$ :  $\pi 11 > \delta 12$  *since convinced by  $\pi 11$*

En la jugada anterior se formaliza el *Priority Argument* del juez según el cual declara *derrotante* la jugada  $\pi 11$  del *Plaintiff* respecto de la  $\delta 12$  del *Defendant*, toda vez que está convencido de que se trata de la firma del *Defendant*:

$\alpha 25[\pi 22]$ :  $\pi 22$  *is not conclusive since check register*  
 $\alpha 26$ : *terminate*

En la jugada precedente se formaliza la decisión final del juez en el sentido de considerar no concluyente la jugada  $\pi 22$  del *Plaintiff*, ya que pudo haber revisado los registros de la Corte (claro, asumiendo que dichos registros son públicos). Esta decisión termina con el diálogo.

Ahora bien, Prakken realiza una segunda aplicación de su AD, esta vez tomando como punto de partida un caso real que incluso ha sido incluido en textos para la enseñanza del derecho en Holanda. El caso en cuestión es el equivalente a lo que en estas latitudes conocemos como un “*juicio de evicción*”:

Los detalles del caso: Van der Velde es propietario de una tienda de campaña que está situada en un parque-campamento permanente.

Van der Velde presta habitualmente dicha tienda a Nieborg y su familia.

En cierta ocasión, van der Velde comenta a Nieborg que la tienda en comento se encuentra a la venta. El precio que propone es de 850 Euros.

Nieborg no puede costear el artículo a ese precio y así se lo hace saber a van den Velde, quien no obstante, continúa permitiendo que Nieborg y su familia dispongan del bien en cuestión.



Luego de la oferta y de la comunicación de que no podía pagar el precio propuesto, Nieborg ayuda a van der Velde a pintar su casa, al tiempo de que la esposa de Nieborg ayuda a las labores domésticas en el hogar de van der Velde.

Al cabo de un tiempo, Nieborg comunica a van der Velde que ya han trabajado suficiente (él y su esposa) como para haber cubierto el precio de la tienda de campaña; ante lo cual van der Velde reacciona exigiendo la tienda de vuelta y argumentando que jamás vendió el bien referido, sino que sólo se encontraba prestándolo a Nieborg como un acto de generosidad.

Nieborg se niega a devolver el bien.

Por su parte, van der Velde asistido por un grupo de personas se dirige al campamento donde se encuentra su tienda y echa al hijo de Nieborg, quien en ese momento era el único utilizando la tienda.

Unos meses después, van der Velde vende la tienda de campaña a van der Weg y a su esposa. El precio pactado fue también de 850 Euros. En esta operación, van der Velde curiosamente acepta el trabajo doméstico de la esposa de van der Weg como pago del bien (un acuerdo que supuestamente nunca ocurrió entre van der Velde y Nieborg).

En la Corte, Nieborg (*Plaintiff*) demanda de van der Weg (*Defendant*), la devolución de la tienda argumentando que él es el propietario. Por su parte van der Weg argumenta básicamente que no es el caso que van der Velde le haya vendido la tienda respectiva a Nieborg, sino que sólo se la prestó, y que el trabajo doméstico llevado a cabo por la esposa de Nieborg fue un gesto de gratitud y no un servicio que se haya tomado en “pago”.

La ley aplicable: En el antiguo Código Civil Holandés existía una disposición (la regla 2014) que establecía la presunción de que “la posesión (jurídica) en buena fe de un bien hace a quien lo posee su dueño”.

La excepción contemplada para la regla 2014 (la cual tiene que ser probada por quien la afirme) es que si alguien era el propietario del bien en cuestión no más de dos años antes y dicho propietario pierde la posesión del bien de manera involuntaria (por ejemplo, por sufrir un robo), entonces dicha persona continúa siendo la dueña.

Otra regla relevante es la contenida en el artículo 590 del ordenamiento citado, la cual establece la presunción de que “tener la posesión física de un bien permite presumir la posesión jurídica del mismo”.

La regla anterior contiene también una excepción explícita que establece que no procede la presunción respectiva cuando quien posee físicamente el bien, lo hace como depositario del mismo (no a título de dueño).

Por su parte una regla relevante más, es la contenida en el artículo 589, la cual también establece otra presunción. La presunción en comento es que “quien posee jurídicamente un bien, lo hace en buena fe”.

Con base en los insumos previos, durante el juicio, se impone a Nieborg la carga de probar los supuestos de la excepción contemplada para la regla 2014. Es decir, que era propietario de la tienda en un periodo no mayor a tres años antes, y que sufrió la pérdida involuntaria de la misma (cuando van der Velde echó a su hijo de manera violenta).

Ahora bien, para probar el segundo supuesto de la excepción (la pérdida involuntaria del bien), el abogado de Nieborg ofrece testigos.

Por su parte, para probar el primer supuesto (la propiedad del bien), el abogado de Nieborg recurre a un razonamiento más sofisticado que implica el encadenamiento de las presunciones anteriormente citadas. En este sentido, primero invoca la presunción de que quien posee físicamente un bien, lo hace jurídicamente (con lo cual sólo tiene que probar que tenía la tienda a su disposición, es decir, que la ocupaba); luego invoca la presunción de que quien posee jurídicamente un bien, lo hace de buena fe; para culminar con la invocación de la presunción consistente en que quien posee jurídicamente un bien de buena fe, es su dueño.

Así mismo, van der Weg invoca la excepción prevista para la regla 590. En este sentido le es impuesta la carga de la prueba en respecto de que Nieborg no poseía físicamente el bien “a título de dueño” sino como depositario (con lo cual tiene que probar que van der Velde no vendió la tienda, sino sólo la siguió prestando a Nieborg y a su familia).

El juez, a final de cuentas decide que ambas partes “prueban sus excepciones”. En este sentido, Nieborg sólo logra probar que poseía físicamente el bien en comento, mientras que van der Weg logra probar que dicha posesión se dio como depositario y no “a título de dueño”, con lo cual Nieborg pierde su caso.

Procedamos a revisar la formalización del caso:

$\pi 1$ : argue A1 (1) I owned the tent at t1, so (2) I own the tent now at t3. Furthermore, (3) defendant holds the tent, (4) I involuntarily lost possession of the tent at t1, so by Section 2014,2 BW (5) defendant must return the tent to me.

En la jugada previa, el *Plaintiff* presenta su primer argumento (A1) en el cual sostiene que es dueño de la tienda, debido a que era su dueño legítimo antes, pero en algún momento pierde involuntariamente la posesión de la misma, por tanto, con base en la regla 2014.2, él continúa siendo hoy su dueño.

$\delta 2$ : concede (3) I hold the tent.

En la jugada anterior, el *Defendant* concede la premisa 3 del A1, lo que hace que la jugada  $\pi 1$  siga en pie:

$\delta 3$ : why (1) plaintiff was owner at t1?

El *Defendant* continúa su jugada, en este caso al cuestionar la premisa 1 del A1. En este sentido demanda razones para aceptar que el *Plaintiff* era dueño del bien en primer lugar (como explica Prakken, esta jugada cancela  $\pi 1$ ).

$\delta 4$ : why (4) did you involuntarily lose possession of the tent at t1?

El *Defendant* continúa con su jugada cuestionando la premisa 4 del A1. En este sentido demanda razones para aceptar que el *Plaintiff* perdió involuntariamente la posesión del bien (el blanco de este ataque sigue siendo  $\pi 1$ , por lo cual continúa cancelado).

$\delta 5$ : argue A2: (6) I bought the tent at t2 from V at a price of fl. 850, (7) V delivered the tent to me at t2. Furthermore, (8) my wife did domestic work for van der Velde valued fl. 850, so (9) I paid the sales price; so I obtained the tent in possession in good faith at t2, so by 2014, 1 BW (10) I became owner of the tent at t2, so (11) I now own the tent at t3. Furthermore, (12) plaintiff has no other right to the tent, so (13) I do not have to return the tent.

El *Defendant* ahora ha introducido un argumento (A2) con base en el cual sostiene que es él el dueño legítimo de la tienda, debido a que van der Velde se la entregó a cambio de que su esposa realizara labores domésticas. Al poseer el bien respectivo de buena fe, y con base en la regla 2014, el *Defendant* sostiene ser el propietario.

$\pi 6$ : why was I not owner at t1?

En la jugada precedente, el *Plaintiff* dirige un ataque a  $\delta 3$  cuestionando por qué razón el *Defendant* sostiene que no era el dueño de la tienda previamente.

$\pi 7$ : why did I not involuntarily lose possession of the tent at t1?

Así mismo, el *Plaintiff* continúa su jugada, en esta ocasión cuestionando  $\delta 4$  en el sentido de por qué razones el *Defendant* sostiene que no perdió involuntariamente la posesión del bien.

$\alpha 8$ : burden(1;  $\pi$ )

$\alpha 9$ : burden(4;  $\pi$ )

En las jugadas previas, es el juez quien participa. En este sentido deposita en el *Plaintiff* la carga de la prueba respecto de las premisas 1 y 4 de su A1.

$\pi 10$ : argue A3 (14) My son occupied the tent at t1, (15) I and my family held the tent in normal use from obtaining the tent to t1, so, (16) I held the tent at t1. So, by the presumption of 590 BW, (17) I had possession of the tent at t1, so, by the

presumption of 589 BW, (18) I had possession in good faith of the tent at t1, so, by the presumption of 2014,1 BW, (1) I owned the tent at t1.

En la jugada anterior, el Plaintiff introduce un nuevo argumento (A3) para desahogar la carga impuesta por  $\alpha 8$ . El argumento en cuestión está basado en la presunción de que quien posee jurídicamente un bien de buena fe es su dueño.

$\pi 11$ : argue A4: (19) 2014,2 BW is an exception to 2014,1 BW, so, by Lex Specialis, (20) 2014,2 BW prevails over 2014,1 BW.

En la jugada previa, el *Plaintiff* invoca el principio de *Lex Specialis* para sostener que la pérdida involuntaria del bien es una excepción que prevalece respecto de la presunción de que quien posee de buena fe es dueño del bien en cuestión.

$\pi 12$ : argue A5: (14) My son occupied the tent at t1, (15) I and my family held the tent in normal use from obtaining the tent to t1, (21) violent events at t1, so, (4) I involuntarily lost possession of the tent at t1. [Target: d4, which is also made out so now p1 becomes in.]

En la jugada precedente, el *Plaintiff* introduce un nuevo argumento (A5) con el cual pretende establecer que su hijo poseía la tienda de acampar en t1, pero perdió involuntariamente dicha posesión debido a la ocurrencia de actos violentos.

$\delta 13$ : concede (14) Plaintiff's son occupied the tent at t1.

$\delta 14$ : concede (14) Plaintiff's son occupied the tent at t1.  $\delta 15$ : why (21) Violent events at t1.

$\delta 16$ : argue A6: (22) Nieborg obtained the tent on loan from V., so, (23) Nieborg started holding the tent for someone else, so (24), the assumption of 590 BW to the contrary is false.

$\delta 17$ : argue A7: (25) t1 is in the past, (26) 2014, 1 BW does not apply to past events, so (27) 2014,1 BW is not applicable.

$\pi 18$ : argue A8: (28) premises, so (29) 2014, 1 BW also applies to past events.

En la secuencia previa, el *Defendant* concede las premisa 14 del A5 del *Plaintiff*, que también es premisa del A3 (la aseveración de que el hijo de Nieborg poseía la tienda en t1). Posteriormente cuestiona por qué el *Plaintiff* sostiene que ocurrieron eventos violentos. Así mismo, introduce tres argumentos más: El A6, por medio del cual asevera que

Nieborg obtuvo la posesión del bien, en préstamo, lo cual hace inaplicable la regla 590. El A7, con el cual sostiene que la regla 2014 no aplica para hechos pasados.

Por su parte, el *Plaintiff* responde con A8 sosteniendo que si es aplicable la regla 2014 a hechos pasados (aunque Prakken decide no incluir el contenido de las razones o premisas de dicho argumento, y simplemente procede considerando que la Corte le dio la razón al *Plaintiff* en cuanto a este punto).

**$\pi$ 19: why did the violent events not occur at t1?**

**$\pi$ 20: why (22) did I obtain the tent on loan from V.?**

En la secuencia previa, el *Plaintiff* demanda razones por las cuales el *Defendant* sostiene que no ocurrieron eventos violentos y que el *Plaintiff* obtuvo la posesión del bien sólo como depositario.

**$\alpha$ 21: burden(21; $\pi$ )**

En la jugada anterior, el juez deposita la carga de la prueba de la proposición 21 (la relativa a la ocurrencia de hechos violentos) en el *Plaintiff*.

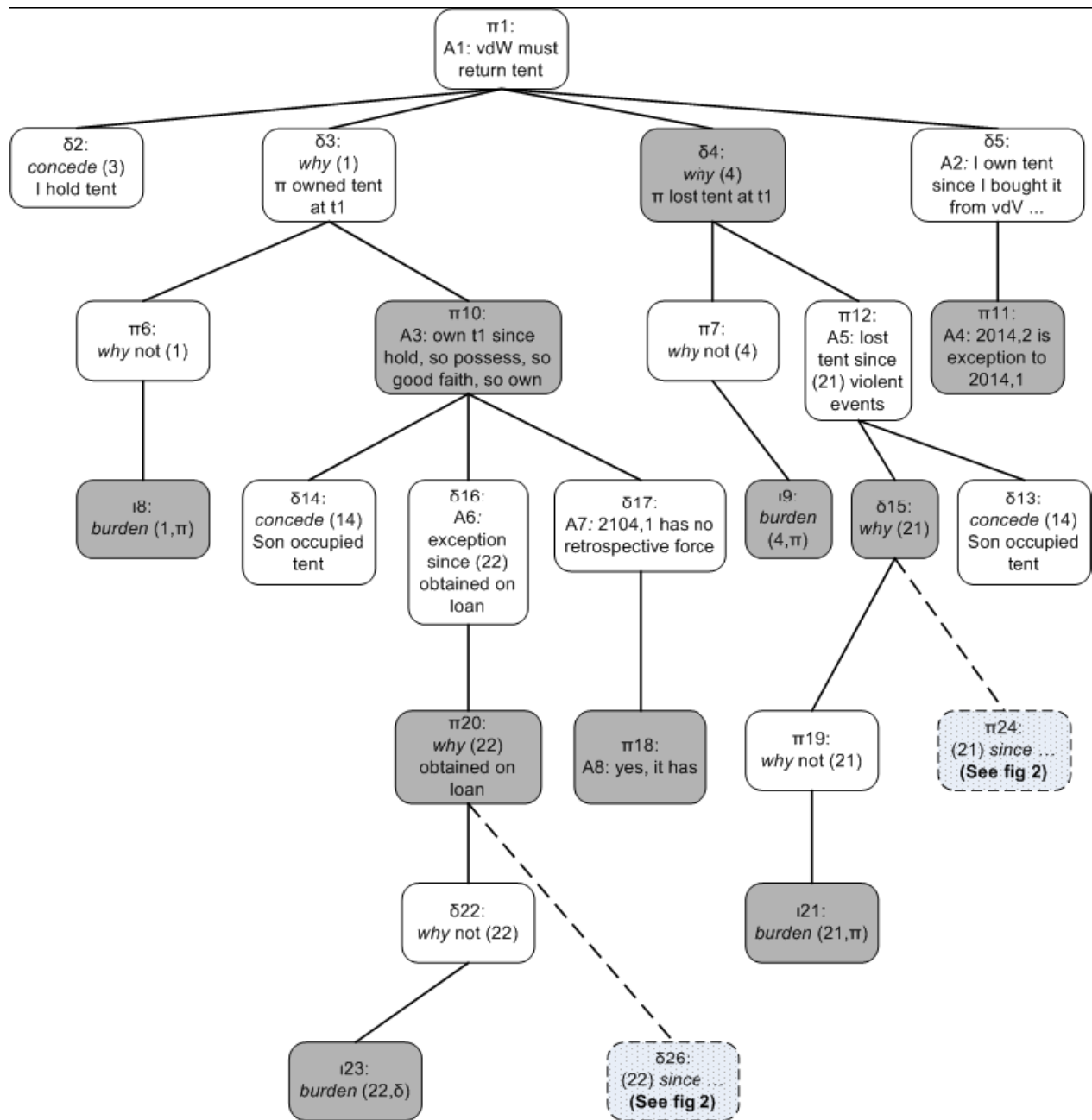
**$\delta$ 22: why did you not obtain the tent on loan from V.?**

En la jugada precedente, el *Defendant* requiere al *Plaintiff* al efecto de que ofrezca razones en relación con su tesis de que no obtuvo la posesión en préstamo, sino a título de dueño.

**$\alpha$ 23: burden(22;  $\delta$ )**

Para culminar esta etapa, el juez deposita la carga de la prueba respecto de la proposición 22 en el *Defendant*. Es decir, es este último quien tiene que probar que van der Velde sólo prestó el bien a Nieborg.

En este punto, Prakken proporciona una representación visual del árbol de argumentación que ha podido generarse con base en el avance del diálogo, en el cual puede observarse el estado del intercambio dialógico en términos de la identificación de los puntos de debate que requieren del ofrecimiento de pruebas. A continuación reproducimos el referido árbol de argumentación:



A continuación procedemos con los *argumentos probatorios* (con la evidencia) que las partes ofrecen para desahogar sus cargas de prueba:

δ26: argue A10: The tent was (33) given in use as proven by van der Velde's testimony, who says so (V1,V2), and by Gjaltema (G1) and van der Sluis's (S1,S3) testimonies, who both reported that Nieborg had told them so. The use was (34)

free as proven by the following testimonies: van der Velde (V2) says so; furthermore, van der Velde (V3) says that Nieborg had expressed his gratitude towards him; both Gjaltema (G1) and van der Sluis (S1,S2) declare that Nieborg had expressed to them the same gratitude towards van der Velde; van der Sluis added to this that Nieborg had said to him that this made it possible for him and his wife to go on holiday since they had no money to go on holiday. The use was (35) temporary as proven by the following testimonies: van der Velde (V1,V2) says so; van der Sluis (S3) states that Nieborg had told him that the reason why van der Velde had given him the tent in use was that that summer van der Velde did not have time himself to use it. So, (22) Nieborg obtained the tent on loan from van der Velde.

En la jugada previa, el *Defendant* introduce al diálogo un argumento probatorio (A10) según el cual sostiene que sólo le fue transmitido a Nieborg el uso de la tienda (lo cual se pretende probar con testimoniales del propio van der Velde, de Gjaltema y de van der Sluis; estos dos últimos reportan que Nieborg les comentó lo conducente).

Así mismo, A10 pretende establecer por un lado, que el uso que se le permitió hacer a Nieborg era a título gratuito (Nieborg no tenía que hacer nada a cambio del uso permitido), y por otro, que el uso sólo fue transferido de manera temporal. Para ambas cuestiones, el *Defendant* ofrece testimoniales (las cuales reportan que Nieborg comentó a los testigos correspondientes que estaba muy agradecido con van der Velde por permitirle usar su tienda, y que la razón por la que van der Velde le había prestado el bien era porque no tenía tiempo para usarla él mismo).

$\pi$ 27: argue A11: (36) as an expression of gratitude the work of Mr. and Mrs. Nieborg is excessive, (37) van der Velde accepted the same kind of work as payment by van der Weg just a few months later, (38) even van der Velde in his testimony (V4) admits that the work is related to the giving of the tent, so, (39) the work of Mr. and Mrs. Nieborg was payment for the tent, so, (40) the tent was not given in use for free.

En la jugada anterior, el *Plaintiff* introduce su argumento A11 con el cual pretende establecer que tomar el trabajo realizado por Nieborg y su esposa como un gesto de gratitud, resulta excesivo; y que van der Velde había tomado el mismo tipo de trabajo como “pago” suficiente por la tienda de campaña en una transacción posterior. En este sentido, a Nieborg en efecto se le permitió el uso, mas no de manera gratuita, sino a cambio de ciertas conductas de su parte.

$\pi$ 28: argue A12: (41) this is a ticket for a Rheinfahrt of Mr. and Mrs. Nieborg in 1974, so, (42) Mr. and Mrs. Nieborg have been on holiday in 1974; (43) Mr. and

Mrs. Nieborg have been on holiday on several other occasions, so, (44) Mr. and Mrs. Nieborg have been on holiday on several occasions; (V3) van der Velde testified that Nieborg had told him he and his wife could not go on holidays, so, (45) van der Velde has testified something that was not true; furthermore, (46) van der Velde has an interest in a win of van derWeg in this case, (47) the law declares witnesses with lesser interests than van der Velde as unfit for being a witness, so (by 45,46,47), (48) van der Velde is not sincere.

En la jugada previa, el *Plaintiff* ofrece su argumento 12 según el cual pretende establecer que Nieborg y su esposa han realizado viajes de vacaciones en ocasiones anteriores, por lo cual no resulta confiable el testimonio de van der Velde según el cual éste prestó la tienda debido a que Nieborg y su esposa no habían tenido oportunidad de salir de vacaciones en el pasado. Además el *Plaintiff* sostiene que, dado que van der Velde tiene interés en que gane el *Defendant*, dicha situación constituye otra razón para dudar de su testimonio.

$\pi$ 29: argue A13:

Esta jugada esencialmente repite el argumento A12 pero referido a los testigos Gjaltema y van der Sluis.

$\pi$ 30: argue A14: (54) Gjaltema testifies that that he did not know (when helping Nieborg to build the tent) whether Nieborg had obtained it on loan, so, (55) Gjaltema was not in the position to know about (33).

En la jugada previa, el *Plaintiff* argumenta que el testigo Gjaltema no estaba en condiciones de saber que la tienda que estaba ayudando a construir, había sido otorgada a Nieborg sólo en préstamo.

$\pi$ 31: argue A15: (V7) Van der Velde says that he had become very angry when Nieborg had told him that he and his wife had now done enough work to pay for the tent, since van der Velde had never meant to sell the tent; (56) the true reason for van der Velde's anger was his dissatisfaction with Nieborg's work, so, (57) van der Velde is not sincere.

En la jugada pasada, el *Plaintiff* argumenta que la verdadera razón del enojo de van der Velde no fue que Nieborg le hubiera manifestado que consideraba el trabajo realizado como pago suficiente por la tienda, sino debido a que desaprobaba el trabajo hecho por Nieborg.

Como dijimos, en la *Decision Phase*, el juez llega a la conclusión de que ambas partes han probado ciertas cosas. Sin embargo, a Nieborg no le alcanza para obtener la victoria (ya que simplemente probó que poseía físicamente la



tienda, mientras que van der Wig logró probar que Nieborg poseía la tienda como depositario). De modo que el diálogo concluye con la siguiente jugada.

α45: terminate

#### IV. REPRESENTACIÓN VISUAL (GRÁFICA) DEL RAZONAMIENTO PROBATORIO

Como hemos dicho anteriormente, una más de las herramientas de las que la *AI and Law* se vale a los efectos de progresar en el estudio del razonamiento jurídico derrotable, particularmente el referido a la estructuración-organización y evaluación del acervo probatorio que existe en relación con una proposición fáctica (jurídicamente relevante), consiste en el desarrollo de cierto tipo de software (y de las teorías del razonamiento probatorio subyacentes) cuyo objetivo primordial es producir un conjunto de imágenes o ítems visuales que en última instancia pretenden reflejar la forma en la que la información probatoria va estructurándose por parte del usuario hasta eventualmente alcanzar un estado en que procede la realización de la valoración de la calidad de las inferencias representadas en dichos ítems visuales.<sup>868</sup>

Este tipo de software es actualmente denotado por la expresión ‘*sense-making software*’, el cual, como esta denominación lo sugiere, provee al usuario de un léxico gráfico (en teoría, amigable e intuitivo) con el cual aquel puede generar una gama extensa de representaciones visuales de diversos aspectos y/o facetas del problema a cuya resolución se enfrenta en un contexto dado.

El desarrollo de esta clase de sistemas computacionales parte de la asunción de que mediante el empleo de las estructuras gráficas que cada uno es capaz de producir (con base en su léxico) el usuario tiene mayores probabilidades de comprender, así como de resolver, el problema fundamental que le ocupa, ya que mediante la utilización de estas herramientas visuales (diagramas, mapas conceptuales, gráficas, etc.) el problema en cuestión es susceptible de ser manipulado de múltiples formas y desde diversas perspectivas (visibles para, y consultables por el usuario), con lo cual su complejidad puede reducirse, o al menos controlarse mejor, como resultado del abordaje más ordenado y sistemático del problema de referencia al que conduce su análisis a través de los métodos particulares de organización de la información presupuestos por el léxico del sistema.

De manera muy general, Susan van den Braack se refiere a esta clase de sistemas del modo que sigue:

“... Sensemaking systems... do not reason themselves. Instead, such systems *support humans in making sense of a problem by allowing them to structure or visualize the problem in a way that is meaningful to them and by allowing them to record their reasoning process.*”<sup>869</sup>

---

<sup>868</sup> Véase por ejemplo, el proyecto “Making sense of Evidence. Software support for crime investigation”, en: [http://www.cs.uu.nl/research/projects/evidence/project\\_description.html](http://www.cs.uu.nl/research/projects/evidence/project_description.html).

<sup>869</sup> Véase: van der Braak, Susan, “*Sense-making software for crime analysis*”, Tesis de doctorado, disponible en línea en: <http://people.cs.uu.nl/henry/>; y en: [http://www.susanb.nl/?page\\_id=89](http://www.susanb.nl/?page_id=89). Así mismo, véase: P. A. Kirschner, S. J.

Así mismo, van den Braak hace referencia a ciertas investigaciones en el ámbito de las teorías del aprendizaje (las de Cox,<sup>870</sup> Ainsworth,<sup>871</sup> Stenning et al,<sup>872</sup> Shum,<sup>873</sup> y Munneke<sup>874</sup>), de las cuales abstrae las siguientes ventajas derivadas del empleo de representaciones visuales y externas:

“... the construction of external representations... may assist problem solving... by:

- (1) reordering information in useful ways;
- (2) directing attention to unsolved parts of the problem;
- (3) keeping track of progress through the problem;
- (4) providing perceptual assistance, and
- (5) shifting the subject's mode of reasoning.

... By constructing external representations learners reach higher levels of abstraction and a deeper understanding of a domain.

... Moreover, construction of a graphical representation may confront the learner with his poor problem comprehension; due to the limited amount of abstraction that can be expressed, he cannot conceal his poor understanding in somewhat vague terms, which is possible in language.

... Finally, modeling verbal discourse can yield different benefits. For instance, on a cognitive level, an external representation, provided that it is well designed, directs attention to relevant information.

... The visualization of arguments forces students to make their claims and arguments explicit and to consider all evidence, and the thus produced trace of arguments and counterarguments allows them to determine whether their argument is balanced and supported by evidence. To solve a problem they

---

Buckingham-Shum, and C. S. Carr. *Visualizing Argumentation: Software Tools for Collaborative and Educational Sense-Making*. Springer-Verlag, London, 2003.

<sup>870</sup> Cox, R. (1997). Representation interpretation versus representation construction: An ILE-based study using switchERII. In B. du Boulay and R. Mizoguchi (Eds.), *Artificial Intelligence in Education. Knowledge and Media in Learning Systems*, Vol. 39 of *Frontiers in Artificial Intelligence and Applications*, (pp. 434–441). Amsterdam, The Netherlands: IOS Press. Cox, R. (1999). Representation construction, externalised cognition and individual difference. *Learning and Instruction*, 9 (4), 343–363.

<sup>871</sup> Ainsworth, S. (2006). DeFT: A conceptual framework for considering learning with multiple representations. *Learning and Instruction*, 16 (3), 183–198.

<sup>872</sup> Stenning, K. and Oberlander, J. (1995). A cognitive theory of graphical and linguistic reasoning: Logic and implementation. *Cognitive Science*, 9 (1), 97–140.

<sup>873</sup> Buckingham Shum, S. J. (2003). The roots of computer supported argument visualization. In P. A. Kirschner, S. J. Buckingham Shum, and C. S. Carr (Eds.), *Visualizing Argumentation: Software Tools for Collaborative and Educational Sense-Making*, (pp. 3–24). London, UK: Springer-Verlag. Buckingham Shum, S. J. (2007). Hypermedia discourse: Contesting networks of ideas and arguments. In U. Priss, S. Polovina, and R. Hill (Eds.), *Conceptual Structures: Knowledge Architectures for Smart Applications. Proceedings of the 15th International Conference on Conceptual Structures*, Vol. 4604/2007 of *Lecture Notes in Computer Science*, (pp. 29–44). Berlin, Germany: Springer-Verlag. Buckingham Shum, S. J. (2008). Cohere: Towards web 2.0 argumentation. In P. Besnard, S. Doutre, and A. Hunter (Eds.), *Computational Models of Argument. Proceedings of COMMA 2008*, Vol. 127 of *Frontiers in Artificial Intelligence and Applications*, (pp. 97–108). Amsterdam, The Netherlands: IOS Press. Buckingham Shum, S. J., Selvin, A. M., Sierhuis, M., Conklin, J., Haley, C. B., and Nuseibeh, B. (2006). Hypermedia support for argumentation-based rationale: 15 Years on from gIBIS and QOC. *Rationale Management in Software Engineering*, (pp. 111–132). Buckingham Shum, S. J., Uren, V., Li, G., Sereno, B., and Mancini, C. (2007). Modeling naturalistic argumentation in research literatures: Representation and interaction design issues. *International Journal of Intelligent Systems*, 22 (1), 17– 47.

<sup>874</sup> Munneke, L., Andriessen, J., Kanselaar, G., and Kirschner, P. (2007). Supporting interactive argumentation: Influence of representational tools on discussing a wicked problem. *Computers in Human Behavior*, 23 (3), 1072–1088.

have to develop a range of possible models, make missing information explicit, and represent implicit information explicitly...”<sup>875</sup>

Sin embargo, estos efectos positivos del empleo de representaciones visuales no se producen de manera automática. En otras palabras, el tratamiento sistemático de la complejidad de algún problema no se ve mejorado por el solo hecho de emplear herramientas gráficas. El éxito de aquellas depende de factores tales como la capacidad expresiva de las técnicas de representación subyacentes al sistema, de la compatibilidad de dichas técnicas con las demandas de la tarea específica, así como de ciertas características de los usuarios relativas al conocimiento que se presupone poseen para la interacción con la aplicación, así como el estilo de procesamiento de la información que distintos usuarios pueden exhibir. En este sentido, van den Braak sostiene que:

“... Firstly,... it is important that the external graphical representation is *well-constructed* and *capable of representing the information in a problem* in order to gain a positive effect. Secondly... the selected external representation *should be matched to the demands of the task*, because one representation may, for instance, be suited to the task of reading-off precise values (e.g., a spreadsheet), while another may be suited to the task of comparing values (a bar chart). Thirdly, *individual differences* such as prior knowledge, preferences for certain representations, and the degree to which reasoning is externalized, may affect the efficacy of representations...”<sup>876</sup>

### **1. Atomismo y Holismo en las representaciones visuales de la evidencia**

En el capítulo previo comentábamos que en la literatura que reflexiona sobre el razonamiento probatorio en el ámbito jurídico pueden hallarse dos grandes métodos de organización-estructuración y valoración de la evidencia: El *atomismo* y el *holismo*.<sup>877</sup>

El primero de estos métodos implica la construcción de un gran argumento complejo compuesto por diversas líneas o rutas argumentativas, cada una de las cuales puede concebirse como una cadena cuyos eslabones transfieren determinado peso probatorio (*probative weight*) hacia la conclusión final (generalmente insuficiente si se parte de la consideración aislada de cada línea argumentativa, ya que el efecto justificatorio generalmente se concibe como un efecto global y acumulativo de los pesos probatorios de la totalidad de las rutas de argumentación).

Por su parte, el holismo constituye un método de organización de la información probatoria que tiende hacia la elaboración de una estructura narrativa (de una historia) como producto final. Como se ha dicho, la estructura narrativa respectiva puede articularse con miras a establecer una línea cronológica de los eventos en cuestión; puede articularse así mismo, con el objetivo de representar las relaciones causa-efecto entre cada evento; o bien, puede articularse mediante la utilización conjunta de los criterios de organización precedentes (temporal y causal).

---

<sup>875</sup> Van der Braak, Susan, “*Sense-making software for crime analysis*”, Tesis de doctorado, disponible en línea en: <http://people.cs.uu.nl/henry/>; y en: [http://www.susanb.nl/?page\\_id=89](http://www.susanb.nl/?page_id=89), pp. 46-48.

<sup>876</sup> Ibidem, pp. p. 47.

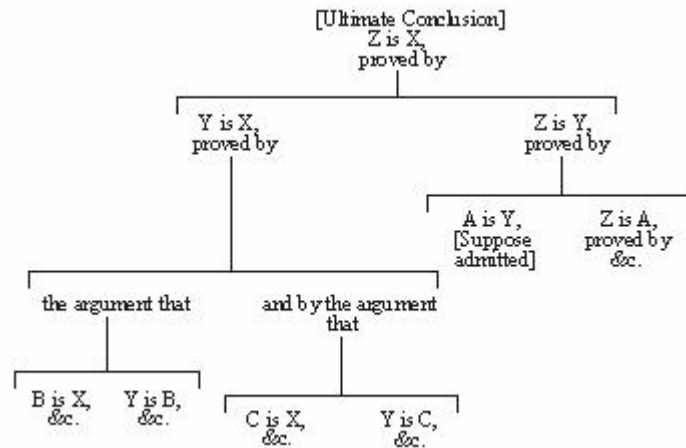
<sup>877</sup> Véase sección correspondiente.

Las técnicas o métodos para la estructuración de la información probatoria subyacentes a los distintos sistemas propuestos por la *AI and Law* también han recibido la influencia de estas discusiones. En este sentido procederemos primeramente a la revisión de sistemas que presuponen una concepción atomista de la organización de la evidencia, para así dar paso a sistemas que presuponen una concepción holista, o más bien, una concepción mixta que combina estructuras argumentativas con estructuras narrativas.

Sin embargo, antes de lo anterior, haremos alguna breve referencia a los orígenes de la utilización de herramientas gráficas para visualizar argumentos, los cuales se remontan a las primeras etapas de la denominada *Lógica Informal*.

## 2. Lógica Informal y representación visual de procesos de argumentación

Como explica Walton,<sup>878</sup> la primera referencia al empleo de técnicas para diagramar procesos de argumentación se remonta a los trabajos del lógico inglés Richard Whately, quien en su libro “*Elements of Logic*”, particularmente en la sección relativa a prácticas de análisis argumentativo nos presenta un método de diagramación particular, el cual permite generar estructuras como la siguiente:

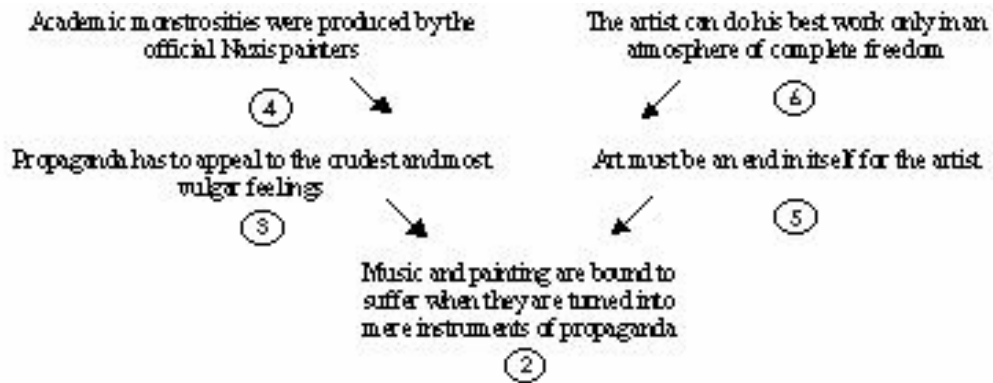


Como puede observarse en la figura previa, la técnica de diagramación de Whately permitía identificar la conclusión final de una estructura argumentativa compleja (la ‘*Ultimate conclusion*’), así como las líneas argumentativas que se encuentran proporcionando sustento probatorio a la misma.

Como puede observarse también, cada línea o ruta argumentativa puede tener en teoría una extensión infinita; y así mismo, cada eslabón puede presentar diversos niveles de complejidad en la medida en que implique la convergencia de 2 o más argumentos.

<sup>878</sup> Véase Walton, Douglas, “Argument Diagramming in Logic, Law, and Artificial Intelligence”, *Knowledge Engineering Review*, 22, 2007, 87-109 disponible en línea en: <http://www.dougwalton.ca/papers.htm>.

De acuerdo con Walton,<sup>879</sup> otro precursor del empleo de técnicas de diagramación argumentativa fue Beardsley, quien en su libro "Practical Logic" de 1950 introduce una técnica que permite la generación de estructuras como la siguiente:



El empleo de esta técnica presupone el análisis de un texto que contuviera algún segmento de discurso ordinario a efecto de identificar las premisas y la conclusión de un argumento posible. A continuación, un ejemplo de la reformulación argumentativa que Beardsley proponía llevar a cabo, la cual implica asignar un número a las diferentes premisas identificadas (para su ulterior representación a la manera de nodos o círculos):

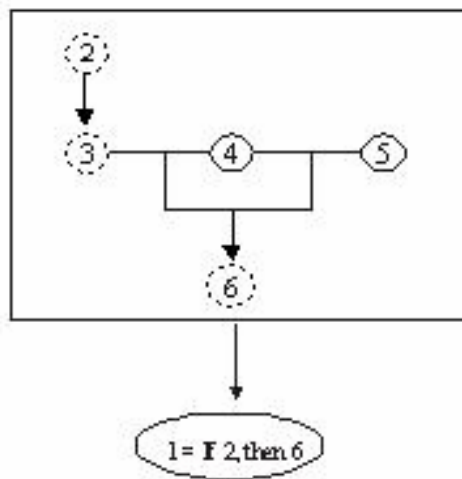
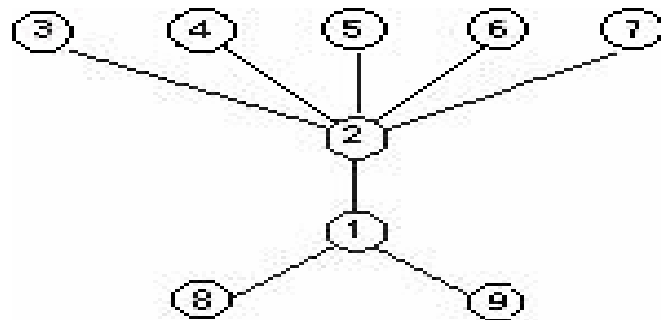
Though (1) [people who talk about the "social significance" of the arts don't like to admit it], (2) [music and painting are bound to suffer when they are turned into mere vehicles for propaganda.] For (3) [Propaganda has to appeal to the crudest and most vulgar feelings:] (for) (4) [look at the academic monstrosities produced by the official Nazi painters.] What is more important, (5) [art must be an end in itself for the artist,] because (6) [the artist can do his best work only in an atmosphere of complete freedom]

El siguiente autor al que Walton hace referencia en este recuento histórico es Toulmin, a cuya estructura (o esquema argumental abstracto) ya hemos hecho referencia en secciones previas.<sup>880</sup>

<sup>879</sup> Ibidem...

<sup>880</sup> Véase sección correspondiente:

Otros autores importantes en esta línea son Michael Scriven y James Freeman, quienes respectivamente en sus obras “Reasoning” (1976) y “Dialectics and the Macro-structure of Arguments” (1991) presentan técnicas de diagramación que dan pie a la generación de estructuras como las siguientes:<sup>881</sup>



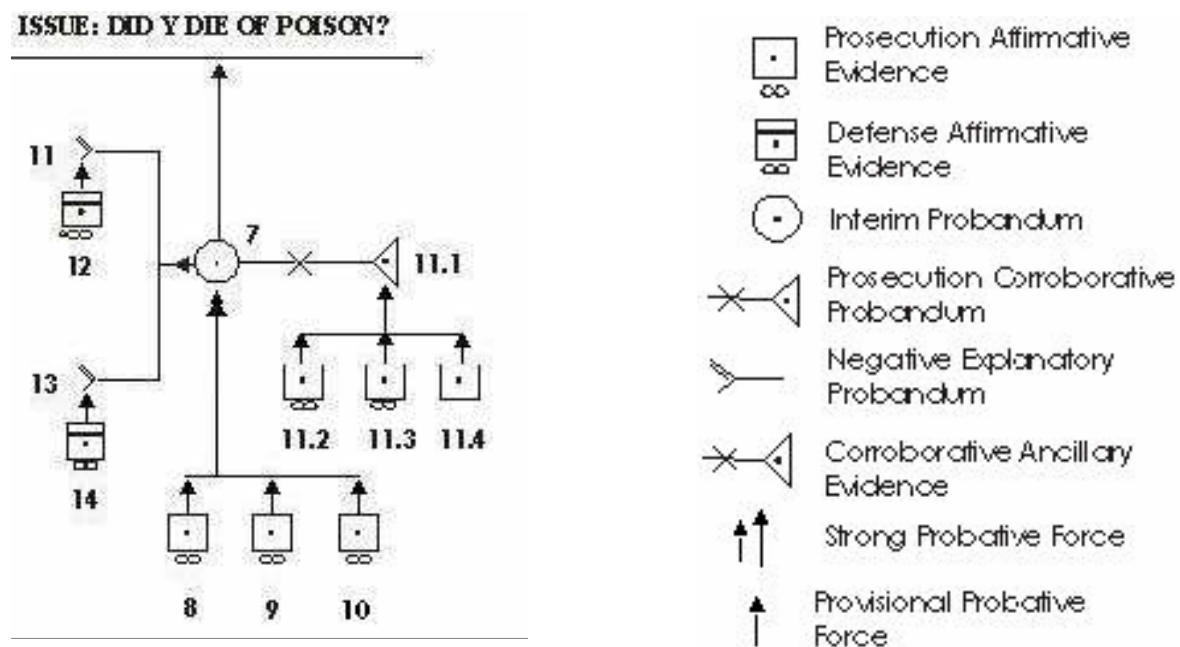
Sin embargo, el pionero en diseñar una técnica para la diagramación de argumentos probatorios específicamente pensada para el ámbito jurídico fue el célebre profesor John Henry Wigmore.<sup>882</sup>

<sup>881</sup> Véase Walton, Douglas, “Argument Diagramming in Logic, Law, and Artificial Intelligence”, *Knowledge Engineering Review*, 22, 2007, 87-109 disponible en línea en: <http://www.dougwalton.ca/papers.htm>.

<sup>882</sup> Wigmore, John Henry, *The Principles of Judicial Proof*, Boston, Little, Brown and Company, 1913, second edition 1931.

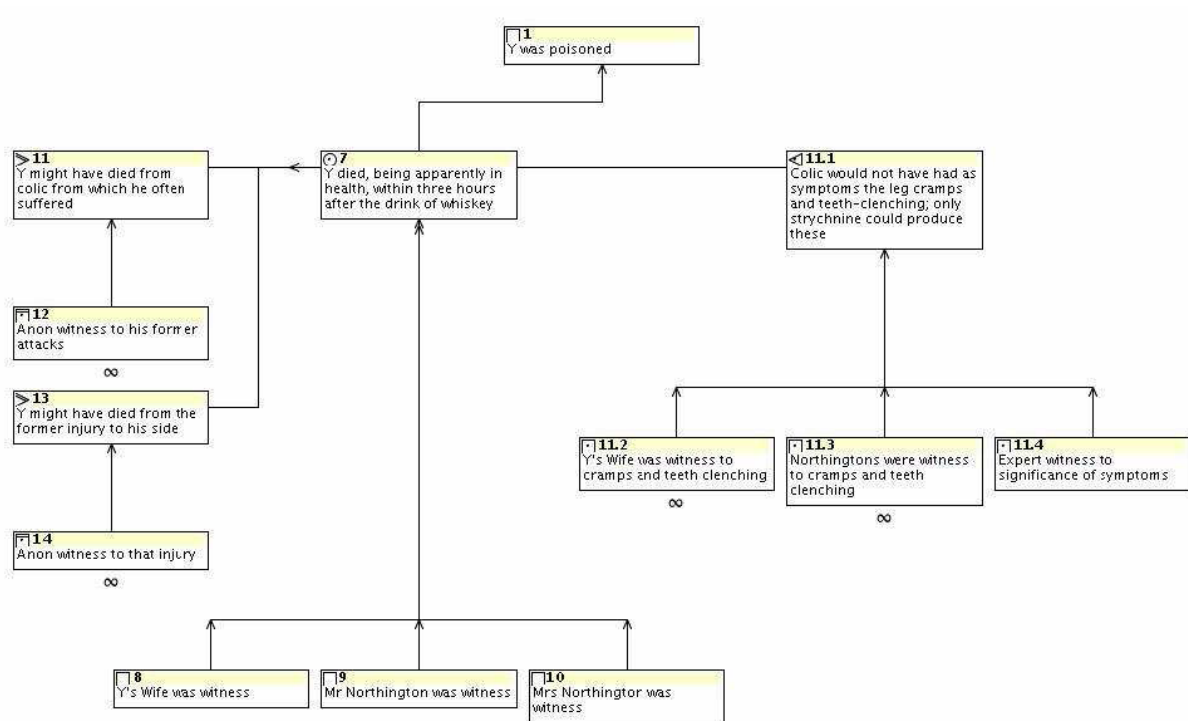
Pese al fracaso en sus intentos por hacer de esta técnica una herramienta de uso generalizado por parte de los estudiantes de derecho y eventuales litigantes de su época, sus estudios han sido retomados en los textos contemporáneos sobre el razonamiento probatorio en contextos jurídicos por autores como Schum, Anderson y Twining.<sup>883</sup>

A continuación presentamos el tipo de estructuras a las que la aplicación de la técnica de Wigmore conducía, así como una especificación somera de su léxico:



A continuación presentamos una traducción de la estructura previa derivada de la aplicación de la técnica de Wigmore. Dicha traducción se obtiene del empleo del sistema Araucaria, el cual abordaremos con más detalle posteriormente.

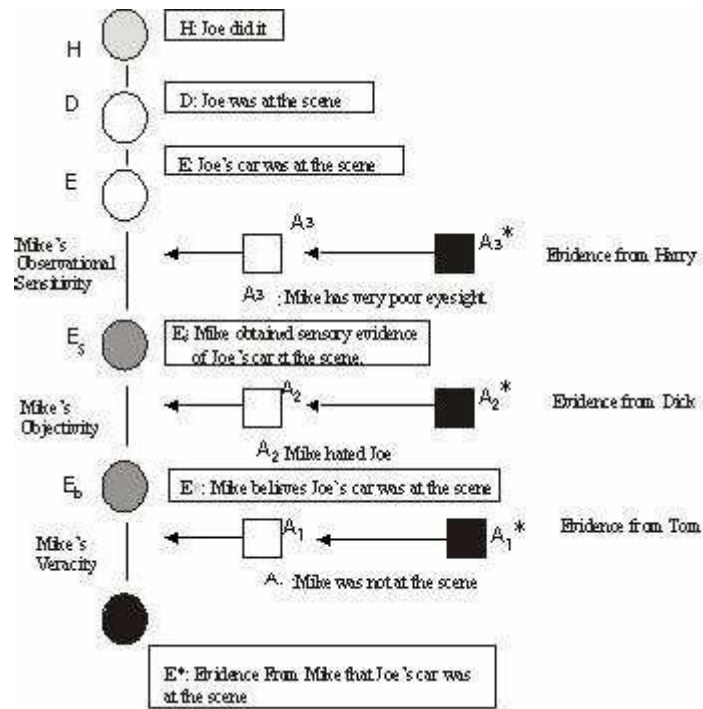
<sup>883</sup> Véase Walton, Douglas, “Argument Diagramming in Logic, Law, and Artificial Intelligence”, *Knowledge Engineering Review*, 22, 2007, 87-109 disponible en línea en: <http://www.dougwalton.ca/papers.htm>.



Como se ha dicho, autores contemporáneos como David Schum se han inspirado en la técnica de Wigmore para analizar el razonamiento por medio de esquemas como el siguiente:<sup>884</sup>

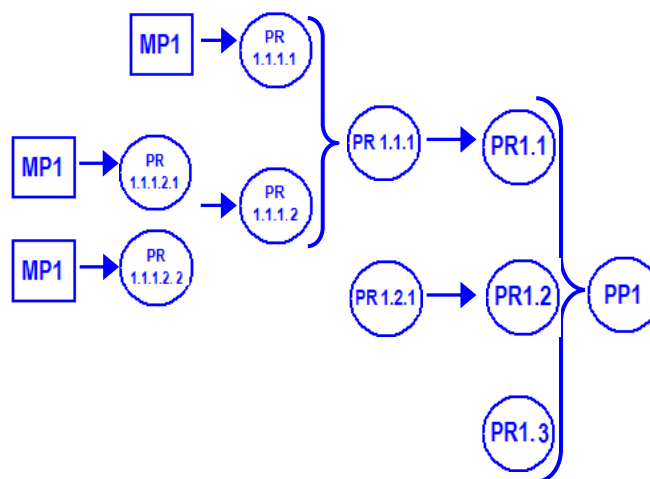
<sup>884</sup> Véase Schum, David, *Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning*, John Wiley & Sons, Toronto, 1994.





Como puede observarse, en la técnica de Schum, la evidencia secundaria (o *'ancillary evidence'*) adquiere suma importancia. En este sentido, puede verse cómo en el ejemplo previo, la evidencia secundaria participa en el diagrama disminuyendo la credibilidad del testigo ocular en cuestión, debido a que apunta a que el testigo referido probablemente no estaba en la escena, a que tenía motivos para mentir al respecto (odiaba al implicado), y a que poseía una muy mala visión.

Así mismo, en esta línea evolutiva también es pertinente mencionar la técnica de diagramación de argumentos desarrollada por Cáceres. A reserva de que abordemos dicha técnica con mayor detalle en el siguiente capítulo, por ahora presentamos un ejemplo del tipo de estructuras que pueden generarse a partir de esta técnica:



La estructura previa representa un argumento complejo, cuya conclusión, PP1 (Proposición *Probandum* 1), está sustentada en tres razones (PR 1.1, PR1.2 y PR 1.3), dos de las cuales (PR 1.1 y PR 1.2), a su vez, constituyen conclusiones de otros argumentos anidados. El argumento anidado más complejo es el que sustenta a la razón PR 1.1.1, ya que a su vez recibe sustento de dos razones, las cuales eventualmente se soportan en medios de prueba (MP 1).

Luego de este breve repaso de la evolución de las técnicas de diagramación de argumentos desde la lógica informal de Whately hasta su empleo en contextos de razonamiento jurídico por parte de Schum y Cáceres, procedamos pues al análisis de uno de los sistemas con mayor prestigio en el ámbito de la diagramación del razonamiento probatorio desplegado por parte de operadores del derecho: El sistema Araucaria.

### **3. Atomismo y representaciones visuales de la evidencia: El sistema Araucaria**

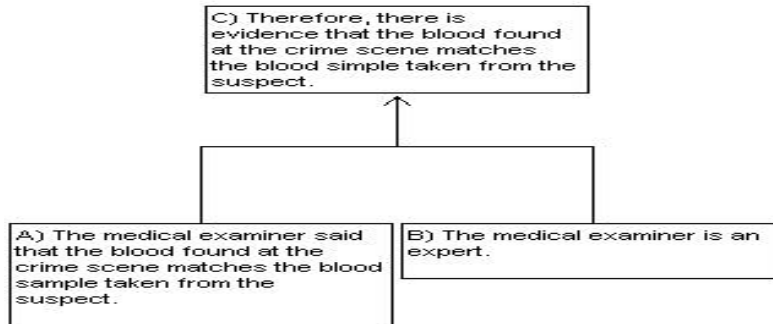
Araucaria es un *sense-making* software desarrollado por Reed y Rowe,<sup>885</sup> que permite diagramar la estructura de diversas clases de argumentos (ya sean éstos deductivos, inductivos o plausibles, también llamados presuntivos).

El sistema básicamente trabaja con rectángulos o cajas para representar contenidos proposicionales (a los que se les asignan letras mayúsculas), y con flechas, las cuales indican relaciones de inferencia (derrotable si se trata de argumentos que instancian patrones de razonamiento inductivos y presuntivos) entre las cajas referidas. Las estructuras resultantes del empleo de cajas y flechas representan *argumentos*.

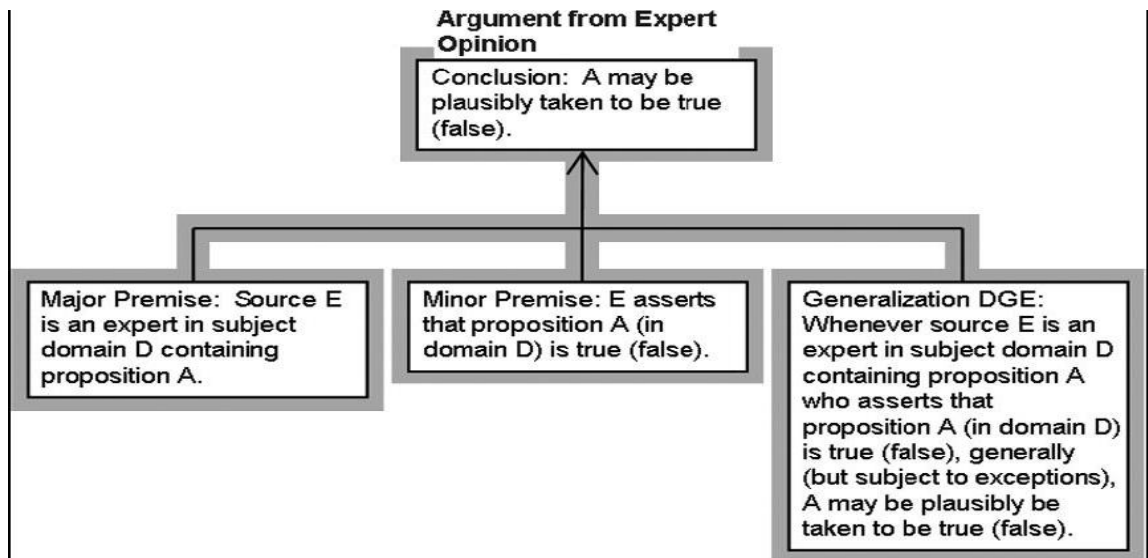
Por su parte, los argumentos aludidos se clasifican en “*linked arguments*” y “*convergent arguments*”. La primera categoría comprende aquellos argumentos cuyas premisas contribuyen de manera conjunta e interdependiente al sustento probatorio de su conclusión. Mientras que la segunda, comprende aquellos argumentos cuyas premisas constituyen rutas independientes entre sí, cada una de las cuales aporta un peso probatorio específico hacia la conclusión. Podría decirse que los *linked arguments* constituyen proposiciones moleculares unidas por el conector ‘y’, mientras que los *convergent arguments* constituyen proposiciones moleculares unidas por el conector ‘o’. A continuación presentamos un ejemplo de ambas clases de estructuras:

---

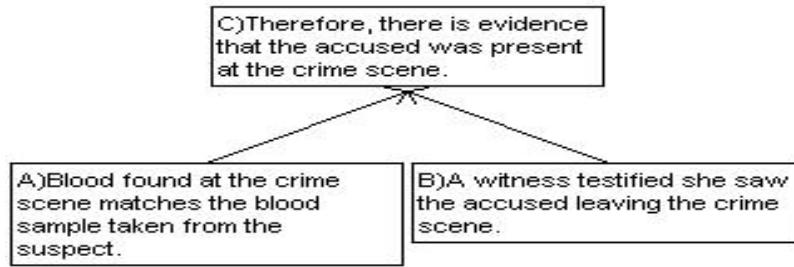
<sup>885</sup> Reed, Chris, and Glenn Rowe. 2001. “Araucaria: Software for Puzzles in Argument Diagramming and XML,” *Department of Applied Computing, University of Dundee*, Technical Report.  
Reed, Chris, and Glenn Rowe, 2004. “Araucaria: Software for Argument Analysis, Diagramming and Representation,” *International Journal of AI Tools* 14:3-4: 961-80.



*Linked argument*

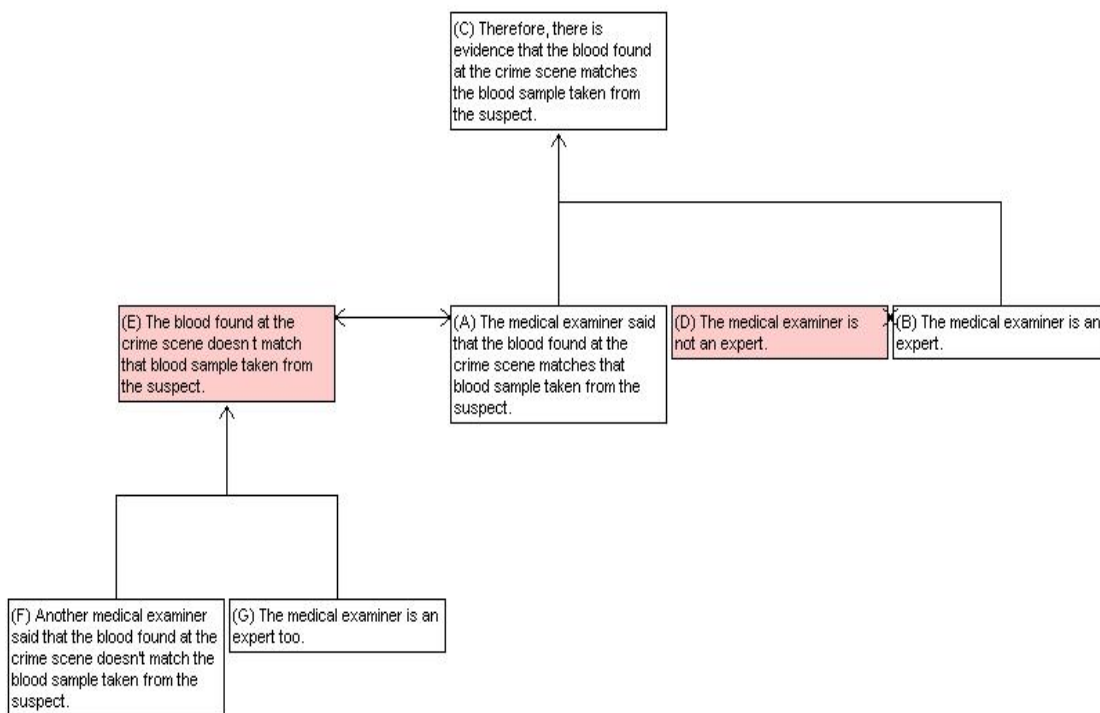


*Linked argument con generalización explícita*

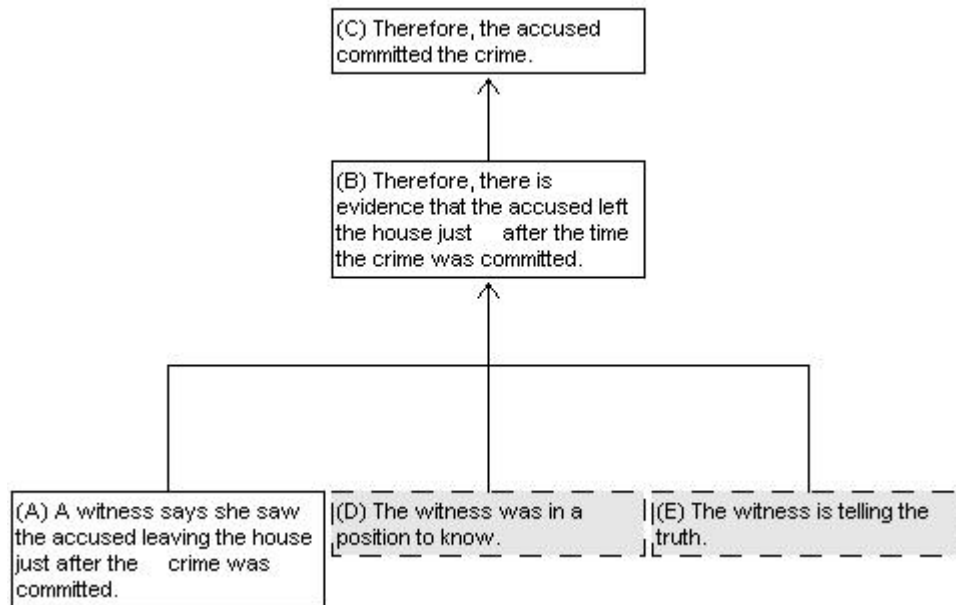


*Convergent argument*

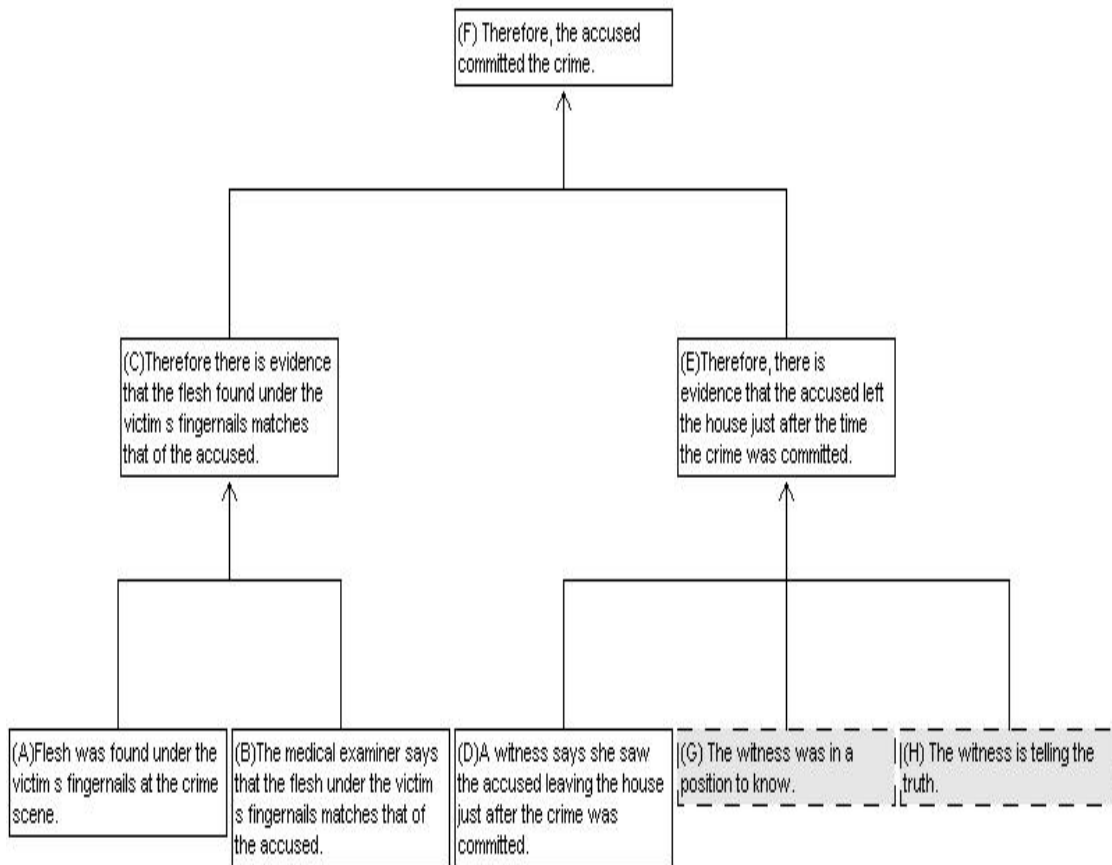
Así mismo, Araucaria contempla la posibilidad de representar ataques a las diversas premisas constitutivas del argumento en cuestión, tal y como puede verse en el siguiente ejemplo:



Por su parte, el sistema Araucaria permite también explicitar aquellas premisas que, pese a que normalmente no se mencionan por los interlocutores, forman parte del conjunto de asunciones o presupuestos que le dan sentido al intercambio argumentativo respectivo. Se trata pues de lo que se conoce como “*entimemas*”. A continuación presentamos un ejemplo de cómo se representa un entimema en el sistema en comentario:

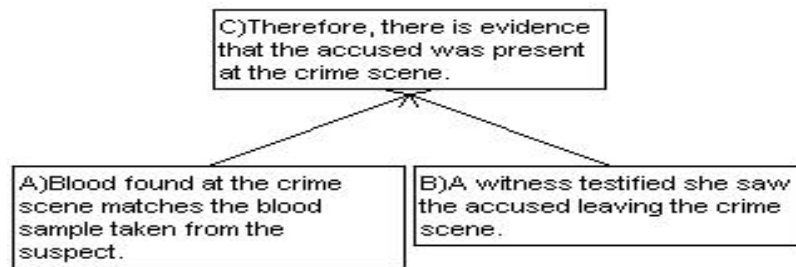


An adición a lo anterior, Araucaria permite al usuario escoger de entre su base de *esquemas argumentales* de razonamiento probatorio, alguno que más se ajuste a la instancia particular que desea representar. A continuación presentamos un ejemplo en el que aparecen instancias concretas de los esquemas argumentales denominados “*Appeal to expert opinión*” (a la izquierda del *linked argument*) y “*Argument from Position to Know*” (a la derecha del *linked argument*):



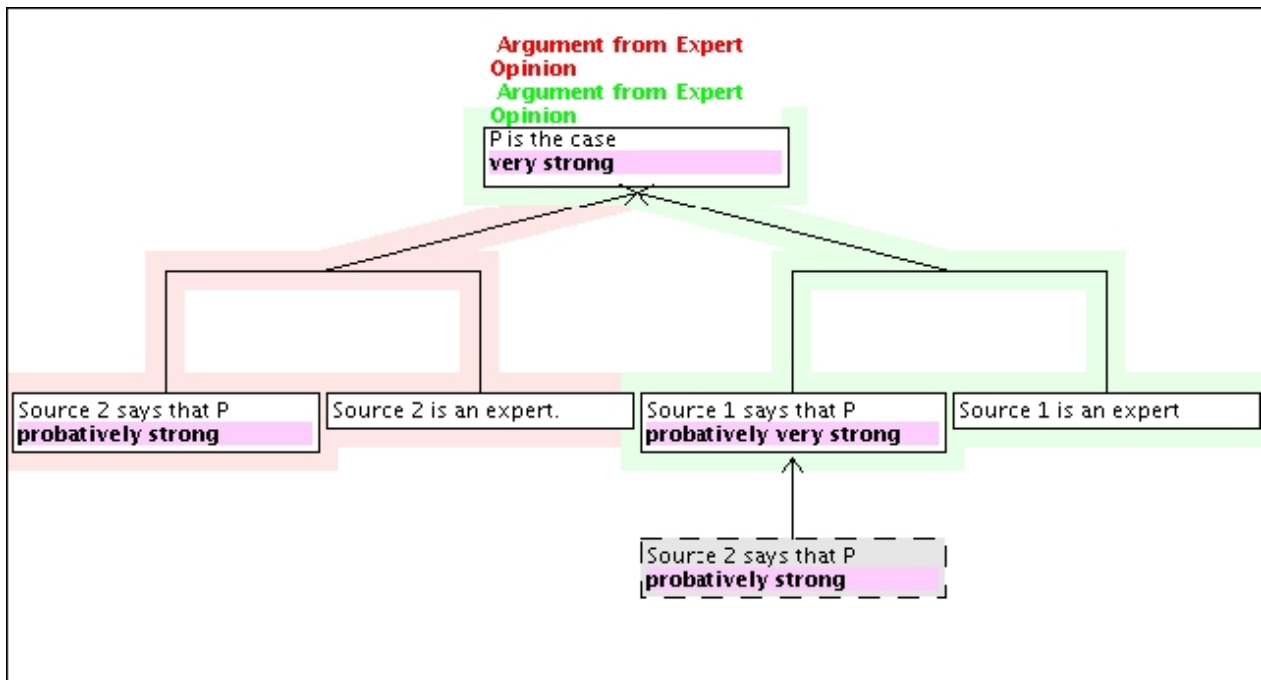
Un problema que se encuentra actualmente en el centro de la discusión de quienes emplean al sistema Araucaria para la diagramación de argumentos probatorios en el ámbito jurídico es el de cómo representar instancias del fenómeno conocido como “*corroboración probatoria*”.

La expresión “*corroboración probatoria*” denota al incremento que en su peso probatorio (*probative* o *evidential weight*) experimenta una proposición (‘p’) como resultado de la participación convergente de diversas (al menos 2) líneas o rutas argumentativas, las cuales coinciden (aunque de forma independiente) en concluir ‘p’. Nuevamente tómesese en cuenta la siguiente instancia de un *convergent argument*:



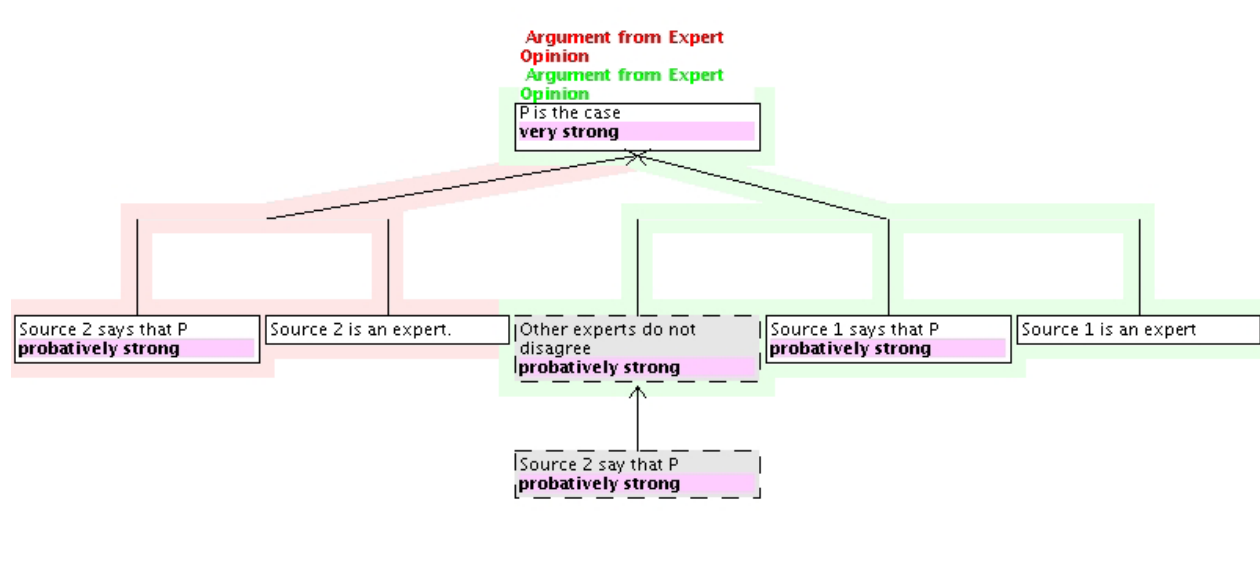
Piénsese también en casos de convergencia entre lo que aseveran diversos peritos en alguna materia o la convergencia del testimonio ofrecido por diversos testigos en relación con alguna proposición particular.

Pues bien, una de las opciones que Walton propone al efecto de representar este fenómeno en Araucaria consiste en considerar que alguna de las premisas de un argumento producido en un tiempo 2 incrementa el valor de plausibilidad atribuido originalmente a alguna de las premisas de un argumento producido en un tiempo 1. En el siguiente ejemplo, podemos ver dicha opción de representación:<sup>886</sup>



<sup>886</sup> Walton, Douglas, Reed, Chris, "Evaluating corroborative evidence", *Argumentation*, 22, 2008, 531-553

Otra opción de acuerdo con Walton consiste en adicionar una premisa al argumento producido en un tiempo 1, la cual será considerada como una respuesta anticipada al ataque hipotético que podría formular un interlocutor con base en la *Critical Question* relativa al grado de *consistencia* que guarda lo que el experto en cuestión dice con lo que otros colegas del ramo podrían sostener. Véase el siguiente ejemplo:



La última opción de representación que Walton propone en relación con el fenómeno de la corroboración probatoria implica considerar que la convergencia de dos o más expertos o testigos en alguna cuestión fáctica puede ser tratada como un esquema argumental en sí misma, es decir, como un patrón de argumentación que suele tener lugar. Dicho esquema recibe el nombre de “*Argument écheme for corroborative evidence*” y presenta la siguiente estructura:<sup>887</sup>

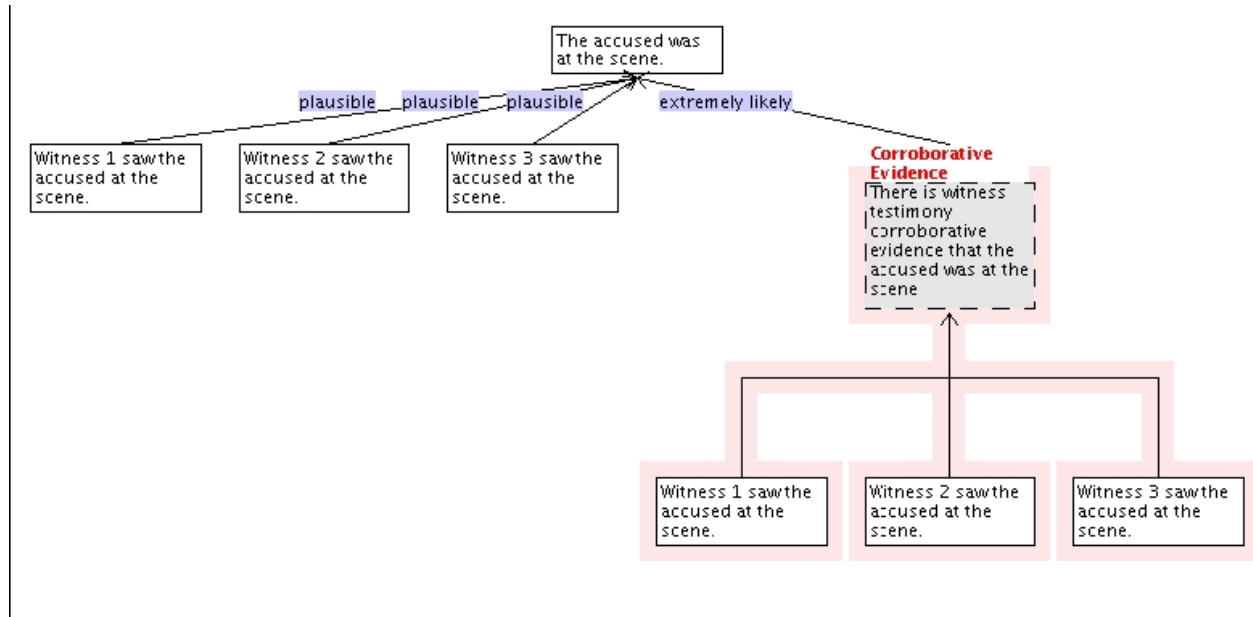
*Argument Scheme for Corroborative Evidence*

- Premise P1: There is an item of evidence E1 for claim C
- Premise Pn: There is an item of evidence En for claim C
- Premise P0: All of the items of evidence E1 ... En corroborate
- Conclusion C1: There is corroborative evidence for claim C

<sup>887</sup> Walton, Douglas, “Evaluating Corroborative Evidence”, *Douglas Walton and Chris Reed, Argumentation*, 22, 2008, 531-553



Por su parte, la forma de diagramar dicho esquema sería la siguiente:

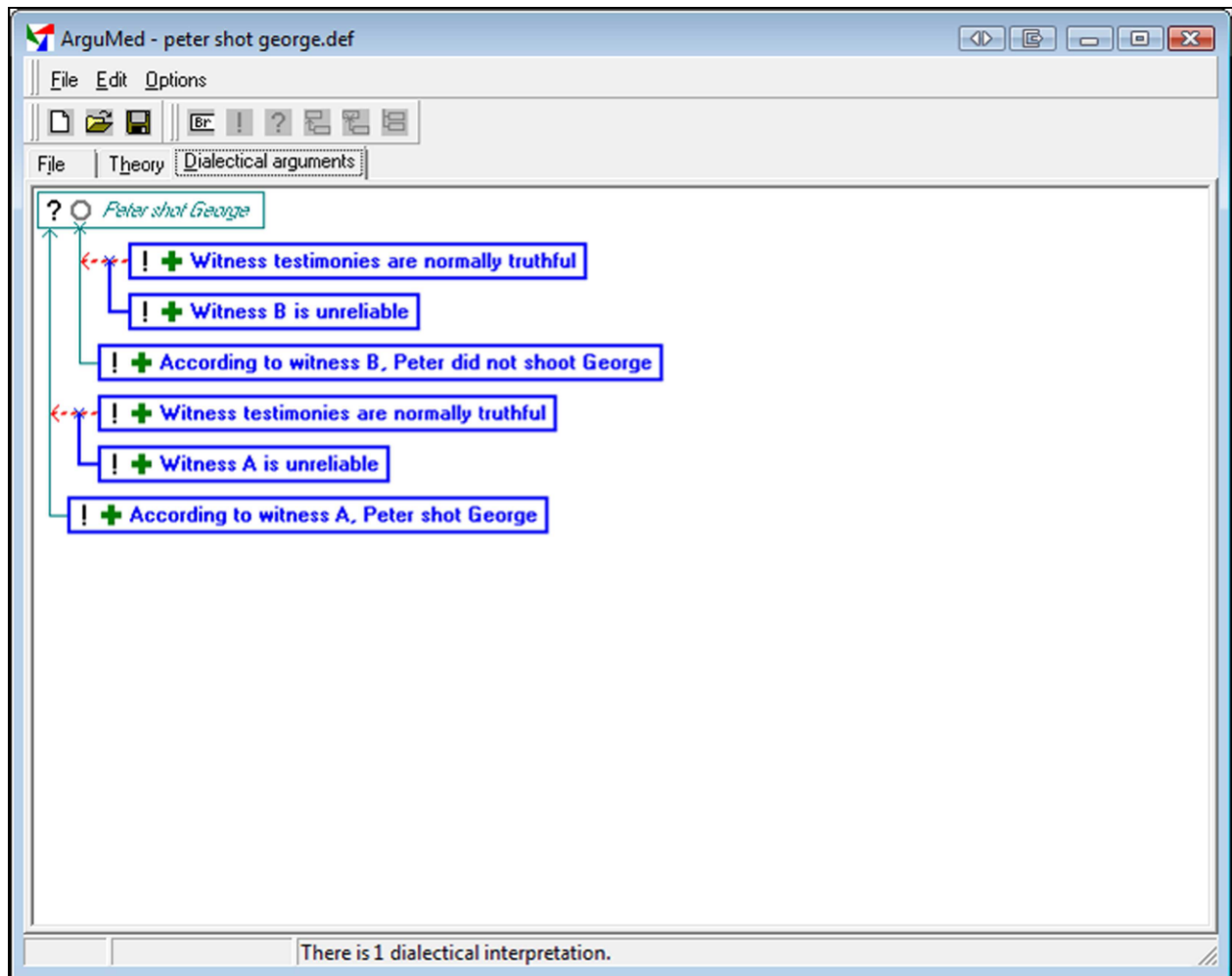


Para culminar esta sección haremos referencia somera a dos sistemas más: ARGUMED Y Carneades. El primero de ellos fue desarrollado por Bart Verheij,<sup>888</sup> y el segundo por Thomas Gordon.<sup>889</sup> A continuación presentamos dos ejemplos del tipo de estructuras argumentativas que pueden generarse respectivamente mediante el uso de ambas aplicaciones:

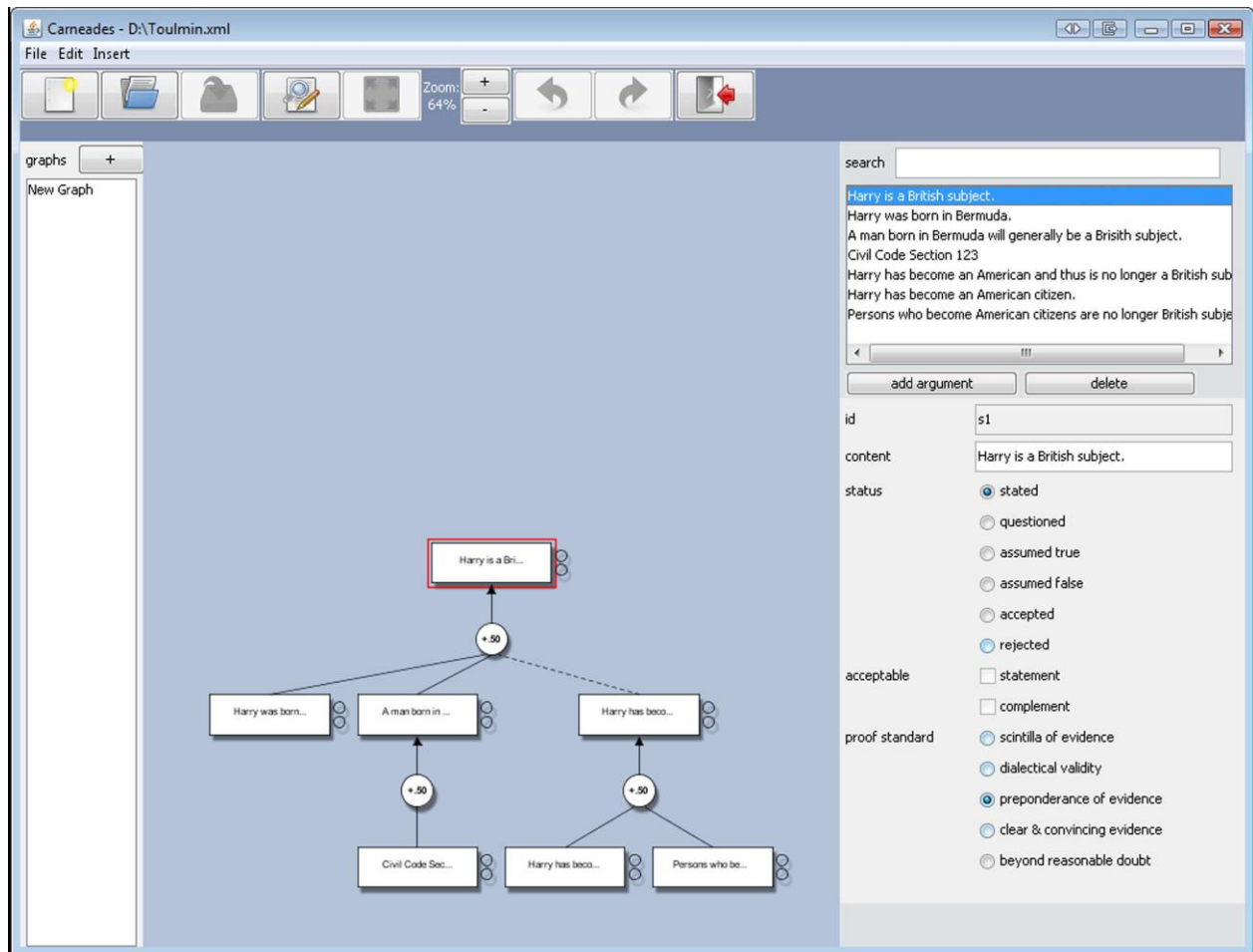
<sup>888</sup> Verheij, B. (1999). "Automated argument assistance for lawyers". In *Proceedings of the Seventh International Conference on Artificial Intelligence and Law*, (pp. 43–52). New York, NY: ACM Press.

Verheij, B. (2003a). Artificial argument assistants for defeasible argumentation. *Artificial Intelligence*, 150 (1-2), 291–324.; Verheij, B. (2005). *Virtual Arguments. On the Design of Argument Assistants for Lawyers and Other Arguers*. The Hague, The Netherlands: TMC Asser Press.; Verheij, B. (2007). Argumentation support software: Boxes-and-arrows and beyond. *Law, Probability and Risk*, 6 (1–4), 187–208.

<sup>889</sup> Brewka, G. and Gordon, T.F. [Carneades and Abstract Dialectical Frameworks: A Reconstruction](#). *Computational Models of Argument – Proceedings of COMMA 2010*, IOS Press (2010), 3–12; [An Overview of the Carneades Argumentation Support System](#). In C.W. Tindale and C. Reed, *Dialectics, Dialogue and Argumentation. An Examination of Douglas Walton's Theories of Reasoning*. College Publications, 2010, 145-156.; [Visualizing Carneades argument graphs](#). *Law, Probability and Risk* 6, 1-4 (2007), 109–117. ; Gordon, T. F., Prakken, H., and Walton, D. [The Carneades model of argument and burden of proof](#). *Artificial Intelligence* 171, 10-11 (2007), 875–896.



*ARGUMED*



*Carneades*

#### 4. Holismo y representaciones visuales de la evidencia: El sistema AVERs

Uno de los sistemas más robustos para la diagramación-visualización de estructuras de razonamiento probatorio que combinan el empleo de esquemas argumentales (enfoque atomista de la evidencia) con el empleo de patrones narrativos o historias, también llamados “*story schemes*” (enfoque holista de la evidencia), es el sistema AVERs (*Argument Visualization for Evidential Reasoning based on stories*), el cual fue desarrollado al efecto de proporcionar apoyo a los investigadores criminales (inspectores o el equivalente a los policías judiciales o ministeriales en nuestro país<sup>890</sup>) en términos de permitirles la representación visual de su razonamiento (las historias o hipótesis que a partir de la

<sup>890</sup> Ojalá algún día el gobierno mexicano decida invertir en la capacitación de estos singulares “personajes” del combate al crimen en nuestro país, de lo contrario, parece que hablar de implementar sistemas como AVERs en un contexto en el que no se echan a andar (debido a que no se cuenta con el bagaje de habilidades requerido) las más mínimas actividades de investigación, no es más que un sueño lejano.

consideración de la evidencia particular pueden generarse), así como el almacenamiento y sucesiva consulta de dichas representaciones.<sup>891</sup>

El sistema referido se inscribe en el marco del proyecto “*Making sense of evidence. Software support for crime investigations*” (que estuvo vigente de 2005 a 2009),<sup>892</sup> en el cual participaron las siguientes instituciones holandesas: El “Institute of Information and Computing Sciences,” (Utrecht University);<sup>893</sup> el “Centre of Law and ICT,” Faculty of Law (University of Groningen);<sup>894</sup> el “Institute of Artificial Intelligence and Cognitive Engineering,” Faculty of Psychology, Education, and Sociology (University of Groningen);<sup>895</sup> y el “Netherlands Institute for the Study of Crime and Law Enforcement.”<sup>896</sup>

Así mismo, los investigadores involucrados fueron: Henry Prakken,<sup>897</sup> Bart Verheij,<sup>898</sup> Peter van Koppen,<sup>899</sup> Peter Tillers<sup>900</sup> y Chris Reed<sup>901</sup> (estos últimos como consultores externos).

Los productos principales de investigación del proyecto referido consistieron en las tesis con las que Floris Bex<sup>902</sup> (encargado de desarrollar la teoría de razonamiento probatorio en la que se basa AVERs) y Susan van der Braak<sup>903</sup> (encargada del desarrollo de la implementación computacional de la teoría de razonamiento probatorio mencionada) obtuvieron el grado de doctor.

Ahora bien, como se ha dicho, los investigadores criminales constituyen los usuarios principales para los cuales el sistema AVERs está diseñado. Al efecto de justificar la necesidad de proveer a dicha clase de usuarios de una aplicación como la mencionada, Van der Braak propone un modelo general y preliminar del razonamiento desplegado por estos operadores jurídicos para posteriormente identificar algunos de los errores más comunes en que aquellos suelen incurrir.

El modelo aludido consta de dos grandes etapas: La etapa de *reconstrucción* y la etapa de *verificación*.<sup>904</sup> Durante la primera de ellas, los investigadores se enfrentan con un conjunto de hechos (observaciones) que son interpretados como pistas, indicadores o señales de la probable ocurrencia de alguna conducta penalmente sancionada.

---

<sup>891</sup> Véase, van den Braak, Susan, *Sensemaking Software for Crime Analysis*, disponible en línea en:

<http://people.cs.uu.nl/henry/>; y en: [http://www.susanb.nl/?page\\_id=2](http://www.susanb.nl/?page_id=2).

<sup>892</sup> Véase: <http://www.cs.uu.nl/research/projects/evidence/index.html>

<sup>893</sup> Véase: <http://www.uu.nl/faculty/science/EN/organisation/depts/ics/Pages/default.aspx>

<sup>894</sup> Véase: <http://www.rug.nl/rechten/faculteit/vakgroepen/rth/rechtenict/index>

<sup>895</sup> Véase: <http://www.rug.nl/fwn/onderzoek/programmas/ai/index?lang=en>

<sup>896</sup> Véase: <http://www.nscr.nl/index.php>

<sup>897</sup> Véase: <http://people.cs.uu.nl/henry/>

<sup>898</sup> Véase: <http://www.ai.rug.nl/~verheij/>

<sup>899</sup> Véase: <http://www.rechten.vu.nl/en/about-the-faculty/faculty/faculty/criminal-law-and-criminology/koppen-p-j-van.asp>

<sup>900</sup> Véase: <http://tillers.net/home.html>

<sup>901</sup> Véase: <http://www.computing.dundee.ac.uk/staff/creed/>

<sup>902</sup> Véase: <http://www.floribex.com/>; [http://www.computing.dundee.ac.uk/ac\\_staff/staffdetails.asp?358](http://www.computing.dundee.ac.uk/ac_staff/staffdetails.asp?358); y <http://blog.law.cornell.edu/voxpath/2010/04/16/argument-mapping-and-storytelling-in-criminal-cases/>

<sup>903</sup> Véase: [http://www.susanb.nl/?page\\_id=2](http://www.susanb.nl/?page_id=2)

<sup>904</sup> Véase, van den Braak, Susan, *Sensemaking Software for Crime Analysis*, disponible en línea en: <http://people.cs.uu.nl/henry/>; y en: [http://www.susanb.nl/?page\\_id=2](http://www.susanb.nl/?page_id=2), p. 2.

El problema que inmediatamente se presenta es que el mencionado conjunto de hechos u observaciones que han logrado aislar podría haber sido causado por múltiples conductas (algunas constitutivas de delito y otras no). En otros términos, las observaciones o pistas son compatibles, en principio, con múltiples explicaciones de lo que pudo haber generado el estado de cosas en el mundo caracterizado por los hechos que han capturado preliminarmente la atención de los agentes investigadores (el problema referido es análogo al que se enfrentan genéricamente los médicos clínicos: un conjunto de rasgos, características o atributos observables en el paciente, los cuales son susceptibles de interpretarse como señales o síntomas de múltiples opciones de diagnóstico).

En este punto, quienes investigan la probable comisión de un delito comienzan a generar diversas hipótesis (que adoptan un formato de historias o ‘escenarios’) de lo que pudo haber causado la presencia de cierta evidencia.

Durante la segunda etapa (la de verificación), los agentes predicen qué otros hechos, observaciones, pistas, rastros o vestigios es racional *esperar que sean hallados* (y dónde) si se asume como verdadero algún escenario (o algunos de ellos), de modo que la investigación se enfoca a la “cacería” de dichos elementos predichos. De no ser hallados (asumiendo que se realizaron esfuerzos competentes para ello) los escenarios en los que se basaron las predicciones respectivas pueden comenzar a descartarse (ya que han sido falsificados).

En concordancia con lo anterior, van der Braak sostiene que:

“... Thus, when investigators find evidence, they try to determine what caused this evidence by creating explanations in the form of scenarios. The predictions based on these scenarios then guide the course of the investigation, as they give rise to searches for additional evidence to test them... An investigation thus involves both explanatory and predictive reasoning, following a cycle of observation (data collection), hypothesis (through storytelling), and assessment. Ideally, this process should result in a list of possible scenarios and their relative strengths. Hence, criminal investigation is a sensemaking task that can be characterized as “a motivated, continuous effort to understand connections (which can be among people, places, and events)...”<sup>905</sup>

Algunos de los errores más comunes en que suelen incurrir los agentes investigadores tienen que ver con las limitaciones y vicios cognitivos naturales que como especie humana exhibimos, tales como la denominada “*visión de túnel*”,<sup>906</sup> el vicio del “*pensamiento grupal*”<sup>907</sup> y el “*vicio de confirmación*”.<sup>908</sup>

Con base en las tendencias previas (a cuyo seguimiento somos propensos), los investigadores suelen otorgar mucho peso a un solo escenario (o a una clase de hipótesis, generalmente inculpatoria), e incluso no consideran escenarios alternativos con la rigurosidad esperada (sobre todo en el marco del principio de la presunción de

---

<sup>905</sup> *Idem.*

<sup>906</sup> Véase: Martin, D. L. (2001). Lessons about justice from the laboratory of wrongful convictions: Tunnel vision, the construction of guilt and informer evidence. *UMKC Law Review*, 70 (4), 847–864.

<sup>907</sup> Véase: Janis, I. L. (1982). *Groupthink: Psychological studies of policy decisions and fiascos*, Boston, MA: Houghton Mifflin.

<sup>908</sup> Véase: Klayman, J. and Ha, Y.-W. (1987). Confirmation, disconfirmation, and information in hypothesis testing. *Psychological Review*, 94 (2), 211–228.

inocencia). En esta misma línea, las investigaciones suelen orientarse hacia la confirmación (incluso ad hoc) del escenario privilegiado. A este respecto, van der Braak sostiene lo siguiente:

“... teams of investigators tend to focus on a single shared scenario (and suspect) and primarily collect evidence to secure a conviction. They tend to give too much weight to some hypotheses and scenarios and too little weight to others and the investigation focuses too much on finding evidence to support a certain scenario, while evidence that contradicts it is dismissed... Ultimately, this may lead to the prosecution of the wrong suspect and miscarriages of justice may ensue...”<sup>909</sup>

Como bien apunta van der Braak en la última parte de la cita, este modo de operar por parte de los encargados de investigar la probable comisión de delitos, puede generar, a la manera de un efecto en cascada, errores epistémicos del tipo “condenas falsas”, los cuales implican someter a personas inocentes al tratamiento punitivo que el ordenamiento respectivo contempla para la clase de ofensores en la que han sido catalogados equivocadamente.

Ahora bien, van der Braak explica que AVERs es instancia de una clase de sistema que a diferencia de los denominados “*Knowledge Based Systems*”—como el prototipo desarrollado por Keppens y Schafer<sup>910</sup> no contiene una base de escenarios o hipótesis explicativas que podrían ser consistentes en mayor o menor grado con un determinado acervo de pistas al que se enfrentan los investigadores en un momento determinado.<sup>911</sup>

Sistemas como el de Keppens y Schafer operan de tal modo que el usuario introduce la información relativa a los ítems evidenciarios con los que cuenta y la aplicación, de manera automática, genera una serie de opciones (escenarios) compatibles. Así mismo, dicho sistema sugiere orientar la investigación de acuerdo con los demás elementos probatorios que cabría encontrar si alguna de las opciones que propone fuese verdadera.

En contraste, AVERs es una herramienta enfocada exclusivamente a la representación visual de los escenarios que el usuario ya ha generado (y que puede seguir generando). No presupone —como si lo hacen aplicaciones como la de Keppens y Schafer— la realización de actividades complejas de adquisición del conocimiento necesarias para la alimentación de la base de escenarios del sistema.

Sin embargo, pese a que AVERs no contiene una base en la que puedan almacenarse escenarios abstractos, la identificación de diversas instancias de los denominados “*story schemes*” (esquemas narrativos), así como la eventual creación de una biblioteca de este tipo de estructuras, en efecto incurren en los caminos hacia los que tiende el desarrollo de la teoría del razonamiento probatorio (que subyace al sistema).

En este sentido, Bex estipula que la expresión ‘*story scheme*’ denota a un patrón general respecto a la forma en que suelen desenvolverse en el mundo (o presentarse secuencialmente) cierta cadena de eventos, el cual sirve como un

---

<sup>909</sup> Véase, van den Braak, Susan, *Sensemaking Software for Crime Analysis*, disponible en línea en: <http://people.cs.uu.nl/henry/>; y en: [http://www.susanb.nl/?page\\_id=2](http://www.susanb.nl/?page_id=2), p. 3.

<sup>910</sup> Véase: Keppens, J. and Schafer, B. (2006). Knowledge based crime scenario modelling. *Expert Systems with Applications*, 30, 203–222.

<sup>911</sup> Véase, van den Braak, Susan, *Sensemaking Software for Crime Analysis*, disponible en línea en: <http://people.cs.uu.nl/henry/>; y en: [http://www.susanb.nl/?page\\_id=2](http://www.susanb.nl/?page_id=2), p. 7.

telón de fondo que permite al sujeto cognoscente comprender una serie particular de eventos concatenados como una *instancia* (no siempre perfecta) de dicho patrón general.<sup>912</sup>

Como también explica Bex,<sup>913</sup> pueden identificarse (diseñarse o construirse) *story schemes* con diversos niveles de abstracción unos respecto de otros, de modo que los que se ubican en niveles inferiores podrían constituir instancias de esquemas más abstractos, y así sucesivamente hasta hacer contacto con la secuencia de eventos (o hipótesis) particular y específica que se aplica al caso en cuestión.

Para ejemplificar la tesis precedente, Bex utiliza el muy abstracto *story scheme* propuesto por Hastie y Pennington, el cual asume la forma siguiente:<sup>914</sup>

“motive → goal → action → consequences” (*scheme for intencional action*)

Considérese ahora el *story écheme* menos abstracto de “homicidio”, el cual presenta la siguiente estructura:

- 1. Anomaly that the scheme explains:** person *y* is dead.
- 2. Central action of the scheme:** person *x* kills person *y*.
- 3. Other relevant information:** the motive *m*, the time of the killing *t*, the place of the killing *p*, the weapon *w*.
- 4. Pattern of actions:** person *x* has a motive *m* to kill person *y* → person *x* kills person *y* (at time *t*) (at place *p*) (with weapon *w*) → person *y* is dead.
- 5. More specific kinds of murder:** assassination (e.g. liquidation), felony murder (e.g. robbery murder), killing of one’s spouse.

“person *x* has a motive *m* to kill person *y*” del punto 4 constituiría una instancia del componente “*motive*” del *scheme for intencional action* (estructura más abstracta). Por su parte, “person *x* kills person *y* (at time *t*) (at place *p*) (with weapon *w*) → person *y* is dead” constituiría una instancia del componente “action → consequences” del *scheme for intencional action*.<sup>915</sup>

En última instancia, como explica Bex, el objetivo principal de la teoría de razonamiento probatorio subyacente a AVERs consiste en combinar las ventajas del empleo de esquemas argumentales con esquemas narrativos de un modo que permita sacar provecho de las ventajas asociadas a cada una de estas estructuras o paquetes prototípicos de conocimiento de sentido común. En este sentido, Bex propone una teoría híbrida en los siguientes términos:

“... Arguments and stories need to be combined into one hybrid theory which fully combines the two separate approaches. In this hybrid theory, stories in the form of causal networks are used to explain the explananda. Arguments based on evidence are used to support and attack these stories. Thus, stories can be

---

<sup>912</sup> F.J. Bex & B. Verheij (2010) Story schemes for argumentation about the facts of a crime. *Proceedings of the 2010 AAAI Fall Symposium on Computational Narratives. AAAI Technical Report FS-10-04*, AAAI Press, Menlo Park CA.

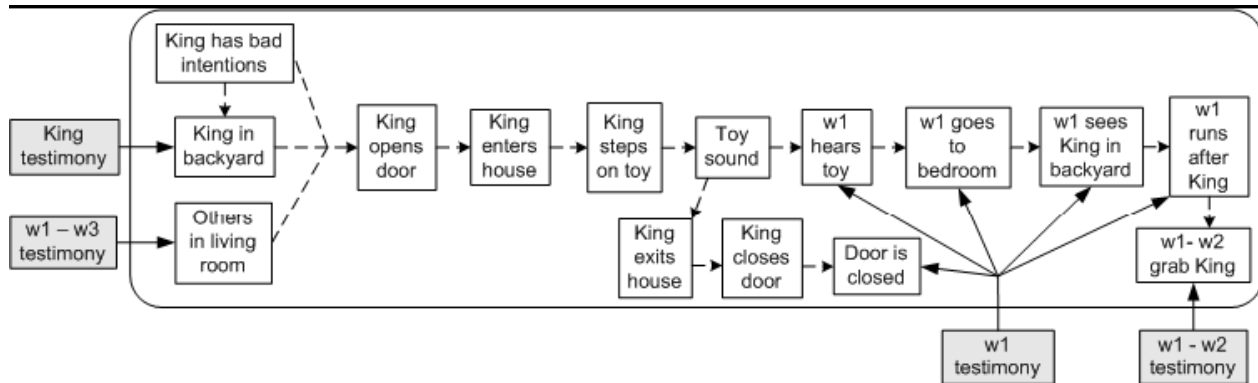
<sup>913</sup> Idem.

<sup>914</sup> Véase: Pennington, N., and Hastie, R. 1993. “Reasoning in explanation-based decision making.” *Cognition* 49:1 2, 123 – 163.

<sup>915</sup> F.J. Bex & B. Verheij (2010) Story schemes for argumentation about the facts of a crime. *Proceedings of the 2010 AAAI Fall Symposium on Computational Narratives. AAAI Technical Report FS-10-04*, AAAI Press, Menlo Park CA.

used as an intelligible overview of what might have happened in the case and arguments can be used to support or attack these stories and to reason about the inherent plausibility and coherence of the stories in greater detail. In this combined approach all the features and advantages of the individual argumentative and narrative approaches remain intact; combining the two modes of reasoning only extends the possibilities...<sup>916</sup>

Pues bien, habiendo hecho referencia al modelo teórico de razonamiento probatorio que subyace a AVERs, es momento ahora de presentar algunos ejemplos de las estructuras que es posible construir con ayuda del sistema:



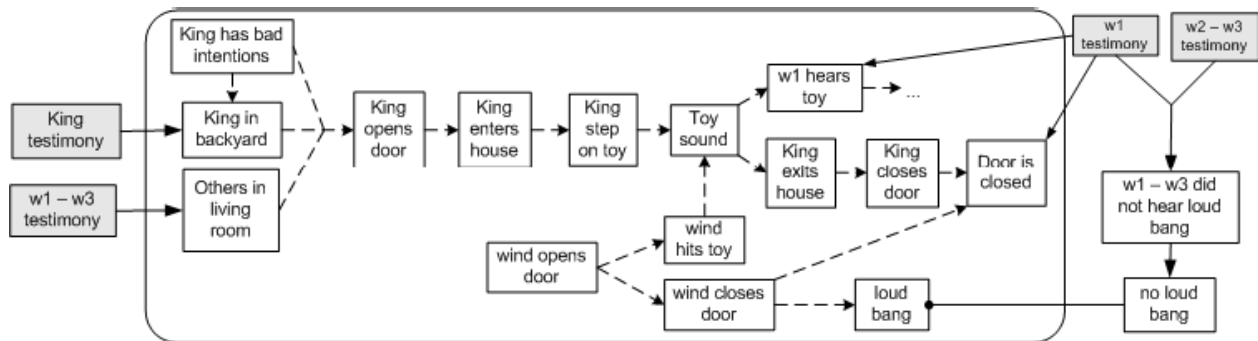
La estructura previa constituye la representación gráfica de una hipótesis particular que trata de explicar por qué el sujeto King se encontraba en el interior de cierta propiedad privada en un momento dado.

Como puede observarse, la hipótesis referida sugiere que el sujeto King tenía la intención de realizar algún acto delictivo (robo, destrucción de propiedad, etc.) al irrumpir sin derecho en la propiedad en cuestión. Motivado por esta intención, mientras que las personas que habitan el inmueble se encontraban en la sala, King ingresa al perímetro (al patio), abre la puerta de la casa, entra, y al hacerlo, pisa un juguete que se hallaba en el piso. El ruido producido por el juguete al ser aplastado, por un lado provoca que King decida escapar, y por otro, que una de las personas en la sala corra al cuarto por el que pretendía entrar King. Al llegar al cuarto en comento, el testigo 1 logra ver que King se está escapando rumbo al patio y decide perseguirlo. Eventualmente King es capturado por el testigo 1 y el testigo 2.

Sin embargo, otra explicación posible de lo acontecido (que seguramente le convendría a King que el jurado creyera) sería que el sujeto en cuestión por alguna razón se equivoca de casa; ingresa a la misma, pero en el trayecto comienza a desconocer al terreno. Cuando por fin entra por la puerta del cuarto y pisa un jugueta (haciendo un ruido notable) cae en la cuenta de que no se encuentra en su propiedad y decide huir para no tener que explicar una situación tan embarazosa. En el siguiente ejemplo, podemos ver cómo AVERs es capaz de representar simultáneamente las dos (tres,... n) hipótesis correspondientes:

<sup>916</sup> F.J. Bex, P.J. van Koppen, H. Prakken & B. Verheij (2010) A Hybrid Formal Theory of Arguments, Stories and Criminal Evidence. *Artificial Intelligence and Law* 18:2, 123-152.





Como ha podido constatar, AVERs permite generar estructuras que combinan, como dijimos, aspectos narrativos con aspectos argumentativos. Los primeros corresponden a la representación secuencial de ciertos eventos (la cual sigue patrones causa-efecto y/o cronológicos); mientras que los segundos corresponden a la evidencia con la que pueden sustentarse distintos segmentos de la historia (como sabemos, la relación entre evidencia y ciertas proposiciones pueden entenderse a la manera de instancias de esquemas argumentales de razonamiento probatorio. En el ejemplo que venimos comentando, el esquema argumental relevante sería el de “*Argument from Position to Know*” al que suelen ajustarse los casos en los que se analiza lo que un testigo declara).

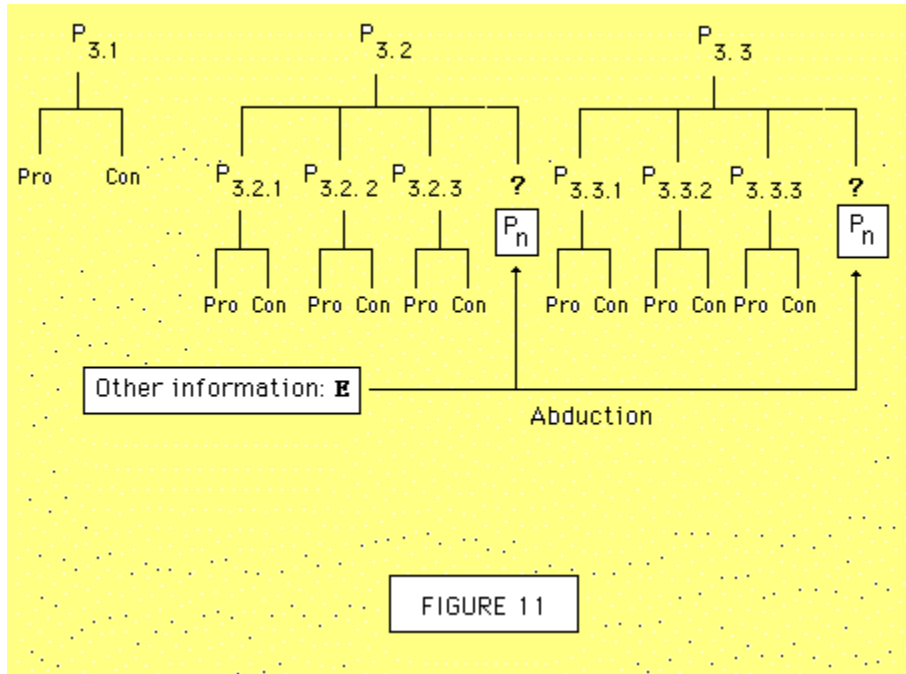
### 5. Combinando diversas estrategias de diagramación: El sistema MarshalPlan

Otro sistema que merece la pena incluirse en este trabajo es el desarrollado por Peter Tillers, quien ha denominado a su aplicación MarshalPlan.<sup>917</sup>

La idea principal del sistema referido consiste en dotar al usuario de múltiples técnicas para la representación de diversos aspectos del caso en cuestión, tales como líneas temporales, así como argumentos y escenarios.

La siguiente figura muestra una estructura en la que aparecen varias hipótesis o escenarios (P 3.1., P 3.2., P 3.3) con diversos niveles de especificación hasta llegar al punto en que se representa la evidencia a favor y en contra de cada elemento del escenario en cuestión:

<sup>917</sup> Véase: <http://tillerstillers.blogspot.com/2009/07/release-of-marshalplan-30.html>



A continuación presentamos otra herramienta crucial para Tillers que implica la consideración del factor “tiempo” en el que se desarrollan los eventos de los cuales tenemos alguna certeza respecto de su ocurrencia. Una posible forma de representar el desenvolvimiento en el tiempo de ciertos hechos es a través de lo que Tillers llama “*Event Chronology*” de la manera que sigue:

### Event Chronology: Reported Times

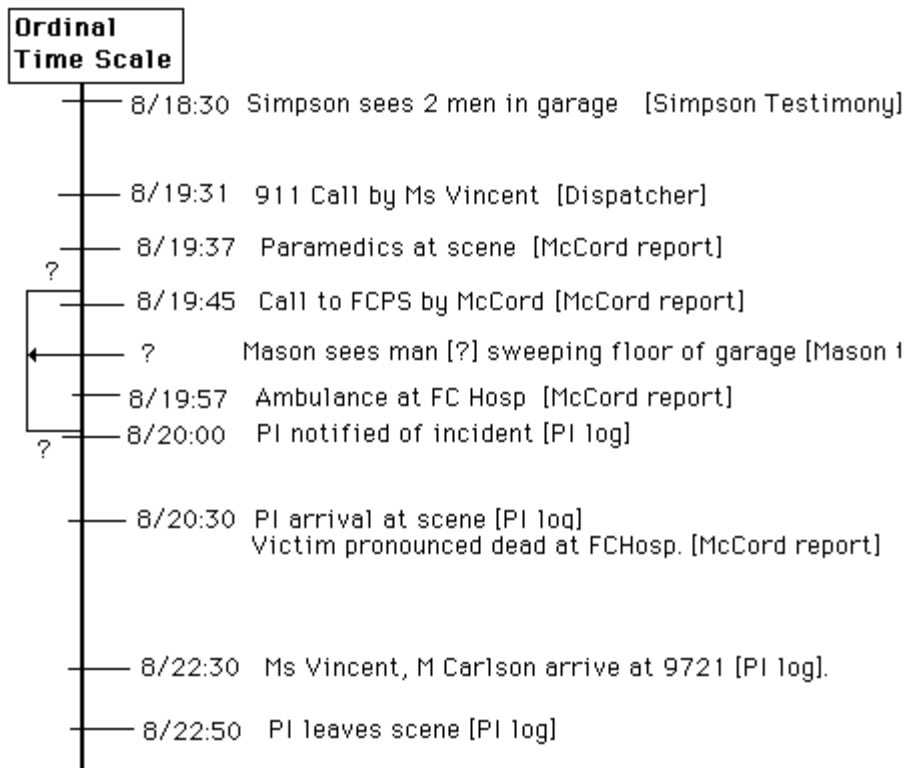


FIGURE 15

La representación previa puede traducirse en una estructura más comprensiva que permita visualizar simultáneamente lo que diferentes actores hicieron en tiempos (horas) determinados:

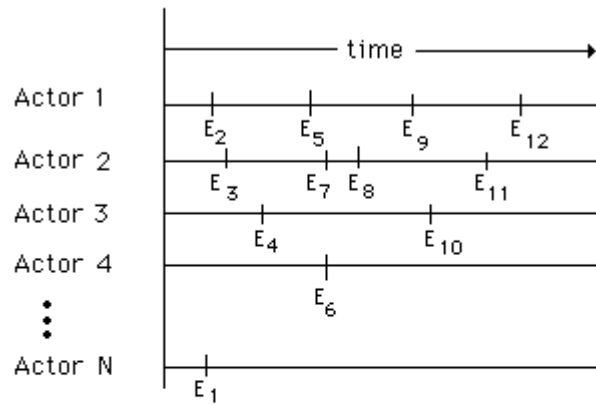


FIGURE 16

En la siguiente representación se muestra cómo pueden incluirse en estas líneas cronológicas, hipótesis respecto de ciertos hechos, las cuales cumplen la función de *rellenar las lagunas* que exhibe nuestra línea de tiempo original:

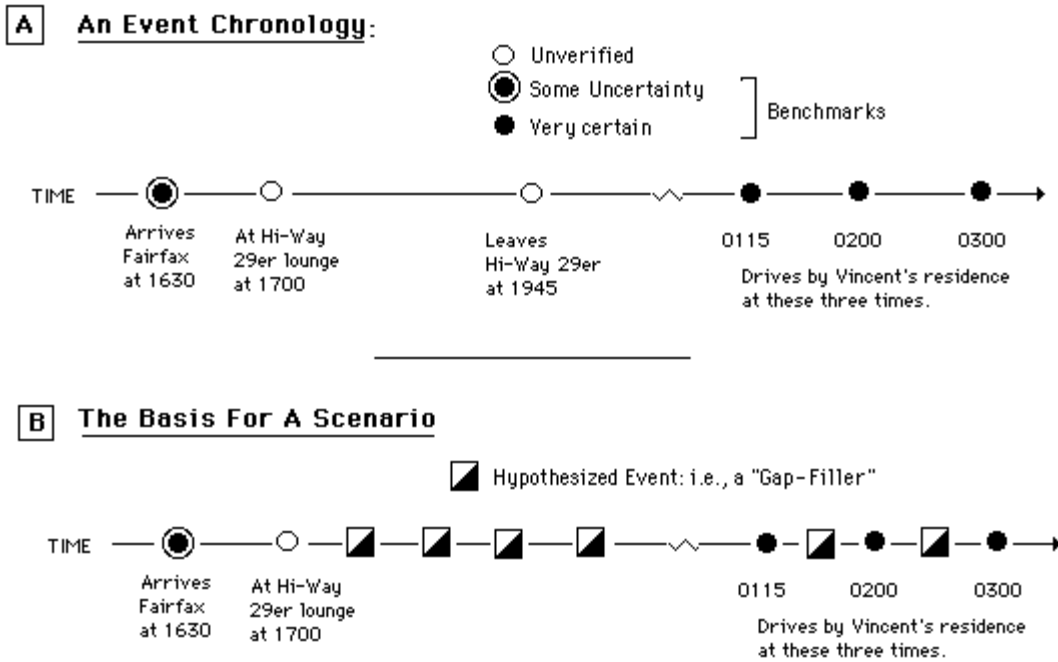


FIGURE 18

Por último nos referiremos a una estrategia de representación que nos proporciona una visión global y abstracta de cómo pueden convivir armónicamente diversas estrategias de representación simultáneamente (líneas de tiempo o cronologías, escenarios, y evidencia en que aquellos se apoyan):

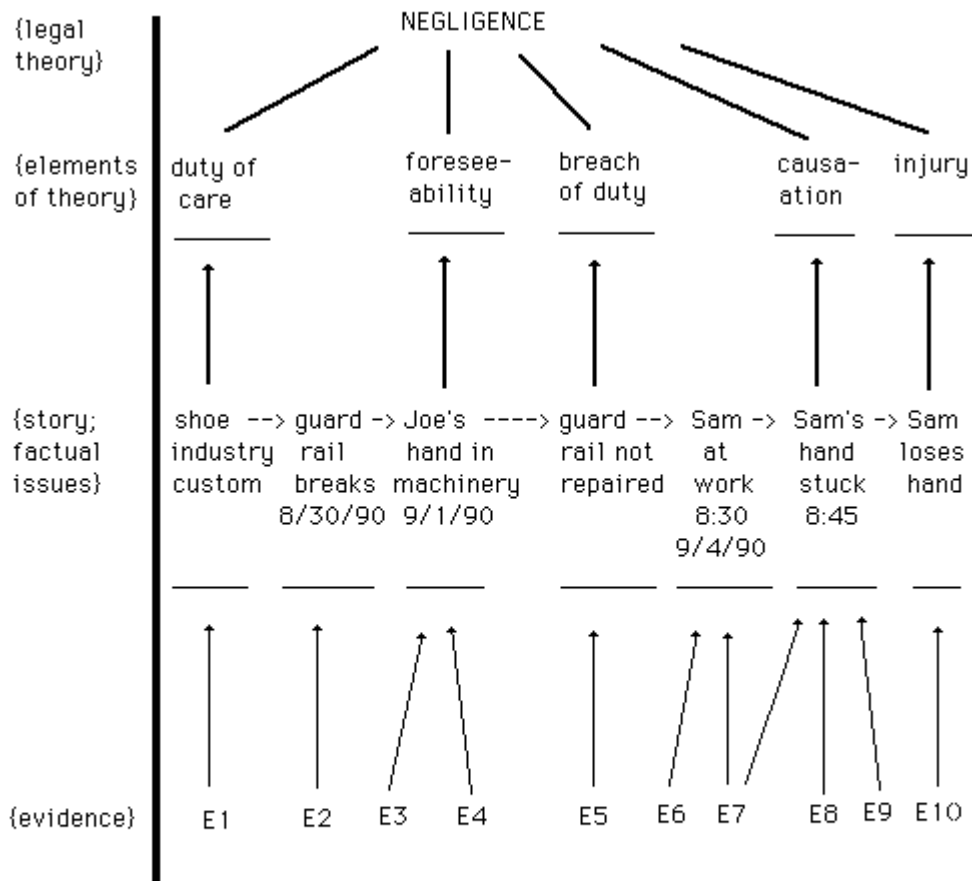


FIGURE 19

Como puede observarse, en la estructura previa se incorpora también la ontología conceptual jurídica, es decir, las nociones de derecho relativas a la modalidad relevante de conducta delictiva. Dicha ontología conceptual también puede tener diversos niveles de especificidad (como puede verse en la diferenciación que hace Tillers de los niveles “*Legal Theory*” y “*Elements of Theory*”).

Hasta aquí nuestra revisión de diversas aplicaciones computacionales diseñadas a los efectos de permitir al usuario representar y dar seguimiento a su razonamiento probatorio.

Demos paso entonces a nuestro siguiente capítulo en el que abordaremos el *Constructivismo Jurídico Cognitivo* (CJC) de Enrique Cáceres y la relación de dicho marco teórico con el sistema de apoyo a la decisión judicial EXPERTIUS.

## CAPÍTULO QUINTO

### EL CONSTRUCTIVISMO JURÍDICO COGNITIVO (CJC) DE ENRIQUE CÁCERES

#### I. RECAPITULACIÓN

Como hemos dicho anteriormente,<sup>918</sup> el Constructivismo Jurídico Cognitivo (CJC) de Cáceres constituye una de las ramas o dominios de la visión constructivista del derecho que el autor referido ha venido desarrollando a lo largo de varios años (particularmente en la última década).

Recordemos que en la propuesta constructivista que Cáceres realiza, la expresión ‘constructivismo jurídico’ (CJ) “... denota al enfoque epistemológico y metodológico cuyo objetivo es *explicar* al conjunto de fenómenos denotados por ‘derecho’...”<sup>919</sup>

Por su parte, la expresión ‘derecho’, de acuerdo con el autor en comento denota al *sistema complejo* conformado por los siguientes elementos:

- A) “El conjunto de insumos jurídico cognitivos (leyes, decretos, tesis jurisprudenciales, teorías dogmáticas, teorías generales del derecho, etc)
- B) Las reglas de procesamiento de los insumos referidos en “A)” por parte de los juristas<sup>920</sup> (reglas de interpretación, metodología para realizar reconstrucciones normativas, etc.)
- C) Los productos cognitivos de los juristas, resultantes del procesamiento referido en “B)” (arborescencias semánticas, mapas mentales, reconstrucciones normativas, imágenes mentales de hechos y actos jurídicos, etc)
- D) Las conductas realizadas por los juristas a partir de los productos cognitivos referidos en “C)”, incluyendo a las comunicativas.
- E) Los insumos jurídicos, reglas de procesamiento de información, representaciones sociales y conductas efectuadas por la sociedad civil a partir de dichas representaciones.
- F) La incidencia de las conductas de los juristas y sociedad civil en los procesos de construcción social de la realidad.”<sup>921</sup>

En este marco, la expresión ‘Constructivismo Jurídico Cognitivo’ denota a la rama del Constructivismo Jurídico que se encarga del estudio de los insumos, procesos, productos cognitivos resultantes del procesamiento referido, y conductas realizadas con base en aquellos, por parte de los operadores del derecho (abogados, jueces, etc.)

---

<sup>918</sup> Véanse los números 6 y 7 de la sección VIII. EL CONSTRUCTIVISMO JURÍDICO COGNITIVO DE CÁCERES (CJC): UN EJERCICIO DE RECONSTRUCCIÓN DE SUS OBJETIVOS, MOTIVACIONES Y METODOLOGÍA, del Capítulo Primero de este trabajo.

<sup>919</sup> Véase Cáceres, Enrique, *Hacia un modelo de institución nacional para la protección y promoción de los derechos humanos del siglo XXI*, México, Comisión Nacional de Los Derechos Humanos, 2007, p. 174, Capítulo Primero.

<sup>920</sup> Para efectos de economía expositiva doy al término jurista un sentido amplio que comprende no únicamente a los teóricos del derecho, tanto particulares como generales, sino también a los operadores jurídicos prácticos tales como los jueces, los abogados, etcétera.

<sup>921</sup> Cáceres, Op. Cit., nota 919, Capítulo Primero.

en la diversa gama de actividades que a dichos operadores les compete (se encarga entonces de abordar el estudio de los fenómenos A) a C) de la estipulación previa para la expresión ‘derecho’).<sup>922</sup>

Es importante mencionar la conexión crucial que existe entre el CJC y otras ramas del CJ a la que Cáceres ha dado en llamar “*Constructivismo Jurídico Institucional*” (CJI) y “*Constructivismo Jurídico Sociorepresentacional*” (CJSR). La conexión referida se explica del modo siguiente:

Las instituciones públicas (como las comisiones nacionales o locales de derechos humanos, procuradurías locales o federales de justicia, congresos, tribunales, secretarías y demás dependencias y órganos concentrados y desconcentrados del Estado) constituyen el objeto de estudio del CJI aludido en el párrafo precedente, cuyo objetivo consiste en proponer una serie de herramientas teóricas, metodológicas, técnicas y tecnológicas a los efectos de incidir en el comportamiento global atribuible a dichas instituciones de modo que éstas contribuyan a los procesos de construcción social de la realidad (mediante interacciones comunicativas con otras instituciones y con la sociedad civil) de manera controlada, supervisada y sistemáticamente dirigida, de modo que los estados de cosas *deseables* asociados a la noción de *Estado de Derecho*, estén más próximos a actualizarse en la vida social.<sup>923</sup>

Pues bien, la conexión entre CJC y CJI se da en la medida en que un operador jurídico (un fiscal, un legislador, un juez, etc.) no realiza sus funciones de manera aislada (o en el vacío), sino en el marco de un *entorno cognitivo complejo* en el que las cargas y tareas cognitivas se encuentran distribuidas entre diferentes actores y en el que paulatinamente se van conformando estilos particulares y característicos de procesamiento de la información (pese a que ningún miembro de la institución correspondiente, considerado de manera aislada, sea consciente del estilo generalizado de procesamiento de información a cuya conformación contribuyen sus conductas).

Dichos entornos cognitivos (precisamente las *instituciones públicas*) son configurados en parte por la función performativa-constitutiva (en el sentido de crear entidades conceptuales) del discurso jurídico, el cual establece entre otras cosas, las misiones y objetivos institucionales, los actores relevantes, así como el universo de funciones que entran dentro del ámbito de competencia de cada uno de ellos. Sin embargo, las *prácticas* y *cultura institucional* internas desempeñan también un papel fundamental (incluso preponderante) en la configuración del entorno cognitivo en el que el operador individual realiza sus actividades.

Por su parte, la conexión entre CJI (que ya asume la conexión con el CJC) y el CJSR se da en la medida en que las conductas (generalmente comunicativas) realizadas por las instituciones públicas constituyen el insumo básico para la generación de las *representaciones sociales* que con respecto del funcionamiento del derecho, se generan en el seno de la sociedad civil.<sup>924</sup>

---

<sup>922</sup> Véanse las secciones referidas en la nota 918.

<sup>923</sup> Cáceres, Op. Cit., nota 919, Capítulo Primero.

<sup>924</sup> Para una buena introducción a la teoría de las *representaciones sociales*, véase, Morales, Francisco, et. al. *Psicología Social*, Madrid, España, McGrawHill, 1998, pp. 815-842. La teoría de las representaciones sociales se ocupa del conocimiento (contenidos cognitivos, afectivos y simbólicos) que no sólo desempeña un papel significativo para las personas en su vida privada cotidiana, sino también para la vida y organización de los grupos en los que esa vida transcurre. En este sentido, el foco es puesto no en el individuo, sino en las entidades sociales o



Dichas representaciones sociales son empleadas como los esquemas que permiten comprender la vida en términos jurídicos, así como participar con actos jurídicamente relevantes en ella.

En efecto, el contenido de las representaciones sociales referidas refleja el tipo de interacciones que entre la sociedad civil y las instituciones públicas se obtiene en un momento histórico determinado. Estas interacciones pueden estar caracterizadas por la *desconfianza generalizada* de parte del ciudadano hacia sus instituciones (en virtud del actuar *disfuncional* de aquellas); por la continua necesidad de incurrir en *actos de corrupción* para echar a andar el engranaje institucional; etc.

Sin embargo, el tipo de interacciones aludidas puede también corresponder a las nociones más comúnmente asociadas al ideal de un *Estado de Derecho funcional* (en el que las instituciones operan en un entorno de respeto a los derechos humanos de los ciudadanos, en el que los distintos poderes mantienen un grado aceptable de independencia y de equilibrio, en el que el sistema de administración de justicia es suficientemente eficiente, etc.), pero este estado de cosas no se actualiza automáticamente (sobre todo en países, como el nuestro, que constituyen democracias nacientes que cargan con el lastre de una larga historia de abusos por parte de la clase política), sino que se requieren medidas deliberadas de ingeniería y monitoreo institucional (además claro está, de la urgente *voluntad política* para ello), como las propuestas por el CJI.

## II. HACIA UNA TEORÍA NATURALIZADA DEL RAZONAMIENTO JUDICIAL

Ahora bien, como también se ha referido con anterioridad,<sup>925</sup> el proyecto constructivista de Cáceres en su totalidad pretende presentarse como una de las múltiples alternativas de “*naturalización*” de teorías jurídicas.

---

comunidades a través de las cuales, aquél realiza su proyecto de vida. Ejemplos de las comunidades referidas pueden ser la comunidad internacional, las naciones, los grupos étnicos, las instituciones gubernamentales, las organizaciones civiles, el ejército, partidos políticos, empresas, sindicatos de profesionistas, fundaciones, gremios de comerciantes, barras de abogados, comunidades científicas, grupos religiosos, clubes, universidades, sociedades de exalumnos, fraternidades, pandillas, la delincuencia organizada, los núcleos familiares etc. De hecho, con los avances tecnológicos actuales, ha surgido el concepto de las comunidades virtuales, cuyos intercambios comunicativos trascienden las limitaciones espaciales y temporales, teniendo lugar preponderantemente en el ciberespacio. Pues bien, las reglas cognitivas de procesamiento de la información, así como los productos resultantes de aquellas, constituyen el conocimiento característico que proporciona la sensación de identidad colectiva a los miembros de las distintas comunidades, el cual es denotado por la expresión “representaciones sociales”. Este conocimiento es “custodiado” y perpetuado por medio de mecanismos institucionalizados (en mayor o menor grado) de socialización. Morales *et. al.*, atribuyen dos características básicas a las representaciones sociales, a saber: a) el carácter social de su génesis; b) el hecho de que son compartidas ampliamente y distribuidas dentro de una colectividad, lo cual implica que los grupos en cuestión manifiestan ciertos patrones específicos de pensamiento, sentimiento y actuación. En este sentido, el término ‘representaciones sociales’ está afectado de ambigüedad proceso-producto: Por un lado, denota a los procesos, la sociogénesis por la que se crea el conocimiento colectivo a través del discurso y la comunicación; por otro, al producto final de ese proceso, el conocimiento colectivamente distribuido e individualmente accesible.

<sup>925</sup> Véanse los números 3, 4, y 5 de la sección VIII. EL CONSTRUCTIVISMO JURÍDICO COGNITIVO DE CÁCERES (CJC): UN EJERCICIO DE RECONSTRUCCIÓN DE SUS OBJETIVOS, MOTIVACIONES Y METODOLOGÍA, del Capítulo Primero de este trabajo.

Recordemos por un lado, que ‘naturalizar una teoría (generalmente conceptual o filosófica)’ en su acepción de “*naturalismo metodológico*”, implica confeccionar las tesis que conforman la teoría respectiva partiendo de, o manteniendo congruencia con, los resultados obtenidos en la(s) ciencia(s) *relevante(s)* al efecto de otorgar a la teoría correspondiente (ya sea que tenga fines descriptivos y/o prescriptivos) un sustrato no meramente *especulativo*.

Por otra parte, recordemos también que a Cáceres le interesa en última instancia explicar los procesos de construcción social de la realidad desde la perspectiva jurídica, no simplemente asumiendo que el discurso jurídico positivo es automáticamente eficaz, sino asumiéndolo como una de las variables o inputs informativos cuyo procesamiento contribuye a la conformación de la *base psico-social* que sustenta las conductas (preponderantemente comunicativas) desplegadas por los operadores jurídicos y por la sociedad civil, las cuales constituyen el flujo permanente de eventos y estados de cosas que corresponden a la realidad social dinámica y evolutiva.

Con base en el interés expresado anteriormente, Cáceres naturaliza su proyecto recurriendo para ello al dominio de las *Ciencias de la Cognición*, las cuales a su vez, constituyen un ámbito *multi-disciplinario* en el que diversas áreas del conocimiento participan armónicamente con el propósito genérico de entender y explicar el funcionamiento de la mente humana (desde los procesos más básicos como la percepción, el dominio del lenguaje, etc., hasta procesos complejos como el de comprensión del entorno físico y social, procesos de toma de decisiones, etc.).<sup>926</sup>

Al naturalizar su teoría en los términos referidos, Cáceres considera tanto a operadores jurídicos, como a integrantes de la sociedad civil,<sup>927</sup> como *sujetos* o *agentes cognoscentes* por igual, cuya actividad cognitiva genérica puede ser explicada precisamente acudiéndose a los marcos y teorías generadas en el ámbito de las Ciencias de la Cognición, para después incorporar las peculiaridades y variables contextuales de los procesos cognitivos específicos que aquellos exhiben.

---

<sup>926</sup> Por ejemplo, véase la forma en que el *MIT's Department of Brain and Cognitive Sciences* describe su misión: “MIT's Department of Brain and Cognitive Sciences stands at the nexus of neuroscience, biology and psychology. We combine these disciplines to study specific aspects of the brain and mind including: vision, movement systems, learning and memory, neural and cognitive development, language and reasoning. Working collaboratively, we apply our expertise, tools, and techniques to address and answer both fundamental and universal questions about how the brain and mind work...” “...Because the human brain is immensely complex in many different ways at once, we pursue every level of inquiry - from molecules to cells to circuits to the mystery of the mind itself. As we study its diseases and disorders, its development and daily feats, like vision, speech, movement and memory, we also integrate methods and insights from every area of brain research. This unusual diversity of expertise fosters an intensely creative atmosphere that sparks startling collaborations. Already known for remarkable contributions to the field, our faculty members continually stretch the limits of knowledge, and bring the same passion to educating our exceptional students...”, en <http://bcs.mit.edu/index.html>.

Por su parte, la *Cognitive Science Society* se refiere a sus objetivos de la manera siguiente: “... The Cognitive Science Society, Inc. brings together researchers from many fields who hold a common goal: understanding the nature of the human mind. The Society promotes scientific interchange among researchers in disciplines comprising the field of Cognitive Science, including Artificial Intelligence, Linguistics, Anthropology, Psychology, Neuroscience, Philosophy, and Education...”, en <http://cognitivesciencesociety.org/index.html>

<sup>927</sup> Esto simplemente es una forma de diferenciar a operadores jurídicos de quienes no lo son.

A continuación, dirigiremos nuestra atención al mencionado ejercicio de naturalización que Cáceres lleva a cabo con especial referencia a los operadores jurídicos (particularmente a los jueces de la tradición romano-germánica).

El ejercicio referido no implicó simplemente la importación de modelos o teorías ya desarrolladas, sino incluso la realización de una contribución propia, a la que denotaremos aquí con la expresión '*Teoría Naturalizada del Razonamiento Judicial*' (TNRJ).

Por su parte, la TNRJ abarca las siguientes sub-teorías:

- A) Al nivel más general, la que denominaremos la '*Teoría de la Mente como un Sistema Generador de Procesos Estructurantes Simbólicos*' (TMSGPES), que como corolario tiene la propuesta de un conjunto de principios que rigen la vida cognitiva del sujeto.
- B) La '*Teoría del Constructivismo Jurídico Normativo*' (TCJN)
- C) La '*Teoría del Constructivismo Jurídico Fáctico*' (TCJF)
- D) La '*Teoría de los Modelos Mentales de Razonamiento Judicial*' (TMMRJ) que integra los elementos B) y C) explicándolos en el marco de una metáfora funcional conexionista.
- E) La '*Teoría de las Comunidades Cognitivas Judiciales*' (TCMJ)

A continuación procederemos al abordaje de cada una de ellas:

### **III. LA TEORÍA DE LA MENTE COMO UN SISTEMA GENERADOR DE PROCESOS ESTRUCTURANTES SIMBÓLICOS (TMSGPES)**

Cáceres presenta esta teoría con miras a la resolución de un problema de elicitación del conocimiento.<sup>928</sup> El problema es el siguiente: ¿Cómo elicitar el *conocimiento experto* o *heurístico* de un grupo previamente identificado de jueces –para su ulterior representación en un sistema computacional de apoyo a la toma de decisiones judiciales- cuando el conocimiento referido radica en, y su compilación es gestionada por, lo que en la literatura científica relevante es denotado por la expresión '*Inconsciente Adaptativo*', el cual es supuestamente *inaccesible*?

La respuesta que el autor en comento ofrece a esta cuestión consiste básicamente primero, en conceder que, en efecto, desde el consciente, el conocimiento experto es *inaccesible*. Sin embargo, quizá no lo sea desde *estados alternativos de consciencia* previamente inducidos en el sujeto elicitado mediante la realización de cierto tipo de intervención por parte del elicitador, que implique la utilización de técnicas de corte Ericksoniano (provenientes del campo de la *psico-terapia*).

Por ahora no nos enfocaremos en detallar la respuesta previa, sino en los pasos que antecedieron a su propuesta. Uno de ellos precisamente consistió en la presentación de una teoría general acerca del funcionamiento del

---

<sup>928</sup> Véase Cáceres, Enrique, *Técnicas Ericksonianas para la Elicitación del Conocimiento Judicial en un Proyecto de Inteligencia Artificial Aplicada al Derecho*, México, IIJ-UNAM, en prensa.

denominado “Inconsciente Adaptativo” (InAd) en términos de un *Sistema Generador de Procesos Estructurantes Simbólicos* (SGPES).

Dicha teoría general abstrae de la descripción funcional que realiza uno de los autores contemporáneos más representativos en el ámbito de las investigaciones acerca del *procesamiento inconsciente de la información*: Timothy Wilson. Por esta razón, en los siguientes párrafos nos referiremos de manera breve al trabajo de Wilson a los efectos de ir familiarizándonos con las funciones desempeñadas por el InAd, lo cual nos situará en un mejor plano para comprender la teoría más abstracta del SGPES:

### 1. Timothy Wilson y su descripción funcional del “Inconsciente Adaptativo” (InAd)

Wilson concibe a la habilidad de los seres humanos consistente en procesar cantidades ingentes de información fuera del alcance del, y operando en paralelo al, control consciente de dicho procesamiento (habilidad denotada por la expresión ‘Inconsciente Adaptativo’) como un *logro de la evolución* de nuestra especie (de ahí el calificativo de “*Adaptativo*”). En este sentido Wilson nos dice que:

“...The term ‘adaptive unconscious’ is meant to convey that *nonconscious thinking is an evolutionary adaptation. The ability to size up our environments, disambiguate them, interpret them, and initiate behavior quickly and nonconsciously confers a survival advantage and thus was selected for. Without these nonconscious processes, we would have a very difficult time navigating through the world.*”<sup>929</sup>

Para intuir las ventajas de contar con el InAd en nuestras vidas cotidianas, Wilson comienza sosteniendo que se ha demostrado que, en cualquier momento, nos encontramos filtrando más de 11,000,000 ítems de información mediante el operar de nuestros cinco sentidos.<sup>930</sup> Sin embargo, se estima que *conscientemente* procesamos sólo 40 de ellos.<sup>931</sup> ¿**Qué pasa con la información restante**? Sería un enorme *desperdicio* de la naturaleza diseñar un organismo con esa capacidad de captación de información que, no obstante, sólo tome en cuenta una pequeñísima parte de aquella.

Precisamente es el InAd el encargado de procesarla y utilizarla (seleccionándola, interpretándola, juzgándola y tomando decisiones) para la gestión de funciones tan vitales como las relativas a nuestros sistemas senso-perceptivos (como la propiocepción, la nocicepción, etc.<sup>932</sup>), motrices y del lenguaje, con lo cual la parte consciente de nuestra mente se *libera* de la carga cognitiva que implicaría gestionar y monitorear tales funciones, permitiéndole así enfocarse

---

<sup>929</sup> Wilson, Timothy, *Strangers to ourselves; Discovering the Adaptive Unconscious*, Belknap Press of Harvard University Press, 2004, pp. 23-24.

<sup>930</sup> Como explica Wilson, los científicos han determinado lo anterior contando las células receptoras que cada órgano sensorial tiene así como los nervios que van de estas células al cerebro. Sólo nuestros ojos reciben y envían al cerebro 10, 000,000 de señales por segundo. Véase Wilson, *Ibidem*, p. 24.

<sup>931</sup> Como también explica Wilson, este estimado se ha realizado mediante la observación de qué tan rápido puede la gente leer, detectar diversos flashes de luz, o reconocer distintos olores. Wilson, *Idem*.

<sup>932</sup> Para una introducción general al sistema somato-sensorial (que incluye a los sub-sistemas propioceptivo y nociceptivo), véase el tutorial intitolado “*Somato-sensory pathways from the body*” diseñado por la Washington University School of Medicine, y disponible en línea en: <http://thalamus.wustl.edu/course/>.

en otros asuntos más... humanos, como planear lo que se hará una tarde de domingo, investigar las universidades y carreras que más convienen, estudiar para algún examen, aprender algún idioma extranjero o a tocar un instrumento, etc.<sup>933</sup>

Sin embargo, la operación del InAd abarca *también* funciones de *alto nivel* que normalmente se asocian al consciente, tales como el razonamiento, la ponderación de alternativas, los juicios e interpretaciones sobre personas, situaciones, etc., la formulación de objetivos, la interpretación coherente del entorno, o incluso, la toma de decisiones.<sup>934</sup>

El proceso en que nos concentraremos brevemente por su relevancia, es el que se conoce como “*aprendizaje implícito*” –también llamado “*proceso no-consciente de adquisición de información*”<sup>935</sup>– el cual tiene lugar gracias al excelente servicio que nos presta el InAd en su modalidad de *experto detector (y hasta inventor-constructor) de patrones*.

En contraste con aquellos casos, como cuando nos decidimos a aprender un idioma extranjero, en que dedicamos largas horas de concentración mantenida (por ejemplo, memorizando listas enormes de vocabulario), siguiendo quizá un método severo (de conformidad con el cual nuestro avance es incluso medido y evaluado), se ha demostrado que *aprendemos* muchas cosas *sin que podamos percatarnos del proceso ni de cuándo ni cómo aplicamos lo aprendido*.

Por ejemplo, Wilson menciona el caso de Claparede, quien observó en sus estudios con pacientes que sufrían de amnesia, que una mujer con dicho padecimiento, pese a no poder recordar, de modo consciente, la experiencia de haber conocido previamente al investigador, no quiso estrechar su mano en la segunda ocasión que se vieron. El hecho es que, al presentarse la primera vez con ella, Claparede se colocó una especie de alfiler con el que pinchó la mano de la paciente.

En este caso, la paciente referida aprendió (sin ser consciente de ello) que estrechar la mano del doctor a quien por el efecto de su amnesia ahora dice no conocer, produjo (y probablemente producirá) dolor. Pero además, con base en una *predicción* basada en la experiencia previa, evitó participar en una interacción codificada como dolorosa por su InAd (nótese la tendencia a la *auto-preservación* y a la *supervivencia* que se manifiesta en los esfuerzos del organismo por evadir el sufrimiento).<sup>936</sup>

Así mismo, esta misma persona no era capaz de contestar cuando se le preguntaba sobre cómo llegar al comedor o al baño de la institución en la que llevaba viviendo más de seis años. Sin embargo, cuando tenía que ir a estos lugares, lo hacía sin perderse (movida por una especie de intuición).<sup>937</sup>

---

<sup>933</sup> Wilson, Op. Cit., nota 929, pp. 18-21.

<sup>934</sup> Ibidem, p. 21.

<sup>935</sup> Véase Lawicki, Pawel, et, al., “Nonconscious Acquisition of Information”, American Psychologist, 47, 796-801, disponible en línea en: <http://www.personal.utulsa.edu/~pawel-lewicki/lewicki01.html>

<sup>936</sup> Véase Wilson, Op. Cit., nota 929, p. 25. Así mismo, Claparede, E. 1911/1951. Recognition and “me-ness”, in D. Rapaport, ed., Organization and Pathology of Thought, pp. 58-75, New York, Columbia University Press.

<sup>937</sup> Idem.

En relación con las ventajas que la adquisición inconsciente de información tiene al contrastarse con los procesos conscientes de aprendizaje, Pawel Lewicki, uno de los fundadores del *Nonconscious Information Processing Laboratory* del Departamento de Psicología de la Universidad de Tulsa<sup>938</sup>, nos dice que:

“...A considerable amount of evidence indicates that *as compared to consciously controlled cognition, the nonconscious information-acquisition processes are incomparably faster and structurally more sophisticated*. They allow for the development of procedural knowledge that is “unknown” to conscious awareness not merely because it has been encoded (and entered the memory system) through channels that are independent from consciousness. This knowledge is fundamentally inaccessible to the consciousness because it involves a more advanced and structurally more complex organization than what could be handled by consciously controlled thinking.”<sup>939</sup>

En su laboratorio, Lewicki ha estudiado el proceso básico para el aprendizaje implícito al que llama “*procesamiento no-consciente de covariaciones*” (“*nonconscious processing of covariations*”) que puede haber, en el caso más simple, entre dos variables x e y.

Como resultado del tipo de procesamiento de la información referido, el individuo obtiene cierto tipo de *conocimiento procedural*<sup>940</sup> al que se le denomina “*algoritmo de codificación-interpretación*” (“*encoding algorithm*”), el cual posee una estructura condicional y proporciona la base para la realización de inferencias futuras que permiten “interpretar” los estímulos relevantes como experiencias significativas para el agente. En otras palabras, este algoritmo de codificación, que registra el patrón de cambios que se producen en “y” al haber otros en “x”, puede entenderse como una generalización a nivel de procesamiento inconsciente.<sup>941</sup>

Respecto a la importancia del procesamiento de covariaciones como aspecto fundamental de nuestro sistema cognitivo, Lewicki sostiene que: “...the nonconscious processing of information about covariations *results in the development of the elementary functional components of the cognitive system that determine the way in which individuals interpret information, think, make judgments, form preferences, and so on...*”<sup>942</sup>

---

<sup>938</sup> Véase el sitio: <http://www.personal.utulsa.edu/~pawel-lewicki/niplab.html>

<sup>939</sup> Véase Lawicki, Pawel, et, al., Op. Cit., nota 935.

<sup>940</sup> La expresión ‘conocimiento procedural’ es empleada en el campo de la psicología cognitiva para denotar al tipo de conocimiento –generalmente no articulable en términos proposicionales– que un sujeto aplica en el contexto de la realización de una tarea o en el de la resolución de un problema. Se trata de la habilidad ya adquirida y dominada (con algún grado de eficiencia) por parte del sujeto, no simplemente del conocimiento teórico acerca de dicha habilidad (a lo cual se le denomina “conocimiento declarativo”). Para una introducción general a estas nociones véase el excelente tutorial que ofrece el sitio “Theory of Knowledge.Info”, en: <http://www.theoryofknowledge.info/proceduralknowledge.html>

<sup>941</sup> Al respecto, Lewicki comenta que: “...The nonconscious processing of covariations results in the development of respective procedural knowledge (Winograd, 1975) that participates in the encoding of subsequently encountered, relevant stimuli. For example, the nonconscious processing of a covariation between a facial feature *x* and a personality characteristic *y* results in the development of a tendency to interpret (encode) behaviors of subsequently encountered people who possess this feature (*x*) as indicative of personality characteristic *y*. This kind of procedure knowledge is referred to as *encoding algorithms*. The encoding algorithms provide elementary “inferential rules,” used by the individual in the process of translating stimuli into subjectively meaningful experiences and converting them into memory-compatible code...”. Lawicki, Pawel, Op. Cit., nota 935.

<sup>942</sup> Idem.

En los experimentos referidos por Lewicki se ha observado que el conocimiento procedural que adquieren los sujetos se traduce, en el caso del experimento en cuestión, en la comprensión de la estructura formal de los materiales de trabajo proporcionados, la cual no sólo no es registrada a nivel consciente, sino que la comprensión de aquella excede el nivel de complejidad de las inferencias que podrían hacerse desde el consciente.<sup>943</sup>

Por otro lado, también se ha observado que los sujetos de experimentación no tienen acceso a ese conocimiento procedural recién adquirido. De hecho, ni siquiera son conscientes de haber aprendido nada, a pesar de que dicho conocimiento procedural es consistente con su desempeño en la prueba.<sup>944</sup>

Así mismo, el procesamiento inconsciente de covariaciones tiene efectos en las generalizaciones semánticas relativas al contenido de nuestros conceptos.<sup>945</sup>

---

<sup>943</sup> En apoyo de lo anterior, Lewicki comenta que: "...Several studies have shown that covariations of considerable complexity can be nonconsciously processed. Subjects in those experiments nonconsciously acquired procedural knowledge about formal structures of the material that were not only too complex and too confusing to be consciously noticed, but that even exceeded the complexity level of knowledge that one can use in any consciously controlled inferences... Recent research with children (Czyzewska, Hill, & Lewicki, 1991) demonstrated that such encoding algorithms involving interactions between variables can be relatively easily acquired, nonconsciously, even by preschoolers (4-5-year-olds), whose consciously controlled thinking is at this stage so undeveloped that they cannot "understand" concepts of conditional relations or transitivity. Those results are also consistent with common observations that all normally developed children at preschool age are capable of using complex semantic and syntactic rules, necessary to fluently use language, at the point when their conscious thinking skills do not allow them to articulate or even "understand" the simplest rules of language.

A series of studies (Lewicki, 1986a) on the process of acquisition of such conditional, or interaction-based, encoding algorithms suggests that subjects learn those complex knowledge structures through a process of *conditional elimination*. An encoding algorithm based on a simple covariation between two features or events can be abandoned and replaced by a new one when it does not fit the current stimuli well. However, the abandoned algorithm is not lost entirely but only deactivated (i.e., conditionally eliminated), and it can be reactivated and used again when stimulus material consistent with the old algorithm is encountered. If the crucial feature of the material (that determines which encoding algorithm should be used) is detected, then a higher order encoding algorithm begins to develop..” Véase Lewicki, Idem.

<sup>944</sup> Al respecto, Lewicki comenta lo siguiente: "... Results from a variety of tests provide convergent evidence that subjects in the nonconscious covariation-processing experiments have no access to the newly acquired procedural knowledge. Also, they have no idea that they have learned anything from the stimulus material, even though the newly acquired knowledge consistently guides their behavior.... The results of those studies suggest that perceivers' access to the encoding algorithms that were acquired nonconsciously is limited to experiencing only the final outcomes of the nonconscious encoding processes (e.g., increased performance; liking or disliking something). Moreover, when a newly, nonconsciously acquired encoding algorithm involved some belief that had been consciously held by the subjects, the consciously held belief was never found to be affected by the nonconscious process. For example, after acquiring a nonconscious tendency to perceive people with facial feature *x* as also having the personality characteristic *y*, subjects' beliefs (i.e., declarative knowledge) concerning the relation between *x* and *y* was found to be unaffected, and subjects appeared to continue to be completely convinced that there was no relation between *x* and *y* (Hill, Lewicki, Czyzewska, & Schuller, 1990; Lewicki, 1986a).” Véase Lewicki, Idem.

<sup>945</sup> Al respecto Lewicki sostiene que: "...The evidence reviewed in the previous section indicates that the mechanisms of nonconscious acquisition of information about covariations support formally complex knowledge structures. It appears that they are also capable of supporting semantic abstraction; in other words, the nonconsciously acquired covariations affect the general meanings of concepts, not only their labels, symbols, or other specific instantiations. For example, in one line of experiments (Hill, Lewicki, Czyzewska, & Boss, 1989), subjects nonconsciously learned covariations involving the feature of sadness. However, this specific label was never used in the training-phase stimulus material when subjects watched videotapes depicting their peers, some of whom expressed feelings of sadness or depression. In the testing phase, subjects showed the expected bias when they rated

La siguiente descripción de Wilson de uno de los experimentos de Lewicki quizá ayude al mejor entendimiento de las afirmaciones anteriores:

“...The participant’s task was to watch a computer screen that was divided into four quadrants. On each trial the letter X appeared in a quadrant, and the participant pressed one of four buttons to indicate which one. Unbeknownst to the participant, the presentations of the X’s were divided into blocks of twelve that followed a complex rule. For example, the X never appeared in the same square two times in a row; the third location depended on the location of the second; the fourth location depended on the location of the preceding two trials; and an X never “returned” to its original location until it had appeared in at least two of the other squares. *Although the exact rules were complicated, participants appeared to learn them. As time went by, their performance steadily improved, and they became faster and faster at pressing the correct button when the X appeared on the screen. None of the participants, however, could verbalize what the rules were or even that they had learned anything*

That they learned the complex rules nonconsciously was shown by what happened next in the experiment. The researchers suddenly changed the rules so that the clues predicting where the X would appear were no longer valid, and the participants’ performance deteriorated. They took a very long time to identify the location of the X and made several mistakes. *Although participants noticed that they could no longer do the task very well, none of them knew why. They had no awareness that they had learned rules that no longer applied. Instead, they consciously searched for other explanations for their sudden poor performance*

Incidentally, the participants were psychology professors who knew that the study concerned nonconscious learning. Despite this knowledge, they had no idea what they had learned or why their performance suddenly deteriorated. Three of the professors said that their fingers had “suddenly lost the rhythm”, and two were convinced that the experimenters had flashed distracting subliminal pictures on the screen

*The kinds of rules people learned in these experiments are notoriously difficult to learn consciously. The Lewicki, Hill, and Bizot study may be a case in which the adaptive unconscious does better than our conscious minds.”<sup>946</sup>*

Como pudimos ver, los sujetos del experimento inconscientemente desarrollan un heurístico (una *rule of thumb*)<sup>947</sup> que les permitió mejorar poco a poco su desempeño en las predicciones acerca de en qué cuadrante aparecería la X, es decir, mejorar su desempeño en la solución del problema que enfrentaban.

---

some of the new stimulus persons as more "pessimistic," "sad," "dissatisfied," or "lonely." These results indicate that in the process of acquisition of the manipulated encoding algorithm, subjects nonconsciously abstracted and generalized the meaning of a general concept from its specific instantiations encountered in the stimulus material. The process of semantic abstraction and generalization in the nonconscious development of encoding algorithms was also demonstrated in studies in which verbal descriptions of activities of stimulus persons were used in the training phase to manipulate covariations between certain personality features (Lewicki, 1986a). No labels (adjectives) were used in those descriptions; instead, examples of specific behaviors instantiated the features. In the testing phase, subjects rated a sample of new stimulus persons on relevant dimensions anchored with labels that were not used in the learning phase. Subjects' responses were consistent with the manipulation, indicating that information about specific behaviors presented in the learning phase was nonconsciously abstracted and converted into general encoding concepts.

This process of nonconscious generalization was also observed in research with small children (Czyzewska et al., 1991). In a recent experiment, four- and five-year-olds nonconsciously learned a covariation between colors of clothes of children presented on posters and very general categories of their activities: "physically active" (e.g., riding a bike, jumping, playing ball, running) versus "physically passive" (e.g., watching TV, waiting, drawing, reading).”, Véase Lewicki, Idem.

<sup>946</sup> Wilson, Op. Cit., nota 929, pp. 26-27.

<sup>947</sup> La expresión 'heurístico' es ampliamente empleada en psicología cognitiva como parte de la teoría general de los esquemas cognitivos. Los heurísticos se encargan de estructurar el conocimiento relativo a los *procedimientos útiles* para afrontar y resolver problemas.



---

La noción de procedimiento heurístico suele contrastarse con la de procedimiento algorítmico. En este sentido, Pereda (siguiendo a Wimsatt) reconstruye las siguientes características de los heurísticos en las investigaciones científicas:

“a) *Incertidumbre de sus resultados*. En contraste con los algoritmos que preservan la verdad –con las reglas o métodos formales–, las reglas heurísticas **no dan ninguna garantía de ofrecer una solución correcta a los problemas con que se enfrentan...**, ésta es una característica general de todos los procedimientos inductivos y de descubrimiento, porque ninguno de ellos se deja representar por fórmulas de argumentos deductivos válidos.

b) *Economía*. Comparándola con los procedimientos formales que eventualmente la pudieran sustituir, una heurística exige menos recursos, por ejemplo, exige menos a la memoria o a la computación.

c) *Sistematicidad de los errores*. Los errores producidos por usar una heurística no son accidentales, sino sistemáticos; de esta manera, entendiendo cómo trabaja una heurística, podemos predecir con cierto respaldo que fracasará en ciertos casos y no en otros.

d) *Transformación de los problemas*. La aplicación de una heurística a un problema conduce a la transformación de un problema no equivalente pero relacionado de alguna manera...” Véase Pereda, Carlos, “Heurística y argumentación”, en Velasco, Ambrosio (Coord.), *El concepto de Heurística en las ciencias y las humanidades*, p. 19. Haciendo énfasis en a), Velasco comenta que ...”los métodos heurísticos, si bien pueden discutirse y sobre todo, ejemplificarse, *no pueden ser formulados en reglas lógicas u operaciones precisas, debido justamente a razonamientos de “lógicas suaves” o flexibles (infralógica) que en buena medida dependen de habilidades desarrolladas en las prácticas e interacciones comunicativas en la comunidad de especialistas.*” Ibidem, p. 4. Posteriormente refiriéndose a cómo Thomas Nickles caracteriza esta noción, Velasco comenta que los procedimientos heurísticos “... producen soluciones a problemas *de manera fácil y rápida*, pero no dan las garantías de éxito que supuestamente brindan los métodos algorítmicos de comprobación... *La heurística constituye una metodología “deflacionada”*, que busca realizar descubrimientos y formular nuevas teorías que han de ser sometidas a prueba por métodos más rigurosos que demuestren su verosimilitud... La heurística es fundamentalmente una metodología laxa, no algorítmica ni demostrativa...”, Ibidem, pp. 5-6. Por su parte, Martínez nos comenta que en el ámbito de la biología, el concepto de heurística desempeña un papel central en la medida en que ***toda adaptación (de un organismo) puede entenderse como una estructura heurística***. En este sentido, la noción en comento está íntimamente vinculada con la versión no ortodoxa de la teoría de la evolución, la cual toma en consideración el contexto circunstancial-ambiental en que la adaptación tiene lugar. Véase Martínez, Sergio, “El concepto de Heurística”, en Ibidem, pp. 49-51. Al respecto Martínez sostiene que: “...el concepto de estructura heurística desempeña un papel epistemológico central (en la teoría no estándar de la evolución), ya que adaptación... puede modelarse como una estructura heurística. *Una variación será más o menos exitosa según el medio en que viva un organismo...*”, Ibidem, p. 51.

Conviene observar hasta aquí que, como en el caso de los demás tipos de esquema, la formación-aprendizaje, activación y adaptación de los heurísticos son el resultado de gestiones inconscientes de nuestro organismo, ***encaminadas principalmente a su preservación***.

Así mismo, que se trata de procedimientos que normalmente suelen arrojar buenos resultados en ciertas condiciones. No obstante, son falibles o derrotables (Esta característica de los procedimientos heurísticos de ofrecer un modo rápido y cognitivamente más económico de aproximación a los problemas que enfrentamos, no obstante a ser esencialmente procedimientos revisables o derrotables es discutida por Piatelli en términos de una predicada bivalencia de los heurísticos. En este sentido, serían una especie de ángeles cuando las soluciones aproximadas no acarrearán distorsiones graves del problema en cuestión. Sin embargo, serían una especie de demonios cuando actúan como “túneles mentales” que conducen a la comisión de errores graves de juicio en diferentes clases de problemas. Véase Piatelli, Máximo, *Los túneles de la mente: ¿Qué se esconde tras nuestros errores?*, Pons, María (Trad.), Crítica, Barcelona, España, 1ª ed. En Biblioteca de Bolsillo, 2005, específicamente el capítulo 2 “Nuestras intuiciones espontáneas; ¿ángeles o demonios?”, pp. 41-52).

También, que son dependientes del contexto de prácticas sociales que tienen lugar dentro de una comunidad cognitiva específica, al igual que sucede con los otros tipos de esquemas.

Por último, que pueden vincularse con tareas tan abstractas como la supervivencia de la especie (las adaptaciones biológicas del organismo).

En este sentido, podemos decir que la propia comprensión –como actividad cognitiva global de alto nivel– constituiría la tarea (problema) para cuyo desempeño (solución) nuestro sistema cognitivo ha generado el mecanismo heurístico de formación, activación y adaptación de esquemas (heurístico que, como veremos en un momento, depende crucialmente de otro al que llamaremos “heurístico de atribución de regularidades”).

<sup>947</sup> En este sentido, Wilson comenta lo siguiente: “...Implicit learning is defined as learning without effort or awareness of exactly what has been learned. Perhaps the best example is a child’s ability to master her native language. Children do not spend hours studying vocabulary lists and attending classes on grammar and syntax. They

Tan ajenos fueron al proceso de formación y empleo de ese *heurístico* que el pobre desempeño que paulatinamente comenzaron a exhibir en sus predicciones (como resultado de que los investigadores cambiaran el patrón de aparición de la X) lo intentaron explicar mediante las hipótesis de la pérdida del “ritmo” o la distracción derivada de la captación inconsciente de mensajes subliminales intercalados en las secuencias por los realizadores del experimento, no sospechando siquiera que el detrimento en su desempeño se debía a que la regla que se encontraban aplicando como base de sus predicciones *ya no era aplicable*.

Como también vimos, el experimento mostró cómo el InAd, en ciertas condiciones, es mucho más eficiente y expedito que el consciente a los efectos de *analizar el ambiente y generar una respuesta apropiada*. En este caso, mediante el “desciframiento” de una estructura compleja correspondiente al patrón de aparición de la X.

En esta misma línea, podemos decir que el caso más claro e impresionante de la adquisición no consciente (*aprendizaje implícito*) de reglas heurísticas que implican el desciframiento de la estructura compleja de ciertos patrones identificados, *mediante la sola inmersión del individuo en la práctica relevante*, podemos ubicarlo en el desarrollo de la habilidad del lenguaje en los infantes.

La habilidad referida comienza a manifestarse y a ser dominada paulatinamente por el niño aún cuando su desarrollo cognitivo es tal que no está preparado para recibir siquiera su primera clase de gramática o sintaxis, es decir, aún cuando sus habilidades concientes de procesamiento de información no están a la altura de la sofisticación de procesos requerida.<sup>948</sup>

Ahora bien, pese a las innegables ventajas evolutivas que contar con las habilidades condensadas en el término “Inconsciente Adaptativo”, ello no significa que los productos resultantes de su operación (conocimiento procedural, ciertas conclusiones respecto de personas, nuestro entorno, etc., ciertas evaluaciones y juicios con base en las cuales se toman decisiones, etc.) *sean infalibles*.

De hecho, sucede todo lo contrario, las reglas y las conclusiones basadas en ellas, resultantes de la función del InAd son flexibles, preliminares, tentativas, retractables, o más técnicamente “*derrotables*”. En este sentido, Wilson agrega a su caracterización del InAd que: “...*This is not to say that nonconscious thinking always leads to accurate judgments, but on balance it is vital to our survival.*”<sup>949</sup>

---

would be hard pressed to explain what participles are, despite their ability to use them fluently. Humans learn to speak with no effort or intention; it just happens...” Véase Wilson, Op. Cit., nota 929, p. 26.

<sup>948</sup> En este sentido, Wilson comenta lo siguiente: “...Implicit learning is defined as learning without effort or awareness of exactly what has been learned. Perhaps the best example is a child’s ability to master her native language. Children do not spend hours studying vocabulary lists and attending classes on grammar and syntax. They would be hard pressed to explain what participles are, despite their ability to use them fluently. Humans learn to speak with no effort or intention; it just happens...” Véase Wilson, Idem.

<sup>949</sup> Wilson, Ibidem, p. 24. Respecto de la noción técnica de “razonamiento derrotable, Koons sostiene que: “...Reasoning is *defeasible* when the corresponding argument is rationally compelling but not deductively valid. The truth of the premises of a good defeasible argument provide support for the conclusion, even though it is possible for the premises to be true and the conclusion false. In other words, the relationship of support between premises and conclusion is a tentative one, potentially defeated by additional information.” Véase Koons, Robert, “Defeasible Reasoning”, en Stanford Encyclopedia of Philosophy,

---

p. 1. Los antecedentes del interés en estudiar esta clase de razonamiento se remontan a la *Tópica* de Aristóteles, quien lo llama “razonamiento dialéctico” (“Dialectical Reasoning”).

Sin embargo, las investigaciones posteriores a Aristóteles se centraron en la lógica deductiva, tendencia que continuó durante la última etapa del siglo XIX y principios del XX (con los trabajos de Peirce, Frege, Russell, Whitehead y otros)

Roderick Chisholm es el encargado de resucitar el interés por el razonamiento derrotable, quien sostenía que: “...*sensory appearances give good, but defeasible, reasons for believing in corresponding facts about the physical world. If I am “appeared to redly”* (have the sensory experience as of being in the presence of something red), then, Chisholm argued, *I may presume that I really am in the presence of something red. This presumption can, of course, be defeated, if, for example, I learn that my environment is relevantly abnormal (for instance, all the ambient light is red).*

*In recent work, the term defeasible reasoning has typically been limited to inferences involving rough-and-ready, exception-permitting generalizations, that is, inferring what has or will happen on the basis of what normally happens”,* Idem.

En esta línea de interés renovado por el tema en comento, Pollock sugiere que el razonamiento derrotable es incluso un rasgo inherente a la cognición humana (lo que implicaría que este tipo de razonamiento es desplegado en muchas más áreas y con mucha mayor frecuencia de lo que la tendencia a entender a la lógica deductiva y a los procedimientos algorítmicos como predominantes y emblemáticos de la racionalidad, nos permite ver).

Pare este autor, el razonamiento derrotable es un elemento clave del proceso de formación de creencias. Veamos cómo lo explica Prakken al hacer referencia a la teoría de Pollock:

“...The reasoning agent starts with perceptual inputs, and goes on inferring beliefs from the reasons which are available to him (his percepts plus the beliefs which he has previously inferred). Such a belief formation process must satisfy two apparently incompatible desiderata. Firstly, the agent must be able of forming beliefs on the basis of a *partial perceptual input* (the agent cannot wait until he has a complete representation of his environment). Secondly, the agent must be able to *take into account an unlimited set of perceptual input.*” Véase Prakken, “The three faces of defeasibility in law”...

Como sugiere la cita, parecen haber dos requisitos de operación relativos al proceso de formación de creencias que son incompatibles entre sí:

El primero tiene que ver con el hecho de que no somos criaturas omniscientes. En este sentido, el agente debe tener la capacidad de formar creencias sobre la base de información perceptiva parcial (la acción en ciertos contextos, sobre todo cuando hay indicios de algún peligro, no puede esperar a que el agente haya formado una representación completa de su entorno).

El otro tiene que ver con el reconocimiento de que las creencias formadas a partir de la información perceptiva parcial o aproximada, son sólo tentativas en diverso grado. Es decir, con el reconocimiento de la posibilidad de error derivada de contar con información incompleta. En este sentido, el agente debe tener la capacidad de tomar en consideración un conjunto ilimitado de información perceptiva.

La pregunta es: ¿Cómo puede cumplirse simultáneamente con estos dos requisitos? Pollock responde del siguiente modo:

“... The only obvious way to achieve these desiderata simultaneously is to enable the agent to adopt beliefs on the basis of small sets of perceptual inputs but then retract them in the face of additional perceptual inputs if those additional inputs conflict in various ways with the original basis for the beliefs. This is a description of *defeasible reasoning*. Beliefs are adopted on the basis of arguments that appeal to small sets of previously held information, but the beliefs can later be retracted in the face of new information.”, Idem.

De este modo, Pollock desarrolla su *teoría de las razones prima facie*. La “información adicional” a la luz de la cual el agente tendría que renunciar a la(s) creencia(s) basada(s) en aquellas, toma la forma de ciertos *elementos derrotantes (defeaters)*<sup>949</sup> de dichas razones (por ello su estatus es “*prima facie*”).

Los elementos derrotantes aludidos pueden ser *rebutters* o *undercutters*. Veamos cómo Prakken elabora sus diferencias:

Respecto a los *Rebutters*

“...Pollock provides us with a distinction in two ways in which one inference may defeat another inference. The first is by rebutting. The rebutter of an inference concluding for p is an inference concluding for the negation of p, that is for  $\neg p$ . For example, the inference that leads me to conclude that Ann is John's killer on the basis of Sylvia's testimony can be rebutted by Mary's testimony that Adrian is (and therefore Ann isn't) John's killer... “  
Idem.

Respecto a los *Undercutters*

## 2. Más allá de la descripción funcional del Inconsciente Adaptativo (InAd): Cáceres y su propuesta teórica de la mente humana como “Sistema Generador de Procesos Estructurantes Simbólicos” (SGPES)

Como se ha dicho, con base en la descripción funcional que Wilson realiza respecto del InAd (desarrollada brevemente en los párrafos precedentes), Cáceres procede a proponer su *Teoría del Sistema Generador de Procesos Estructurantes Simbólicos* (TSGPES), a la que a continuación nos referiremos:

Para este autor, el SGPES constituye un *sistema complejo*<sup>950</sup> que *superviene*<sup>951</sup> de manera espontánea, de la actividad física masiva de corte *conexionista* que ocurre en el cerebro (un sistema biológico de procesamiento de información) en términos de las múltiples y simultáneas *asambleas neuronales* resultantes del fenómeno de la *sinápsis*.<sup>952</sup>

---

“... The second is by undercutting. The undercutter of an inference concluding for p on the basis of a certain ground q is an inference saying that, under the existing circumstances, q is not a proper ground for p. For example, the inference that leads me to conclude that Adrian is John's killer on the basis of Sylvia's testimony can be undercut by the information that Sylvia was paid for giving such a testimony. This fact is not a reason for concluding that Adrian did not kill John (it does not say anything about it), but it casts doubts on the probational force of Sylvia's testimony...” Idem.

<sup>950</sup> Luis Rocha, investigador del *Los Alamos National Laboratory*, define la expresión ‘sistema complejo’ del modo siguiente: “... A complex system is any system *featuring a large number of interacting components* (agents, processes, etc.) *whose aggregate activity is nonlinear* (not derivable from the summations of the activity of individual components) *and typically exhibits hierarchical self-organization under selective pressures*... Almost all interesting processes in nature are *highly cross linked*. In many systems, however, we can distinguish a set of fundamental building blocks, *which interact nonlinearly to form compound structures or functions with an identity that requires more explanatory devices than those used to explain the building blocks*. This process of emergence of the need for new, complementary, modes of description is known as *hierarchical self-organization*, and systems that observe this characteristic are defined as *complex*. Examples of these systems are gene networks that direct developmental processes, immune networks that preserve the identity of organisms, social insect colonies, neural networks in the brain that produce intelligence and consciousness, ecological networks, social networks comprised of transportation, utilities, and telecommunication systems, as well as economies.” Véase:

[http://informatics.indiana.edu/rocha/complex/csm.html#N\\_2](http://informatics.indiana.edu/rocha/complex/csm.html#N_2)

Como puede observarse en las ideas anteriores, el elemento crucial que distingue a un sistema tradicional de uno complejo es que en el último caso, la interacción natural de los componentes del sistema (interacción co-dependiente entre agentes y procesos) da lugar al fenómeno de la “emergencia” (conocido como “superveniencia” en el ámbito filosófico) de un orden jerárquicamente mayor de estructuras compuestas o de funciones con una *identidad propia* que no se reduce a (y en ese sentido, no se puede explicar mediante) la simple suma de la actividad de los componentes iniciales del sistema. A la emergencia de este orden jerárquico se le conoce como “*auto-organizatividad*”.

<sup>951</sup> La expresión “superveniencia” forma parte del arsenal básico de análisis de la filosofía analítica contemporánea, y particularmente de la filosofía analítica de la mente. De manera muy abstracta, denota una relación especial entre dos sistemas o dos conjuntos de propiedades (A y B). En este sentido, se dice que el sistema (o conjunto de propiedades) A superviene del sistema B si y sólo si un cambio en las propiedades de A necesariamente implica alguna clase de modificación en las propiedades de B (es decir, en la base subveniente). Sin embargo, el cambio que pudiera ocurrir en las propiedades o características supervenientes (A) no es susceptible de ser mapeado (o explicado en términos causales) a cierto tipo de patrón específico e individualizado de cambios en las propiedades del sistema subveniente. Por ejemplo, en el caso de quienes pretenden aislar los correlatos neuronales de la consciencia (o de estados conscientes), pueden sólo identificar patrones difusos y muy generales de actividad en ciertas regiones cerebrales, más no individualizar una a una las neuronas específicas y su comportamiento, que de algún modo provocaron el cambio en la dinámica del sistema superveniente. Así mismo, puede suceder que un cambio en la dinámica de interacción de los componentes del sistema subveniente no produzca cambios en la dinámica del superveniente, o bien, que diversas dinámicas de interacción entre los componentes del sistema subveniente, tengan

De hecho, puede decirse que, a su vez, el cerebro constituye un sistema biológico que superviene de las dinámicas que ocurren en sistemas subvenientes a nivel de fenómenos químicos, e incluso, a nivel de interacciones entre partículas elementales. De este modo, el SGPEs constituye una superveniencia basada en una escala de superveniencias previas (simultáneas).<sup>953</sup> Considérese lo que al respecto comenta Cáceres:

“... En analogía con los sistemas computacionales, tanto de procesamiento secuencial, como paralelo y, atendiendo a sus propiedades neuro-químicas, **el cerebro puede ser definido como un Sistema Físico de Procesamiento Simbólico (SFPS)**. Desde el punto de vista de la física, las partículas, masa y energía implicadas en sus procesos, constituyen al menos un sistema físico con sus correspondientes observables, entre los cuáles, *probablemente algunos podrían ser objeto de explicación a partir del paradigma de la física cuántica y actualmente lo son desde el de la mecánica clásica.*

Desde la perspectiva de la teoría de los sistemas complejos, **los procesos ocurridos en ese SFPS pueden ser considerados subvenientes, respecto de un sistema de mayor complejidad que los presupone, pero que es diferente e irreductible a ellos...** No obstante que el SGPEs no puede ser reducido al SFPS, entre ambos existe una interconexión, pues lo que podríamos llamar “asociatividad simbólica”, parece estar soportada en el conexionismo neuronal:

Las neuronas poseen la propiedad de agruparse en complejos que tienden a ser reactivados después de su primera interconexión (regla de Hebb).

Los conjuntos o complejos de neuronas (redes neuronales) a su vez, tienden a activarse o conectarse entre si de manera cooperativa y codependiente, en función del estado global que guarde el sistema en un momento dado (dependencia del contexto).

**De esta actividad autoorganizativa del cerebro, superviene la dimensión simbólica referida previamente.**

*El surgimiento de cada estado superveniente en la dimensión simbólica, presupone que los complejos de conexiones neuroasociativas implicadas hayan alcanzado cierto grado de coherencia e integración...*<sup>954</sup>

Ahora bien, mediante la puesta en marcha de ciertos procesos para la generación y adaptación de estructuras cognitivas –como los clásicos estudiados por Piaget de *asimilación, acomodación, condensación y desplazamiento*, etc., el SGPEs, basado en ciertas *reglas de transformación y composición de estructuras*, propias del gremio o comunidad en que se desarrolla el sujeto cognoscente, produce un caudal permanente de objetos mentales que interactúan con base en una dinámica propia que puede implicar su re-utilización recursiva y la realización de ajustes para la sucesiva creación de estructuras más complejas.<sup>955</sup>

Los objetos mentales referidos pueden ser subsimbólicos, como las sensaciones propioceptivas, o simbólicos, como los conceptos, las proposiciones, las redes proposicionales, las imágenes mentales, etc. (ampliamente investigados en el campo de las representaciones mentales en psicología cognitiva).<sup>956</sup>

---

el mismo resultado en los estados que experimenta el sistema superveniente. Véase McLaughlin, Brian and Bennett, Karen, "Supervenience", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2010 Edition)*, Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/sum2010/entries/supervenience/>>.

<sup>952</sup> Véase Cáceres, Op. Cit., nota 928, pp. 57-60.

<sup>953</sup> Idem.

<sup>954</sup> Idem.

<sup>955</sup> Idem.

<sup>956</sup> Idem.

De igual modo, dichos objetos mentales pueden emerger en el consciente, y/o como suele suceder frecuentemente, se mantienen y producen fuera del alcance de éste, los cuales constituyen la base sobre la cual el sujeto cognoscente navega su entorno y realiza las tareas, y resuelve los problemas, que aquel le plantea.<sup>957</sup>

El SGPEs se encarga así de generar, encapsular y adaptar el conocimiento que en términos de los distintos tipos de objetos mentales (subsimbólicos, simbólicos, conscientes e inconscientes), el sujeto cognoscente recupera, emplea (y adapta continuamente) en la amplia gama de actividades, contextos y diversas facetas de su vida cotidiana y profesional.<sup>958</sup>

Este conocimiento es denotado generalmente con la expresión “*conocimiento compilado*”, el cual incluye conocimiento declarativo, procedural y muy importantemente, el denominado “*conocimiento heurístico*” que resulta de la experiencia.<sup>959</sup>

Ahora bien, las estructuras cognitivas (objetos mentales, conocimiento compilado) que el sujeto cognoscente recupera, no son definitivas ni estáticas, sino cambiantes, evolutivas y adaptativas.<sup>960</sup>

En este sentido, no es el caso que en cualquier interacción dada con su entorno, el sujeto cognoscente simplemente recupere las estructuras relevantes e interprete su medio *ajustándolo a una serie de modelos pre-definidos*.<sup>961</sup>

Se trata más bien, de una *modalidad “enactiva”* de interacción con el ambiente, de acuerdo con la cual, el sujeto parte de realizar una interpretación preliminar y tentativa de las exigencias del contexto a través del empleo de las estructuras cognitivas relevantes que le permiten hacer predicciones basadas en ciertas regularidades previamente construidas; luego procede a realizar ciertas acciones (de diversa índole) con la expectativa de que se produzcan ciertos resultados, deseados, y de no ser así, procede a la realización automática de las adaptaciones necesarias en las estructuras recuperadas.

Con base en las adaptaciones referidas, se vuelve a ensayar una modalidad de interacción con el medio que nuevamente puede producir *efectos disonantes*, para cuya disolución o asimilación, se realizan más adaptaciones en un ciclo constante que culmina (al menos para este intercambio con el ambiente) cuando la estructura cognitiva en cuestión fomenta una acción apropiada para el medio (aunque nunca infalible).

Las nuevas estructuras resultantes de este ciclo, se almacenan a la manera de piezas de un juego de tetrís, a los efectos de contar con bases para la ulterior realización de predicciones con base en ellas. En los ajustes requeridos yace el elemento de creatividad e innovación cognitiva que se manifiesta en la generación de nuevas estructuras o en la modificación (en ocasiones masiva) de estructuras previas. Hacemos pues, “*camino al andar*”.<sup>962</sup>

Con base en lo anterior, Cáceres sostiene que el SGPEs posee propiedades sistémicas tales como: *Abierto* (interactúa, y es influenciado, por el entorno en que el sujeto cognoscente se desarrolla); *dinámico* (sensible a los

---

<sup>957</sup> Idem.

<sup>958</sup> Idem.

<sup>959</sup> Idem.

<sup>960</sup> Idem.

<sup>961</sup> Idem.

<sup>962</sup> Idem.

cambios del entorno); *evolutivo* (realiza adaptaciones de las estructuras previas y genera nuevas); *auto-organizativo* (su operar da como resultado la superveniencia de estructuras cognitivas complejas jerárquicas); *enactivo* (las estructuras que construye no son estáticas, sino intrínsecamente adaptativas en función de la conducta y acción del sujeto en el medio); *retroproyectivo* (las adaptaciones en las estructuras previas se realizan con miras a ser vueltas a utilizar en el futuro en situaciones análogas); *co-dependiente* (los cambios y adaptaciones a ciertas estructuras generalmente requieren de adaptaciones a otras íntimamente conectadas); *teleológico* (opera con base en la consecución de objetivos o propósitos, como la realización de una tarea o la solución de un problema); *recursivo* (las estructuras cognitivas generadas por él, son componentes re-utilizables como material de construcción cognitiva).<sup>963</sup>

### **3. Principios cognitivos que rigen la operación del SGPES**

Así mismo, el funcionamiento del SGPES sigue principios generales tales como:

- A. **“Principio de individualización cognoscitiva”**: ante los mismos insumos, diferentes sujetos cognoscentes realizan distintas organizaciones igualmente plausibles, lo cual implica que la diversidad de decisiones ante casos semejantes no debe seguir siendo considerado un síntoma de negligencia en la función judicial, sino una consecuencia natural de esta propiedad cognoscitiva. Desde luego ello impone serias reformulaciones a los ideales de justicia y seguridad jurídica que paradójicamente resultan más fortalecidos si se reconoce esta situación y se busca mitigarlo mediante un sistema experto.”<sup>964</sup>
- B. **“Principio de la tendencia determinante**: la misma información puede ser organizada de manera diferente incluso por un mismo sujeto cognoscente *en función de la tendencia previa a la organización que haya adoptado*. Por ejemplo, con las mismas piezas de un mecano, un mismo sujeto puede proponerse armar un auto o un barco, de la misma manera que según han reconocido los jueces con quienes se ha realizado la investigación, la argumentación final de un caso se organiza para legitimar la forma de resolver un problema jurisdiccional de una manera previamente determinada.”<sup>965</sup>
- C. **“Principio de economía cognoscitiva (o refracción cognoscitiva)**: una vez que un sujeto cognoscente ha desarrollado una forma exitosa de solución de un problema, *tiende a volver a usar la misma estrategia en ocasiones posteriores análogas*. La repetición de la estrategia con resultados positivos refuerza el esquema generado hasta constituir un patrón que es activado automáticamente ante casos análogos. Esto es válido tanto para el programador de cómputo a quien se le ha encargado realizar un programa de prestamos de biblioteca y al

---

<sup>963</sup> Ibidem, pp. 65-68.

<sup>964</sup> Véase, Cáceres, Enrique, “Constructivismo Jurídico Cognitivo, Inteligencia Artificial y Decisión Judicial (Proyecto Mexicano CONACYT-IIJ)”, presentado en: *Proceedings of the International Conference on Artificial Intelligence and Law*, 2005, versión en Inglés.

<sup>965</sup> Idem.

diseñarlo echa mano de experiencias anteriores, como para el juez a quien se le presente un caso semejante a los muchos que ha llevado en la materia.”<sup>966</sup>

- D. **“Principio de profecía autocumplida:** cuando un patrón cognitivo ha sido usado exitosamente en muchas ocasiones tiende a robustecerse de tal suerte que puede determinar aquello a lo que el sujeto prestará atención y condicionar de antemano la solución que será adoptada. En México y como resultado de una investigación empírica sobre la forma en que los jueces penales toman sus decisiones, se ha constatado este principio con dramáticos resultados, pues resulta que sus esquemas cognitivos son tan rígidos que han dejado de ser sensibles a distintos tipos de argumentos o pruebas. A pesar de que el dominio del sistema experto no será el del derecho penal, se ha constatado un comportamiento semejante en jueces que llevan casos de ejecutivo mercantil.”<sup>967</sup>
- E. **“Principio adaptativo:** en contraste con lo que ocurre con un operador jurídico negligente, aunque los jueces expertos tienen la tendencia a usar patrones cognitivos exitosos, conservan la capacidad de distinguir en los casos, elementos diferenciales relevantes y *adaptar dichos patrones a las circunstancias del caso.*”<sup>968</sup>

Ubicado ya en el plano del razonamiento judicial, en una primera etapa de la evolución de su pensamiento, y para efectos meramente didácticos, Cáceres se refiere a dos estructuras cognitivas fundamentales, cuya construcción por parte del juzgador, está implicada en la dinámica de resolución de algún caso concreto ante las cortes, tribunales, etc.

Las estructuras aludidas son, de un lado, el denominado “*constructo normativo*” o “*norma superveniente*” aplicable al caso en cuestión, (estudiado por el denominado Constructivismo Jurídico Normativo CJN), y de otro, el constructo o estructura cognitiva correspondiente a lo que se considera que ocurrió en el mundo, y que culmina con declaraciones explícitas o implícitas en el discurso pragmático del juez del tipo “*está probado que ‘p’*”, en donde ‘p’ (‘q’, ‘r’, ‘s’,... n) instancia alguno de los eventos, estados de cosas, conductas, etc., a los que de manera genérica y con cierto grado de abstracción, el discurso del derecho positivo vincula ciertas consecuencias jurídicas (esta última estructura es estudiada por el denominado Constructivismo Jurídico Fáctico CJF).

*Grosso modo*, el CJN se avoca al estudio de los insumos jurídicos, así como de las técnicas de procesamiento de los mismos, que los jueces emplean a los efectos de obtener el constructo normativo o norma superveniente aplicable al tipo de caso de que se trate.

El constructo referido está constituido por los siguientes componentes:

- A) La clase de sujetos cuya conducta es jurídicamente relevante;
- B) La conducta a la que se atribuyen ciertas consecuencias de derecho;
- C) La calificación de esa conducta como obligatoria, permitida o prohibida, es decir, su calificación deóntica;

---

<sup>966</sup> Idem.

<sup>967</sup> Idem.

<sup>968</sup> Idem.



D) Las formalidades que deben seguirse para que la conducta produzca los efectos respectivos; así como

E) Los ámbitos espacial y temporal en que la conducta referida debe tener lugar.

Este constructo normativo actúa como una especie de *armazón constrictor* de la argumentación presentada por las partes durante el juicio.

En este sentido, por un lado, permite determinar al juzgador *la relevancia* de las aseveraciones constitutivas de los argumentos respectivos, y por otro, permite organizar o sistematizar dicha argumentación de acuerdo con los componentes del constructo, anteriormente aludidos.

Por su parte, el CJF estudia el tipo de insumos, así como las técnicas para su procesamiento que los jueces emplean a efecto de determinar lo que probablemente fue el caso en el mundo.

Los insumos procesados con el objetivo de realizar la determinación anterior son básicamente las aseveraciones sobre hechos, razones y medios probatorios constitutivos de los argumentos que las partes ofrecen en el transcurso del juicio.

Debido al *diseño adversarial* del proceso jurisdiccional, la actividad argumentativa que se desarrolla en su interior es de carácter dialógico. Es decir, se produce en el marco de un diálogo.

En este orden de ideas, una de las partes pretende que el juzgador reconozca que resulta racional aceptar sus aseveraciones, mientras que el objetivo de la otra es convencerlo, o bien de que las razones que su contraparte aduce *son insuficientes* para fundar la aceptación de sus aseveraciones, o que lo que es racional aceptar es precisamente la(s) aseveración(es) opuesta(s), para lo cual, también se ofrecen las razones respectivas.

A continuación profundizaremos en cada una de estas sub-ramas del Constructivismo Jurídico Cognitivo.

#### IV. LA TEORÍA DEL CONSTRUCTIVISMO JURÍDICO NORMATIVO (TCJN)

##### 1. Fuentes del Derecho y Dimensión Sincrética

Cáceres emplea los términos “constructo normativo” y “norma jurídica superveniente” indistintamente.

La idea central que subyace al empleo del sustantivo “constructo” y del adjetivo “superveniente” en las expresiones anteriores es que la norma jurídica es un producto cognitivo (una estructura) resultante del procesamiento -de carácter *semántico, hermenéutico y estructural*- al que son sometidas las entidades lingüísticas o enunciados contenidos en el discurso de las comúnmente denominadas *fuentes formales del derecho*.<sup>969</sup>

Pero no sólo el discurso de las fuentes formales, como la legislación y/o la jurisprudencia, está involucrado en el procesamiento referido, sino también el discurso de la dogmática jurídica, e incluso, el de la filosofía y la teoría del derecho.<sup>970</sup>

---

<sup>969</sup> Véase Cáceres, Enrique, “Cognitive Legal Constructivism and Artificial Intelligence Applied to Law (CONACYT-IIIJ Project: Experts systems for judicial decision-support)”, presentado en el *XXII World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy, Law and Justice in a Global Society*, mayo de 2005.

<sup>970</sup> Idem.

En este sentido, todos estos discursos tienen el potencial de desempeñar una *función constitutiva* configurante de los esquemas cognitivos, en este caso particular, del constructo normativo, a través de los cuales los jueces comprenden algún aspecto de la estructura de las funciones o tareas que desempeñan.<sup>971</sup>

La comprensión de la tarea, en los términos de la estructura que proporciona el esquema relevante, condiciona los métodos de solución de problemas que serán empleados por el juez.

Así, los discursos mencionados constituyen lo que Cáceres denomina una “*dimensión sincrética*”,<sup>972</sup> es decir, una fuente proveedora de información no estructurada de cuyo procesamiento por parte del operador jurídico, emergen las estructuras mentales que guían la comprensión y desempeño de sus actividades.

La estructura mental cuya conformación estudia el CJN es precisamente, el constructo normativo o norma superveniente.

Ahora bien, la obtención del constructo normativo implica para el operador judicial, la ejecución de ciertas operaciones respecto de la dimensión sincrética, las cuales son:

Operaciones *semánticas* (tendientes a resolver los problemas derivados del empleo por parte del legislador, de un lenguaje natural, como el español, para la formulación de los textos de derecho positivo); *hermenéuticas* (para la atribución de significado (de proposiciones) a los enunciados de los textos); y *estructurales* (para establecer conexiones entre enunciados y/o proposiciones).

A continuación aludiremos a cada una de estas operaciones

## **2. *Procesamiento de la dimensión sincrética mediante: Operaciones semánticas.***

La confección de un lenguaje artificial, como el de la lógica proposicional de primer orden, presupone un ejercicio deliberado de parte de sus creadores, que consiste entre otras cosas, en decidir cuál será el universo de discurso, es decir, el conjunto de entidades y atributos de aquellas, a los que se hará referencia por medio de los términos del lenguaje.

Asimismo, presupone la *definición precisa* de sus términos (principalmente nombres y predicados) y del tipo de relaciones que entre aquellos pueden establecerse.

Este estado de cosas no subyace a la comunicación que se establece entre los usuarios de lenguajes naturales, como el español, el inglés, el francés, etc.

El *desgaste cognitivo*<sup>973</sup> de estos usuarios es mayor en el sentido de que se encuentran en un constante ejercicio de *calibración y monitoreo*, tanto del contexto en que son emitidos los mensajes de sus interlocutores, como del contexto discursivo, o de enunciación, en que ocurren las palabras mediante las que se expresan dichos mensajes.

---

<sup>971</sup> Idem.

<sup>972</sup> Véase Cáceres, Enrique, “Constructivismo Jurídico Socio-representacional (Propuesta para abordar el estudio de la incidencia del derecho en los procesos de construcción social de la realidad)”, en Cáceres, Enrique y Rodríguez Ortega, Graciela (Coords.), *Bases psicológicas del comportamiento jurídico en México*, México, UNAM-IJ, 2008, 182 pp, p. 56.

El objetivo de esta calibración es fijar, para el intercambio comunicativo en cuestión, el significado que puede atribuirse a las palabras que conforman el mensaje a cuya decodificación se enfrentan.

Esta ambivalencia de significado es una consecuencia común derivada de algunas de las propiedades normales, como la ambigüedad y/o la vaguedad, que poseen las palabras constitutivas del léxico de esta clase de lenguajes.

Los casos de ambigüedad y vaguedad son tan frecuentes en los usuarios de lenguajes naturales que normalmente, salvo en aquellas situaciones en donde el fracaso comunicativo es muy evidente, pasan desapercibidos; lo que conlleva que asimismo suceda con las operaciones o estrategias que aquellos despliegan para su solución.

De hecho, la activación de las formas en que enfrentamos estas situaciones de vaguedad y/o ambigüedad es tan *automática* y natural que, en busca de lograr mayor claridad y evitar confusiones, se suele apelar a interpretaciones “textuales” o “literales” como si en tales casos no estuviesen involucrados procesos sofisticados para la asignación de significados, o como si aquellos fuesen pacíficos e incontrovertibles.

Pues bien, los textos de derecho positivo (como la legislación o la jurisprudencia) se formulan mediante el empleo de un lenguaje natural, como el español en nuestro caso, por parte de legisladores y jueces. Esto significa que fatalmente buena parte de las palabras del discurso jurídico están afectadas de ambigüedad y/o vaguedad.

A continuación trataremos cada una de estas propiedades respectivamente:

#### 1) *Ambigüedad.*

Estamos frente a casos de ambigüedad cuando:

- A) Podemos atribuir al menos dos significados a la misma palabra (*ambigüedad semántica*)<sup>974</sup>, como el caso de la expresión “acción” que puede denotar al título de crédito incompleto representativo de una parte alícuota del capital social de sociedades anónimas; al derecho subjetivo de activar el proceso jurisdiccional para el reclamo de alguna pretensión jurídica; o a una modalidad de la conducta delictiva en oposición a la modalidad de omisión. Considérese también el caso de la expresión “derecho”, la cual puede usarse en el sentido de un sistema jurídico particular como en la frase “el derecho mexicano...”; o en el sentido del derecho subjetivo que un contratante tiene de recibir la prestación respectiva, como en la frase “tengo derecho a que me sea pagado el precio pactado”. También podemos distinguir entre los sentidos coloquial y técnico-jurídico de algunos términos como el caso de “uso” que cotidianamente denota simplemente la utilización o empleo de un bien, pero que en el ámbito jurídico puede adquirir el sentido más refinado de un derecho real, es decir, un derecho que se ejerce respecto de las cosas y no de las personas, que no abarca al derecho de enajenar o incluso, de destruir la cosa, ni al derecho de gozar de los frutos que aquella pudiera producir. En este sentido, considérese también el caso de la expresión “estado de necesidad” que coloquialmente se asocia a una

---

<sup>973</sup> Término que tomo de un seminario informal con el doctor Cáceres.

<sup>974</sup> Véase, Guastini, Ricardo, *Estudios sobre la Interpretación Jurídica*, México, IJ-UNAM, 1999, Capítulo Primero.

situación de carencia económica, mientras que en el derecho penal denota una *causa de justificación* que excluye la antijuricidad de la conducta que encuadra en algún tipo penal.

- B) Por su estructura sintáctica, podemos atribuir al menos dos significados a un enunciado (*ambigüedad sintáctica*).<sup>975</sup> Considérese por ejemplo, el texto del artículo 124 del Código Penal para el DF que establece que: “Se tendrá como mortal una lesión, cuando la muerte se deba a las alteraciones causadas por la lesión en el órgano u órganos interesados, alguna de sus consecuencias inmediatas o alguna complicación determinada inevitablemente por la misma lesión.” De la sintaxis empleada, pueden surgir las siguientes dudas: ¿La coma que une a las frases “cuando la muerte se deba a las alteraciones causadas por la lesión en el órgano u órganos interesados” y “cuando la muerte se deba a alguna de las consecuencias inmediatas de la lesión” debe interpretarse como una adjunción o una disyunción? En caso de ser considerada como una adjunción, ambas condiciones son objeto de prueba a efecto de considerar una lesión como mortal. Sin embargo, como la conectiva que une a las condiciones referidas con la última de ellas es una disyunción (o), parece que la coma en comento debería interpretarse también como una disyunción. Pero en tal caso, ¿se trata de una disyunción incluyente o excluyente? Es decir, ¿la “o” explícita y la interpretación de la coma como disyunción deben leerse simplemente como “o’s”, o como “y/o’s”? En el primer caso, la presencia de una de las condiciones para considerar mortal una lesión, excluye a las demás. Mientras que en el segundo, puede hablarse de una lesión mortal cuando se presenta una sola de las condiciones, cuando se presentan dos (independientemente de cuáles sean), o cuando convergen las tres.
- C) Podemos atribuir al menos dos funciones lingüísticas a la frase o enunciado que se emite en un contexto práctico (*ambigüedad pragmática*)<sup>976</sup>. Por ejemplo, la frase “llegaré a las ocho” puede cumplir la función de una advertencia o amenaza, la función de simplemente reportar un plan de acción, una función imperativa que implícitamente ordena al receptor que todo esté arreglado a mi llegada, etc. En el ámbito jurídico podemos encontrar casos de esta clase de ambigüedad en el lenguaje de las fuentes del derecho cuando por ejemplo, el legislador se refiere a ciertas conductas sin especificar cuál es su calificación deóntica, es decir, si se trata de permisiones, prohibiciones, obligaciones o facultades para los destinatarios. Por ejemplo, considérese lo que establece el párrafo segundo del artículo 4 del Código Federal de Procedimientos Civiles, el cual establece que: “Las resoluciones dictadas en su contra *serán cumplimentadas* por las autoridades correspondientes (se está haciendo referencia a las instituciones, servicios y dependencias de la Administración Pública de la Federación y de las Entidades Federativas), dentro de los límites de sus atribuciones...” En el ejemplo citado surge la duda de si la frase “serán cumplimentadas...” desempeña la función de establecer una permisión (de ejercicio discrecional), o una facultad de ejercicio obligatorio para las autoridades respectivas.

---

<sup>975</sup> Idem.

<sup>976</sup> Idem.

2) *Vaguedad. Casos marginales y textura abierta del lenguaje jurídico.*

Endicott sostiene que un sistema jurídico *necesariamente* produce un rango significativo de *casos marginales*. Es decir, de casos en los que la *aplicación* de las palabras de las reglas jurídicas correspondientes, da lugar a dudas y a discrepancias.<sup>977</sup>

Esto es así debido a que algunas de las palabras que se emplean en la formulación de las reglas jurídicas son vagas, o en términos de Hart, están afectadas de la *textura abierta* del lenguaje.

Hart explica la idea de la textura abierta mediante las nociones de un “núcleo de certeza” y una “zona de penumbra”.

El núcleo de certeza está conformado por los casos de aplicación clara e indiscutible de la(s) palabra(s) en cuestión, es decir, por los casos paradigmáticos, o simplemente, paradigmas.

La zona de penumbra, por su parte, se integra por los candidatos a ser instancias del concepto (nombrado por la palabra), respecto de los cuales no hay un acuerdo generalizado de considerarlos como instancias típicas, por lo que su pertenencia a la extensión del concepto de que se trate, se encuentra en tela de juicio.

La inclusión de estos casos en la extensión del concepto depende de que puedan establecer, con alguno(s) de los paradigmas, una relación de *semejanza o similitud suficiente*.

Así, entre las instancias no típicas de la extensión de un término vago se presenta el fenómeno siguiente:

Dado que mantienen relaciones de semejanza (o analogía) con los paradigmas, que son distintas entre si. Es decir, dado que se parecen de diferentes modos a las instancias centrales, no puede decirse que las instancias no típicas compartan un conjunto de propiedades necesarias y suficientes del tipo de las que se establecen mediante técnicas de definición por designación, como la llamada definición por género y diferencia específica.

Considérese lo que al respecto dice Hart:

“La suposición de que una expresión general puede definirse de esta manera (por género y diferencia específica), se apoya en el presupuesto tácito de que todo lo que puede ser definido como triángulos y elefantes, tienen características comunes que son significadas por dicha extensión. Por supuesto, incluso en una fase relativamente elemental, la existencia de casos marginales reclama nuestra atención, *y esto muestra que el presupuesto de que los diversos ejemplos de un término general deben poseer las mismas características, puede tener carácter dogmático.*”<sup>978</sup>

En este sentido, todo lo que, en términos generales, puede decirse que las instancias no típicas de la extensión comparten, es precisamente el hecho de que de alguna manera, se parecen a alguno(s) de los paradigmas del concepto en cuestión.<sup>979</sup>

---

<sup>977</sup> Véase, Endicott, Timothy, *Palabras y Reglas; Ensayos en Filosofía del Derecho*, México, Fontamara, 2004, p. 74.

<sup>978</sup> Citado por Endicott, Op. Cit, Ibidem, p. 17.

<sup>979</sup> Idem.

Incluso, de acuerdo con una de las teorías no clásicas del significado, la conocida como “teoría semántica de ejemplares”,<sup>980</sup> tampoco puede decirse que las instancias típicas o paradigmas de aplicación de un concepto, tengan en común la posesión de cierto número de propiedades necesarias y suficientes.

Según la teoría aludida, lo que constituiría el conjunto de paradigmas –el núcleo de certeza- es una especie de *cluster* o agregado de información difusa que puede consistir en conjuntos de rasgos, características o propiedades normales, imágenes de instancias particulares, y/o combinaciones entre estos elementos.<sup>981</sup>

Ahora bien, Cáceres realiza una distinción entre “vaguedad por requisito del Quórum” y “Vaguedad por requisito del Quantum”.<sup>982</sup>

La primera hace referencia al estado de duda que experimenta una persona en cuanto a la aplicación de una expresión, por carecer del conocimiento de un listado cerrado de propiedades necesarias y conjuntamente suficientes que el candidato a pertenecer a la extensión del concepto (nombrado por la expresión) ha de satisfacer. Por ejemplo, el caso de la palabra “bonita”.

En el segundo tipo de vaguedad, la persona si cuenta con algún criterio relativo a la(s) característica(s), rasgo(s) o propiedad(es) que ha de estar presente en el candidato a pertenecer a la extensión del concepto. Sin embargo, la duda que surge tiene que ver con la “intensidad” o “magnitud” con la que debe presentarse el rasgo o propiedad en cuestión.

Por ejemplo, la expresión “calvo”, respecto de la cual sabemos que se aplica a individuos que experimentan diversos grados de “pérdida natural de cabello”. Pero, como dijimos, la pregunta es ¿de qué medida o grado de pérdida de cabello podemos partir para aplicar la expresión?

Consideramos que esta distinción no es más que el efecto de contar con un conjunto de paradigmas a la manera en que lo caracteriza la teoría semántica de los ejemplares, de la que hicimos mención.

Como dijimos, desde esta teoría, el conjunto de paradigmas está conformado por un cluster o agregado de información difusa que se comporta de diversas formas:

Por ejemplo, puede ser el caso de que éste agregado sólo consista en una serie de imágenes de instancias particulares, respecto de las cuales no es posible abstraer un conjunto común de propiedades (lo que podría estar sucediendo en el caso de “bonita”).

O bien, podría suceder que de ese conjunto de instancias particulares pueda abstraerse una propiedad común de nivel muy genérico del tipo “el resultado de la pérdida natural del cabello” en el caso de “calvo”; formulación que no puede emplearse como criterio definitivo de clasificación debido a que no resuelve las dudas respecto al grado o intensidad en que esta característica debe estar presente.

---

<sup>980</sup> Véase Pazos, María Inés, “La semántica de la derrotabilidad”, disponible en línea en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1650/31.pdf>

<sup>981</sup> Véase, Aguilera, Edgar, *Inteligencia Artificial Aplicada al Derecho*, México, IJ\_UNAM, 2007, Capítulo Tercero.

<sup>982</sup> Véase Cáceres, Enrique, *Lenguaje y Derecho; Las normas jurídicas como sistema de enunciados*, Cámara de Diputados LVIII Legislatura-UNAM, 2000.

En última instancia, en ambas clases de vaguedad, como dijimos, la pertenencia a la extensión del concepto de que se trate está determinada por la ejecución de ciertas operaciones para determinar si el candidato en cuestión es suficientemente similar a los paradigmas; y no por una determinación de que el candidato satisface – de un modo todo o nada- las propiedades de una lista cerrada.

### **3. *Procesamiento de la dimensión sincrética mediante: Operaciones hermenéuticas***

Por “*operaciones hermenéuticas*” nos referimos a las operaciones que constituyen la dinámica de los procesos de atribución de significados que los operadores jurídicos despliegan en sus prácticas.

#### **A. *‘Interpretación Jurídica’ como proceso y como producto***

La interpretación jurídica es el eje central de estos procesos, por ello, antes de continuar, es necesario hacer algunas aclaraciones respecto de la expresión “interpretación jurídica”.

“Interpretación jurídica” (IJ) es un término afectado de un tipo especial de ambigüedad semántica, la denominada ambigüedad proceso-producto.

En un primer sentido, IJ denota precisamente al proceso de asignación de significados que el operador jurídico realiza respecto de los enunciados (o disposiciones) contenidos en los discursos constitutivos de la dimensión sincrética anteriormente mencionada.

En países de tradición romano-germánica, como el nuestro, donde la codificación legislativa desempeña un papel central, el proceso de interpretación suele tomar como punto de partida, aunque no necesariamente, los enunciados del discurso del derecho legislado.

El segundo sentido de IJ denota al producto del proceso de atribución de significados, es decir, a lo que el profesor Guastini se refiere como el “*enunciado interpretativo*” resultante del *proceso* de interpretación.<sup>983</sup>

#### **B. *Interpretación jurídica como proceso y argumentación jurídica.***

Ahora bien, la dinámica del proceso de atribución de significados implica el empleo de alguna(s) de las técnicas de argumentación disponibles en la comunidad jurídica de referencia, a los efectos de producir un argumento en apoyo de un enunciado interpretativo particular.<sup>984</sup>

Así, por ejemplo, las llamadas *interpretación literal* y *analógica* emplean respectivamente el *argumento del lenguaje común* y el *argumento analógico* para justificar los enunciados interpretativos resultantes de su aplicación.

Ahora bien, a pesar de que la interpretación literal o declarativa suele ser la más comúnmente empleada, sus efectos, es decir, los enunciados interpretativos resultantes de su aplicación, sólo pueden tomarse como tentativos, o sea, como enunciados interpretativos *prima facie*. Esto obedece a las siguientes razones:

---

<sup>983</sup> Véase Guastini, Ricardo, Op. Cit., nota 974, pp. 10-13.

<sup>984</sup> Idem.

Contando con los enunciados interpretativos derivados de una interpretación literal de la(s) disposición(es) respectiva(s), los operadores jurídicos suelen someterlos a revisión en el sentido de determinar si conviene o no corregirlos o modificarlos. La modificación referida puede tener al menos tres modalidades:

- A) Puede ser que, mediante una *interpretación extensiva*, el intérprete incluya supuestos de hecho no contemplados originalmente desde la perspectiva del enunciado interpretativo *prima facie*. Esta interpretación extensiva hace uso de técnicas de argumentación como el argumento *a simili* (o analógico) y el argumento *a fortiori*.
- B) Puede ser también que, mediante una *interpretación restrictiva*, el intérprete excluya ciertos supuestos de hecho de los originalmente previstos en el enunciado interpretativo *prima facie*. Esta interpretación se basa en el argumento que Guastini denomina “el argumento de la disociación”
- C) Puede suceder a su vez, que el intérprete opte por otra clase de interpretación ya sea para prevenir o para remediar la generación o presencia respectivamente, de *antinomias* y *lagunas jurídicas*.
- D) Asimismo, puede suceder que, debido a que las disposiciones o enunciados de las fuentes del derecho generalmente se encuentran interconectadas entre sí explícita o implícitamente, a lo que Cáceres se refiere como el fenómeno de la *hipertextualidad* del discurso del derecho, el operador requiera poner al enunciado *prima facie*, o bien, al enunciado modificado (por extensión o restricción), en contacto con otras disposiciones o enunciados (también susceptibles de interpretación).<sup>985</sup>

### **C. Derrotabilidad de argumentos interpretativos.**

Ahora bien, hemos visto que el proceso de atribución de significados (interpretación jurídica en su segunda acepción) implica el hacer uso de técnicas argumentativas con el propósito de producir argumentos a favor de enunciados interpretativos específicos.

Pues bien, puede ser que existan al menos dos o más argumentos compitiendo por establecer el significado de un enunciado o disposición. En estos casos, mediante la aplicación de *meta-reglas de derrotabilidad* puede determinarse cuál de ellos es el argumento vencedor.

Por ello es que con la expresión “operaciones hermenéuticas” nos referimos a toda la gama de operaciones implicadas en los procesos de atribución de significados a los enunciados de la dimensión sincrética, desde aquellas que tienden a la generación de argumentos a favor y en contra de enunciados interpretativos específicos, hasta las que permiten establecer al vencedor en casos de competencia o confrontación argumentativa (aplicación de meta-reglas).

A continuación nos concentraremos en la dimensión hipertextual del discurso del derecho y en las operaciones cuya ejecución permite a los operadores jurídicos establecer conexiones entre diversos enunciados de la dimensión sincrética.

---

<sup>985</sup> A la dimensión hipertextual del derecho y a las operaciones estructurales que permiten conectar diversos enunciados para la obtención del constructo normativo, nos referiremos con más detalle más adelante.



#### 4. *Procesamiento de la dimensión sincrética mediante: Operaciones estructurales.*

##### A. *Carácter hipertextual de la dimensión sincrética.*

Cáceres hace énfasis en el *carácter hipertextual* de la dimensión sincrética que procesan los operadores jurídicos. Esto significa que entre los enunciados que la conforman, pueden establecerse conexiones de diversos tipos.

##### B. *Conexiones meta-lingüísticas*

La más común de ellas es una relación meta-lingüística, es decir, aquella que se establece entre un lenguaje o discurso objeto y el meta-discurso con el cual se hace referencia a éste.

Las conexiones meta-lingüísticas aludidas suelen darse entre enunciados pertenecientes a los discursos del derecho legislado, jurisprudencial y/o doctrinal, a través de *remisiones expresas* del legislador, del juzgador o del doctrinario en cuestión, respectivamente.<sup>986</sup>

Una relación meta-lingüística por disposición expresa del legislador se da cuando el contenido de algún artículo de un código, ley, decreto, etc., remite directamente al contenido de otro(s).<sup>987</sup>

Una relación meta-lingüística por una remisión expresa del juzgador se da cuando en una tesis o jurisprudencia se hace referencia al contenido de algún(os) artículo(s) o sección de alguna ley, código, decreto, reglamento, etc.

En el caso de la doctrina o dogmática jurídica, tenemos una relación meta-lingüística general con los discursos de la legislación y la jurisprudencia en el sentido de que aquellos conforman el objeto respecto del cual hablan los autores o doctrinarios, ya describiéndolo, sistematizándolo, citándolo, etc.

---

<sup>986</sup> Con base en el análisis de las conexiones meta-lingüísticas que se establecen entre enunciados de la sección de alimentos del Código Civil para el Estado de Tabasco, la doctrina sobre alimentos y la jurisprudencia sobre el mismo tema, se desarrolló lo que Cáceres denominó un “Código hipertextual” como herramienta auxiliar del sistema EXPERTIUS. Esta herramienta despliega el articulado de la sección de alimentos del código citado y muestra al operador, de haberlas, las ligas que algún numeral específico tiene con otros artículos del mismo ordenamiento, con el discurso de la jurisprudencia y con la doctrina.

<sup>987</sup> En este sentido, tomando en cuenta el sistema discursivo de referencia puede hablarse de relaciones meta-lingüísticas intra-intrasistemáticas cuando algún artículo de un código específico remite expresamente al contenido de otro(s) en el mismo código; puede hablarse también de relaciones meta-lingüísticas intra-extrasistemáticas cuando algún artículo de un código, decreto, ley o reglamento específicos remite expresamente al contenido de otro(s) en otro(s) que se encuentra(n) en otro código, ley, decreto, etc. Si cambiamos de enfoque y nuestro sistema de referencia es la totalidad de códigos, leyes, decretos, reglamentos, etc. nacionales, entonces todas las relaciones meta-lingüísticas resultan ser intra-intrasistemáticas independientemente de que se establezcan entre enunciados de diferentes cuerpos discursivos. Las únicas relaciones intra-extrasistemáticas, desde este punto de vista, son las que se establecen con algún(os) enunciado(s) perteneciente a algún sistema jurídico extranjero.

### **C. Conexiones estructurales**

Sin embargo, los juristas realizan conexiones entre los enunciados de la dimensión sincrética, sobre todo entre los pertenecientes al discurso de la legislación, aún cuando no hay remisiones expresas por parte del legislador. A esta clase de conexiones Cáceres las denomina “*estructurales*.”<sup>988</sup>

De la condensación del contenido de los enunciados conectados mediante estas operaciones estructurales emerge la estructura mental, a la que hemos llamado constructo normativo o norma jurídica superveniente, con base en la cual los juristas interpretan la realidad social. En el caso particular de los jueces, esta estructura es la que los orienta en la resolución de los casos correspondientes.

### **D. Constelaciones normativas y constructo normativo.**

En los expedientes judiciales puede hallarse evidencia de estas conexiones estructurales cuando al fundamentar su resolución, los jueces citan en serie y sin hacer referencia a su contenido, los numerales de los artículos que resultaron relevantes a efecto de su aplicación al caso correspondiente. Cáceres se refiere a esta serie de numerales de artículos con la expresión “*constelación normativa*”.<sup>989</sup>

No deben confundirse los términos “constelación normativa” y “constructo normativo” (o “norma jurídica superveniente”). La primera denota al conjunto de insumos informativos conectados entre sí, mientras que las dos últimas denotan a la estructura o esquema mental resultante de la *condensación* de los contenidos de los artículos relacionados.

Dado que estas conexiones no están determinadas necesariamente por remisiones expresas de un enunciado(s) a otro(s), establecidas de antemano por el legislador, la pregunta que surge es *¿cuál es el criterio cognitivo que los operadores del derecho emplean para realizar estas conexiones?*

### **E. La Teoría de la Supra-Regla como guía para la reconstrucción normativa**

Para dar respuesta a la interrogante anterior, Cáceres diseña la llamada “*Teoría de la Supra-Regla*” (S-R). A efecto de lograr una mejor comprensión de la misma, requerimos recordar primero uno de los principios que rigen la actividad cognitiva general de los sujetos cognoscentes. Al principio en cuestión se le denomina, como hemos visto, “*Principio de tendencia determinante*”, al cual se refiere Cáceres en los siguientes términos:

“Principio de la tendencia determinante: La misma información puede ser organizada de manera diferente incluso por un mismo sujeto cognoscente en función de *la tendencia previa a la organización* que haya adoptado...”<sup>990</sup>

---

<sup>988</sup> Véase Cáceres, Op. Cit., nota 969.

<sup>989</sup> Véase Cáceres, Enrique, “Inteligencia Artificial, Derecho y E-Justice (El proyecto IJJ-CONACYT)”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Núm. 116, 2006.

<sup>990</sup> Véase Cáceres, Enrique, “Constructivismo Jurídico Cognitivo, Inteligencia Artificial y Decisión Judicial (Proyecto Mexicano CONACYT-IJJ), en *Proceedings of the International Conference on Artificial Intelligence and Law*, 2005.

En este sentido la S-R es una propuesta de criterio que, a la manera de una tendencia determinante, los operadores jurídicos emplean para integrar en una estructura coherente y completa, en principio, algunos de los enunciados que se hallan dispersos en el discurso de la legislación.<sup>991</sup>

La S-R establece en términos formales y abstractos, la estructura o composición del constructo normativo, cuyos elementos son los siguientes:<sup>992</sup>

- A) La categoría “Condiciones de Activación Normativa” (CAN). Es decir, los supuestos de hecho que, de actualizarse, activan o disparan la norma en cuestión.
- B) La categoría “Sujeto” (S), o mejor dicho, clases de sujetos, i.e., arrendador, comprador, mutuante, juez, etc.
- C) La categoría “Operador deóntico” (OD), el cual otorga a ciertas conductas, el status de obligado, prohibido, permitido, o tenido que. Los símbolos para cada uno de los operadores serán: “O” (obligado), “Ph” (prohibido), “P” (permitido) y “T” (tenido que).
- D) La categoría “Conducta” (C), objeto de calificación deóntica, es decir, aquello que se permite, prohíbe, obliga, etc. Su formulación lingüística generalmente incluye verbos como pagar, cobrar, cometer homicidio, etc. Será representada con el símbolo “Φ”
- E) La categoría “Espacio” (E), que hace referencia al ámbito espacial en donde debe tener lugar la conducta deónticamente calificada.
- F) La categoría “Tiempo” (T), que hace referencia al ámbito temporal en que debe ocurrir la conducta deónticamente calificada.
- G) La categoría “Formalidades” (F), que la conducta debe revestir para producir los efectos jurídicos deseados.

La idea es que puede ser, como generalmente ocurre, que contando con la interpretación literal (*prima facie*) de algún enunciado de la legislación, o incluso con la interpretación modificada (mediante interpretación extensiva o restrictiva) de ese enunciado, ésta no contenga todos los elementos que, según el modelo de norma jurídica completa que ofrece la S-R, debería tener el constructo normativo.<sup>993</sup>

La obtención de las instancias de los elementos faltantes constituye la tendencia que determina qué otros enunciados se conectarán y procesarán. Por ejemplo, si la interpretación literal o modificada de algún enunciado de la legislación contiene los elementos clase de sujetos y conducta calificada como obligatoria, el operador tenderá a relacionar ese enunciado interpretativo con los enunciados cuyo contenido le permitan obtener las instancias de los

---

<sup>991</sup> Véase Cáceres, Enrique, “La teoría de la Supra-Regla; Propuesta de criterio cognitivo seguido por los operadores del derecho para realizar conexiones estructurales entre diversas normas jurídicas”, ponencia presentada en el marco del *Primer Congreso Internacional de Inteligencia Artificial Aplicada al Derecho*, 2006, llevado a cabo en el IJJ-UNAM.

<sup>992</sup> Idem.

<sup>993</sup> Idem.

elementos restantes, tales como las condiciones de activación normativa, las especificaciones espacio-temporales en que tiene que llevarse a cabo la conducta obligatoria, y las formalidades que aquella debe revestir.<sup>994</sup>

Ahora bien, en la ruta de construir el constructo normativo (o la norma jurídica superveniente), el operador jurídico no se limita a considerar exclusivamente la legislación, sino que toma en cuenta la totalidad de discursos constitutivos de la dimensión sincrética, i.e., el discurso de la jurisprudencia, el de la dogmática jurídica, e incluso, el de la teoría y filosofía del derecho.<sup>995</sup>

#### **F. Constelaciones normativas, constructo normativos y S-R.**

Antes de continuar, cabe reparar en las diferencias entre una constelación normativa, el contrato normativo y la S-R.

Pues bien, la constelación normativa, como dijimos, es la serie o grupo de insumos preponderantemente legislativos, al que los jueces, al momento de fundamentar su decisión, suelen hacer referencia mediante la cita de los artículos que los contienen.<sup>996</sup>

La S-R constituye una especie de modelo de norma jurídica completa que guía las operaciones de conexión, transformación y procesamiento de los insumos relevantes de la dimensión sincrética, a los efectos de que el operador jurídico obtenga las instancias particulares de los componentes de dicho modelo.<sup>997</sup>

En este sentido, los insumos legislativos a los que se hace referencia mediante la cita de los artículos que los contienen en las constelaciones normativas, son sólo una parte del conjunto total de insumos que son tomados en cuenta por el juzgador para la construcción de la norma superveniente.<sup>998</sup>

Por su parte, el constructo normativo o norma superveniente resulta de la condensación del contenido de la totalidad de insumos relevantes de la dimensión sincrética. Constituye pues, una instancia particular del modelo abstracto de la S-R.<sup>999</sup>

#### **G. Cadenas de S-R's.**

El constructo normativo o norma superveniente que resulta de la instanciación del modelo abstracto de norma jurídica completa que proporciona la S-R puede a su vez, conectarse con otra(s) norma(s) superveniente(s), dando así lugar a una *cadena de normas supervenientes*.<sup>1000</sup>

De acuerdo con el operador deóntico empleado por las normas supervenientes, éstas pueden clasificarse en:

- A) Permisivas

---

<sup>994</sup> Idem.

<sup>995</sup> Idem.

<sup>996</sup> Idem.

<sup>997</sup> Idem.

<sup>998</sup> Idem.

<sup>999</sup> Idem.

<sup>1000</sup> Idem.

- B) Obligatorias
- C) Prohibitivas
- D) Técnico-convencionales

Las normas técnico-convencionales poseen una estructura condicional cuyo antecedente contiene el objetivo o finalidad específicos, mientras que en el consecuente se encuentran los medios para su realización.

Por su parte, por las reglas de interdefinibilidad deóntica, cada uno de los tres primeros tipos de normas puede reformularse en términos de los dos restantes. Por ejemplo, una norma permisiva puede reformularse en términos de una norma obligatoria y/o prohibitiva.<sup>1001</sup>

De esta manera, pueden darse los siguientes casos de cadenas normativas:

*Caso 1:*

- a) NJ (norma jurídica) permisiva que dispara NJ permisiva
- b) NJ permisiva que dispara NJ obligatoria
- c) NJ permisiva que dispara NJ prohibitiva
- d) NJ permisiva que dispara NJ técnico – convencional

*Caso 2:*

- a) NJ obligatoria que dispara NJ obligatoria
- b) NJ obligatoria que dispara NJ permisiva
- c) NJ obligatoria que dispara NJ prohibitiva
- d) NJ obligatoria que dispara NJ técnico – convencional

*Caso 3:*

- a) NJ prohibitiva que dispara NJ prohibitiva
- b) NJ prohibitiva que dispara NJ permisiva
- c) NJ prohibitiva que dispara NJ obligatoria
- d) NJ prohibitiva que dispara NJ técnico – convencional

*Caso 4:*

- a) NJ técnico – convencional que dispara NJ técnico – convencional
- b) NJ técnico – convencional que dispara NJ permisiva
- c) NJ técnico – convencional que dispara NJ obligatoria

---

<sup>1001</sup> De este modo, una norma superveniente que establece que cierta conducta (A) está permitida, es equivalente a una norma obligatoria que establece que no se tiene la obligación de no llevar a cabo A; también es equivalente a una norma prohibitiva que establece por un lado que no está prohibido llevar a cabo A, y por otro, que tampoco está prohibido abstenerse de llevar a cabo A, ya que a contarse con una permisión, su ejercicio es potestativo en el sentido de que puede o no llevarse a cabo.

Una norma que obliga a A es equivalente a una norma que establece que A está permitida; y a otra norma que establece que A no está prohibida y a otra que establece que lo prohibido es precisamente no llevar a cabo A.

d) NJ técnico – convencional que dispara NJ prohibitiva

Ahora bien, la cadena normativa que como parte del desarrollo del sistema de apoyo a la toma de decisiones judiciales –EXPERTIUS- fue diseñada para modelar el razonamiento de los jueces al resolver las controversias que se les plantean en *materia de alimentos*, tiene mucha semejanza con el concepto de “*norma independiente*” del Kelsen de la segunda edición de la “Teoría Pura del Derecho”.<sup>1002</sup>

La norma independiente para Kelsen, consiste en la integración de dos o más normas (a las que denomina “dependientes”), la cual se expresa mediante un enunciado de la forma “Si A es, debe ser B” (que es la fórmula de toda norma jurídica completa).

El consecuente de este condicional hace referencia a la sanción que debe ser aplicada a cierto sujeto, mientras que el antecedente contempla la conducta(s) acreedora(s) de la sanción y otros supuestos de hecho cuya concurrencia es también necesaria para la aplicación de la misma.<sup>1003</sup>

En las actividades de modelado del razonamiento judicial en EXPERTIUS, se diseñó un condicional similar para cada una de las modalidades que presenta el Juicio Especial de Alimentos en el Estado de Tabasco, que son las siguientes:

- A) Constitución de pensión alimenticia
- B) Aumento de pensión alimenticia
- C) Disminución de pensión alimenticia
- D) Cancelación de pensión alimenticia

El consecuente de este condicional contempla la *obligación específica del juez*<sup>1004</sup> de aplicar, ya no la sanción, sino en términos generales, las *consecuencias jurídicas* respectivas para cada modalidad del juicio en cuestión. Por ejemplo:

- A) Constituir una pensión alimenticia definitiva;
- B) Determinar un aumento de la pensión;
- C) Determinar una disminución de la pensión, o bien,
- D) Decretar la cancelación de la obligación alimentaria

Ahora bien, esta obligación de decretar la procedencia de consecuencias jurídicas específicas (que se constituya una pensión a favor del acreedor alimentario, decretar que se modifique una pensión ya concedida, o la cancelación de la obligación), no se actualiza para el juez por el simple hecho de que los actores en los juicios respectivos soliciten ya la constitución, el aumento, la disminución o la cancelación, sino porque se determina que han ocurrido (que han sido probados) los supuestos de hecho necesarios para la concesión de cada una de estas pretensiones.

---

<sup>1002</sup> Véase Kelsen, Hans, Vermengo, Roberto (Trad.), *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 2ª Ed., 1982.

<sup>1003</sup> Véase Cáceres, Enrique, *Constructivismo Jurídico y Metateoría del Derecho*, México, IJ-UNAM, 2007, pp. 107-108.

<sup>1004</sup> Nótese que a diferencia de la norma independiente de Kelsen en la que se establece de forma impersonal el que “debe ser B”, en nuestro caso, se hace referencia específica al operador judicial y, por tanto, al contexto en que éste aplica las consecuencias jurídicas, es decir, al proceso jurisdiccional.

Es precisamente en el antecedente del condicional mencionado donde se establece el *sistema de supuestos de hecho* cuyos elementos deben ocurrir en el plano fáctico para que la obligación judicial se active.

Los supuestos de hecho del antecedente mencionado están organizados y clasificados de acuerdo con los componentes o elementos de una norma superveniente que establece para el demandado, la obligación de dar alimentos.

En este sentido, existen supuestos de hecho propios de la categoría “Condiciones de Activación Normativa”, “Sujeto”, “Operador Deóntico” (en este caso, el operador de obligación), “Conducta”, etc.

Por ejemplo, en el caso del Juicio Especial de Alimentos en su modalidad de Constitución de pensión, el juez está obligado a constituir o fijar una pensión definitiva a favor del actor (consecuente):

- A) Si el demandado pertenece a la *clase de sujetos* a los que la ley impone la obligación de dar alimentos (si tiene algún parentesco por consanguinidad con el actor, si es adoptante o adoptado del actor, si es cónyuge, concubina o concubinario del actor, etc.).
- B) Si el demandado, además de lo anterior, fracasa en demostrar que no tuvo lugar en los hechos, alguna(s) de las condiciones de activación normativa de su *obligación*, que son:
  - 1.- Que el actor tenga necesidades;
  - 2.- Que el demandado tenga posibilidades;
  - 3.- Que no haya habido alguna(s) causa(s) legal(es) de cancelación de la obligación, como injurias, faltas, o daños graves, etc. por parte del actor;
  - 4.- Que no haya habido alguna(s) causa(s) convencional de cancelación de la obligación, como haber pactado expresa o tácitamente con el actor que el demandado se encargaría del cuidado del hogar o del cuidado de los hijos;
  - 5.- Que no haya una persona viva y con posibilidades a la que, de acuerdo con la prelación que establece la ley, corresponde reclamar primero los alimentos.
  - 6.- En su caso, que el actor haya cumplido, en su oportunidad, con su propia obligación de dar alimentos. Por ejemplo en el caso de que un padre demande al(los) hijo(s).
- C) Si el demandado no ha venido cumpliendo con su obligación de dar alimentos.<sup>1005</sup>

El sistema de supuestos de hecho del antecedente referido se construye mediante la integración, principalmente (aunque no exclusivamente), de varios enunciados dispersos en las secciones relevantes de la legislación aplicable.

En este sentido hay enunciados que se encuentran en la sección que regula el matrimonio en el Código Civil de Tabasco, otros que se encuentran en la sección que regula la filiación, otros en la sección propiamente dicha de

---

<sup>1005</sup> En realidad si el demandado pudiera demostrar que ha venido cumpliendo, en el Estado de Tabasco, esto carece de relevancia, ya que los jueces suelen de cualquier modo, fijar ellos mismos el monto de la obligación, argumentando que no puede quedar al arbitrio de quien debe cumplirla, sino que debe ajustarse al examen que se haga de necesidades y posibilidades.

alimentos y, dentro de ésta, hay otros que se encuentran en el apartado específico de causas de cancelación de la obligación alimenticia, etc.

Toca el turno ahora de referirnos a la teoría que Cáceres propone respecto de las operaciones cognitivas del juez tendentes a la elaboración de la estructura mental que correspondería a los eventos, conductas o estados de cosas que probablemente acontecieron en el mundo y que, al considerarse *probados* (mediante enunciados explícitos o implícitos del tipo “está probado que ‘p’”), activan la obligación del juez de declarar la procedencia de las consecuencias jurídicas que el ordenamiento relevante previamente establece para el tipo de caso de que se trate. Como hemos dicho, Cáceres denomina a esta teoría “*Constructivismo Jurídico Fáctico*” (CJF).

## V. LA TEORÍA DEL CONSTRUCTIVISMO JURÍDICO FÁCTICO (TCJF)

Cáceres sostiene que a cada uno de los elementos o supuestos de hecho constitutivos del antecedente de la norma superveniente (o constructo normativo) que proporciona al juez el andamiaje general para la resolución del caso en cuestión (y a las partes, el punto de referencia para orientar sus actividades argumentativas y probatorias), le puede ser asociado un conjunto de “*Modalidades de Instanciación Normativa*” (MIN’s).<sup>1006</sup>

La expresión ‘MIN’ denota a un tipo de conducta que puede considerarse como instancia de alguna clase más abstracta de conducta contemplada en el(los) supuesto(s) de hecho de la norma jurídica relevante. Por ejemplo, el tipo de conducta que podríamos clasificar genéricamente como “*homicidio intencional-doloso mediante el uso de arma blanca*” constituiría una MIN de la clase más abstracta de conductas homicidas denominada “*homicidio intencional-doloso*”. Así mismo, “*homicidio culposo-imprudencial en modalidad de atropellamiento de transeúnte por incumplimiento de normas de tránsito*”, u “*homicidio culposo-imprudencial derivado del uso inapropiado-negligente de arma de fuego*” podrían constituir MIN’s de “*homicidio culposo-imprudencial*”; etc.<sup>1007</sup>

En efecto, las MIN’s asociables a algún tipo de conducta contemplado en la norma en cuestión pueden ordenarse a la manera de un sistema que contiene clasificaciones, sub-clasificaciones, sub-sub-clasificaciones, etc., en función del tipo de circunstancias o de elementos específicos que se consideren, y del punto de vista o perspectiva de las clasificaciones.

Así mismo, puede hablarse de MIN’s lógicamente posibles y de MIN’s empíricamente verificables. De hecho, es plausible sostener que diferencias significativas en las condiciones de vida, cultura, etc., entre una región determinada y otra, pueden devenir en la identificación (mediante investigación sociológica) de MIN’s características de cada una de las regiones consideradas (piénsese por ejemplo cómo, con base en las condiciones socio-económicas,

---

<sup>1006</sup> Véase Cáceres, Enrique, “Constructivismo Jurídico Fáctico y Elicitación del Conocimiento en el proyecto CONACYT-III-CCADET-TSJT”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldivar, Arturo (Coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM-III, 2008.

<sup>1007</sup> Idem.



grado de impunidad, vulnerabilidad, etc., en algunos lugares de la República Mexicana –como Juárez o el Estado de México- los *feminicidios* son enormemente comunes).

Por su parte, cada MIN suele ajustarse a lo que en psicología cognitiva suele denominarse un *script* o *guión*. Este tipo de estructuras cognitivas formarían parte de los elementos constitutivos de lo que Taruffo y TVRPSJ se refieren como el *stock de conocimientos* de sentido común del juez.<sup>1008</sup>

Independientemente del formato en que se presenta la información relevante del caso en cuestión al juez (o al *trier of fact*) durante el juicio respectivo (de manera preponderantemente oral, o preponderantemente por escrito, como suele suceder respectivamente en la tradición del *Common Law* y del *Civil Law*), éste se enfrenta a la tarea de sistematizar dicha información (aseveraciones y pruebas), y lo hace tomando como base la estructura cognitiva –el guión- que recupera, la cual condensa una serie de expectativas acerca de lo que debió haber pasado, es decir, sobre cómo tuvo que haberse desarrollado la cadena específica de eventos, acontecimientos, conductas, etc. En efecto, los guiones referidos se construyen y almacenan por el Inconsciente Adaptativo con base en ciertas regularidades del mundo.<sup>1009</sup>

Por su parte, los guiones o scripts, generalmente constituyen estructuras que amalgaman sub-guiones y otro tipo de esquemas cognitivos, dando como resultado *objetos mentales complejos* cuyos elementos mantienen diversas relaciones entre sí (de tipo jerárquico, evolutivo, co-dependiente, cronológico, causal, etc.).<sup>1010</sup>

Aunque las partes lo especifiquen de ese modo o no, las aseveraciones y pruebas que presentan están vinculadas con alguna sección o elemento del guión complejo que el juez recupera y que ahora mantiene activo en *memoria de trabajo*; no directamente con la norma jurídica respectiva. Se trata pues de una especie de *punteo cognitivo* que el juez crea entre las aseveraciones y pruebas y los elementos o supuestos de hecho contemplados por la norma jurídica relevante.<sup>1011</sup>

Una misma sección o elemento del guión correspondiente puede estar soportado en diversos medios de prueba aportados por alguna de las partes (a lo que Walton se refiere con el término “*Corroborative Evidence*”),<sup>1012</sup> pero además, respecto de cada sección o elemento del guión referido, puede presentarse el fenómeno de la *confrontación dialógica* que se manifiesta en la presentación de pruebas y contra-pruebas.<sup>1013</sup>

De manera similar al modelo de Prakken,<sup>1014</sup> Cáceres sostiene que el juez pondera la(s) prueba(s) vinculada a cierto elemento del guión correspondiente a efecto de determinar si satisface el *estándar probatorio* propio de la proposición que describe el elemento del guión de que se trate (lo que Prakken denomina “*Internal Validity*”).

---

<sup>1008</sup> Idem.

<sup>1009</sup> Idem.

<sup>1010</sup> Idem.

<sup>1011</sup> Idem.

<sup>1012</sup> Véanse los numerosos 5-10 de la sección II del Capítulo Cuarto de este trabajo de investigación.

<sup>1013</sup> Cáceres Op. Cit., nota 1006.

<sup>1014</sup> Véanse los numerosos 1-3 de la sección III del Capítulo Cuarto de este trabajo de investigación.

Así mismo, el juez determina si las pruebas vinculadas a alguna sección o elemento del guión respectivo sobreviven a la contra-argumentación y contra-pruebas presentadas por la parte contraria (lo que Prakken denomina la “*Dialogical Validity*”).

Es conveniente mencionar en este punto que la ponderación de pruebas y contra-pruebas se realiza con base en la asignación de *pesos heurísticos* (derivados de la práctica y la experiencia, muchas veces no establecidos en la ley), de modo que en última instancia, el juez determina si los pesos heurísticos asignados satisfacen el *umbral de suficiencia probatoria establecido* (también se trata de un *estándar heurístico*).

Desde un principio, Cáceres sostuvo que la división entre CJN y CJF es meramente artificial y se hace sólo para  *fines didácticos*.<sup>1015</sup> En este sentido, no es el caso que la elaboración por parte del juez de cada uno de los constructos o estructuras cognitivas de las que hemos hablado (la norma superveniente y el constructo correspondiente a lo que probablemente ocurrió en el mundo) sea independiente y ordenada (primero una y luego la otra). Además, otro tipo de conocimientos y estructuras heurísticas también intervienen y se amalgaman en una *representación mental compleja* (dinámica, evolutiva, co-dependiente, jerárquica, etc.) a la que Cáceres, siguiendo a Kenneth Craik,<sup>1016</sup> Johnson-Laird<sup>1017</sup> y otros en el ámbito del estudio de “*modelos mentales*”, eventualmente ha denominado “*modelo mental judicial*”.

## **VI. LA TEORÍA DE LOS MODELOS MENTALES DE RAZONAMIENTO JUDICIAL (TMMRJ): HACIA UN CONSTRUCTIVISMO JURÍDICO COGNITIVO COMPLEJO QUE INTEGRE AL CJN Y AL CJF**

Una primera fase (o antecedente) en la evolución de esta teoría fue la constituida por el desarrollo del sistema EXPERTIUS, cuyo dominio de aplicación es la materia de alimentos.

El sistema en comento está basado en una particular concepción de las representaciones mentales judiciales (con base en las que los jueces deciden los casos que se les presentan). Dicha concepción implica caracterizar a las representaciones mentales referidas y a la dinámica de procesamiento de la información propia de aquellas, como estructuras cognitivas que presentan una arquitectura de *sistema complejo*: Se trata pues, de estructuras dinámicas, evolutivas, co-dependientes y jerárquicas.<sup>1018</sup>

En una etapa posterior de desarrollo -correspondiente a los intentos de exportar la teoría subyacente al sistema a otros dominios jurídicos, tales como el ámbito penal- Cáceres continúa en la línea de concebir a las estructuras cognitivas con base en las que los jueces deciden, como sistemas complejos. Sin embargo, en esta fase el

---

<sup>1015</sup> Cáceres, Op. Cit., nota 1006.

<sup>1016</sup> Craik, K.J.W. (1943). *The Nature of Explanation*. Cambridge UK: Cambridge University Press.

<sup>1017</sup> Johnson-Laird, P.N. (1983). *Mental Models - Towards a Cognitive Science of Language, Inference and Consciousness*. Cambridge MA: Harvard University Press.

<sup>1018</sup> Cáceres, Enrique, *Proyecto CONACYT 42163-S “Sistemas expertos para la ayuda a la decisión judicial” – Reporte Final*, pp. 6-7.

autor en comentario utiliza una metáfora *neuronal-conexionista* a los efectos de explicar la arquitectura y dinámica interna de dichas estructuras (“*modelos mentales judiciales*”).

A continuación nos referiremos a la primera fase de la concepción de las representaciones mentales judiciales como sistemas complejos:

## **1. Antecedente: El sistema computacional de apoyo a la toma de decisiones judiciales EXPERTIUS; hacia la caracterización de las representaciones mentales judiciales como “sistemas complejos”**

### **A. Descripción general del sistema**

Con el financiamiento del CONACYT,<sup>1019</sup> EXPERTIUS fue desarrollado por el Área de Inteligencia Artificial Aplicada al Derecho del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM a cargo del doctor Enrique Cáceres Nieto. En el proyecto correspondiente participaron también el Tribunal Superior de Justicia del Estado de Tabasco<sup>1020</sup> y el Centro de Ciencias Aplicadas y Desarrollo Tecnológico de la UNAM (CCADET).<sup>1021</sup> En la etapa final de desarrollo participaron a su vez, jueces del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.<sup>1022</sup>

A través de la operación de sus tres módulos principales (*Tutorial, Inferencial y Financiero*), el sistema en cuestión proporciona al juzgador (sobre todo al de reciente incorporación al Tribunal respectivo, o a secretarios proyectistas presumiblemente no-expertos), la asesoría requerida a los efectos de determinar si procede ya la constitución de una pensión alimenticia, la modificación de una previamente constituida (en términos de aumento o disminución), o bien la cancelación de la obligación alimentaria; así como a los efectos de resolver la diversa gama de problemas que en la práctica se presentan al momento de tener que realizar las tareas propias de cada fase y sub-fase procesal de acuerdo con la modalidad de juicio de alimentos de que se trate.

Es importante mencionar que la asesoría que EXPERTIUS es capaz de ofrecer está basada en las actividades previas de elicitación y representación del conocimiento compilado (especialmente el de carácter heurístico) de un grupo representativo de jueces expertos en el dominio de alimentos (refleja pues, el *expertise* de la propia comunidad judicial de referencia). El sistema difiere en ese sentido, de algunos otros intentos por desarrollar sistemas expertos en derecho, los cuales se enfocan exclusivamente a modelar las operaciones lógicas (supuestamente deductivas) que sobre las normas jurídicas (consideradas como algo “dado”) realizan los operadores del derecho.<sup>1023</sup>

Como puede verse a continuación, en la pantalla inicial el sistema despliega las fases generales en que conceptualmente se dividió al Juicio Especial de Alimentos: *Fijación de la Litis, Audiencia y Evaluación Probatoria*:

---

<sup>1019</sup> Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, proyecto 42163-S “Sistemas Expertos para la Ayuda a la Decisión Judicial”.

<sup>1020</sup> <http://www.tsj-tabasco.gob.mx/>

<sup>1021</sup> <http://www.cinstrum.unam.mx/>

<sup>1022</sup> <http://www.poderjudicialdf.gob.mx/swb/>

<sup>1023</sup> Cáceres, Op. Cit., nota 1018.

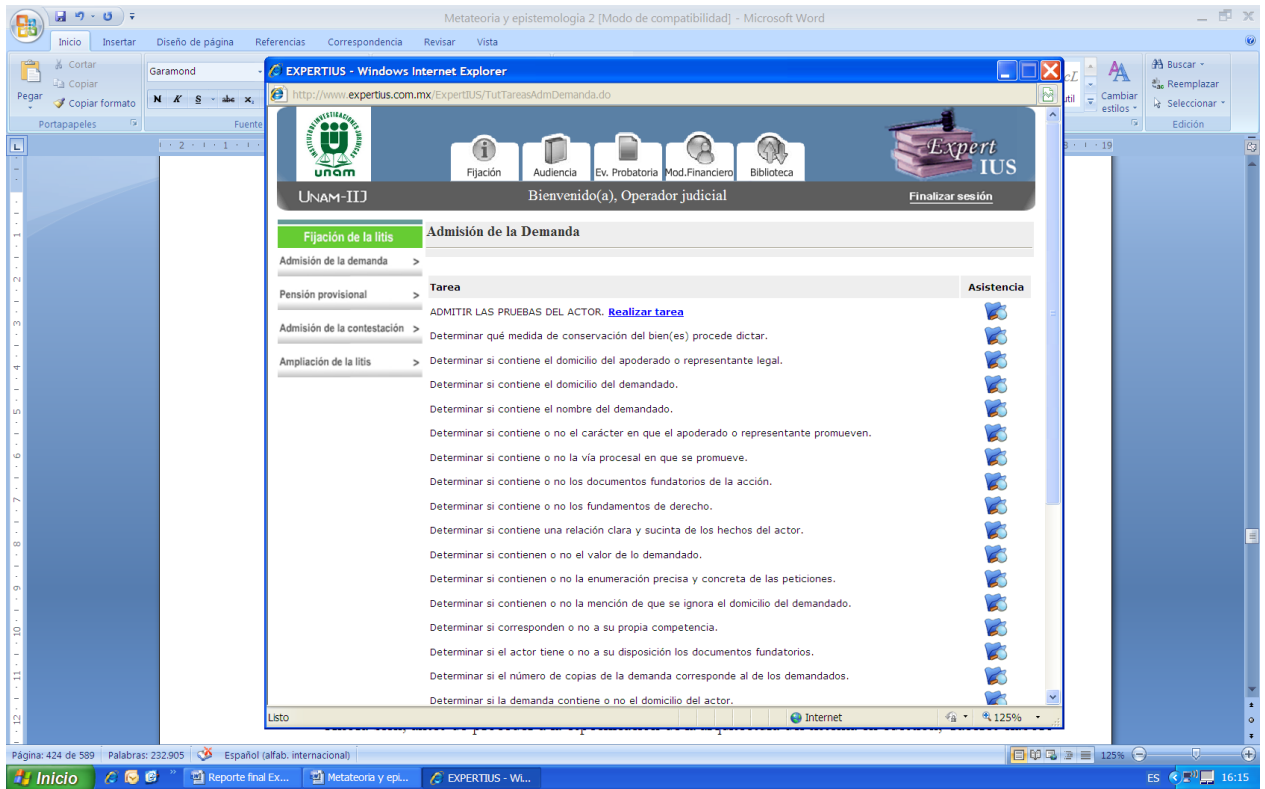


Al abrir la fase de *Fijación de la Litis*, el sistema despliega otra pantalla en la que del lazo izquierdo aparecen las sub-fases respectivas: *Admisión de la Demanda*, *Pensión Provisional*, *Admisión de la Contestación* y *Ampliación de la Litis* (en este mismo sentido, cada una de las fases generales referidas anteriormente, se descompone en sus respectivas sub-fases):



Al abrir la sub-fase de *Admisión de la Demanda*, el sistema muestra una lista de las tareas vinculadas a dicha etapa del juicio, como “determinar si la demanda contiene el nombre, firma y domicilio de actor, así como el nombre y domicilio del demandado”, “determinar si la demanda contiene una relación sucinta de los hechos y su vinculación con las pruebas respectivas”, etc. En caso de duda, para cada una de estas tareas EXPERTIUS ofrece la asesoría correspondiente (haciendo click en los íconos de “Asistencia” que aparecen del lado derecho frente a cada una de las tareas enlistadas):<sup>1024</sup>

<sup>1024</sup> Esto mismo sucede en las demás tareas vinculadas a cada sub-fase, que a su vez corresponde a alguna fase.



Ahora bien, el sistema es capaz de ofrecer asesoría general en cada tarea de cada fase y sub-fase sin necesidad de crear un *caso específico* caracterizado por cierta dinámica o intercambio dialógico entre las partes. Por ejemplo, en el caso de la sub-fase *Valoración de Pruebas* correspondiente a la fase *Evaluación Probatoria*, EXPERTIUS puede orientar en términos generales acerca de cuáles son los factores que deben ser considerados al efecto de realizar la tarea consistente en otorgar algún valor probatorio (*Alto, Medio o Bajo*) a algún medio de prueba genérico en que el usuario esté interesado. Véase la siguiente pantalla:

Metateoria y epistemología 2 [Modo de compatibilidad] - Microsoft Word

EXPERTIUS - Windows Internet Explorer

http://www.expertius.com.mx/EXPERTIUS/TutTareasValorPruebas.do

UNAM-IIIJ Bienvenido(a), Operador judicial Finalizar sesión

**Valoración de pruebas**

Pruebas supervenientes >

Valoración de pruebas > **Tarea** Asistencia

Administración probatoria > Asignar el valor probatorio (A, M, B, N) que corresponde a la Confesional. Asistencia

Tabla final > Asignar el valor probatorio (A, M, B, N) que corresponde a la Declaración de Parte. Asistencia

Asignar el valor probatorio (A, M, B, N) que corresponde a la Documental Privada. Asistencia

Asignar el valor probatorio (A, M, B, N) que corresponde a la Documental Pública. Asistencia

Asignar el valor probatorio (A, M, B, N) que corresponde a la Pericial. Asistencia

Asignar el valor probatorio (A, M, B, N) que corresponde a la Testimonial. Asistencia

Asignar el valor probatorio (A, M, B, N) que corresponde al Informe de Autoridad. Asistencia

VALORACIÓN DE PRUEBAS [Realizar tarea](#)

IIIJ - UNAM - CONACYT © 2008

[Ayuda](#) | [Créditos](#) | [Contáctenos](#)

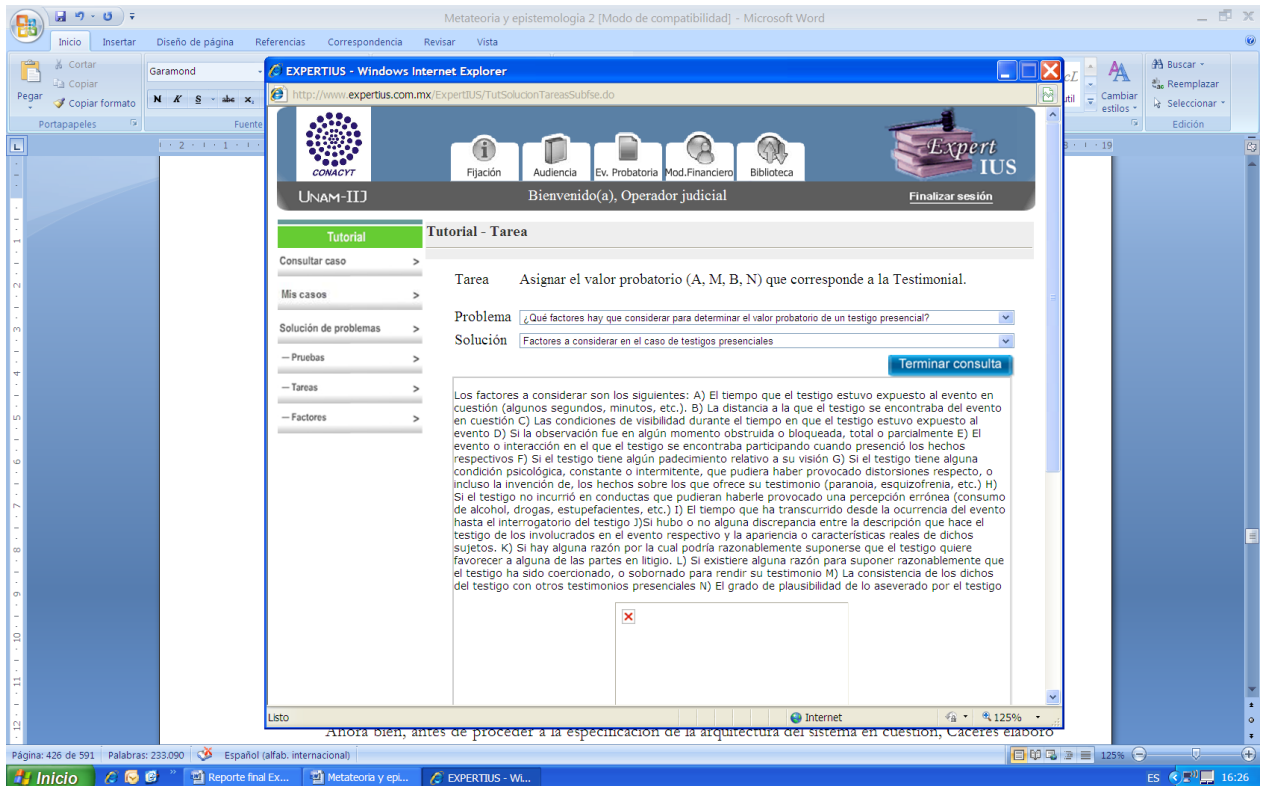
genérico en que el usuario este interesado.

Página: 425 de 590 Palabras: 233.086 Español (alfab. internacional)

Inicio Reporte final Ex... Metateoria y epl... EXPERTIUS - Wl...

ES 16:25

Al usar el ícono de asistencia para el caso de la prueba testimonial en su modalidad de “testigo ocular”, el sistema nos ofrece las siguientes pautas para su valoración:



A continuación reproducimos el texto del consejo, dada la posible dificultad de lectura que presenta la pantalla previa:

“... Los factores a considerar (para la valoración de pruebas testimoniales) son los siguientes:

- A) El tiempo que el testigo estuvo expuesto al evento en cuestión (algunos segundos, minutos, etc.).
- B) La distancia a la que el testigo se encontraba del evento en cuestión
- C) Las condiciones de visibilidad durante el tiempo en que el testigo estuvo expuesto al evento
- D) Si la observación fue en algún momento obstruida o bloqueada, total o parcialmente
- E) El evento o interacción en el que el testigo se encontraba participando cuando presenció los hechos respectivos
- F) Si el testigo tiene algún padecimiento relativo a su visión
- G) Si el testigo tiene alguna condición psicológica, constante o intermitente, que pudiera haber provocado distorsiones respecto, o incluso la invención de, los hechos sobre los que ofrece su testimonio (paranoia, esquizofrenia, etc.)
- H) Si el testigo no incurrió en conductas que pudieran haberle provocado una percepción errónea (consumo de alcohol, drogas, estupefacientes, etc.)



- I) El tiempo que ha transcurrido desde la ocurrencia del evento hasta el interrogatorio del testigo
- J) Si hubo o no alguna discrepancia entre la descripción que hace el testigo de los involucrados en el evento respectivo y la apariencia o características reales de dichos sujetos.
- K) Si hay alguna razón por la cual podría razonablemente suponerse que el testigo quiere favorecer a alguna de las partes en litigio.
- L) Si existiere alguna razón para suponer razonablemente que el testigo ha sido coercionado, o sobornado para rendir su testimonio
- M) La consistencia de los dichos del testigo con otros testimonios presenciales
- N) El grado de plausibilidad de lo aseverado por el testigo...”

Aunado al tipo de asesoría anterior (a la que podemos denominar “*context-free*”), el sistema también ofrece asesoría en la valoración de medios de prueba específicos y en la decisión final correspondiente, ambas vinculadas a *casos concretos*.

Para desempeñar la función precedente, EXPERTIUS invita al usuario (idealmente un juez, o su secretario proyectista) a introducir las características del caso en cuestión en términos de las aseveraciones que realiza cada una de las partes y de los medios específicos de prueba que ofrecen para respaldar dichas aseveraciones.

Para introducir las características del caso (las aseveraciones y pruebas de cada una de las partes), el sistema va presentando al usuario listados de proposiciones comúnmente esgrimidas en situaciones similares previas, de donde aquel elige la que corresponde a la proposición o aseveración que se ajusta al caso concreto que se encuentra trabajando. Lo mismo sucede con los medios de prueba específicos, hasta que el caso completo queda guardado.<sup>1025</sup>

Dado que el sistema incorpora la teoría de la Supra-Regla, está en condiciones de almacenar la confrontación argumentativa que tiene lugar en cada uno de los elementos que se activan de acuerdo con el tipo de juicio de que se trate (por ejemplo, en el caso de un juicio de constitución de pensión alimenticia, el sistema almacena la confrontación que se da respecto del elemento “Sujeto”, la que se da respecto del elemento “Operador Deónico”, la que se da respecto del elemento “Counducta”, etc.).

---

<sup>1025</sup> Los listados de proposiciones que presenta el sistema forman parte de la “*base de escenarios*” que pudieron identificarse a partir de la adquisición extra-sistémica del conocimiento. Como veremos en breve, un escenario constituye una dinámica específica de confrontación argumentativa entre las partes organizada en función de los elementos de la Supra-Regla que se activan según el tipo de juicio de que se trate (constitución de pensión, modificación o cancelación) y el tipo de partes intervinientes (“esposa Vs. esposo”, “hijo Vs. padre”, etc.). En la totalidad de escenarios reconstruidos a partir de la información de las sentencias de la muestra respectiva, se detectaron *patrones argumentativos*, a los que se denominó *Templates*. Los escenarios que no pudieron reconducirse a algún *Template* fueron llamados *Escenarios Atípicos*. La base de escenarios (*Templates* y *Atípicos*) fue cargada al sistema, y son sus componentes (las aseveraciones y medios de prueba característicos de cada uno de ellos) los que el sistema presenta al usuario a efectos de que seleccione el que más se ajuste a las aseveraciones y medios de prueba constitutivos del caso concreto que se encuentra resolviendo.

Eventualmente, EXPERTIUS realiza una representación del caso en términos de una *Tabla de Oposición Dialógica* (que explicaremos posteriormente), la cual permite ver, de un solo golpe y estructuradamente, la dinámica de confrontación argumentativa entre las partes.

Teniendo esta representación como base, el sistema asesora al usuario a los efectos de asignar algún valor probatorio (*Alto, Medio, o Bajo*) a los medios específicos de prueba aportados por las partes en el caso en cuestión; y con base en esa ponderación, EXPERTIUS presenta una propuesta de solución del caso. Véase el ejemplo siguiente que versa sobre un juicio de constitución de pensión en el que el actor corresponde a un hijo (en efecto, mayor de edad, pero todavía estudiando) y el demandado, es su padre:

### Tabla de caso

Acción: Constitución (o fijación) de pensión alimenticia.

Partes: Hijo vs. padre

Expediente: 50/2010

[< Regresar](#)

Sujeto

T	EAH Actor (a)		EAH Demandado (a)		T
PP 1		El demandado es mi padre, pero por mis circunstancias particulares, no puedo demostrarlo ofreciendo los medios de prueba tradicionales establecidos por el artículo 342 del CC de la entidad.			
PR 1.1	Poseo el eddenominado "Estado de Hijo" previsto por el artículo 372 del CC de la entidad.				
PR 1.1.1	El demandado me trataba como su hijo				
PR 1.1.1.1	Me presentaba como tal en eventos sociales.				
MP 1	Testimonial de tía del actor				
MP 2	Testimonial de esposa del demandado				
PR 1.1.2	El demandado proveyó para mi subsistencia durante mi niñez y adolescencia				
PR 1.1.2.1	El demandado solía visitarme cada mes en casa de mi tía y a ella le dejaba cheques para nuestros gastos.				
MP 3	Testimonial de la tía del actor				
MP 4	Confesional del demandado				
PR 1.2	Nací dentro de los 300 días siguientes al cese de la vida en común entre mis padres, lo cual, de acuerdo con el artículo 340 del CC de la entidad, constituye una de las presunciones para considerarme hijo de concubinos. Cabe agregar que mi madre				

	falleció poco después de dar a luz.				
PR 1.3	Mis padres vivieron juntos durante más de 2 años antes de que mi padre la abandonara.				
PR 1.4	El demandado se ha negado a practicarse los estudios de ADN.				

Obligación

T	EAH Actor (a)	EAH Demandado (a)	T	
PP 1		El demandado está obligado a proporcionarme alimentos	No estoy obligado a proporcionar alimentos al actor	PP 1
PR 1.1	No me ausenté sin causa, mi tía me mandó con su hermano a estudiar la preparatoria.		El actor ha incurrido en una conducta alevosa o dolosa con el propósito de obtener beneficios económicos en detrimento de mi economía, lo cual constituye una causa de cancelación de acuerdo con la fracción VI del artículo 317 del CC de la entidad	PR 1.1
PR 1.2	Tengo necesidades			
PR 1.2.1	Me encuentro terminando mis estudios de licenciatura en economía			
PR 1.2.2	En particular, estoy en el trámite de registrar el título de mi tesis, para cuya culminación tengo un periodo de no más de un año			
PR 1.3	El demandado tiene posibilidades.			
PR 1.3.1	El demandado es dueño de un rancho ganadero			
MP 1	Confesional del demandado			
PR 1.3.2	El demandado es dueño de un conjunto de bodegas que renta para el almacenaje de semillas			
MP 2	Confesional del demandado			
PR 1.4	En efecto, tuve problemas de alcoholismo desde la secundaria, pero mi tía me ha apoyado desde entonces y acudo a AA. El dinero lo necesito para culminar mis estudios.		El actor tiene necesidad porque es un alcohólico que no trabaja, lo cual constituye una causa de cancelación de la obligación de acuerdo con la fracción V del artículo 317 del CC de la entidad.	PR 1.2
			De acuerdo con el artículo 304 del CC de la entidad, ya no procede la petición del actor	PR 1.3
			No tengo posibilidades	PR 1.4
			El rancho al que se refiere el actor se encuentra afectado como "Patrimonio Familiar"	PR 1.4.1
			Constancia del Registro Público que contiene la inscripción del inmueble como patrimonio de familia	MP 1
			Tiene tiempo que vendí las bodegas a las que hace referencia el actor	PR 1.4.2
			Contrato de compra-venta	MP 2

Conducta

T	EAH Actor (a)	EAH Demandado (a)	T	
PP 1		El demandado no ha cumplido con su obligación.	He venido cumpliendo con mi obligación de apoyar al actor.	PP 1


## **B. Adquisición del conocimiento judicial experto en sus modalidades *Extra-sistémica e Intra-sistémica en EXPERTIUS***

### **a. La arquitectura abstracta de las representaciones mentales judiciales**

Ahora bien, antes de proceder a la especificación de la arquitectura del sistema en cuestión, Cáceres elaboró un modelo general y abstracto acerca de la estructura (arquitectura) de las representaciones mentales judiciales implicadas en la resolución de los casos respectivos. El autor referido explica tal arquitectura en los siguientes términos:

“... La aplicación de la metodología para la elaboración teórica coparticipativa arrojó un modelo de esas estructuras con una arquitectura de *sistema complejo con las siguientes propiedades básicas: dinámico, evolutivo, codependiente y jerárquico.*

De estas propiedades la más relevante es la relativa a su estructura jerárquica, *caracterizada por un nivel subveniente en el que ocurren las microdecisiones constitutivas de los procesos judiciales (aceptación de la demanda, aceptación de contestación de la demanda, audiencia, etc.), de las cuales resulta como estructura superveniente la correspondiente a la confrontación dialógica que tiene lugar entre las partes, a partir de la cual se toma la decisión final por parte del juzgador.* Como se verá más adelante esta estructura teórica inicial resultó fundamental al momento de afrontar el problema de la *representación del conocimiento.*”<sup>1026</sup>

La concepción previa sobre la arquitectura de las representaciones mentales judiciales condujo a la confección de una metodología particular de adquisición y representación del conocimiento experto, la cual se dividió en adquisición *extra-sistémica* y adquisición *intra-sistémica*. Al respecto de esta división, Cáceres comenta que:

“... cada una de estas estrategias estaría dirigida a conocer el conocimiento correspondiente a cada uno de los dos grandes niveles de la jerarquía correspondiente al modelo abstracto de las representaciones mentales judiciales: *el análisis extrasistémico se orientó a la obtención del conocimiento correspondiente a la estructura superveniente (confrontación dialógica entre las partes), mientras que el intrasistémico nos permitió obtener el conocimiento relacionado con el nivel subveniente.*”<sup>1027</sup>

Como se desprende de la cita, las actividades de adquisición y representación extra-sistémica se orientaron a la construcción de las diversas clases de confrontaciones dialógicas entre las partes que suelen encontrarse comúnmente en las prácticas del Tribunal respectivo (en este caso en Tabasco), es decir, a la identificación de los diversos tipos o modalidades del conocimiento que correspondería a la estructura superveniente.

<sup>1026</sup> Cáceres, Op. Cit., nota 1018, p. 7.

<sup>1027</sup> Idem.

Por su parte, las actividades de adquisición y representación intra-sistémica se orientaron a la elicitación del conocimiento relativo a los problemas y estrategias de solución vinculados a cada una de las tareas que a lo largo del juicio, en cada una de sus fases y sub-fases, suelen presentarse. Estas actividades se orientaron pues a la identificación del *conocimiento heurístico* que corresponde a la base o estructura subyacente dentro de la arquitectura abstracta de las representaciones mentales judiciales.

#### **b. Adquisición extra-sistemática del conocimiento y su representación**

La adquisición extra-sistémica de conocimiento (vinculada a la estructura cognitiva superveniente que corresponde a la confrontación argumentativa-dialógica entre las partes) se realizó respecto de una muestra de 443 expedientes en materia de alimentos, haciéndose particular énfasis en el análisis argumentativo del contenido de las *sentencias* correspondientes.

Dicho análisis consistió básicamente en la reconstrucción sistematizada de la argumentación que con respecto de cada elemento de la Supra-Regla correspondiente, podía realizarse a partir del material informativo contenido en la sentencia.<sup>1028</sup>

El análisis argumentativo referido se tradujo en términos gráficos mediante la utilización de la *técnica para la representación visual de argumentos dialógicos y derrotantes* desarrollada por Cáceres.<sup>1029</sup>

Los antecedentes de esta técnica son los trabajos de Douglas Walton que han inspirado el desarrollo de sistemas como ARAUCAURIA, CARNEADES, y han sido también tomados en cuenta en los desarrollos teóricos y representacionales preliminares de un grupo de investigadores holandeses, relativos al diseño de un sistema para la comprensión del procesamiento de la evidencia en materia penal (sense-making software).<sup>1030</sup>

La ontología de la técnica de representación consta de los siguientes términos:

*Proposición Probandum*: La cual asevera que ha ocurrido el(los) supuesto(s) de hecho(s) ligado(s) a algún elemento del constructo normativo. Por ejemplo, las proposiciones “X es mi padre”, “X es mi esposo(a)”, “X es mi concubina”, etc. según el tipo de partes en cuestión, las cuales son relevantes para el elemento S del constructo.

*Proposiciones Razón*: Como su nombre lo indica, son proposiciones que se ofrecen en respaldo de las proposiciones probandum.

*Cascadas argumentales*: Las proposiciones razón que respaldan a una probandum específica pueden hallarse, a su vez, recibiendo respaldo de otras proposiciones razón, con lo cual se genera una cadena argumental.

La extensión de estas cadenas puede ser, en principio infinita. Se tomó entonces, la decisión de limitarlas a máximo 5 niveles.

---

<sup>1028</sup> Ibidem, p. 8.

<sup>1029</sup> Ibidem, pp. 9-11.

<sup>1030</sup> Véanse los números 1-3 de la sección IV del Capítulo Cuarto de este trabajo de investigación.

*Argumentos convergentes:* Puede ser el caso que una probandum o razón se halle recibiendo respaldo de al menos dos razones que están en el mismo nivel. Cuando necesariamente deben demostrarse dichas razones, se dice que tenemos un argumento “convergente”. Pueden expresarse por medio de una proposición molecular conjuntiva.

*Argumentos Divergentes:* Cuando se debe mostrar al menos una de las razones que a su vez respaldan una probandum o razón, se dice que conforman un argumento “divergente”. Estos argumentos pueden expresarse por medio de proposiciones moleculares disyuntivas.

*Medios probatorios:* Son elementos que también respaldan a una probandum o una razón, pero hacen referencia formal a alguno de los medios de prueba que la ley reconoce.

*Presunciones:* Son proposiciones que no requieren de ser respaldadas por razón o medio de prueba alguno y que trasladan la carga de la prueba de su negación a la parte contraria.

*Rebuts:* Una proposición probandum o razón puede ser atacada mediante un argumento que respalde precisamente la proposición contraria. Este tipo de ataques se llaman “rebuts”.

*Undercutters:* Otra forma de ataque dialógico consiste en señalar deficiencias en el respaldo que recibe una probandum o razón; respaldo que puede articularse en términos de razones o medios de prueba.

En la siguiente figura presentamos los símbolos constitutivos de la ontología de dicha técnica, así como la clase de estructuras que con base en la combinación de sus elementos pueden generarse:

○	Proposición (Sea una proposición probandum o una proposición razón).
→	Relación de inferencia.
□	Medio de prueba.
⊗	Presunción.
⊖	Proposición entimemática.
}	Argumentos convergentes.
}	Argumentos divergentes.

El diagrama argumental muestra una estructura de inferencia. En la parte superior, tres cuadrados (medios de prueba) están agrupados por un corchete y apuntan a un círculo (proposición). A la izquierda, un círculo apunta a otro círculo, que a su vez apunta a un tercer círculo. Este tercer círculo y el círculo proveniente de los medios de prueba están agrupados por un corchete y apuntan a un círculo final. En la parte inferior, un cuadrado apunta a un círculo, que a su vez apunta a otro círculo. A la izquierda, dos círculos están agrupados por un corchete y apuntan a un círculo. Este círculo y el círculo proveniente del cuadrado están agrupados por un corchete y apuntan a un círculo. Este círculo y el círculo proveniente del círculo superior están agrupados por un corchete y apuntan a un círculo final.

La técnica de diagramación visual referida se complementó con el desarrollo de otra herramienta de representación del conocimiento a la que Cáceres dio en llamar “*Tabla de Oposición Dialógica*”, la cual representa en formato tabular, la información que permite construir el diagrama argumental respectivo. A continuación presentamos la estructura formal de dicha Tabla:

Acción	Partes	Supraregla

EAH Actora			EAH Demandada		
P.P.		Proposición PROBANDUM	Proposición PROBANDUM		P.P.
M.P.		Medio de prueba.	Medio de prueba.		M.P.
P.R.	Proposición razón.			Proposición razón.	P.R.
M.P.	Medio de prueba.				
M.P.	Medio de prueba.				
P.R.	Proposición razón.			Proposición razón.	P.R.
P.R.	Proposición razón.				
				Proposición razón.	P.R.
				Medio de prueba.	M.P.

Como puede observarse, en la parte superior de la Tabla se identifica el tipo de acción intentada por la parte conducente (es decir, el tipo de juicio de que se trate, constitución de pensión, modificación, o cancelación); el tipo de partes que en un momento dado se estén enfrentando (por ejemplo, esposa Vs esposo); así como el elemento de la Supra-Regla (Sujeto, Operador Deóntico, Conducta, etc.) sobre el que verse el intercambio argumentativo dialógico respectivo.

Por su parte, el cuerpo de la Tabla está dividido en dos partes (izquierda para el Actor, y derecha para el Demandado). Su llenado comienza desde el centro hacia afuera, e inicia con la *Proposición Probandum* (que instancia el elemento de la Supra-Regla en cuestión, como “El demandado es mi esposo”) de cada una de las partes (en principio, el demandado negaría la *Proposición Probandum* del actor). Cuando la probandum respectiva está directamente vinculada a un medio de prueba, en el renglón inmediato inferior se especifica cuál es (lo mismo sucede con las proposiciones razón). Cuando la probandum está soportada en otras razones, en el renglón inferior, pero dejando un espacio, se especifica el contenido de la razón respectiva. Lo mismo sucede para ambas partes.

Cada una de las 443 sentencias fue analizada en términos de su reconstrucción con base en la Tabla de Oposición Dialógica y en su correspondiente diagrama argumental.



Por su parte, Cáceres denominó “*escenario*” a cada una de las Tablas instanciadas con la información de las sentencias respectivas, de modo que se obtuvieron 443 escenarios.<sup>1031</sup>

El conjunto de escenarios previamente aludido constituyó la base inductiva para la identificación de patrones de argumentación dialógica a los que se les denominó “*Templates*”.<sup>1032</sup>

Los escenarios que no se ajustaron a alguno de los *Templates* anteriores fueron denominados “*Escenarios Atípicos*”.<sup>1033</sup>

A continuación presentamos un ejemplo de escenario tipo *Template* y otro *Atípico*:

Escenario: <b>Tipo.</b>	
Acción	Partes.
Constitución.	Madre vs. Hijo.

**Expediente:** Témlate.

## S U J E T O

T	EAH Actora.	EAH Demandada.	T
PP 1	El demandado es mi hijo.		
MP 1	DOCUMENTAL PÚBLICA.- Copia certificada del acta de nacimiento del demandado.		

---

<sup>1031</sup> Idem.

<sup>1032</sup> Idem.

<sup>1033</sup> Idem.

## OBLIGACIÓN

T	EAH Actora.		EAH Demandada.		T
<b>PP 1</b>		El demandado tiene la obligación de proporcionarme pensión alimenticia.	No tengo la obligación de proporcionar pensión alimenticia.		<b>PP 1</b>
PR 1.1	Tengo necesidad.				
PR 1.1.1	Carezco de medios económicos para vivir.				
1.1.2	Me encuentro enferma				
PR 1.1.2.1	Requiero de medicamentos.				
PR 1.1.2.2	Requiero de exámenes médicos especiales.				
PR 1.2	Mi hijo tiene los medios bastantes y suficientes para proporcionar un buen porcentaje de su salario y prestaciones.			No tengo posibilidades.	PR 1.1
PR 1.2.1	Mi hijo trabaja.			No trabajo.	PR 1.1.1
MP 1	Informe: de salario y demás prestaciones rendido por el patrón del demandado.				

## CONDUCTA

T	EAH Actora.		EAH Demandada.		T
PP 1		Mi hijo no cumple con su obligación de darme pensión alimenticia.			

Escenario	
Acción	Partes.
Constitución.	Madre vs. Hijo

Expediente: Atípico

## SUJETO

T	EAH Actora.		EAH Demandada.		T
PP 1		El demandado es mi hijo.			
MP 1		DOCUMENTAL PÚBLICA.- Copia certificada de acta de nacimiento a nombre del demandado.			

## OBLIGACION

T	EAH Actora.	EAH Demandada.	T
PP 1		El demandado está obligado al pago de pensión alimenticia.	
PR 1.1	Tengo necesidades.		
PR 1.1.1	No obtengo ingresos.		
PR 1.1.1.1	Mi esposo era el que solventaba mis necesidades.		
PR 1.1.1.2	Mi esposo falleció.		
MP 1	DOCUMENTAL PÚBLICA.- Copia certificada de acta de matrimonio celebrada entre la actora y el difunto.		
MP 2	DOCUMENTAL PÚBLICA.- Copia al carbón de acta de defunción.		
PR 1.1.2	Estoy imposibilitada para trabajar.		
PR 1.1.2.1	Estoy anciana.		
PR 1.1.3	Tengo gastos.		
PR 1.1.3.1	Pago renta.		
MP1	DOCUMENTAL PRIVADA.- Un recibo de arrendamiento a nombre de la actora.		
MP2	DOCUMENTAL PRIVADA.- Un recibo de subarrendamiento a nombre de la actora.		
PR 1.2	El demandado tiene posibilidades.		
PR 1.2.1	El demandado trabaja en PEMEX.		
MP1	EL INFORME.-		

	Rendido por el Modulo 1 de la Subcoordinación Consultiva y de Prevención de PEMEX, mediante el cual informa sobre el salario y demás prestaciones que devenga el demandado.				
PR 1.3	Hicimos un acuerdo con el demandado.				
PR 1.3.1	Mi esposo trabajaba en PEMEX.				
PR 1.3.2	Al fallecer mi esposo yo peleé la plaza que tenía en PEMEX para que se la dieran a mi hijo.				
PR 1.3.2.1	Mi hijo era el único que vivía conmigo.				
1.3.2.2	En ese entonces mi hijo no tenía trabajo.				
1.3.2.3	En ese entonces mi hijo no era casado.				
1.3.2.4	Concedieron la plaza a mi hijo.				
1.3.2.5	El objetivo de que mi hijo tuviera la plaza en PEMEX era velar por la actora.				

## CONDUCTA

T	EAH Actora.		EAH Demandada.		T
PP 1		Mis hijos me apoyan con la alimentación.			
PP 2		El apoyo de mis otros hijos me es insuficiente.			
PR 2.1	No tienen un buen trabajo.				
PR 2.2	No cuentan con un salario fijo y seguro.				
PR 2.3	Trabajan en lo que pueden.				
PP 3		El demandado no quiere reconocer el compromiso que tiene contra la suscrita.			
PP 4		El demandado dejó de darme dinero.			

Ambas clases de escenario, *Templates y Atípicos*, fueron cargados al sistema vía el módulo de *Administrador del Conocimiento*, a los efectos de ir mostrando al usuario, cuando éste se encuentra llenando la información del caso concreto que pretende resolver, el listado de aseveraciones y medios de prueba que corresponden a cada elemento de la Supra-Regla, de acuerdo con el tipo de juicio y tipo de partes de que se trate.

En este sentido, el usuario va seleccionando el elemento de los escenarios cargados al sistema que mejor se ajuste al caso concreto con el que se enfrenta, hasta que logra contar con la confrontación argumentativa que caracteriza dicho caso.<sup>1034</sup>

### ***c. Adquisición intra-sistémica del conocimiento***

El conocimiento objeto de actividades de elicitación con los expertos relevantes en esta etapa, correspondió a aquel que permite resolver la diversa gama de problemas vinculados a las distintas tareas propias de cada sub-fase y fase procesal. Se trata pues, del conocimiento que corresponde a la *base o estructura subyacente* (en la arquitectura abstracta de las representaciones mentales judiciales).

---

<sup>1034</sup> El sistema es lo suficientemente flexible para incorporar en su memoria o base de escenarios, nuevos elementos o incluso, nuevos escenarios, de modo que se trata de un sistema que incorpora el conocimiento dinámico que se va gestando en la comunidad judicial de referencia.

La realización de algunas de estas tareas a lo largo del juicio tiene repercusiones en términos de la conformación simultánea, paulatina y progresiva de la estructura cognitiva superveniente que corresponde a la representación de la dinámica de confrontación argumentativa entre las partes, así como en términos de ir preparando la decisión final que resuelve el caso concreto.

En este sentido Cáceres dividió al flujo del juicio respectivo en dos partes: La denominada “*Zona No-Crítica*”, y la llamada “*Zona Crítica*”.<sup>1035</sup>

La primera corresponde a aquellas tareas cuya realización (que conlleva la solución de los problemas respectivos) no impacta en la ponderación de los medios de prueba específicos que las partes aportan, y en términos generales, que no impactan en el sentido de la decisión final que resuelve el caso (tales como, “determinar si la demanda contiene los requisitos de ley”, “determinar si la contestación de la demanda contiene tales requisitos”, “determinar el monto de la pensión provisional”, etc.).<sup>1036</sup>

La segunda –la *Zona Crítica*– corresponde a las tareas que en efecto impactan la ponderación de los medios específicos de prueba y el sentido de la decisión final. En este sentido, el conocimiento objeto de elicitación es la diversa gama de factores y parámetros de valoración que son tomados en cuenta en la práctica para ponderar las pruebas respectivas tomando como punto de referencia alguno de los escenarios –*Templates y Atípicos*– previamente identificados-construidos.<sup>1037</sup>

La elicitación del conocimiento heurístico necesario para la resolución de las tareas propias de las zonas *No-Crítica y Crítica* fue llevada a cabo mediante el empleo de una metodología específicamente diseñada para tales efectos, a la que Cáceres denominó “*Legal Cognitive Task Analysis*” (LCTA).<sup>1038</sup>

El objetivo general que persiguen las investigaciones en el ámbito del *Cognitive Task Analysis* consiste en generar una descripción sistemática de los procesos cognitivos subyacentes a la ejecución de “*tareas complejas*”. Clark, Feldon, et. Al. definen esta una tarea compleja en los siguientes terminus:

“... Complex tasks are defined as *those where performance requires the integrated use of both controlled (conscious, conceptual) and automated (unconscious, procedural or strategic) knowledge to perform tasks that often extend over many hours or days* (see van Merriënboer, Clark, & de Croock, 2002).”<sup>1039</sup>

---

<sup>1035</sup> Cáceres, Op. Cit., nota 1018, pp. 13-20.

<sup>1036</sup> Idem.

<sup>1037</sup> Los distintos escenarios identificados constituyeron una especie de contexto cognitivo presentado a los jueces, el cual disparaba el “yo-situacional” correspondiente. La pregunta clave fue ¿cómo resolvería Usted un caso como X – caracterizado por cierta dinámica de confrontación dialógica- especificando los factores y criterios de ponderación probatoria que lo llevan a decidir en cierto sentido?

<sup>1038</sup> En efecto, el LCTA constituye una extensión de la técnica general denominada “*Cognitive Task Analysis*” al ámbito de la elicitación del conocimiento jurídico. Para una excelente introducción sobre el tema y para obtener una visión panorámica de las técnicas empleadas, véase Clark, Richard, Feldon, David, et. al., “*Cognitive Task Analysis*”, 2006, en [http://www.cogtech.usc.edu/publications/clark\\_et\\_al\\_cognitive\\_task\\_analysis\\_chapter.pdf](http://www.cogtech.usc.edu/publications/clark_et_al_cognitive_task_analysis_chapter.pdf)

<sup>1039</sup> Idem.

Como puede observarse en la definición previa, una tarea compleja requiere por parte de quien la desempeña, la aplicación de conocimiento controlado conscientemente, así como de la aplicación de conocimiento inconscientemente generado y automáticamente disponible. Ambas clases de conocimiento interactúan en una dinámica sofisticada.

En este sentido, la mera observación de las conductas (verbales o corporales) en que se manifiesta el desarrollo y culminación de dichas tareas constituye un indicador insuficiente de los insospechados procesos cognitivos internos desplegados por los expertos en cuestión. De ahí la relevancia de desarrollar técnicas para el modelado cognitivo implícito en el llamado “*performance*” de un especialista.

Clark y Feldon se refieren a los productos resultantes de un análisis tipo *Cognitiva Task Analysis* en los siguientes términos:

“... The outcome is most often a description of the performance objectives, equipment, conceptual knowledge, procedural knowledge and performance standards used by experts as they perform a task. The descriptions are formatted so that they can be used as records of task performance and/or to inform novices in a way that helps them achieve the performance goal(s) in any context. CTA is most often performed before (or as an integral part of) the design of instruction, work, job aids and/or tests. The descriptions are then used to develop expert systems, tests to certify job or task competence, and training for acquiring new and complex knowledge for attainment of performance goals (Chipman, Schraagen, & Shalin, 2000; Jonassen, Tessmer, & Hannum, 1999).”<sup>1040</sup>

Como explican los autores referidos, los modelos cognitivos resultantes pueden emplearse como la base del desarrollo de *sistemas expertos* (o de otro tipo de sistemas computacionales como los denominados “*Decision-Support-Systems*”, categoría a la que pertenece EXPERTIUS); como la base para certificar que alguien posee las competencias necesarias para realizar una tarea altamente especializada; como la base para desarrollar programas sofisticados de entrenamiento; etc<sup>1041</sup>

Con base en estos lineamientos generales procedentes de las investigaciones en el campo del *Cognitive Task Analysis*, como se ha dicho, Cáceres desarrolla su “*Legal Cognitive Task Analysis*” (LCTA).<sup>1042</sup>

Para comenzar, el autor en comento realizó una reconstrucción de las normas jurídico-procesales pertinentes en términos de lo que llamó “*Proposiciones Prescriptivas de Conductas Mentales*” (PPCM) para el juez. Ejemplos de estas conductas son: “determinar”, “considerar”, “valorar”, “ponderar”, etc.

La conducta mental de cada proposición fue considerada como la “*tarea cognitiva*” a realizar.

A cada una de las fases y sub-fases procesales del juicio especial de alimentos le fue asociado un conjunto particular de estas tareas. Por ejemplo, para el caso de la fase procesal “*Fijación de la Litis*” y la sub-fase “*Admisión de la demanda*”, se identificaron tareas cognitivas tales como “determinar si la demanda satisface el requisito de contener el

---

<sup>1040</sup> Idem.

<sup>1041</sup> Cáceres, Op. Cit., nota 1018, pp. 13-20.

<sup>1042</sup> Idem.



nombre, firma y domicilio del actor”, “determinar si la demanda contiene una relación suscinta de los hechos relevantes vinculando cada uno de ellos con algún medio probatorio permitido por la ley”, etc.

En las actividades de reconstrucción de las diversas sesiones de elicitación sostenidas con el grupo de jueces expertos, y mediante el empleo de mapas mentales en los que se recabó la información de las sesiones de elicitación, de mapas analíticos (que reconstruían el contenido de las sesiones de manera ordenada), y de mapas sintéticos (que organizaban la información recabada reconduciéndola a las categorías o constructos generales constitutivos de la teoría que describe a las representaciones mentales judiciales como un sistema complejo), se lograron identificar los *problemas* característicos de cada tarea (de las zonas *No-Crítica* y *Crítica*), así como las *estrategias de solución* propuestas por los expertos, las cuales eventualmente se convirtieron en los consejos que EXPERTIUS ofrece al interactuar con él.

A continuación, algunos ejemplos del formato de fichas en que fueron capturados los consejos (estrategias de solución) reconstruidos a partir de las sesiones de elicitación:

Escenario:

Acción	Partes
Constitución de pensión alimenticia.	Indistinto

Fuente: Entrevista 10 (15-01-08).  
Juzgado 42° de lo Familiar, DF.

Fase: Fijación de la litis.

Sub-fase: Admisión de la demanda por comparecencia personal.

Tarea: Conducir una comparecencia personal

**Problema:** Se desconoce cómo actuar ante una comparecencia personal.

**Solución:** Para el caso de demandas por comparecencia personal de la actora, y con base en el conocimiento heurístico recabado de jueces expertos, EXPERTIUS recomienda:

Al momento de levantar la comparecencia personal, el funcionario judicial debe prestar particular importancia al nivel socioeconómico de las partes para determinar el monto de las pensiones provisionales que pudieran corresponder; algunos de los factores a tomar en cuenta son: a) la zona geográfica donde viven las partes; b) en caso de hijos en edad escolar, el tipo de escuela al que asisten (pública o privada), si es el caso, las necesidades particulares de la carrera profesional que se encuentra estudiando, el medio de transporte comúnmente utilizado para llegar a los centros de estudio, etc.; c) los accesorios y el modo de vestir de las partes.

Dentro de la narrativa de hechos que realiza la actora es importante considerar las siguientes sugerencias:

Dado que comúnmente al momento de presentarse a reclamar alimentos por comparecencia personal, la actora no tiene un discurso correctamente estructurado, es conveniente que los funcionarios judiciales, en el ejercicio de la suplencia de la deficiencia de las partes, realice un breve interrogatorio que cubra los siguientes puntos: a) las necesidades cotidianas de los acreedores; b) las enfermedades y/o padecimientos crónicos que presenten los acreedores, incluyendo las medicinas, consultas médicas y tipo de estudios que requieren; c) la existencia de pasivos contraídos con terceros para sufragar gastos por concepto de alimentos; d) los documentos y demás medios probatorios que puedan presentar al juzgado para acreditar sus aseveraciones; y e) las personas que puedan ser testigos materiales de los hechos narrados.

Escenario:

Acción	Partes
Constitución de pensión alimenticia.	Indistinto

Fuente: Entrevista 1 (15-01-08).  
Secretaria de acuerdos, Juzgado 42° de lo Familiar, DF.

Fase: Desahogo de Audiencia de conciliación  
Tarea: Contribuir a la Conciliación entre las partes

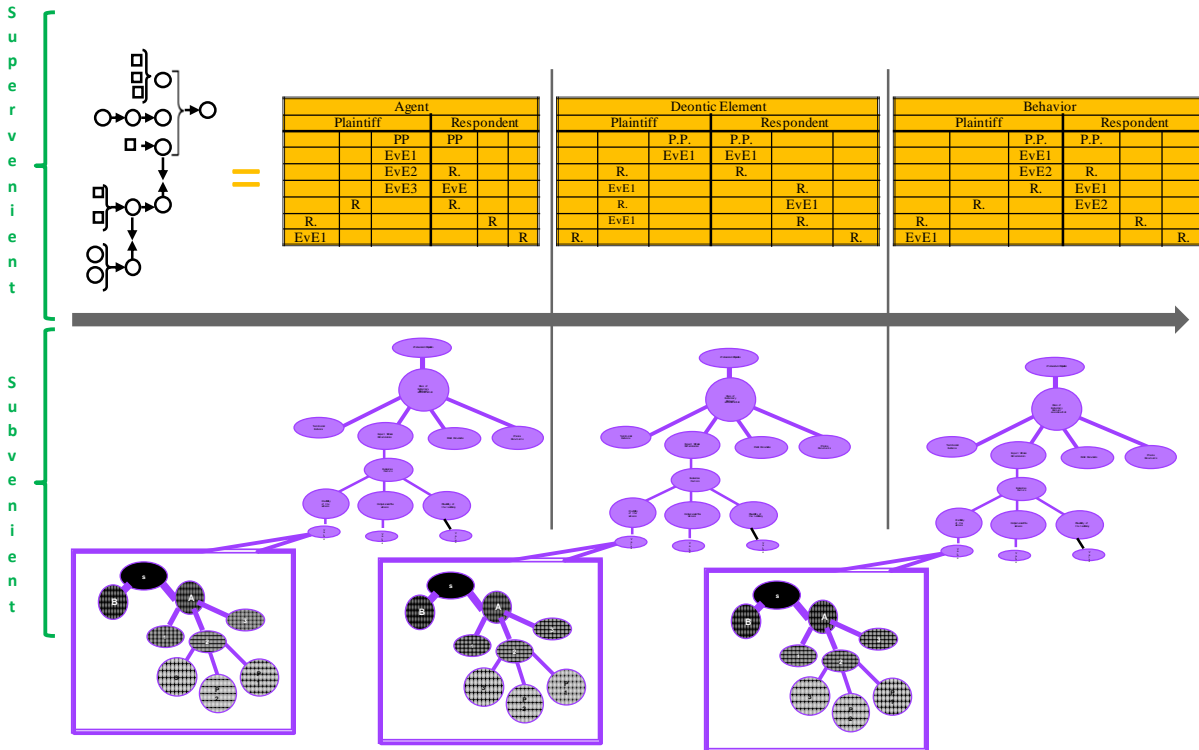
**Problema:** ¿Qué alternativas proponer en el caso en que el demandado no cuente con ingresos fijos?

**Contenido:** Una alternativa viable para el pago de la pensión alimenticia, en el caso de que el demandado no cuente con una fuente de ingresos fijos por la cual se pueda realizar el descuento vía nomina, es la apertura, por parte del mismo, de una cuenta bancaria con acceso por medio de Tarjeta Electrónica de Débito, misma que se sugiere que sea entregada al actor en presencia de funcionarios judiciales, junto con el correspondiente NIP de acceso a cajeros automáticos. Se recomienda también que este NIP sea cambiado por la actora a la brevedad posible.

Esta forma de cumplimiento de la obligación presenta la ventaja de que tanto el actor, como el demandado, conservan registros documentales de su cumplimiento, en tanto que el actor conserva los recibos proporcionados por el cajero automático y el demandado los estados de cuenta emitidos por la institución bancaria correspondiente.

#### **d. Representación integral del conocimiento extra e intra-sistémicamente adquirido**

La siguiente figura ilustra las diversas técnicas empleadas para representar, de manera integral, la arquitectura de las representaciones mentales judiciales:



Como puede observarse, se trata de una representación diacrónica (que se ilustra con el empleo de la “*time-line*” central) con cortes sincrónicos (las líneas verticales en la “*time-line*” horizontal), cada uno de los cuales corresponde a las grandes fases procesales del Juicio Especial de Alimentos.

La idea básica de la representación visual previa consiste en destacar las propiedades jerárquicas, evolutivas y co-dependientes de dicha estructura cognitiva.

En este sentido, la solución de los problemas (mediante el empleo del conocimiento heurístico relevante) asociados a cada una de las tareas de cada fase y sub-fase, cuya realización culmina en una serie de *micro-decisiones* (como aceptar la demanda, aceptar la contestación, decretar la celebración de la audiencia de conciliación, abrir el juicio a pruebas, etc.), paulatinamente va impactando en la conformación progresiva y evolutiva de la estructura superveniente que corresponde a la confrontación dialógica entre las partes, propia del caso en cuestión, con base en la cual –al ponderar la evidencia respectiva de acuerdo con los pesos heurísticos que es posible atribuir a cada ítem considerando los factores y parámetros de evaluación que en la práctica se establecen- el juez eventualmente toma la decisión final del caso.

Considerando la complejidad de la estructura cognitiva representada visualmente en la figura anterior, podemos comprender ahora con mayor claridad el hecho de que Cáceres advirtiera desde el principio que hablar en términos generales y por separado de los procesos cognitivos tendentes a la obtención de la norma superveniente (o constructo normativo) –*Constructivismo Jurídico Normativo*- y de los procesos cognitivos tendentes a la elaboración de la representación que corresponde a lo que se acepta que ocurrió en el mundo –*Constructivismo Jurídico Fáctico*- constituye

una especie de *escalera wittensteineana* empleada en un tiempo 1 con fines didácticos, cuyo desechamiento en un tiempo 2, da paso a la mejor comprensión de la arquitectura y dinámicas internas de las representaciones mentales judiciales que constituyen la base psico-cognitiva de las decisiones correspondientes, en términos de *sistemas (simbólicos) complejos*.

### **C. Lecciones de la experiencia *EXPERTIUS* acerca del razonamiento judicial**

#### **a. Lecciones generales**

Una de esas lecciones consiste en la observación de que los distintos elementos (constructos) constitutivos de los esquemas o representaciones mentales judiciales mantienen entre sí, una *dinámica co-dependiente*.<sup>1043</sup>

En este sentido, cada uno de los tipos de juicio (constitución, modificación o cancelación de una pensión alimenticia) activa una ruta específica de tipos de partes, así como un conjunto específico de operaciones cognitivas para la construcción de la norma superveniente aplicable al caso (la norma superveniente, a su vez, instancia sólo algunos de los elementos abstractos de la Supra-Regla en función del tipo de juicio de que se trate).<sup>1044</sup>

Por su parte, un determinado tipo de juicio en combinación con un tipo de partes y la norma superveniente aplicable al caso determina (y constriñe) el universo de aseveraciones y medios de prueba que cada una de las partes puede realizar y ofrecer. Como sabemos, parte de ese universo posible de aseveraciones y medios de prueba deriva de las experiencias previas de la comunidad judicial en cuestión, las cuales fueron representadas a la manera de escenarios (Tablas de Oposición Dialógica instanciadas), tanto *Templates*, como *Atípicos*. En este sentido, cierta combinación de tipo de juicio y tipo de partes enfrentadas activa cierto conjunto de *Templates* y/o *Atípicos*.<sup>1045</sup>

Así mismo, cada escenario en sus modalidades anteriormente referidas activa cierto patrón de comportamiento evaluativo respecto de las pruebas conducentes. Es decir, activa en el juzgador de un lado, cierta dinámica de asignación de pesos heurísticos a las aseveraciones, medios de prueba y presunciones propias del escenario (dinámica que se lleva a cabo con base en la consideración de los respectivos factores y parámetros de valoración probatoria aplicables a cada medio de prueba específico); y de otro, activa los estándares heurísticos que deben ser satisfechos en distintas etapas del juicio.<sup>1046</sup>

La propiedad co-dependiente referida resultará de particular importancia para las posteriores reflexiones de Cáceres en torno a la arquitectura y dinámica de las representaciones mentales judiciales. En efecto, en la metáfora neuronal-conexionista que en un momento sucesivo emplea, la noción de “*patrones de conectividad*” (propiedad co-dependiente) que pueden establecerse entre diversas neuronas (representativas de nodos o constructos conceptuales) ubicadas en distintas capas, es crucial.

Otra lección consiste en que, al menos para el caso del juicio especial de alimentos (en el Estado de Tabasco, y en última instancia, en la tradición jurídica romano-germánica o del Civil Law), la resolución de los casos implica a

---

<sup>1043</sup> Cáceres, Op. Cit., nota 1018, p. 22.

<sup>1044</sup> Idem.

<sup>1045</sup> Idem.

<sup>1046</sup> Idem.

su vez, la resolución de confrontaciones dialógicas parciales o escalonadas, cada una de las cuales tiene lugar respecto de alguno de los elementos de la Supra-Regla activos para el tipo de juicio en cuestión.<sup>1047</sup>

De hecho, se trata de una resolución secuencial de la dialógica contenida en cada elemento en el sentido de que no es sino hasta que se resuelve la primera de esas confrontaciones que se procede a la siguiente. Así mismos, si el actor (acreedor alimentario) pierde en la confrontación relativa al Sujeto, no se procede con el análisis de las dialógicas que pudieran haber respecto de los elementos Obligación y Conducta.<sup>1048</sup>

#### **b. Lecciones de particular relevancia para la epistemología jurídica**

Otras lecciones particularmente relevantes en el ámbito de la epistemología jurídica son las siguientes:<sup>1049</sup>

El diseño estructural del Juicio Especial de Alimentos (en Tabasco y, en términos generales, en toda la República) se encuentra fuertemente orientado a beneficiar a quienes se presentan a juicio como *acreedores alimentistas*.

Una explicación plausible de lo anterior es que la sociedad mexicana (a través de sus representantes en las legislaturas correspondientes) considera mucho más grave el error previsible consistente en decretar equivocadamente que alguien (el demandado) no tiene la obligación de proporcionar alimentos al actor respectivo (cuando en realidad si la tiene), o que no tiene posibilidades para desahogar dicha obligación (cuando si es el caso), que el error consistente en decretar que el demandado tiene la obligación de proporcionar alimentos respecto del actor (cuando en realidad no la tiene) o que tiene posibilidades para cumplir con ella (cuando desde cierto punto de vista, no las tendría).

La primera clase de errores sería mucho más grave debido a las consecuencias dañinas que su comisión acarrearía en términos de dejar desamparado al acreedor alimentista (por ejemplo, una mujer que, con base en las reglas culturales todavía imperantes en muchas regiones, ha vivido toda su vida dependiendo del marido, o el caso de los menores de edad fruto del matrimonio o concubinato entre sus progenitores).

En esta línea, el acreedor alimentista perjudicado por la clase de error en comento (sobre todo, en el caso de menores de edad) quedaría en un estado de *vulnerabilidad* que no le permitiría subsistir dignamente, ni prepararse para el futuro en términos de la adquisición de las habilidades y conocimientos propios de algún oficio o profesión, de cuyo ejercicio provendría el ingreso y sustento para la familia que eventualmente pudiera formar.

De hecho, las consecuencias derivadas de esta clase de error no sólo perjudicarían al acreedor alimentista, sino probablemente a la sociedad en general, en virtud de que al entrar en este estado de vulnerabilidad se crean las condiciones para que el individuo en cuestión probablemente opte por delinquir para sobrevivir, primero quizá de manera esporádica, pero con el tiempo, tal vez de manera permanente y profesional (delincuencia organizada, etc.).

---

<sup>1047</sup> Idem.

<sup>1048</sup> Idem.

<sup>1049</sup> Las siguientes reflexiones en torno al Juicio Especial de Alimentos en el Estado de Tabasco y en el Distrito Federal se realizan con base en la consideración del conocimiento judicial experto elicitado en las sesiones correspondientes. Dicho conocimiento eventualmente se tradujo en fichas de consejos expertos, las cuales fueron cargadas al sistema como la asesoría principal que EXPERTIUS ofrece al usuario.

La otra clase de error es menos grave en la medida en que la relación entre actor y demandado suele verificarse rigurosamente a través de medios probatorios, en principio, más confiables que otros (como documentales públicas, pruebas científicas de filiación, etc.).

En este sentido, el espacio para el error está confinado a la apreciación que el juzgador realiza respecto de las posibilidades económicas del deudor alimentario. No es el caso pues (o al menos es poco probable, aunque en efecto, posible), que los jueces decreten que el demandado tiene la obligación de proporcionar los elementos necesarios para el sustento de un total desconocido (o respecto de quien no se tiene ninguna clase de relación de las que la ley reconoce como “fuente” de alimentos).

En el panorama previo, el error de apreciación consistente en determinar que el deudor si tiene posibilidades para cumplir con su obligación alimentaria respecto de alguien (cuando desde cierta perspectiva, no cuenta con aquellas), en principio, genera consecuencias positivas (más que dañinas o negativas), en virtud de que de este modo, idealmente el condenado a pagar alimentos tiene que arreglárselas para proveer de sustento a su acreedor. Esto constituye incluso, la *responsabilidad moral* (no sólo jurídica) del deudor, aún en el marco de un Estado que implementa modelos económicos inapropiados que generan pobreza y desempleo.

Ahora bien, la diferencia comparativa de los costos asociados a los errores referidos se manifiesta en una actitud tendente a evitar la comisión del error valorado como el más grave.

Por su parte, este deseo de evitar la comisión del error más grave se materializa, para el caso del Juicio de Alimentos, en principios jurídicos que establecen cosas como las siguientes:

- A) Que el Juicio de Alimentos es “*de orden público e interés social*”
- B) Que los jueces deben actuar supliendo las deficiencias de las promociones y actos procesales de los acreedores alimentistas (“*Suplencia de la Queja*”)
- C) Que debe presumirse la necesidad de los alimentos a favor del acreedor (“*Presunción de Necesidad*”)
- D) Que la carga de la prueba le corresponde, en términos generales, al deudor (demandado), sobre todo cuando alega las cuestiones que, en principio, podrían cancelar su obligación
- E) Que los intereses de los menores son supremos (“*Supremo interés de los menores*”)

Los principios previos, al ser tomados en cuenta por los jueces respectivos, generan una dinámica de comportamiento judicial que puede caracterizarse del siguiente modo:

1.- Al presentarse la demanda respectiva, por escrito o en modalidad de comparecencia personal, los jueces suelen actuar de manera condescendiente con los acreedores alimentistas:

En el primer caso (demanda por escrito), a los efectos de evitar emitir una *prevención* respecto de la demanda, el juez asesora a la parte actora en términos de lo que requiere subsanar, así como en términos de la información y pruebas que requiere ofrecer con miras a la pronta fijación de una *pensión alimenticia provisional* a su favor.

En el segundo caso (comparecencia personal), el juez interpreta caritativamente las alegaciones del actor, e igualmente lo asesora en términos de los documentos que debe llevar consigo, y si no hay observaciones a este

respecto, de su propia iniciativa levanta el acta de comparecencia él mismo (o su secretario), plasmando en el documento en cuestión, un discurso estructurado y jurídicamente relevante que por efecto de la interpretación caritativa de sus dichos, probablemente no corresponde al que hubiera elaborado el actor si aquel hubiese actuado sin la asesoría referida.

2.- El juez pasa por alto las deficiencias formales relativas a los protocolos de ofrecimiento de pruebas en que pudo haber incurrido el actor.

En este sentido, no importa que el acreedor alimentista no hubiere ofrecido la cédula de los peritos que pretende citar (lo cual constituye un requisito formal en otros dominios del derecho), o que no hubiere incluido el interrogatorio por escrito respecto de los testigos que ofrece.

3.- De propia iniciativa, y sobre todo al percatarse de que el demandado no cuenta con una fuente fija de ingresos (un trabajo estable y formal), el juez manda practicar el correspondiente *estudio socio-económico* a los efectos de contar con una base mínimamente sólida para determinar el monto de la pensión provisional.

En este sentido, el juzgador no se constrañe al material probatorio sometido por las partes, sino que participa activamente en la conformación del conjunto de evidencias que eventualmente valorará.

4.- Las afirmaciones y aseveraciones realizadas por el demandado en la contestación de su demanda (y en general, a lo largo del juicio) son tomadas con reserva (fundantes de sospecha).

En este sentido, el juez parte por *default*, del presupuesto consistente en que los demandados (deudores alimentistas) suelen incurrir en prácticas tendentes a cometer fraude en perjuicio de sus acreedores, es decir, en conductas orientadas a librarse (injustificada e ilegalmente) de su obligación alimentaria.

Algunas de estas prácticas son por ejemplo, declarar que ganan menos de lo que en realidad perciben (para lo cual, actúan en contubernio con los patrones), o incluso, renunciar a sus trabajos con tal de que no se les fije la pensión correspondiente.

Para contender con estas conductas, los jueces suelen solicitar informes detallados al patrón respectivo (e incluso suelen citarlo personalmente) a los efectos de desglosar las percepciones de los demandados por los diferentes conceptos constitutivos de su ingreso total. Así mismo, suelen solicitar informes al IMSS o al ISSSTE (institutos de seguridad social) a los efectos de verificar tanto la categoría con la que están dados de alta, como si no están inscritos en momentos subsecuentes.

Algunas prácticas fraudulentas son más sofisticadas e implican la realización (o simulación total o parcial) de actos jurídicos traslativos de dominio (como compra-ventas, donaciones, etc.), traslativos de uso (comodatos, arrendamientos, rentas vitalicias), etc., a los efectos de lograr que ciertos bienes significativos (casas, dinero, automóviles, etc.) salgan, o aparenten haber salido, del patrimonio del deudor.

Otras prácticas de carácter fraudulento implican negarse a ejercer derechos que el demandado en un juicio de alimentos tiene a su favor, tales como créditos de los cuales son titulares, derechos hereditarios o legatarios,



reclamación de premios o recompensas, etc; e incluso dichas prácticas implican renegociar, re-estructurar o hasta condonar deudas y créditos a efecto de retardar el ingreso de activos al patrimonio.

En adición a lo anterior, algunas conductas fraudulentas implican inmunizar ciertos activos o bienes patrimoniales en contra de las medidas que podría tomar un juez para garantizar el cumplimiento de la obligación alimentaria. En este sentido, los demandados en ocasiones afectan ciertos bienes como pertenecientes a lo que se conoce como “*patrimonio familiar*”, el cual, por definición, no puede ser tocado por otros acreedores (esto en el caso de que el demandado tenga dos o más familias).

Para contender con estas prácticas, el juez echa a andar ciertos “*patrones de descubrimiento de conductas fraudulentas*”, los cuales implican contar con modelos o representaciones mentales sofisticadas acerca de las secuencias de actos, transacciones y otros eventos en que el demandado tendría que haber incurrido para lograr el objetivo deseado (que salgan o que aparenten haber salido de su patrimonio ciertos bienes, que no ingresen activos, que no puedan tocarse ciertos inmuebles, etc.).

Con base en los modelos previos, el juez está en condiciones de predecir qué indicios, vestigios o rastros sería razonable esperar que las conductas fraudulentas hubieren dejado, y se enfoca entonces en la identificación de dichas pistas a partir de entrevistas directas con el demandado, o valiéndose de cualquier otro medio legal a su disposición derivado de las “*amplias facultades para la averiguación de la verdad*” que el ordenamiento respectivo le confiere.

Uno de esos patrones implica verificar qué tipo de personas intervinieron como partes en las transacciones, actos u operaciones jurídicas que el demandado argumenta haber celebrado (las cuales dieron como resultado, la disminución de sus activos), así como el tiempo en el que aquellos actos ocurrieron.

Lo anterior con miras a determinar si no se actualizan los supuestos fácticos a los que la ley les atribuye el estatus de *presunciones de actos fraudulentos* (reales o simulados), los cuales de entrada, justifican la sospecha de fraude en perjuicio de acreedores. Algunas de estas presunciones son por ejemplo, que en los actos respectivos hubieren intervenido familiares o personas de confianza del demandado, y que se hubieren realizado en un tiempo posterior a la instauración de la demanda de alimentos en su contra.

Al verificar que, en efecto, existen indicios (presunciones) de conductas fraudulentas de parte del demandado, el juez puede indagar con mayor profundidad; invertir la carga de la prueba al demandado, quien tendría que derrotar la presunción de acto fraudulento; o incluso usar la información recabada a efectos de lograr (“forzar”) un convenio favorable al acreedor alimentista (en última instancia, el juez tiene todas las cartas a su favor, ya que podría decretar la procedencia de otras vías, como la penal, en contra del demandado).

5.- Pese a que en principio, la ley permite al demandado argumentar la ocurrencia de diversas situaciones y circunstancias a los efectos de librarse de su obligación (como que el acreedor no tiene necesidades, que él no tiene posibilidades, que el acreedor incurrió en conductas constitutivas de daño, falta o injuria grave en su contra, que el acreedor abandonó injustificadamente el hogar, que las necesidades del acreedor derivan de su conducta viciosa –quizá es drogadicto, alcohólico, etc.- que el acreedor quiere aprovecharse alevosamente de la situación del demandado, que

el acreedor no actuó con reciprocidad en su oportunidad, que hay otros deudores alimentistas a quienes por la prelación establecida en la ley debería fijárseles la obligación, etc.), en la práctica se les resta eficacia.

En esta línea, el ámbito de lo que puede librar al deudor de su obligación se restringe fuertemente, reduciéndose a demostrar situaciones extremas de imposibilidad (generalmente física y/o mental), en las que el demandado prácticamente tendría que estar inmovilizado o totalmente incapacitado para la realización de cualquier actividad. Incluso en estos casos, los jueces están dispuestos a acudir a otros deudores (los abuelos paternos, o los hermanos del demandado) a quienes, de acuerdo con la prelación legal conducente, también les correspondería contribuir.

Lo anterior acarrea como consecuencia que los medios de prueba ofrecidos para respaldar las aseveraciones que instancian alguna de estas circunstancias genéricamente reconocidas por la ley, pierdan relevancia y no sean tomadas en cuenta (salvo de manera formal en el sentido de ser admitidas en juicio).

6.- La dinámica de atribución de *pesos heurísticos* a las aseveraciones, medios de prueba y presunciones conducentes, así como los estándares de exigencia probatoria aplicables (también heurísticos), varía de acuerdo con el escenario de que se trate. Esto se explica plausiblemente en virtud de que en cada tipo de caso, los jueces toman en cuenta las características del contexto y las consecuencias que se seguirían de sus decisiones (en términos de sentar precedentes y en términos de consecuencias sociales), y con base en ello realizan los ajustes pertinentes en los estándares de exigibilidad argumentativa (qué constituye una buena razón) y probatoria (umbral que el caudal de pruebas debería satisfacer).

Por ejemplo, la presunción de necesidad (y en consecuencia, el trato benéfico) del que gozan genéricamente los hijos de matrimonio o concubinato, comienza a debilitarse si el actor en cuestión es un hijo mayor de edad.

Sin embargo, puede ser que el debilitamiento de la presunción no la elimine del todo. Tal es el caso cuando el hijo mayor de edad, puede demostrar que se encuentra estudiando en el nivel que le corresponde de acuerdo con su edad (por ejemplo, el último semestre de alguna carrera universitaria) y que sólo requiere de apoyo para culminar con sus estudios (quizá para la realización de su investigación de tesis, las impresiones requeridas y la presentación del examen profesional respectivo). En casos como el descrito, se le transfiere al actor la carga de la prueba relativa a los estudios que cursa.

Así mismo, la fuerza (o peso) de la presunción de la que goza una mujer casada que comparece al juicio con hijos menores y que no tiene otros medios de subsistencia más que el ingreso que percibía de parte del deudor, no es la misma que la que corresponde a la presunción de necesidad en el caso en que la mujer comparece sin hijos, o en el caso en que además, la mujer tiene medios para subsistir (quizá cuenta con un empleo, etc.).

Con base en las características del comportamiento judicial de los jueces (en la región de referencia, pero probablemente en otras regiones) previamente descrito, podemos decir que más que un engranaje epistémicamente orientado al descubrimiento de la verdad respecto de las alegaciones de las partes, con base en lo cual se decidan los casos en términos de conceder o negar pensiones alimenticias, el juicio especial de alimentos constituye una *maquinaria*

*orientada a la canalización (casí inmediata e inevitable) de ciertos recursos patrimoniales pertenecientes al deudor, hacia el patrimonio del acreedor alimentista.*

En este sentido, existe una cierta semejanza entre este tipo de juicio y otro al que se le denomina “*Juicio Ejecutivo Mercantil*” (JEM).

El JEM está estructurado similarmente a los efectos de proporcionar un cúmulo importante de ventajas procesales a una de las partes: Al actor, quien es poseedor de un *título ejecutivo* (como una letra de cambio, un cheque, un pagaré, etc.).

La sola exhibición del documento ejecutivo exime al actor de probar las causas que dieron origen a su emisión (y suscripción por parte del deudor). En este sentido, el actor no tiene que demostrar que celebró con el deudor alguna de las clases de contrato reconocidas por la ley, ni que aquel incumplió sus obligaciones derivadas del contrato respectivo. Basta con presentar la letra, pagaré, cheque, etc., para que el juez inmediatamente disponga que un oficial del juzgado visite al deudor en su domicilio, lo invite a cumplir con la obligación pecuniaria contenida en el título conducente, y que, de negarse, se le embarguen bienes suficientes para garantizar el cumplimiento del monto adeudado.

Así mismo, el JEM contempla también un número restringido de excepciones que el deudor puede oponer para librarse de su obligación (pago parcial, falsificación de firma, que el documento fue firmado por alguna persona sin facultades, etc.), respecto de las cuales, el deudor tiene la carga de la prueba.

En este sentido, puede decirse que en el caso del Juicio Especial de Alimentos, el documento que demuestra la existencia de alguna relación (por ejemplo, paterno-filial) entre actor y demandado, como un acta de nacimiento, haría las veces de título ejecutivo (sólo que en este caso, de naturaleza civil). Una vez presentado, es muy poco probable que el demandado obtenga una sentencia favorable (en este caso, una que lo libre de su obligación alimentaria) debido al propio diseño del juicio y a los principios que lo rigen, pero además (y esto a diferencia del JEM), debido a la lectura pragmática particular que los jueces otorgan a principios como el de “*suplencia de la queja*”, del “*supremo interés de los menores*”, etc., según la cual, como se ha visto, sólo en caso de que el demandado se encuentre en condiciones precarias y prácticamente inmovilizado o incapacitado (física y/o mentalmente), puede librarse de la fijación de una pensión alimenticia a su cargo.

Demos paso ahora a la siguiente etapa en la evolución del pensamiento de Cáceres en torno a la arquitectura de las estructuras cognitivas o representaciones mentales que los jueces contruyen, recuperan y ajustan al tomar sus decisiones. Como hemos dicho, la evolución referida consiste en el empleo de una metáfora neuronal-conexionista a los efectos de explicar la arquitectura y dinámica de dichas estructuras cognitivas, las cuales, no obstante, siguen considerándose como sistemas simbólicos complejos.

## **2. Del paradigma simbólico en EXPERTIUS al paradigma conexionista: Hacia la explicación de la arquitectura y dinámica de los “Modelos Mentales Judiciales” mediante el empleo de la metáfora neuronal**

En las reflexiones posteriores a la experiencia EXPERTIUS, Cáceres introduce un nuevo término al arsenal constitutivo de su léxico teórico. Dicho término es el de “*modelo mental*”.<sup>1050</sup>

Algunas de las definiciones que el autor cita respecto de este término son: “Representaciones del mundo real o de situaciones imaginarias”; “Representaciones de la realidad que la gente utiliza para comprender fenómenos específicos”; “Representaciones psicológicas del mundo real o situaciones hipotéticas o imaginarias”; “Modelos declarativos acerca de la forma en que está organizado el mundo, y muchos contienen conocimiento general o abstracto y casos concretos”.<sup>1051</sup>

En este sentido, para Cáceres, todos contamos con modelos mentales de diversa índole y para muy diversos propósitos (aunque básicamente para la comprensión de nuestro entorno), de modo que dichos modelos constituyen las “*cartas de navegación que determinan la manera en que interactuamos con el mundo y con los demás*” (desde esta perspectiva, incluso las teorías científicas constituyen también un tipo especial de modelos mentales).<sup>1052</sup>

Más específicamente, Cáceres estipula que ‘modelo mental’ denota a todo *sistema complejo* de representaciones simbólicas, así como a las reglas de generación que los producen.<sup>1053</sup>

El contenido de los referidos modelos está constituido por representaciones mentales de diversas clases, tales como las imágenes o las representaciones proposicionales (que incluyen arborescencias semánticas, mapas conceptuales, etc.).<sup>1054</sup>

Por su parte, las representaciones referidas pueden versar sobre eventos reales (incluidos los performativamente contruidos) o imaginarios, pertenecientes al mundo externo (físico o al socialmente contruido), o a mundos posibles (representaciones proposicionales o imágenes en términos contra-fácticos); sobre el presente, el pasado o el futuro.<sup>1055</sup>

Así mismo, los modelos mentales incluyen de manera importante, conocimiento heurístico (derivado de la experiencia) experto (o especializado en algún dominio), o bien, ordinario (o de sentido común). Dicho conocimiento heurístico puede ser explícito (o conscientemente controlado en términos de su activación y monitoreo), o implícito (respecto del cual, el sujeto no es consciente o totalmente consciente).<sup>1056</sup>

En este marco, Cáceres se propone desarrollar un modelo mental (una teoría descriptiva) de los estados y procesos cognitivos subyacentes al razonamiento judicial (particularmente referido al de jueces de la tradición

---

<sup>1050</sup> Véase Cáceres, Enrique, “Pasos hacia una teoría constructivista y conexionista del razonamiento judicial en la tradición del derecho romano-germánico”, en PROBLEMA, Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho del IJ-UNAM, Núm 3, 2009, pp. 219-262.

<sup>1051</sup> Ibidem, pp.228-229.

<sup>1052</sup> Ibidem, 229.

<sup>1053</sup> Idem.

<sup>1054</sup> Idem.

<sup>1055</sup> Idem.

<sup>1056</sup> Idem.

romano-germánica o del Civil-Law). Se trata más bien, de un meta-modelo, es decir, de un modelo teórico respecto de los modelos mentales con base en los cuales los jueces de la tradición especificada toman sus decisiones relativas a la atribución o no de *responsabilidad penal* en casos concretos.<sup>1057</sup>

Cáceres denomina a dicho modelo “*Modelo Mental Constructivista-Conexionista de Razonamiento Judicial*” (MMC-CRJ), o simplemente, “*Modelo Mental Conexionista Judicial*” (MMCJ).<sup>1058</sup>

El MMCJ está conformado por representaciones de carácter proposicional correspondientes a los distintos constructos normativos o normas supervenientes aplicables a los casos de que se trate, así como por proposiciones e imágenes mentales pertenecientes a la serie de eventos y conductas socialmente construidas a partir del discurso del derecho positivo. Incluye también el correspondiente conocimiento judicial heurístico-experto, el cual, como sabemos, puede ser explícito o implícito, abstracto y/o vinculado fuertemente a casos concretos pasados.<sup>1059</sup>

Ahora bien, en este punto Cáceres da un paso metodológico que consideramos crucial en términos del incremento de la capacidad explicativa de su propuesta, el cual consiste en suscribir el *paradigma conexionista*<sup>1060</sup> y, por tanto, en el empleo de la *metáfora neuronal* como punto de partida para explicar la arquitectura y dinámica interna de su MMCJ.<sup>1061</sup> Desde esta perspectiva, el modelo mental que un juez activa para la resolución de algún caso es comparado con un sistema o *red neuronal*.

Citando a McClelland, Cáceres sostiene que una red neuronal (o conexionista) es un sistema conformado por los siguientes elementos:<sup>1062</sup>

- A) Un conjunto de procesadores elementales (o neuronas artificiales);
- B) Patrones de conectividad entre los elementos referidos en A);
- C) Una dinámica de activación de los patrones referidos en B);
- D) Una dinámica de aprendizaje (o de modificaciones en la configuración de la arquitectura de la red);
- E) El entorno donde opera la red.

A continuación presentamos algunas representaciones gráficas de una neurona artificial (o procesador elemental de información):

---

<sup>1057</sup> Ibidem, pp. 224, 228.

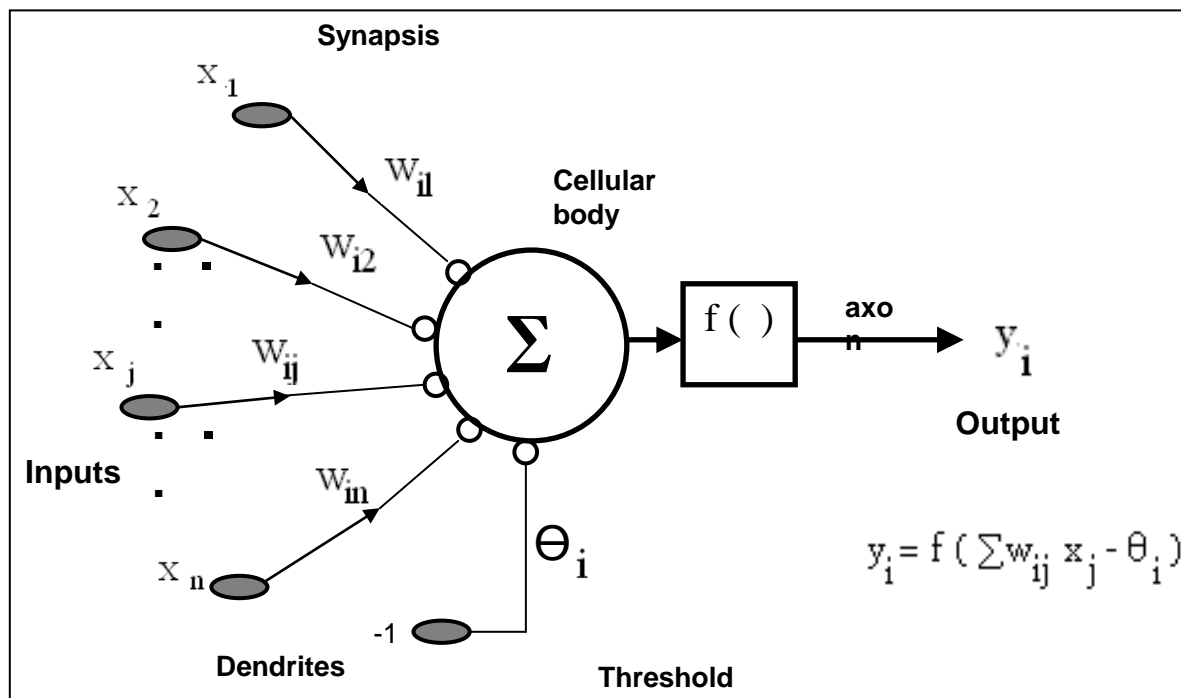
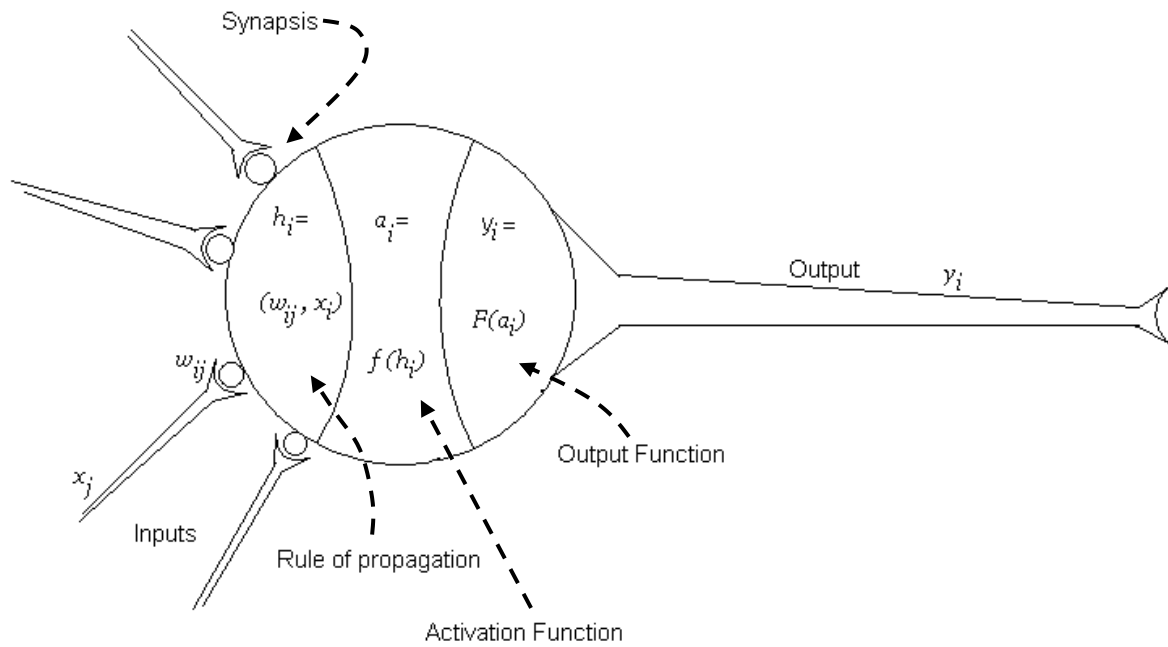
<sup>1058</sup> Ibidem, p. 228.

<sup>1059</sup> Ibidem, p. 230.

<sup>1060</sup> Es sabido que en su intent por explicar y comprender la mente y los procesos cognitivos humanos, las Ciencias Cognitivas han empleado, con diversos matices e intensidad en su suscripción, dos metáforas explicativas esenciales: La que asemeja a la mente y sus procesos con una computadora (*Paradigma Simbólico*); y la que la explica asemejándola a la arquitectura y funcionamiento de las denominadas “redes neuronales” (*Paradigma Conexionista*). Véase Aguilera, Edgar, *Inteligencia Artificial Aplicada al Derecho*, IIJ-UNAM, 2007, pp. 35-42.

<sup>1061</sup> Cáceres, Op. Cit., nota 1050, p. 230.

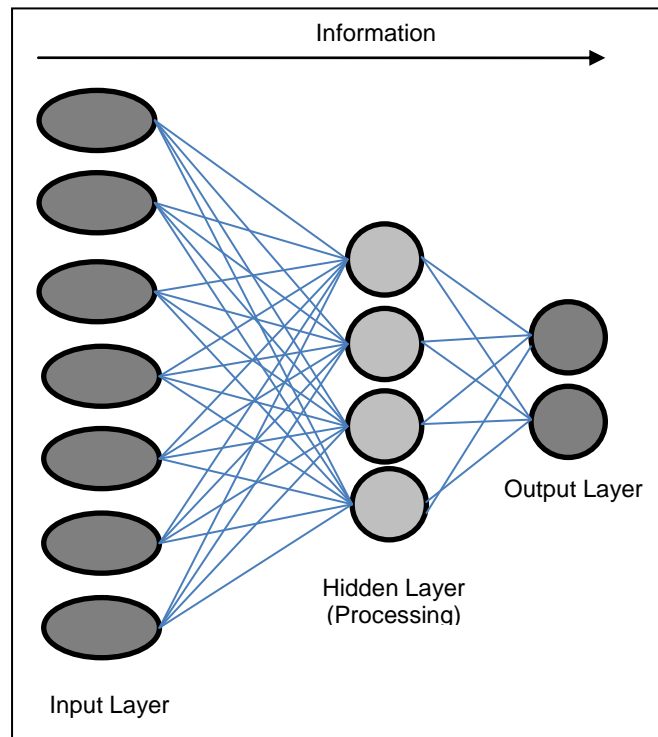
<sup>1062</sup> Ibidem, p. 231.



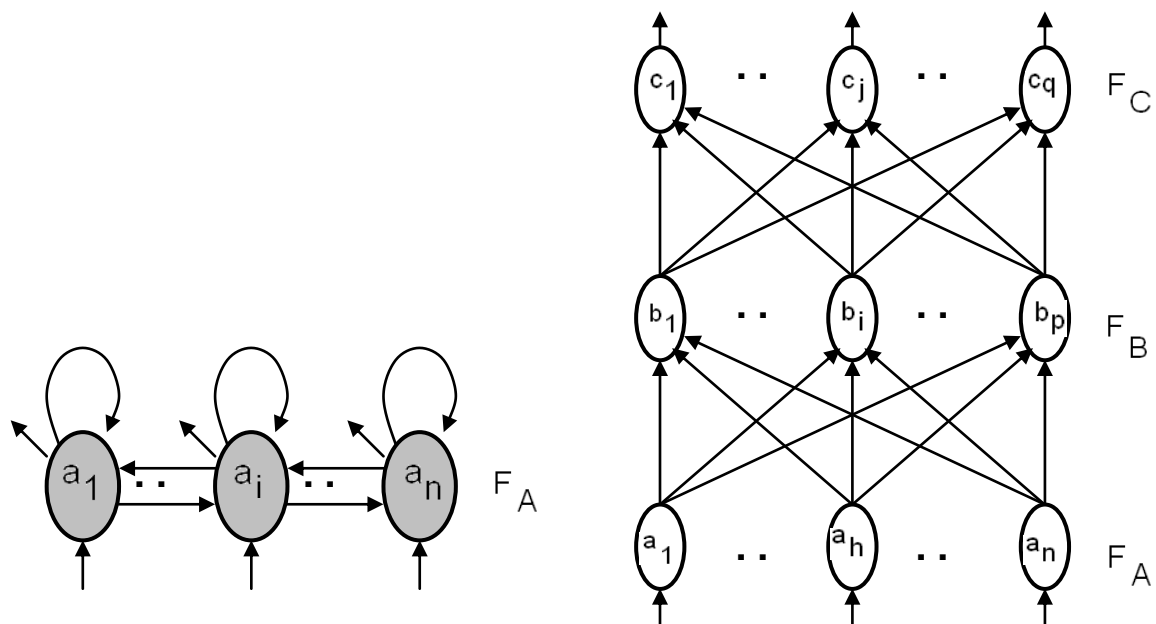
Como puede observarse, la neurona constituye una especie de nodo que potencialmente puede ser activado en términos de recibir información relevante, por 1, 2, 3, ... n neuronas. Por su parte, al haber sido exitado con la información respectiva, el nodo (o neurona) procede a la emisión de un output o respuesta (resultante del procesamiento rudimentario de la información de entrada) hacia su entorno.

Ahora bien, como explica Cáceres, la arquitectura de una red neuronal (en la que interactúan diversas neuronas) necesariamente implica al menos dos capas: La capa de neuronas de entrada (inputs) y la capa de neuronas de salida (output). Sin embargo, es frecuente que existan diversas capas intermedias, las cuales suelen permanecer ocultas.

La siguiente ilustración muestra la arquitectura descrita para el caso de una red neuronal con una capa binaria (dos opciones) de salida:



Los patrones de conectividad entre las diversas neuronas constitutivas de la red pueden ser muy complejos, de modo que aquellos pueden darse entre las neuronas pertenecientes a una misma capa (*conexiones intra-capá*), o entre conexiones pertenecientes a diversas capas (*conexiones inter-capá*). En la siguiente ilustración se muestran los patrones de conexión descritos:



Ahora bien, al aplicar este modelo al ámbito del razonamiento judicial (con lo cual se obtiene el *Modelo Mental Conexionista Judicial*), el sistema o red neuronal representaría a la dinámica de sucesión de estados mentales en un juez al resolver un caso (en materia penal o en cualquier rama del derecho).<sup>1063</sup>

Los *sensores* de la red (que activan la capa de entrada) serían los órganos sensoriales del juez por medio de los cuales capta y procesa la información de su entorno, mientras que los *efectores* de la red (que implican la actividad de la capa de salida) corresponderían a las conductas esencialmente verbales de tipo performativo (que producen cambios en los estados de cosas sociales) mediante las que el juez decide el caso en cuestión (declarar a alguien responsable penalmente o absolverlo).<sup>1064</sup>

Por su parte, las capas constitutivas de la red serían las siguientes:<sup>1065</sup>

- A) La capa de entrada, que corresponde a los términos denotativos de hechos jurídicamente relevantes contenidos en la narrativa del caso presentada por el fiscal (o Ministerio Público) y por la defensa;
- B) La capa oculta correspondiente a la evidencia o medios probatorios con que se respaldan los diversos segmentos de la narrativa del caso;
- C) La capa oculta correspondiente a los elementos del tipo penal de que se trate;

<sup>1063</sup> Idem.

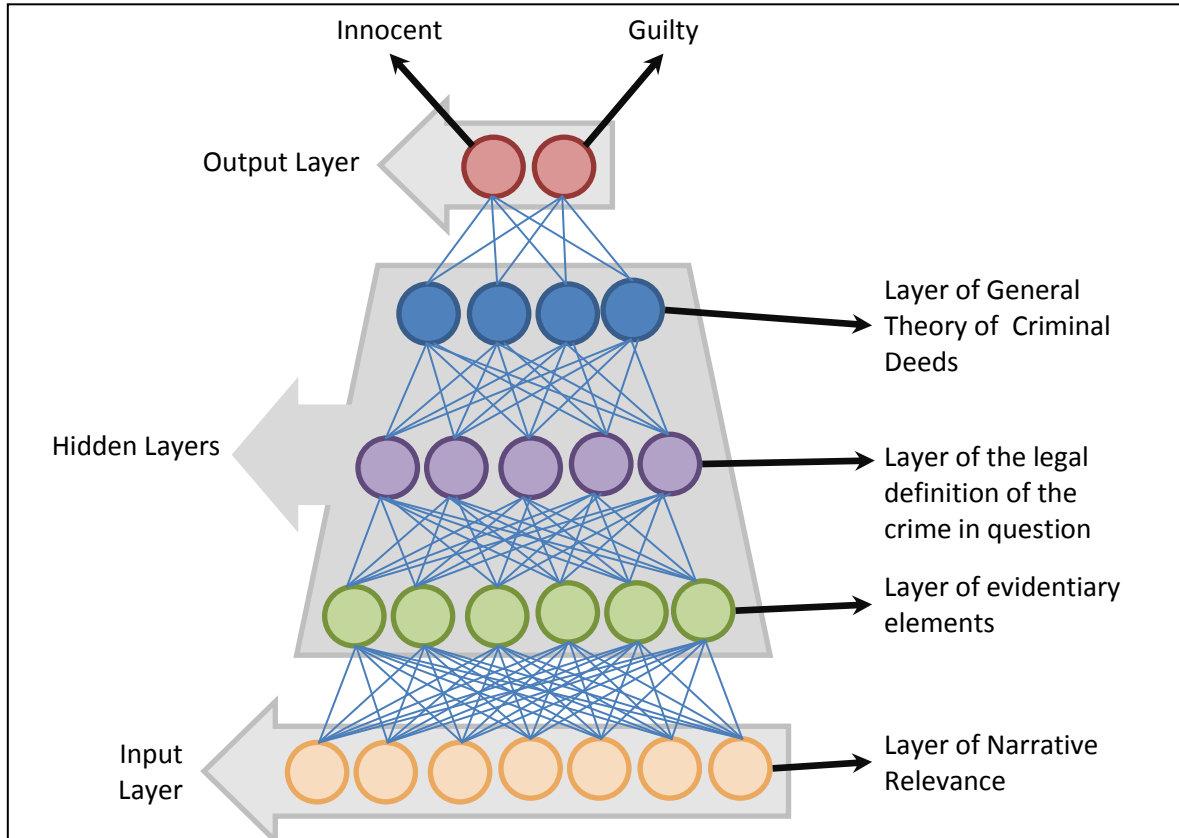
<sup>1064</sup> Ibidem, p. 236.

<sup>1065</sup> Ibidem, pp. 237-238.

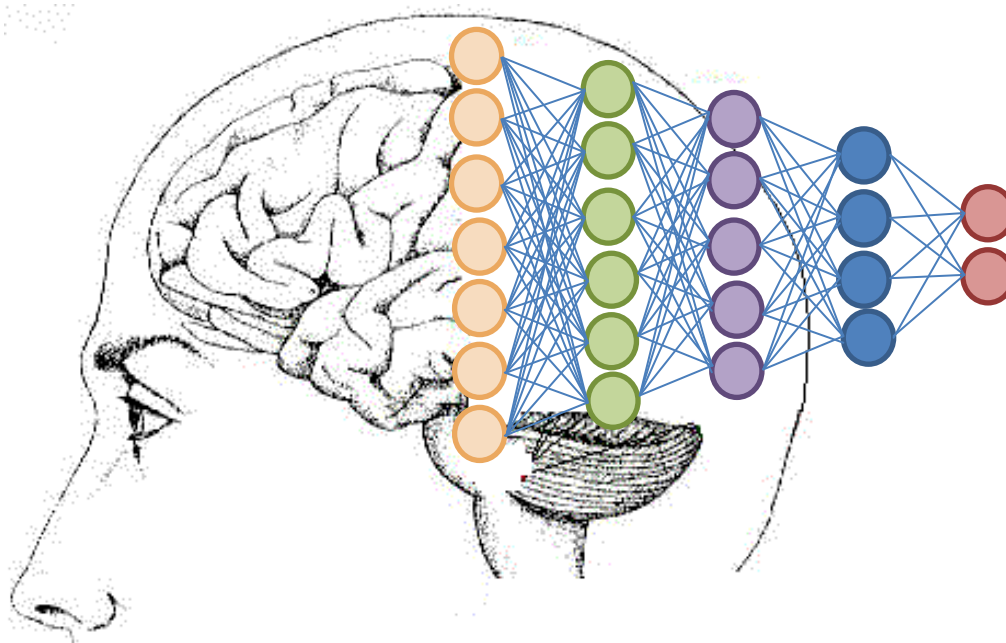


- D) La capa oculta correspondiente a las denominadas “*causas excluyentes de responsabilidad*” que se activan de acuerdo con la conducta típica en cuestión;
- E) La capa oculta correspondiente a los conceptos pertenecientes a la teoría del delito;
- F) La capa de salida binaria, que corresponde a las modalidades que reviste normalmente una decisión judicial en materia penal: Declarar penalmente responsable a alguien, o absolverlo.

La siguiente figura ilustra la arquitectura descrita:



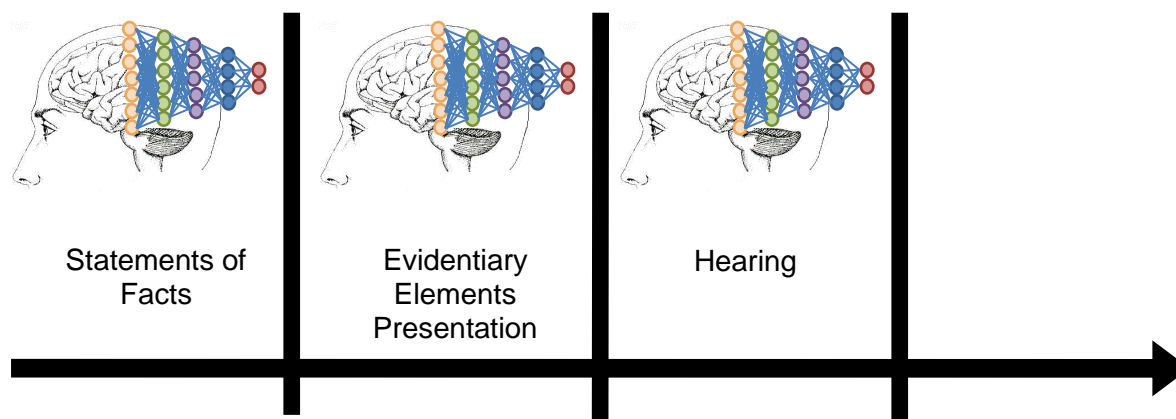
Incluyendo al sujeto cognoscente (el juez), la arquitectura de capas de la figura anterior podría representarse de la siguiente manera:



Por su parte, la dinámica de activación de los diversos patrones de conectividad al interior de la red neuronal está orientada a la satisfacción de cierto umbral heurístico que activa la creencia plausible de que el acusado es penalmente responsable, o la creencia plausible de que no es penalmente responsable del delito que se le imputa.

Así mismo, la dinámica de aprendizaje de la red corresponde a las diversas modificaciones y reconfiguraciones que el sistema sufre como consecuencia de los ajustes en su arquitectura a lo largo del proceso, resultantes de la consideración de nuevos inputs informativos en las diversas fases. La siguiente figura ilustra la dinámica de aprendizaje descrita:

### Time-line of the judicial mental model



Sólo resta agregar que el MMCJ de Cáceres concibe la posibilidad de patrones de conectividad *exitatorios* (de nodos de otras capas) e *inhibitorios*. Así mismo, las conexiones establecidas pueden tener diversos grados de intensidad: Intensidad *débil*, *intermedia* y *suficiente* para satisfacer (o superar) el umbral de creencia respectivo.<sup>1066</sup>

Para explicar cómo operaría su propuesta de MMCJ, Cáceres emplea el caso del estudiante japonés Yoshihiro Hattori, al que a continuación nos referimos brevemente:<sup>1067</sup>

Como resultado de un intercambio académico a nivel bachillerato, este estudiante se encontraba viviendo en casa de los Haymaker en Estados Unidos. En la tarde del Halloween de 1992, Hattori y Haymaker Junior parten hacia una fiesta a la que habían sido invitados. Ambos iban disfrazados, Junior simulaba estar herido (se había puesto un yeso en el brazo y pintó su rostro con manchas rojas que parecían sangre), mientras Hattori se caracterizó de “John Travolta”. Debido a que tenían la dirección equivocada, los estudiantes arribaron por error a la residencia de la familia Peairs (constituida por Rodney y Bonnie Peairs y sus dos hijas pequeñas). Bonnie Peairs se acerca a su puerta al escuchar el timbre, la abre sólo un poco y entonces observa a Junior (recordemos que aparentaba estar herido). Cuando abre la puerta un poco más, se asusta mucho al percibir la figura de Hattori, pues piensa que éste había sido el causante de las “heridas” que vio en Junior (su percepción se encontraba viciada por el prejuicio difundido por la televisora local en el sentido de que inmigrantes asiáticos andaban por el barrio cometiendo actos criminales). Recuperándose del susto, Bonnie cierra en forma abrupta la puerta sin dejar a los muchachos explicar el motivo de su presencia, y emite un grito frenético de ayuda a su esposo quien se encontraba en el piso de arriba viendo el televisor. Rodney desciende desesperadamente por las escaleras y observa que su esposa e hijas corren aterrorizadas a encerrarse en el cuarto de la planta inferior. Su esposa se da cuenta de que ha bajado, deja a sus hijas en el cuarto mencionado y sin intercambiar palabra alguna con Rodney, lo acompaña en su camino hacia la puerta de entrada. En el trayecto, Rodney toma una de sus varias armas regadas por ahí en la casa al alcance de todos, su magnum 44. Antes de llegar a la puerta, quita el seguro de su pistola dispuesto a usarla a la menor provocación. Los estudiantes ya estaban yéndose y se encontraban de espaldas a los Peairs cuando escucharon el sonido de la puerta al abrirse. Hattori se encamina entonces a la pareja con la intención de preguntar por la fiesta haciendo caso omiso de la advertencia de su amigo Haymaker, quien ya sospechaba que algo marchaba mal. Al verlo dirigirse hacia ellos, Rodney Peairs grita la expresión “freeze” (que en Inglés se emplea para significar “*detente o disparo*”). El poco tiempo que tenía viviendo en Estados Unidos y el poco conocimiento de los modismos culturales, hicieron que Hattori no entendiera el sentido en que se había emitido la expresión mencionada y continuó su paso. Entonces, sin mayor advertencia, Rodney simplemente levanta su arma y dispara al pecho del estudiante japonés, quien del impacto es lanzado de espaldas al jardín, donde muere instantáneamente.

La forma en que operaría el MMCJ de Cáceres sería la siguiente:

---

<sup>1066</sup> *Ibidem*, 238.

<sup>1067</sup> Véase la voz “Yoshihiro Hattori” en: [http://en.wikipedia.org/wiki/Yoshihiro\\_Hattori](http://en.wikipedia.org/wiki/Yoshihiro_Hattori)

El juez respectivo organizaría de manera coherente la información vertida por las partes en sus alegatos de apertura, lo cual en teoría, arrojaría una serie de términos jurídicamente relevantes correspondientes a la capa de entrada de la red neuronal. Dichos términos denotativos de hechos jurídicamente relevantes serían:

- A) Peairs dispara a Hattori causando su muerte
- B) Hattori se encontraba traspasando propiedad ajena
- C) Presumiblemente Hattori tenía un aspecto amenazante
- D) Hattori no se detuvo cuando Peairs emitió una instrucción en ese sentido

Estos elementos activarían, con grados bajos de intensidad, una conexión con la capa referida al tipo delictivo relevante (en este caso “*homicidio*”), y así mismo, activarían una conexión con la capa correspondiente a las causas excluyentes de responsabilidad penal (particularmente con los nodos correspondientes a dos de esas causas, las cuales podrían ser “*legítima defensa objetiva*” y “*legítima defensa subjetiva o putativa*” resultante de “*error insuperable de justificación*”).

Al entrar en contacto, en un momento 2, con la información relativa a ciertos medios de prueba, como podrían ser una confesión de parte de Rodney Peairs en la que concede haber disparado, así como un par de periciales que determinan la causa de la muerte, esto inputs activarían la capa oculta correspondiente a la evidencia, y reforzarían también, la conexión inicialmente establecida entre los elementos relevantes de la narrativa y la capa correspondiente al tipo del delito de homicidio.

Sin embargo, la intensidad de esta conexión aunque reforzada, todavía no alcanza a satisfacer el umbral respectivo (que suele ser denotado por expresiones tales como “*convicción íntima*” o “*más allá de toda duda razonable*” en diversos ordenamientos). Además, recordemos que todavía está activa la conexión entre los elementos relevantes de la narrativa del caso y la capa de las excluyentes de responsabilidad.

Al entrar en contacto, en un momento 3, con otros medios de prueba como podrían ser las testimoniales de Junior Haymaker, de los padres de Haymaker, y de Bonnie Peairs, estos inputs establecerían una conexión de tipo *inhibitorio* con la capa correspondiente a las excluyentes de responsabilidad, particularmente para el caso de la “*legítima defensa objetiva*”. La conexión sería inhibitoria (y por tanto excluyente), debido a que la consideración de dichas testimoniales permitiría concluir que Hattori era un estudiante extranjero, que no entendía bien Inglés (por eso no se detuvo al escuchar la instrucción “*freeze*”), y que al presentarse en la residencia Peairs, no tenía la intención de invadir propiedad ajena con fines delictivos, sino que simplemente quería acudir a la fiesta de disfraces a la que había sido invitado (lo que explica que se encontrara disfrazado con una indumentaria a la “*John Travolta*”)

No obstante, permanecería todavía activa la conexión entre los elementos relevantes de la narrativa y la excluyente de responsabilidad conocida como *legítima defensa subjetiva* derivada de error insuperable de justificación. Es decir, todavía puede ser absuelto el acusado si se considera que su error de percepción (el concebir que él y su familia se encontraban bajo una amenaza actual e inminente) no podía haber sido corregido por acciones o conductas oportunas para tales efectos, de acuerdo con el contexto.

Al entrar en contacto con los otras testimoniales en el sentido de que Hattori no irradiaba una imagen amenazante, que su paso era tranquilo y que incluso, se veía cómico debido a la vestimenta que llevaba, y con otras periciales en el sentido de que Rodney Peairs pudo haber actuado diligentemente en lo que concierne al manejo de su arma, de modo que pudo haber emitido otras advertencias y ensayado otras alternativas distintas al uso de fuerza letal, estos inputs disparan otra conexión *inhibitoria*, ahora respecto de la excluyente de responsabilidad que aún quedaba activa: La relativa al error insuperable de justificación (o legítima defensa subjetiva).

Las conexiones inhibitorias referidas contribuyen a fortalecer la intensidad de la conexión entre los elementos relevantes de la narrativa del caso y la capa correspondiente el tipo del delito de homicidio, de modo que ahora si se satisface el umbral respectivo, lo cual genera una conexión con el nodo de responsabilidad penal (contenido en la capa de salida). En este sentido, el output final de la red neuronal correspondería a la conducta verbal-performativa del juez consistente en declarar penalmente responsable por el delito de homicidio, al acusado Rodney Peairs.

Hasta aquí hemos concluido con la exposición de la evolución que ha experimentado la concepción de las representaciones mentales judiciales como sistemas simbólicos complejos, la cual se encuentra (al menos hasta ahora) en un estado en que de un lado se emplea el término “modelo mental” para denotar la diversa gama de estructuras cognitivas (imágenes, proposiciones, etc.) que las conforman, así como las reglas generadoras de dichas estructuras; y de otro, se emplea una metáfora neuronal-conexionista para explicar la arquitectura interna de estos modelos, así como las dinámicas de interacción entre sus componentes (neuronas artificiales).

Sin embargo, esta no es toda la historia. Recordemos que un componente crucial del modelo de redes neuronales (o modelo conexionista) al que acude Cáceres, consiste en el “*entorno de operación*” de la red.

En este sentido, el sujeto cognoscente (en este caso, un juez) no realiza sus actividades decisorias en el vacío o en un ambiente aislado. Al contrario, sus procesos de toma de decisiones tienen lugar en un contexto que presupone la participación de múltiples agentes cognoscentes como él (el ministerio público o fiscal, el defensor, su secretario proyectista, otros colegas, e incluso, otras instancias con funciones revisoras respecto de sus decisiones)

A su vez, la participación de múltiples agentes presupone el establecimiento de consensos y convenciones (muchas veces implícitas y gestionadas por el *Inconsciente Adaptativo* de los diferentes actores) que permiten la estructuración u organización de expectativas recíprocas y la coordinación de conductas (en ocasiones, de manera opuesta a la teleología subyacente al discurso oficial del derecho positivo).

Los efectos de la inmersión del juez en estos contextos comunitarios normalmente no son analizados por las distintas propuestas teóricas y, en consecuencia, son insospechados. Sin embargo, su consideración y estudio abren una puerta prometedora a los efectos de encontrar las claves que permiten explicar lo cognitivamente arraigadas que pueden estar ciertas prácticas de corrupción institucional que probablemente impliquen incluso, la puesta en marcha de estrategias para la supervivencia del gremio correspondiente y de sus integrantes.

Demos paso pues, a la que hemos denominado la *Teoría de las Comunidades Cognitivas Judiciales* propuesta por Cáceres:

## VII. LA TEORÍA DE LAS COMUNIDADES COGNITIVAS JUDICIALES (TCCJ)

Siguiendo la pauta de la teoría *autopoietica* de la construcción del conocimiento (también conocida como *biología de la cognición*) propuesta por el célebre biólogo de formación, Humberto Maturana,<sup>1068</sup> Cáceres sostiene que los actos de cognición que experimentan los organismos, y particularmente, los humanos (en última instancia, creencias con los más diversos contenidos, por ejemplo, respecto del mundo externo, del mundo social, de sí mismos, etc.), constituyen un conjunto de estructuras cognitivas emergentes (o supervenientes) de diversas dinámicas de procesamiento de la información que tienen lugar al interior del agente cognoscente en cuestión.<sup>1069</sup>

Dichas dinámicas implican la detección de una *perturbación ambiental* que genera *disonancia cognitiva* en términos de no ajustarse a alguna predicción o expectativa del agente (la cual se realiza –predicción- o se tiene –expectativa- con base en reglas generadas previamente que expresan regularidades en el medio de referencia).<sup>1070</sup>

A los efectos de recobrar un estado de balance o consonancia, el individuo echa a andar una serie de *acoplamientos estructurales* que implican la modificación o reconfiguración de alguna(s) estructura(s) cognitiva(s) previa(s) con el fin de construir un marco de comprensión-explicación de la perturbación respectiva, el cual será puesto a prueba ulteriormente a través de la acción que el agente despliegue y de la reacción que se genere en el entorno de referencia.<sup>1071</sup>

Si la conducta desplegada no produce los efectos predichos con base en la estructura cognitiva modificada, el ciclo continúa hasta que el medio finalmente robustece dicha estructura mediante una respuesta que confirma las predicciones o expectativas del agente.<sup>1072</sup>

El proceso de acoplamientos estructurales referido culmina con la emergencia de la estructura cognitiva resultante de las modificaciones y ajustes realizados a ciertas estructuras previas. A este punto de culminación (y de balance en el que se recupera la consonancia cognitiva) se le denomina “*clausura operacional*”.<sup>1073</sup>

---

<sup>1068</sup> MATURANA, Humberto y VARELA, Francisco (1979). *Autopoiesis and Cognition: The Realization of the Living (Boston Studies in the Philosophy of Science)*. Paperback, 1991; MATURANA, Humberto *Biología de la Cognición y Epistemología*. Ed. Universidad de la Frontera. Temuco, Chile. 1990; MATURANA, Humberto. *La realidad: ¿objetiva o construida? I: Fundamentos biológicos de la realidad*. Barcelona: Editorial Anthropos, 1996a; MATURANA, Humberto. *La realidad: ¿objetiva o construida? II: Fundamentos biológicos del conocimiento*. Barcelona: Editorial Anthropos, 1996b; Maturana, H. R. *Autopoiesis*. In: *Autopoiesis: A theory of the living organization*. M. Zeleny. (ed.) Westview press, Boulder. 1981. Véase también la página “The Observer Web: Autopoiesis and Enaction. The Biology of Cognition, Autopoietic Theory, and Enactive Cognitive Science”, en <http://www.enolagaia.com/AT.html>

<sup>1069</sup> Véase Cáceres, Enrique, “Cognition, Epistemology, and Reasoning about Evidence within the Legal Domain”, trad. de Edgar R. Aguilera, en *PROBLEMA, Anuario de Teoría y Filosofía del Derecho del IIJ-UNAM*, Núm. 2, 2008, pp. 246-249.

<sup>1070</sup> Idem.

<sup>1071</sup> Idem.

<sup>1072</sup> Idem.

Ahora bien, pese a que los actos de cognición (o estados cognitivos) referidos son individuales en tanto son experimentados por cada sujeto cognoscente, la dinámica de acoplamientos estructurales activada a los efectos de adaptar estructuras cognitivas previas a las exigencias del entorno de operación de referencia, está determinada por una serie de reglas cognitivas de procesamiento de la información *cuya génesis es social* en el sentido de haber surgido (y de continuar modificándose) en el seno de grupos o colectividades particulares, a las que Cáceres da en llamar “*comunidades cognitivas*”.<sup>1074</sup>

En esta línea, los productos cognitivos emergentes de los procesos de acoplamiento estructural son *inter-subjetivamente controlados* de formas diversas por los miembros de la comunidad relevante, de modo que su validación o aceptación depende del hecho de encontrarse dentro del rango de productos cognitivos aceptables en un momento histórico determinado.<sup>1075</sup>

En esta misma situación se encuentran dominios en principio, tan diferentes como la ciencia y el derecho. Para Cáceres, ambos constituyen actividades cognitivas (orientadas a la generación de creencias respecto del mundo natural o del socialmente construido) y, por tanto, presuponen la influencia determinante de diversas comunidades cognitivas (científicas y jurídicas) en los respectivos procesos de acoplamiento estructural que experimentan sus integrantes, así como en los procesos de control inter-subjetivo por medio de los cuales se validan o rechazan las estructuras cognitivas (teorías científicas, decisiones judiciales, etc.) derivadas de los acoplamientos referidos..<sup>1076</sup>

Aunado a lo anterior, un individuo puede participar en distintos contextos en los que los actos de cognición respectivos (junto con los acoplamientos estructurales correspondientes) reciben la influencia de múltiples comunidades cognitivas. En este sentido, por ejemplo alguien que es contador y jurista recepta la influencia de las comunidades cognitivas en que se formó en términos de emplear las reglas cognitivas de procesamiento de la información propias del gremio contable y del jurídico, según se halle realizando declaraciones ante el fisco, o interponiendo demandas a favor de sus clientes.

Con base en lo anterior, siguiendo a Vygotsky,<sup>1077</sup> Cáceres afirma que la mente constituye un producto colectivo (o socio-cultural), pero además, y siguiendo a Bateson,<sup>1078</sup> diversas comunidades cognitivas pudieron haber

---

<sup>1073</sup> Idem.

<sup>1074</sup> Ibidem, pp. 249-250.

<sup>1075</sup> Ibidem, p. 250.

<sup>1076</sup> Idem.

<sup>1077</sup> Algunas de las obras más importantes de este gran psicólogo soviético son: Vygotsky, L. S. (1978). *Mind in society*. Cambridge, MA: Harvard University Press; Vygotsky, L. S. (1978). "Pensamiento y Lenguaje". Madrid: Paidós.

<sup>1078</sup> Algunas de las obras más importantes de este antropólogo y científico social Inglés son: Ruesch, J., Bateson, G. (1951). *Communication: The Social Matrix of Psychiatry*. W.W. Norton & Company; Bateson, G. (1972). *Steps to an Ecology of Mind: Collected Essays in Anthropology, Psychiatry, Evolution, and Epistemology*. University Of Chicago Press; Bateson, G. (1979). *Mind and Nature: A Necessary Unity (Advances in Systems Theory, Complexity, and the Human Sciences)*. Hampton Press.

contribuido a la conformación de dicho producto, en cuyo caso (que suele ser el más normal), en diversas instancias y contextos, el agente cognoscente activa el “*yo situacional*” relevante, lo cual lo conduce a entrar en la dinámica particular de procesamiento de la información correspondiente.<sup>1079</sup>

Ahora bien, en lo concerniente al aprendizaje de las reglas cognitivas de procesamiento de la información implicadas en las diversas dinámicas de acoplamientos estructurales que un agente cognoscente experimenta al desempeñar las tareas y resolver los problemas propios de algún contexto, como el jurisdiccional, este aprendizaje suele tener lugar *de forma implícita*, es decir, no conscientemente controlado ni monitoreado por quien adquiere el conocimiento resultante de dicho aprendizaje.

Respecto al aprendizaje implícito (gestionado por el *Inconsciente Adaptativo*<sup>1080</sup>) resultante de la mera inmersión del agente en un medio de socialización específico, como el de la práctica profesional, Cáceres afirma lo siguiente:

“... el hombre puede ser considerado como *una especie de agente inmerso en un medio con el que intercambia información constantemente, del que recibe los estímulos que son procesados por el inconsciente adaptativo de manera autoorganizativa y sin un estricto control consciente, en los términos apuntados previamente.*

Esta afirmación, en principio realizada para la sociedad en su conjunto, es válida, también para contextos más restringidos, *para subuniversos simbólicos determinados. Uno de ellos corresponde al terreno de la vida profesional en que los jueces se encuentran inmersos y también se socializan.*

Consecuentemente, *el simple interaccionismo simbólico ocurrido en la práctica jurisdiccional cotidiana, produce esquemas determinantes del comportamiento judicial, mediante lo que se ha dado en llamar “aprendizaje implícito”...*”<sup>1081</sup>

Mediante este proceso de aprendizaje implícito de las reglas y convenciones para el procesamiento de la información que imperan en la comunidad relevante, el sujeto cognoscente adquiere el conocimiento que le permite realizar las tareas y resolver los problemas que surgen en el contexto de su actividad profesional.

Ahora bien, en el caso del derecho y específicamente, en el caso de las prácticas jurisdiccionales, se esperaría que el conocimiento heurístico (el derivado de la experiencia) resultante del proceso de aprendizaje implícito del que participan los jueces y demás miembros de las comunidades judiciales (secretarios proyectistas, actuarios, etc.) al interactuar entre sí en la cotidianeidad de su profesión, constituyera sólo una especie de *complementación pragmática* del discurso del derecho positivo (legislación y jurisprudencia preponderantemente), en virtud de que éste no puede contemplar de forma exhaustiva, la totalidad de supuestos de hecho y de criterios que los operadores respectivos requerirían para su implementación y aplicación.

Sin embargo, puede suceder que el conocimiento heurístico (inconscientemente generado) resultante de los procesos de aprendizaje implícito, no se circunscriba al mero desarrollo y complementación pragmática del discurso del derecho positivo con miras a lograr actualizar (o materializar) su teleología subyacente, sino que tome “*camino por cuenta propia*” hacia el punto (quizá de no retorno) de fungir como la base psico-cognitiva-social de una serie de *prácticas*

---

<sup>1079</sup> Cáceres, Op. Cit., nota 1069, p. 250.

<sup>1080</sup> Véase sección II de este Capítulo.

<sup>1081</sup> Cáceres, Op. Cit., nota 928, p. 73.



*disfuncionales* que no sólo no materialicen los fines y objetivos a los que supuestamente tiende el (y que informan al) contenido del derecho positivo, sino que, incluso constituyen las **conductas opuestas** que se desearía erradicar (como la tortura, las detenciones ilegales, las desapariciones forzadas, las ejecuciones extra-judiciales, etc.).

Lo anterior podría acontecer cuando los emisores del discurso oficial del derecho positivo (normalmente las legislaturas, locales o federales) sobrevalúan al derecho como medio de control social y en consecuencia, incurren en la masiva y obsesiva expedición de leyes, códigos, reglamentos, etc., pensando que por este sólo hecho se generarán cambios en la realidad social hacia la obtención de los estados de cosas deseados, de modo que sólo se preocupan por incorporar -por ejemplo, mediante la suscripción de tratados- figuras jurídicas, instituciones, procedimientos, leyes, etc., sin duda, de vanguardia que quizá hayan producido excelentes resultados como medida de contención de algún problema social en otras latitudes, dejando de lado el estudio y consideración de las condiciones fácticas (recursos asignados, capacitación, carga de trabajo, cultura institucional, etc.) en las que la comunidad de operadores jurídicos relevante, receptoría la normatividad en cuestión, y dejando también fuera la planeación y correspondiente ejecución de las medidas conducentes a los efectos de crear y mantener las *condiciones mínimas de eficacia* que la implementación de la normatividad respectiva requeriría.

En un contexto como el descrito, en el que la comunidad de operadores jurídicos respectiva venga cargando con el lastre de prácticas disfuncionales resultantes de factores situacionales adversos que experimentan al desempeñar sus funciones, dicha comunidad, como colectividad cognitiva, y si pretende sobrevivir al eventual escrutinio (aunque sea superficial) que la sociedad civil o la comunidad internacional pudiera emprender respecto de su operar, requiere hacer adaptaciones en sus prácticas a los efectos de “*simular*” o “*aparentar*” dar cumplimiento a los marcos normativos orientados a regularla (lo cual, puede dar lugar al surgimiento de procesos y procedimientos que operan a la manera de un “*Witch-Hunt*” o “*Cacería de Brujas*”, cuyas condiciones, características y dinámica son analizadas por Douglas Walton y a las cuales nos referiremos posteriormente en el Capítulo Sexto).

Las reglas de procesamiento de la información que materializan las prácticas de simulación, pueden de hecho, ser muy sofisticadas, sin embargo, pese a la sofisticación referida, las prácticas erigidas sobre estas *reglas no-escritas* no pierden su estatus de “*simulación colectiva*”, las cuales sólo enmascaran teleologías (gremiales) que pueden tener que ver con no perder la legitimidad (muchas veces endeble) de la que goza la comunidad en cuestión y de no exponer a la luz pública la “*caja de pandora*” de la disfuncionalidad esparcida ampliamente como cáncer corrosivo, arraigada en los más recónditos parajes del conocimiento heurístico que se emplea.

Considerando la investigación empírica reciente de Luis Pásara,<sup>1082</sup> Cáceres deja ver que los jueces encargados de impartir justicia en materia penal (al menos en el Distrito Federal) podrían estar incurriendo en este estado disfuncional en donde las prácticas judiciales (sustentadas en el respectivo conocimiento heurístico difundido en la comunidad mediante los respectivos procesos de socialización y de aprendizaje implícito en que participan los jueces

---

<sup>1082</sup> Véase Pásara, Luis, *Cómo sentencias los jueces del Distrito Federal en materia penal*, México, IJ-UNAM, 2006.

al integrarse a la profesión), nada tienen que ver con la materialización de los estados sociales supuestamente deseados por la legislación procesal penal correspondiente, tales como el respeto al principio de presunción de inocencia, a garantías fundamentales de los acusados, al principio de la convicción íntima (o más allá de toda duda razonable) como base legítima para condenar, etc.

A continuación, la lectura constructivista que Cáceres realiza respecto de la investigación de Pásara:

**A)** “... *Los jueces presentan esquemas sumamente rígidos, lo que se traduce en una sospechosa homogeneidad en las sentencias en materia penal.*

**B)** *Se observa un fenómeno de refracción cognoscitiva por parte de los jueces, al no integrar ni procesar más pruebas que las testimoniales y declaraciones.* De igual manera sucede con la falta de integración de insumos cognitivos provenientes de la jurisprudencia, doctrina y principios generales del derecho, necesarios para generar constructos normativos. Otra muestra de rigidez de los esquemas, se presenta en el peso atribuido al principio de inmediación.

**C)** El carácter retroproyectivo de los esquemas judiciales se manifiesta en *una profecía autocumplida consistente en la predeterminación de la sentencia por el auto de término constitucional, producido por el Ministerio Público.*

**D)** Los procesos de atención selectiva deficientes están presentes en la falta de consideración del estado de tentativa de los delitos cometidos, así como en el tratamiento deficiente de los elementos del cuerpo del delito y presunta responsabilidad.

**E)** *La falta de argumentación detallada y la práctica de "cortar " y "pegar" casi la totalidad del expediente, es muestra de la forma en que los jueces presentan supuestas justificaciones de su decisión, que nada tienen que ver con los procesos que efectivamente ha disparado su narrativa...*<sup>1083</sup>

Podemos decir para concluir este apartado, que la influencia de las comunidades cognitivas que constituyen el entorno en el que los operadores jurídicos, como los jueces, desempeñan sus funciones, pueden ejercer su influencia en términos de proporcionar las reglas de procesamiento de la información (conocimiento heurístico), a la manera de una especie de espectro o continuo que va de la diversa gama de efectos virtuosos en un extremo, a la diversa gama de efectos perniciosos y perversos (al otro extremo).

En escenarios como los del extremo pernicioso del espectro de la influencia que pueden ejercer las comunidades cognitivas, no puede seguirse actuando con base en la expectativa de que la emisión de más normas jurídicas corregirá la situación. Se requiere de una reingeniería institucional que tome en cuenta las raíces cognitivas del problema, capaz de desarrollar modelos de contención e intervención más sofisticados que quizá impliquen el monitoreo riguroso y constante de los procesos cognitivos de los operadores jurídicos, incluso, por parte de la sociedad civil, quien en última instancia es quien reciente las disfunciones institucionales generalizadas en sectores tan sensibles como la impartición de justicia en materia penal.

Sin embargo a estas cuestiones nos referiremos más adelante en el capítulo final de este trabajo. Por ahora cerraremos con una cita más del pensamiento de Cáceres en relación con este papel dual que puede ejercer la

---

<sup>1083</sup> Cáceres, Op. Cit., nota 928, pp. 72-73.

influencia de las comunidades cognitivas y la interacción del Inconsciente Adaptativo de cada sujeto cognoscente con aquellas:

***“... En síntesis, los jueces deciden con base en procesos y esquemas generados por el inconsciente adaptativo, dentro de un contexto de aprendizaje implícito.***

Las consecuencias de lo anterior son sumamente importantes, pues muestra cómo ***la práctica profesional constituye la matriz comunicativa a partir de la cuál el inconsciente adaptativo genera las estructuras necesarias para poder participar y manipular un mundo social, también autoorganizativamente, generando frecuentemente un estado disfuncional.*** Es aquí donde se encuentra la clave de las prácticas corruptas de muchas instituciones jurídicas, de la manera en que generar buenas leyes no es sino un simple presupuesto para que pueda emerger la realidad social esperada por la sociedad, donde radica la muestra de que, ***a pesar de nuestra teleología conscientemente elaborada y subyacente al sistema normativo, la dinámica de la generación de la realidad social toma su camino por cuenta propia, de modos no siempre deseados por el “poder detrás de la silla”: el inconsciente adaptativo que actúa detrás de nuestra racionalidad consciente.***

Lo anterior no debe satanizar el papel del inconsciente, pues él también es el responsable de la generación de los esquemas a partir de los que actúan funcionarios ejemplares, cuyas estrategias de aplicación del derecho merecen ser consultadas y aprendidas por otros funcionarios con menos grado de pericia. Son estos esquemas los que habrán de ser modelados en el sistema inteligente de nuestro proyecto y también, habrán de configurar los procesos mentales del inconsciente adaptativo de los usuarios del sistema, a través de la simple interacción con el mismo...”<sup>1084</sup>

---

<sup>1084</sup> Ibidem, pp. 74-75.

## CAPÍTULO SEXTO

### ANÁLISIS COMPARATIVO DE LOS PROYECTOS: HACIA UN MODELO INTEGRAL DE EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA

En el presente capítulo realizaremos una crítica a las tesis sustantivas características de cada proyecto estudiado en los capítulos precedentes. La crítica referida nos permitirá elaborar paulatinamente nuestra posición, la cual, en última instancia, constituye un *modelo integral* que combina diversos aspectos de los proyectos analizados superando las debilidades que, desde nuestra perspectiva, es posible señalar a cada uno de ellos en lo particular.

Demos paso pues, al desahogo del compromiso adquirido en las líneas anteriores:

#### I. EL PROYECTO DE EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA DE LAUDAN

##### 1. *¿Un programa débil de Epistemología aplicada al Derecho? Preparando el terreno para la crítica*

Un aspecto crucial en la reflexión de Laudan consiste en hacer referencia al halo siempre presente de *falibilidad epistémica* que circunda a todo procedimiento penal en su modalidad operativa de *sistema de investigación sobre cuestiones empíricas*;<sup>1085</sup> es decir, a la posibilidad permanente de que éste, primordialmente por medio de sus operadores facultados para juzgar las cuestiones de hecho alegadas en un caso penal, incurra en *determinaciones erróneas* respecto de los valores de verdad que corresponden a las aseveraciones realizadas por fiscal y acusado (o su defensa).

Dichas determinaciones erróneas se manifiestan principalmente, aunque no exclusivamente, en la emisión de *fallos falsos*, tanto condenatorios (condenar a quien no cometió el delito que se le imputa), como absolutorios (dejar libre al delincuente).<sup>1086</sup>

---

<sup>1085</sup> La falibilidad epistémica constituye una característica de cualquier sistema de investigación sobre cuestiones empíricas (SICE). En la medida en que la resolución de controversias jurídicas depende en la mayoría de las ocasiones, de determinar si pueden considerarse probadas o no ciertas aseveraciones fácticas de las partes a los efectos de establecer si se actualizan los supuestos de hecho contemplados por la(s) norma(s) aplicable(s), puede decirse que, en general, todos los procesos formal o materialmente jurisdiccionales se desempeñan, aunque sea mínimamente, como un SICE, y en ese sentido, son falibles (sus determinaciones en torno a los hechos que pudieron haber ocurrido son susceptibles de ser erróneas). Ahora bien, como sabemos, la arquitectura de un SICE jurídico, se ve afectada por la necesaria consideración de otros valores en su diseño, en el sentido de que las reglas que lo conforman, constituyen los medios para la obtención de aquellos. Dichos valores, adicionales al de averiguar faliblemente la verdad, no necesariamente son contra-epistémicos. Sin embargo, cuando lo son, se traducen en reglas procesales de carácter *truth-thwarting*, las cuales contribuyen a incrementar la falibilidad a la que de por sí, como cualquier tipo de investigación humana, el SUC jurídico es ya propenso, o en otras palabras, inciden en la disminución del potencial del sistema de generar creencias verdaderas acerca del mundo. Sin embargo, la presencia de reglas *truth-thwarting* en sí misma no pone en riesgo la legitimidad del SICE jurídico en cuestión, salvo (aunque claro, no es la única variable) cuando se violan ciertos lineamientos racionales de corte consecuencialista referidos por un lado, a la cuota justificada y tolerable de efectos contra-epistémicos y de otro, relativos a la forma adecuada de suministrar al interior del sistema, la dosis contra-epistémica aludida (es decir, relativos al tipo de reglas que debería receptor la totalidad de la cuota *truth-thwarting*).

<sup>1086</sup> Véase el número 1 de la sección I del Capítulo Segundo de este trabajo. Como sabemos, la concepción de “*errores epistémicos*” de Laudan es más amplia, de modo que abarca no sólo a los fallos falsos (condenas y/o

La falibilidad referida deriva de la presencia persistente (con diversos matices) de dos problemas (o variables) fundamentales:

- A) El relativo al *déficit* de *completitud* -o más genéricamente, *de representatividad*- del conjunto de elementos evidenciarios; y
- B) El de la potencial falta de probidad con la que el juzgador de las cuestiones de hecho (o “*trier of fact*”) realice las determinaciones de relevancia<sup>1087</sup>, confiabilidad y plausibilidad (individual y colectiva), tanto de los diversos ítems evidenciarios, como respecto de las inferencias realizadas con base en aquellos.

El déficit de completitud se presenta en tanto que por una serie de factores de diversa índole (naturales y/o humanos),<sup>1088</sup> el *trier of fact* en su recinto de deliberaciones, finalmente dispone de un *caudal informativo* que dista, como se dijo, en mayor o menor grado en cada caso concreto, del conjunto ideal de ítems evidenciarios que propiciaría, si asumimos el despliegue de las más cautelosas y atinentes inferencias de parte del *trier of fact*, la reconstrucción epistémicamente más adecuada (aunque falible también) de los hechos de la causa.<sup>1089</sup> En este sentido, evidencia relevante pudo haberse desintegrado, destruido, borrado, distorsionado, pudo no localizarse, o incluso, algunos elementos pudieron ser deliberadamente implantados o sustraídos para incriminar al acusado.

Ahora bien, las inferencias cautelosas y atinentes de las que hablamos, en todo caso constituyen el escenario deseable. Sin embargo, por las características propias del razonamiento ampliativo (también llamado presuntivo, derrotable o plausibilista) por medio del cual se realizan las inferencias respectivas a partir de los indicios

---

absoluciones), sino también todas aquellas decisiones intermedias por medio de las cuales puede, o bien continuarse el procedimiento (y el proceso) en contra de una persona materialmente inocente (la decisión de consignar una averiguación previa, la de emitir un auto de sujeción a proceso, etc.), o bien, liberarse a una persona materialmente culpable (decidir el no ejercicio de la acción penal, el sobreseimiento, la presentación de conclusiones exculpatorias, etc.) Sin embargo, para simplificar la exposición en este punto, sólo nos hemos referido a los fallos epistémicamente incorrectos.

<sup>1087</sup> Aunque en el caso del sistema de justicia penal norteamericano, las determinaciones de relevancia las realiza el juez.

<sup>1088</sup> Véase el número 1 de la sección I del Capítulo Segundo de este trabajo.

<sup>1089</sup> Es importante destacar que la falibilidad humana es una variable que persiste pese a nuestros *mejores esfuerzos* por dotar al sistema de investigación respectivo de un perfil *Truth-Promoting*, por ello es que, aún asumiendo el despliegue de las inferencias más cautelosas y atinentes de parte del *trier of fact*, la posibilidad del error permanece (aunque claro, con menores probabilidades que las que habría en un sistema *truth-thwarting*). En este sentido Laudan sostiene que: “... *Strictly speaking, the only people innocent are those who did not commit the crime, whatever a jury may conclude about their guilt and regardless of what the available evidence seems to show. Likewise, the truly guilty (those who committed the crime) are guilty even if a jury rationally acquits them...*”; véase Laudan, Larry, *Truth, Error, and The Criminal Law; An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge, 2006, p. 12. Como se ha dicho, la aseveración de Laudan se mantiene en pie, aún cuando imperaran ciertas condiciones epistémicas ideales. Lo anterior nos conduce a atribuir a Laudan una postura a la que se conoce como “*Strong Objectivism*”, según la cual, la existencia o no de un hecho (como el que X cometió homicidio o no) es una cuestión independiente de los estados cognitivos (tales como las percepciones, creencias, creencias justificadas, juicios, etc.) que puedan experimentar ciertas personas en su intento por reconstruir, con base en el despliegue de inferencias ampliativas, el hecho en cuestión a partir de la evidencia disponible. A la discusión sobre los grados de independencia cognitiva que pueden suscribirse al presentarse las tesis ontológicas (o meta-físicas) vinculadas a alguna teoría de la verdad, volveremos en la sección de la crítica a Cáceres.

correspondientes, las operaciones epistémicas básicas consistentes en determinar la relevancia, así como el grado de confiabilidad y plausibilidad de los diversos ítems evidenciaros pueden desempeñarse de manera inadecuada, como por ejemplo, cuando se toma en cuenta algún tipo de información que no incrementa ni disminuye las probabilidades (de ser verdadera) de la hipótesis respectiva,<sup>1090</sup> o cuando se otorgan pesos probatorios desproporcionados a algún(os) indicio(s) relevante(s).

De manera gráfica, Laudan muestra el impacto de estos problemas en términos de un *traslape* de las curvas que representan la distribución de lo que denomina la “*culpabilidad aparente*” entre dos poblaciones: la de los inocentes materiales y la de los culpables materiales.<sup>1091</sup>

Como sabemos, el autor en comento ve en el procedimiento penal norteamericano una oportunidad para probar su marco general de análisis epistémico de procedimientos jurisdiccionales.

En este sentido, Laudan se percata de que el sistema en cuestión, ha incurrido en un aumento inaceptable (incluso irracional desde su perspectiva) de la falibilidad a la que ya de por sí es propenso (derivada de los dos problemas previamente aludidos), por medio de la incorporación adicional de ciertos componentes *truth-thwarting* en su arquitectura normativa.

Sin embargo, antes de hacer referencia específica a los componentes *truth-thwarting* correspondientes, resulta conveniente para la crítica que elaboraremos en breve, destacar que aquellos constituyen una manifestación estructural<sup>1092</sup> de dos doctrinas fuertemente enraizadas en la tradición del *Common Law*:

- A) La doctrina que concibe al jurado como una *Black-Box*, la cual se traduce en la tesis prescriptiva consistente en que su recinto de deliberaciones debe permanecer libre de intromisiones legislativas y/o judiciales, es decir, que las operaciones de evaluación-ponderación probatoria han de desplegarse libremente por parte de los miembros del jurado, y
- B) La doctrina de la distribución de los errores,<sup>1093</sup> que consiste en una serie de preceptos (como el Beneficio de la Duda concedido al acusado, la carga de la prueba impuesta al Estado, la presunción de inocencia y el estándar de prueba) fundados en la pretensión de reducir el riesgo, siempre latente, de que un posible acusado inocente sea condenado por el sistema. Se busca conseguir lo anterior principalmente mediante la *exigencia al*

---

<sup>1090</sup> Se trata de información *irrelevante* desde el punto de vista epistémico, la cual, pese a su irrelevancia, en efecto puede desempeñarse como un factor “causal” detonante de un estado de *convencimiento* respecto de la culpabilidad o inocencia del acusado en el *trier of fact*. Como sabemos, la posible tendencia del *trier of fact* a tomar en consideración información epistémicamente irrelevante, se torna más peligrosa, e incluso parece fomentarse, cuando imperan estándares de prueba o políticas de suficiencia probatoria que especifican un estado de *convencimiento* respecto de la culpabilidad del acusado, como el tope o umbral que debe ser satisfecho para condenar.

<sup>1091</sup> Véase el número 1 de la sección VII del Capítulo Segundo de este trabajo.

<sup>1092</sup> Entiéndase “estructural” en el sentido de que los componentes *truth-thwarting* de los que se habla se reflejan en la estructura, fisonomía o arquitectura normativa del sistema en cuestión.

<sup>1093</sup> Véase el número 2 de la sección I, y los números 1 y 3 de la sección VIII del Capítulo Segundo de este trabajo.

*Estado de presentar un caso en contra del acusado, con mayor contundencia probatoria*<sup>1094</sup> para la emisión justificada de condenas.

Ahora bien, A) descansa sobre la base de al menos dos asunciones muy importantes que a continuación presentamos:

Por un lado, en un elemento de *democracia participativa* (en contraste con modelos de *democracia representativa*), según el cual, la impartición de justicia (preponderantemente en materia penal) constituye un asunto que concierne a todos (forma parte de la “res” “pública”), de modo que se permite al pueblo *su intervención directa* en el sopesamiento y evaluación de los indicios obrantes en las diversas causas penales. En congruencia con lo anterior, le es conferida la *función popular* de juzgar las cuestiones de hecho (“*trier of fact*”).

Y de otro lado, A) presupone también un *modelo ideal* que predica ciertas propiedades del “*trier of fact*” popular, tales como su diligencia, su responsabilidad, pero sobre todo, su agudeza “natural” referida a la evaluación probatoria y a la realización de inferencias cautelosas y apropiadas a partir del caudal de indicios correspondiente.

Por su parte, el objetivo expresado en B) (exigir mayor contundencia probatoria para reducir el riesgo de condenar a un inocente) se ha concebido de modo tal que debe respetar A). Por esta razón, el sistema norteamericano históricamente ha implementado una estrategia *sui generis* para especificar el grado o nivel de suficiencia probatoria, la cual, en contraste con lo que ocurre en otras ramas de la actividad humana (como las matemáticas o la aceptabilidad de teorías científicas), se caracteriza por mantenerse al margen del libre despliegue de las operaciones de ponderación de la evidencia por parte del *trier of fact*.

De este modo, el estándar BARD (*Beyond All Reasonable Doubt*), en lugar de especificar cuándo se cuenta con, y en qué consiste, una prueba de culpabilidad haciendo referencia al tipo de operaciones evaluativas que conducirían a, y justificarían, tal conclusión, es decir, en lugar de esclarecer el grado de fortaleza que debe estar presente en el nexo inferencial que une a las premisas con la conclusión respectiva, se ha usado para enfatizar cuestiones sin duda importantes, no obstante *periféricas* en relación con el objetivo de especificar las condiciones o características de una prueba de culpabilidad.

Entre los distintos usos que ha pretendido dársele a la expresión “BARD” tenemos los siguientes: Enfatizar que la carga de la prueba le corresponde al Estado; que por los valores en juego –la fama pública, la libertad, e incluso la vida del acusado- el nivel de exigencia probatoria *es mayor* en comparación con los asuntos civiles; solicitar al jurado que no se deje llevar por dudas exageradas e irracionales, y en ese sentido, que se esfuerce por emitir su fallo con la mayor *sobriedad*, etc.<sup>1095</sup>

---

<sup>1094</sup> Mayor que la exigencia probatoria que operaría por *default* en un ambiente puramente epistémico en el que somos indiferentes en lo que respecta a la manera en que probablemente se distribuyan los errores. En este contexto el grado de exigencia probatoria equivaldría a la atribución de 50%+ de probabilidades de ser verdadera a la hipótesis respectiva.

<sup>1095</sup> Véase Laudan, Larry, *Truth, Error, and The Criminal Law; An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge, 2006, p. 51.

En efecto, en sus orígenes, BARD estaba fuertemente vinculado a la tradición epistémica de la “*certeza moral*” (aquella certeza que resulta de la consideración de múltiples líneas argumentativas individualmente débiles, pero cuyo efecto global es capaz de transferir un peso de justificación –*evidential weight*- hacia la tesis fáctica en cuestión tal que, si bien no descarta las eternas dudas que podría plantear el escéptico y así mismo, no constituye una *demonstración deductiva* de donde puedan extraerse *certezas absolutas*, si puede considerársele en la práctica, y para los efectos de los asuntos cotidianos humanos, como una *verdad bien establecida*). Sin embargo, el sistema se limitaba a la invocación de dicho concepto de certeza, sin realizar mayores especificaciones, ni ofrecer pautas al respecto.<sup>1096</sup>

Con el tiempo, esta liga ya de por sí tenue entre BARD y las características o rasgos de la evidencia tendría que satisfacer para constituir una prueba de culpabilidad, fue debilitándose aún más de modo que en el marco de sus interpretaciones actuales, dicho estándar se limita a exigir al miembro del jurado la detección, *mediante introspección*, de ciertos estados internos-mentales (como la clase de duda que se presenta en el ámbito de la toma de decisiones importantes en la vida cotidiana, un cierto grado de probabilidad respecto de la hipótesis de culpabilidad, un grado muy alto de convencimiento en la culpabilidad del acusado, etc.); o incluso, lo invita a dejarse llevar por lo que su conciencia le dicte, confiándose así en que de manera intuitiva se impartirá justicia.<sup>1097</sup>

Así, de modo indirecto (ya que no se hace referencia a las operaciones de ponderación probatoria en el sentido de proporcionar lineamientos para su despliegue en diversas clases de casos) supuestamente se garantiza que la emisión de sentencias condenatorias se supeditará a la satisfacción de condiciones muy severas relativas a la contundencia probatoria del caso en cuestión, con la sola presencia en el *trier of fact*, de un estado de convencimiento rotundo en relación con la culpabilidad del acusado (como puede observarse, se crea en forma artificial, un nexo necesario entre la formación del respectivo estado interno, como un alto grado de convencimiento, y la presencia de indicios suficientemente robustos, y con la realización de inferencias ampliativas cautelosas a partir de dichos indicios). Considérese al respecto, la siguiente cita a Laudan:

“... One reason that the various characterizations of BARD (Beyond all reasonable doubt) we have surveyed seemed so vacuous or unsatisfactory is that *they studiously avoid talking about the structure of proof or about the kind of case the prosecution must present. Instead, they focus single-mindedly on the mental state of the juror. True, every jury is enjoined to attend carefully to the evidence and to weigh it, but that process is regarded as a black box, something that happens behind the closed door of the jury room, as if that territory ought not to be invaded by a judge telling the jury what a compelling case would look like. Instead, the judge in effect simply says, “open your mind to all the evidence and then see if you are fully persuaded (or firmly convinced, and such) at the end of the trial...”*<sup>1098</sup>

Sin embargo, pese a lo paradójico de contar con un estándar de suficiencia probatoria que no hace referencia al tipo de evidencia –a la estructura de la prueba- que se requiere para condenar, la estrategia de exigir la detección de

---

<sup>1096</sup> Véase el inciso B. del número 2, de la sección VII del Capítulo Segundo de este trabajo.

<sup>1097</sup> Idem.

<sup>1098</sup> Véase Laudan, Larry, *Truth, Error, and The Criminal Law; An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge, 2006, p. 52.



un estado mental basada en la expectativa (en efecto poco fundamentada) de que su conformación estará necesariamente determinada por la presencia tanto de evidencia contundente, como de inferencias cautelosas y rigurosas, constituye un ejercicio de congruencia con la concesión al pueblo de la función de “juzgador de las cuestiones de hecho”, y así mismo, resulta de una actitud de compromiso con el modelo ideal de *trier of fact* en el que descansa dicha concesión (a lo que volveremos más adelante).

Ahora bien, como consecuencia directa de las doctrinas previas (del jurado como una *Black-Box* y de la incorporación del *Beneficio de la Duda* favorable al acusado), el sistema norteamericano presenta las siguientes características *truth-telling*:

- A) La ausencia de parámetros y/o lineamientos generales dirigidos a encausar las actividades de los miembros del jurado en términos de la forma en que sistematizan la información evidenciaria y de la forma en que determinan el grado de confiabilidad-plausibilidad individual y conjunto que le corresponde a los indicios respectivos.
- B) Con base en el interés de proteger al posible acusado inocente, pero por la restricción consistente en no obstaculizar la libre manifestación de la “sabiduría popular”, surge para el *trier of fact*, un *nuevo nivel* de evaluación del caso respectivo que, por pretender mantenerse al margen del libre despliegue de las operaciones de ponderación probatoria, desplaza la atención del miembro del jurado, de la evaluación cautelosa de la evidencia presentada, a la detección de un estado interno-mental que consiste básicamente en un alto grado de convencimiento respecto de la culpabilidad del acusado en cuestión. Este nivel de evaluación se materializa en el seguimiento de un estándar de prueba “*subjetivo*” –BARD- (como se ha dicho, en contraste con lo que sucede en otras áreas como las matemáticas, las pruebas clínicas o la aceptación de teorías científicas).
- C) La no exigencia de explicaciones referidas a la forma en que se sopesaron los indicios correspondientes, ni a las razones por las que se configura el estado de convencimiento respectivo (lo que en el contexto de la tradición del *Civil Law* se conoce como la obligación de “*motivar*” las decisiones).<sup>1099</sup>

Por su parte, la preocupación de proteger al acusado inocente de una condena falsa (protección que por supuesto alcanza a los acusados materialmente culpables, ya que no es posible identificarlos *a priori*) ha adquirido tintes excesivos, de modo que actualmente ha desbordado los límites del estándar de prueba (el inciso B) anterior). Las

---

<sup>1099</sup> Sin embargo, aunque existiera la exigencia de dar cuenta de las razones que produjeron el convencimiento en cuestión, la respuesta no necesariamente tendría un efecto justificativo de la proposición que predica la culpabilidad del acusado, en virtud de que la conformación del estado interno en comento, no filtra factores meramente causales de factores epistémicos (es decir, de factores relevantes que en efecto tienen una incidencia en términos del aumento o decrecimiento de las probabilidades de la hipótesis correspondiente de ser verdadera). En todo caso, se cuenta con una explicación causal que responde a la pregunta de por qué X experimenta el estado interno de convencimiento respecto de ‘p’, pero no (o no siempre) una justificación que respondería a la pregunta de si es probablemente verdadera la proposición fáctica correspondiente.

siguientes manifestaciones adicionales en la arquitectura del sistema norteamericano constituyen un reflejo de la referida protección excesiva:

- A) Presencia de reglas de exclusión de evidencia relevante (como la tildada de “*unfairly prejudicial*”, la resultante de cateos inconstitucionales, la doctrina de la “*poison fruit*”, la doctrina del “*Silent Defendant*”, etc.).<sup>1100</sup>
- B) Dentro de las denominadas “*Rules of Procedure*”, la presencia de reglas como la “*Discovery Rule*”, así como la instauración de un mecanismo asimétrico de revisión de las dos modalidades de la decisión final, el cual garantiza, en la mayoría de los casos, que un veredicto absolutorio será inimpugnable. Como efecto de este mecanismo asimétrico de revisión, el sistema queda incapacitado a los efectos de conocer y corregir los errores que, tanto el *trier of fact*, como el juez, podrían estar cometiendo en el caso de fallos absolutorios, tales como una comprensión inadecuada, por parte del *trier of fact*, de la altura o severidad del estándar aplicable (quizá lo concibe como más riguroso de lo que en realidad pretende ser), una mala caracterización de dicho estándar por parte del juez al momento de instruir al jurado previo a su viaje a la sala de deliberaciones, o un ejercicio arbitrario de la facultad de “*dismissal*” concedida al propio juez, etc.<sup>1101</sup>
- C) Una tendencia a exigir *mayor severidad* en cuanto al estándar de prueba aplicable, lo cual se traduce en propuestas que exigen la presencia de grados cada vez más altos de convencimiento en la culpabilidad, o la determinación (subjetiva) de que la hipótesis de culpabilidad presenta alrededor de 90% (o incluso más) de probabilidades de ser verdadera.<sup>1102</sup>

Los elementos *truth-thwarting* previos magnifican las dimensiones de los problemas relativos a la incompletitud o falta de representatividad de la evidencia y a la potencial falta de probidad con la que el *trier of fact* realiza las determinaciones de confiabilidad- plausibilidad de los indicios e inferencias, anteriormente aludidos (es decir, se genera una zona de traslape aún mayor entre las curvas de las poblaciones mencionadas con anterioridad).

En este sentido, la presencia de reglas que permiten la exclusión de evidencia *relevante* con base en ciertos criterios -como la consideración de que puede generar efectos prejuiciosos en las deliberaciones de los miembros del jurado- magnifica el problema de la incompletitud o falta de representatividad.

Esto sucede también, por ejemplo, en el caso de la “*Discovery Rule*” en la medida en que condiciona las posibilidades de que el fiscal prepare adecuadamente su *cross-examination* respecto de los testigos del acusado (recabando información relevante en torno a la credibilidad de aquellos), a los cálculos estratégicos del acusado (o su defensa) relativos al ejercicio o no del derecho a pedir que el fiscal “descubra” su caso. El entorno informativo en el que se encuentra el *trier of fact* cuando el acusado ha decidido no ejercer su derecho al descubrimiento, es menos rico que aquel en el que podría encontrarse si tal derecho hubiere sido ejercido. Además, como en este caso la información faltante tiene que ver con la confiabilidad por ejemplo, de algún testigo (experto o no), la “*Discovery Rule*” también

---

<sup>1100</sup> Véanse los incisos A, B y C del número 1 de la sección VII del Capítulo Segundo de este trabajo.

<sup>1101</sup> Véanse los incisos A, B y C del número 2 de la sección VII del Capítulo Segundo de este trabajo.

<sup>1102</sup> Véase el número 3 de la sección VIII del Capítulo Segundo de este trabajo.

repercute en el segundo problema, ya que la atribución del grado de confiabilidad que le correspondería al testimonio respectivo quizá podría aumentar o decrecer si se considerara la información que el fiscal hubiera podido introducir por vía de una adecuada *cross-examination*.

Así mismo, la ausencia de parámetros o lineamientos generales para sistematizar la información evidenciaria y para determinar la confiabilidad-plausibilidad individual y colectiva de los indicios, la presencia de una regla de decisión que condiciona la emisión de sentencias condenatorias no a la presencia de evidencia contundente, sino a la detección de un estado interno de convencimiento, así como la no exigencia de explicaciones referidas al modo de sopesar los indicios correspondientes, ni a las razones que hicieron emerger la convicción en la culpabilidad del acusado, contribuyen a la magnificación del problema representado por la potencial falta de probidad en el desempeño de la tarea de ponderar los indicios respectivos, en la medida en que los estados de cosas previos configuran un entorno grave de *subjetividad* que acoge, e incluso fomenta, decisiones que quizá estén basadas en prejuicios personales.

Por su parte, la tendencia de exigir grados aún más altos de convencimiento en la culpabilidad del acusado (o la atribución de valores de probabilidad de alrededor del 90% o más a la hipótesis de culpabilidad), es decir, de hacer más riguroso el estándar de prueba ya de por sí *subjetivo* con el que se cuenta, y en términos generales, las manifestaciones estructurales que reflejan un excesivo deseo de proteger al posible acusado inocente de una condena falsa, tienen un efecto epistémico contraproducente en la medida en que es previsible que promoverán un crecimiento desproporcionado de absoluciones falsas y, de este modo, de los errores epistémicos *en total* (absoluciones falsas y condenas falsas consideradas en conjunto), reduciendo así la capacidad *global* del sistema de que sus determinaciones sean, en la mayoría de los casos, verdaderas.

Como apunta Laudan, este efecto pasa generalmente desapercibido por los defensores de la doctrina que sostiene la tesis del aprovechamiento de cualquier oportunidad para la incorporación al sistema de dosis distribuidas e indeterminadas del beneficio de la duda a favor del acusado, quienes en última instancia parecen asumir que es necesario pagar el precio consistente en propiciar las condiciones para que el sistema incurra en la producción de altas cuotas de absoluciones falsas, con tal de que se reduzcan las probabilidades de que se cometan condenas falsas (una especie de “*casualty of war*”).

Esta indiferencia exagerada respecto del error epistémico consistente en liberar personas que probablemente cometieron el delito que se les imputa, tiene repercusiones insospechadas por sus defensores en la medida en que, con ello la operación cotidiana del procedimiento penal puede encontrarse contribuyendo al incremento de los índices de criminalidad en un momento histórico dado, toda vez que puede ser, como en efecto lo demuestran estudios empíricos citados por Laudan, que los absueltos, si ya eran criminales habituales, muy probablemente volverán a delinquir (cometiendo incluso delitos serios como violaciones, homicidios, etc.), con lo cual se incrementa el riesgo de que los ciudadanos norteamericanos sean victimizados en un momento histórico dado.

Ahora bien, Laudan reconoce que complementar su modelo de *procedimiento penal epistémicamente óptimo* con una serie de principios o lineamientos generales relativos al despliegue adecuado de la tarea consistente en determinar el

grado de confiabilidad (“*reliability*”) individual y colectivo de los diversos indicios, constituiría la ruta idónea para afrontar el problema de la subjetividad del juicio sobre los hechos (que obviamente no lo erradicaría del todo), el cual es conferido al *trier of fact* (De hecho, es lo que se esperaría de un epistemólogo que pretende proponer pautas generales para encausar al sistema de referencia hacia la obtención de la verdad).

Desde nuestra perspectiva, la propuesta de un modelo para la realización de las correspondientes determinaciones de grados de confiabilidad, adicionado con pautas para llevar a cabo las determinaciones de relevancia y de grados de plausibilidad, constituiría parte de la agenda de un *Programa Fuerte* de epistemología jurídica.

Sin embargo, Laudan opta por una alternativa diferente –por una especie de *Programa Débil*– que presupone el respeto a lo que anteriormente nos referimos como la doctrina del jurado como una *Black-Box*, y a sus manifestaciones estructurales –principalmente, la regla de decisión de segundo orden que busca condicionar la emisión de sentencias a la presencia de evidencia muy contundente en contra del acusado absteniéndose de realizar especificaciones concretas en torno a la forma en que deben ser realizadas las determinaciones de confiabilidad-plausibilidad, es decir, presupone el respeto, al menos en principio,<sup>1103</sup> a la libre manifestación de las operaciones de ponderación probatoria realizadas por el juzgador popular de las cuestiones fácticas, las cuales tienen lugar en *recintos herméticos de deliberación*. Considérese al respecto la siguiente cita:

**“... Obviously, one cannot control what the jury makes of the evidence; that happens behind the closed doors of the jury room and will have to be treated largely as a black box in our analysis. Although epistemology has much to say about what counts as reliable evidence, there is not much point exploring that here since jury decisions about reliability are beyond the reach of epistemic control. True, judges can instruct jurors and counsel can try to persuade them to reason this way rather than that. But *nothing guarantees the jury will comply*. The best that can be done is *to raise the likelihood that the judgment reached by the jury about apparent guilt is as well-informed as it can be...*”<sup>1104</sup>  
**One obvious exception (to having no guarantees that the jury will comply to reason in a certain way) is the adoption of an objective Standard of Proof... which would give the system a bit more control over how juries weight the facts...**”<sup>1105</sup>**

La alternativa referida (el *Programa Débil*) es articulada en la siguiente doctrina:

*La doctrina del estándar objetivo de prueba*,<sup>1106</sup> según la cual, la regla de decisión que establece las condiciones que justifican la emisión de una sentencia condenatoria no debe hacer referencia a estados internos (cuya presencia o no constituye una determinación subjetiva e irrevisable, además de que una vez determinada su satisfacción, ello no constituye una garantía confiable de que la conformación del estado interno en cuestión haya sido el resultado de la

---

<sup>1103</sup> Véase enseguida la doctrina de los estándares de prueba objetivos.

<sup>1104</sup> Laudan, Larry, *Truth, Error, and the Criminal Law; An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge, 2006, p. 121.

<sup>1105</sup> Idem, nota 5.

<sup>1106</sup> Véase el inciso B del número 2 de la sección VII del Capítulo Segundo de este trabajo.

presencia de evidencia robusta, ni de la realización de inferencias ampliativas cautelosas a partir de ella), sino, *hasta cierto punto*, a rasgos o características “objetivas” que han de estar presentes en la evidencia correspondiente.<sup>1107</sup>

En esta línea, el estándar de prueba o regla de decisión que establece las condiciones para la emisión de condenas, es concebido por Laudan a la manera de un “*test*” global al que será sometida la hipótesis de culpabilidad (siendo la hipótesis de inocencia, la hipótesis nula, la cual será rechazada válidamente si se obtienen los resultados esperados al aplicar el *test* correspondiente).

A cada *test* particular que se proponga puede corresponderle un determinado “*perfil de errores*” (la frecuencia relativa con la que éste comete positivas falsas, errores alfa o condenas falsas, en comparación con las negativas falsas, errores beta, o absoluciones falsas) y de este modo, pueden realizarse múltiples comparaciones de diversos *tests* a efectos de escoger el que más se ajuste a *determinado perfil ideal* (en breve profundizaremos en el procedimiento que Laudan propone para la determinación del perfil ideal referido).

Ahora bien, Laudan no ofrece una propuesta concreta en cuanto al contenido de esta regla de decisión (*test*), sin embargo sostiene que las siguientes opciones al menos se encuentran en el camino apropiado para constituir *tests* rigurosos de la hipótesis de culpabilidad:

- E) Si determina que ha sido presentada evidencia incriminatoria (física, testimonial, etc.) **confiable** cuya existencia sería muy difícil de explicar si el acusado fuera inocente y que no ha sido presentada evidencia exculpatoria **confiable** que sería muy difícil de explicar si el acusado fuera culpable; entonces condene, de lo contrario, absuelva...<sup>1108</sup>
- F) Si la historia del fiscal acerca de cómo ocurrió el delito **es plausible** y no puede concebir historia **plausible** alguna en la que el acusado resulte inocente, condene, de lo contrario, absuelva...<sup>1109</sup>
- G) Determina si los hechos establecidos por el fiscal descartan todas y cada una de las hipótesis **plausibles** en las que pueda pensar, en las cuales el acusado resulte inocente. Si la determinación precedente es positiva, condene, de no ser así, absuelva...<sup>1110</sup>

Como puede observarse, a pesar de que, de acuerdo con Laudan, las opciones anteriores hacen referencia a las características que deben estar presentes en la evidencia respectiva, y más específicamente, hacen referencia a la realización de ciertas operaciones evaluativas por parte del *trier of fact*, no contemplan dentro de su ámbito de cobertura, a las determinaciones de grados de confiabilidad-plausibilidad. De hecho las presuponen sin proporcionar pauta alguna (a esta situación volveremos más adelante).

---

<sup>1107</sup> Decimos “hasta cierto punto”, ya que, como se verá después, el respeto a la libre manifestación de la sabiduría popular, aún en el caso de los estándares objetivos que Laudan propone, sigue presionando de modo que dichos estándares constituyen *tests* globales que no descienden a los niveles locales en los que se realizan determinaciones relativas a la relevancia, credibilidad-confiabilidad y plausibilidad.

<sup>1108</sup> Véase Lauda, Larry, *Truth, Error, and the Criminal Law; An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge, 2006, p. 82.

<sup>1109</sup> *Ibidem*, p. 82.

<sup>1110</sup> *Ibidem*, p. 83.

Por otro lado, a efecto de diseñar un *procedimiento racional* que permita vislumbrar cuál es el perfil de errores óptimo que tendría que ser satisfecho por los distintos *tests* que se propongan (como A)-C)), Laudan se vale del planteamiento del estándar de prueba en términos de la atribución de un valor (o un rango) de probabilidad a la hipótesis de culpabilidad, como una estrategia para traducir los resultados del procedimiento consecuencialista implementado para calcular el grado de severidad de dicho estándar.

En efecto, dicha forma de plantear el estándar de prueba ha sido criticada por el propio Laudan en virtud de que no hace referencia a características “objetivas” de la evidencia, sino que, como sucede con la versión que propone al estándar en términos de la detección de un cierto grado de convencimiento en la culpabilidad del acusado, la determinación de su satisfacción se convierte en un asunto subjetivo y, por ende, incontrolable.<sup>1111</sup> No obstante, se vale de ella a la manera de una escalera *wittgensteineana*, de la cual se podrá prescindir posteriormente (en la medida en que el valor probabilístico propuesto pueda reformularse en términos de un *test* concreto al que se le pueda asociar empíricamente, un determinado perfil de errores).

A continuación presentamos el procedimiento referido al que proponemos denominar *la doctrina del procedimiento racional para la fijación de la altura o severidad del estándar de prueba*.<sup>1112</sup>

Parte de la doctrina anterior consiste en un argumento al que llamaremos “el argumento de la obligación estatal *Laplace-Nozick*” (o simplemente “*la obligación L-N*”), según el cual, el Estado tiene la obligación de reducir a rangos aceptables el valor del *riesgo compuesto o agregado* que tienen los ciudadanos de sufrir tanto daños en términos de transgresiones (delitos) de parte de sus congéneres, como daños de parte del propio Estado en términos de una potencial condena falsa.<sup>1113</sup>

Con base en evidencia empírica, Laudan sostiene que como un efecto del severo estándar de prueba imperante en el sistema norteamericano –BARD– se ha generado, para el ciudadano común, un riesgo excesivamente alto de ser víctima de un delito serio en contraste con el riesgo de ser erróneamente condenado.<sup>1114</sup>

En efecto, si BARD se interpreta como la exigencia de que la hipótesis de culpabilidad tenga alrededor de 90% de probabilidades de ser verdadera o más, esto implica que muchos de los casos en que el sistema absuelve (aproximadamente el 35%) si bien, no exhiben el 90% de probabilidades, bien pudieron haberse ubicado en el espectro que va del 50%+ al 89%, es decir, que probablemente los acusados cometieron el delito que se les imputaba. Un estándar tan exigente está destinado a poseer muy limitados efectos disuasorios en quienes se plantean la opción de delinquir o no.

---

<sup>1111</sup> *Ibidem*, pp. 77-81.

<sup>1112</sup> Véanse los números 3 y 4 de la sección VIII del Capítulo Segundo de este trabajo.

<sup>1113</sup> *Idem*.

<sup>1114</sup> El ciudadano norteamericano promedio corre un riesgo vitalicio (*lifetime risk*) de ser víctima de un homicidio del 0.4%, mientras que el riesgo de ser erróneamente condenado por homicidio es de 0.0145%. Es decir, 25 veces menor. Asimismo, el riesgo que se corre de ser falsamente condenado de un delito serio es de 0.25%, mientras que el riesgo de ser víctima de un delito serio es de 5/6. Es decir, 33,000% más que el anterior, *Idem*.

Pero además, existe evidencia empírica citada por Laudan de que probablemente los absueltos, si ya eran transgresores habituales del ordenamiento penal, regresarán a sus actividades delictivas, las cuales implican en muchas ocasiones, la comisión de delitos serios (como homicidio, violación, etc.).

En este sentido, al absolver a tal clase de ofensores, como consecuencia de la instauración de un estándar como BARD (y de reglas *acquittal-friendly*, como las que permiten la exclusión de evidencia relevante en contra del acusado, etc.), el sistema sienta las bases para la ocurrencia de más crímenes en un periodo determinado, ya que el efecto denominado de “*incapacitación para delinquir por encarcelamiento*” deja de producirse (durante el tiempo que al absuelto le hubiera correspondido estar en prisión), con lo cual se incrementa el valor del riesgo compuesto vinculado a la obligación L-N previamente referida.

En este escenario, sostiene Laudan, debe plantearse la *recalibración descendente* de la rigurosidad del estándar operante, es decir, su reformulación en términos menos severos (lo cual tendría el efecto de habilitar al sistema para que produjera más sentencias condenatorias, cuyo efecto incapacitante por encarcelamiento se traduciría en una reducción de los índices de criminalidad, lo cual, a su vez, repercutiría en menos denuncias de delitos y, por ende, en la instauración de menos juicios. Por su parte, menos juicios instaurados en un periodo determinado, contribuye a la disminución del riesgo que corre el ciudadano, de ser erróneamente condenado).

Dado el paso hacia la recalibración menos rigurosa del estándar, el siguiente componente de la doctrina que estamos tratando consiste en la propuesta de un procedimiento para calcular cuál podría ser su valor probabilístico, el cual, de entrada sería inferior a las tendencias de situarlo en algún punto alrededor del 90%.

Como lo hacen otras propuestas, Laudan también recurre a la aplicación de la *Teoría de las Utilidades Esperadas* (TUE), sin embargo, considera el espectro completo de las modalidades de la decisión final (es decir, no sólo los costos o disutilidades atribuibles a las condenas falsas y a las absoluciones falsas, sino también las utilidades-beneficios asociadas a las condenas y absoluciones verdaderas).

En este sentido, el grado de severidad del estándar es concebido como la proporción (o magnitud) de la diferencia existente entre los valores resultantes de dos restas: a) la que corresponde a la diferencia de utilidades entre una condena verdadera y una absolución falsa, y b) la que corresponde a la diferencia de utilidades entre una absolución verdadera y una condena falsa<sup>1115</sup>.

Con base en una aplicación piloto de esta metodología, Laudan y Saunders obtienen que el valor probabilístico del estándar de prueba que la sociedad estaría dispuesta a otorgar, es igual a la exigencia de que la hipótesis de culpabilidad exhiba alrededor del 70% de probabilidades de ser verdadera.

Los resultados obtenidos por los autores referidos apuntan a que la sociedad norteamericana no se muestra indiferente al crecimiento desproporcionado de las cifras de las absoluciones falsas con tal de reducir el riesgo de las condenas falsas (actitud implícita en la conocida proporción *Blackstone*), sino que, con base en sus apreciaciones de

---

<sup>1115</sup>  $p^* = 1 / \{ 1 + (U_{vc} - U_{fa}) / (U_{va} - U_{fc}) \}$  (2)

utilidad, parece inclinarse por esperar que el estándar de prueba capture un balance complejo entre las utilidades (positivas y negativas) que se asocian a las cuatro modalidades de la decisión final en un juicio penal.

Un componente más consiste en la tesis de que al dar seguimiento al procedimiento para la determinación del valor probabilístico apropiado del estándar, nos encontramos incorporando al sistema *la totalidad* de la dosis del beneficio de la duda que se desea conceder al acusado, es decir, en ese momento es cuando se materializa en el sistema, la preocupación de proteger al acusado inocente de una potencial condena falsa (preocupación que es matizada o contextualizada por el efecto que produce la consideración de las utilidades que se asocian a las cuatro modalidades de la decisión final).<sup>1116</sup>

En este sentido, el estándar de prueba constituye el *catalizador exclusivo* de la protección que desea otorgarse al acusado inocente; no deben modularse otros componentes para la incorporación de esta protección (por ejemplo, mediante reglas de exclusión de evidencia, reglas como la “*Discovery Rule*”, las constitutivas de la doctrina del “*Silent Defendant*”, o mediante la implementación de un sistema asimétrico de revisión de las decisiones finales que privilegia la revisión de fallos condenatorios), ya que tal maniobra atenta contra el pacto social (suponiendo que éste se alcanza) relativo a las utilidades asociadas a las 4 modalidades de la decisión final, recogido por el valor probabilístico (o grado de severidad) del estándar de prueba.<sup>1117</sup>

Laudan sostiene lo anterior debido a que el planteamiento de la severidad del estándar de suficiencia probatoria en términos probabilísticos, de manera natural (e incluso gráfica) nos permite apreciar la conexión que existe entre modular su rigurosidad (a la alta o a la baja) y el impacto que esto tiene en términos del aumento o minimización del riesgo de condenar erróneamente a alguien. En este sentido, nos permite de un lado, concentrar en un solo momento el problema de inyectar la dosis deseada de Beneficio de la Duda (BdeD) que se desea conceder al acusado; y de otro, predecir, en un entorno relativamente más controlado (aunque obviamente, no de manera concluyente), el impacto que dicha dosis de BdeD (que se manifiesta a la manera de ubicar la barra de probabilidades en cierto punto del espectro, superior a 50%+) tendrá en términos de contribuir a la habilitación del sistema a efecto de que incurra en los linderos del pacto social respectivo.<sup>1118</sup>

Otro componente de esta doctrina lo constituye el principio de la *no inversión de la carga de la prueba* en el caso de las *defensas afirmativas*, toda vez que dicha maniobra tiene el efecto de ir en contra de las apreciaciones sociales de utilidad reflejadas en el valor del estándar respectivo (una vez seguido el procedimiento antes referido), ya que al hacer que el acusado tenga que probar su inocencia (en este caso, probando los elementos que configuran alguna defensa

---

<sup>1116</sup> Véase el número 1 de la sección VIII del Capítulo Segundo de este trabajo.

<sup>1117</sup> *Idem*.

<sup>1118</sup> Véanse el número 2 de la sección I, el inciso A del número 1 de la sección VII, y el número 1 de la sección VIII del Capítulo Segundo de este trabajo.



afirmativa invocada), teniendo que satisfacer un grado elevado de suficiencia probatoria, estamos diciendo que no consideramos como más grave el error potencial de condenar falsamente, sino el de una absolución falsa.<sup>1119</sup>

Por último, debemos decir que el valor probabilístico del estándar de prueba obtenido mediante el procedimiento propuesto por Laudan ha de traducirse eventualmente, siguiendo la doctrina del *estándar objetivo de prueba*, en un *test* que en efecto haga referencia a las características de la evidencia, y al cual pueda asociarse un cierto perfil de errores que instancie el ideal a aspirar.

Ahora bien, las doctrinas previas propuestas por Laudan (del estándar objetivo de prueba y del procedimiento racional para determinar su grado de severidad en términos de un valor o rango probabilístico) poseen un mero *efecto paliativo*, orientado a la mitigación de las consecuencias contra-epistémicas resultantes de las manifestaciones estructurales de las dos doctrinas fuertemente enraizadas en la tradición del *Common Law* que anteriormente tratamos (la del jurado como una *Black-Box* y la de la distribución de los errores).

En este punto Laudan podría argumentar que cualquier proyecto de epistemología jurídica aspira sólo a tener efectos paliativos en la medida en que múltiples intereses, aunados al de la obtención de la verdad, convergen en el diseño de procedimientos penales.

No se trata pues, de una “*investigación epistémicamente pura tras la verdad*” (si es que pudiera existir algo así). Dado que nos encontramos en los terrenos de la *razón práctica* (en oposición a la *razón teórica*), y el derecho es un contexto representativo, se debe trabajar en el ámbito complejo de un conglomerado de intereses que presionan (algunos más que otros) por ganarse un lugar en la arquitectura del sistema correspondiente.

Consideramos que lo anterior es el caso: Un proyecto de epistemología jurídica que no tome en cuenta estas cuestiones sería, en efecto, poco realista. No obstante, sostenemos que pueden plantearse múltiples alternativas para la incorporación de tales valores adicionales, algunas de las cuales crean mayores áreas de oportunidad para la reflexión epistémica que otras; o en palabras diferentes, algunas propuestas de análisis epistémico implican que la obtención de la verdad realice más concesiones a las preocupaciones de carácter político (o incluso al seguimiento de tradiciones fuertemente arraigadas) que pernean al sistema, que otras.

Un factor que influye en este proceso de intercambio de concesiones recíprocas es el constituido por las decisiones del teórico (epistemólogo) en torno a los componentes que se considerarán como algo “*dado*”, y en ese sentido, como el punto de partida para canalizar sus reflexiones hacia el interior del sistema procesal de referencia.

En efecto, al considerar la presencia de una regla de decisión que, con base en el deseo de proteger al acusado inocente de una potencial condena falsa, busca establecer condiciones *severas* para la emisión de condenas, pero que se encuentra limitada por el elemento de *democracia participativa* consistente en respetar la libre manifestación de la sabiduría popular al sopesar la evidencia respectiva, como un *componente “dado”* del sistema, Laudan, en una especie de

---

<sup>1119</sup> En estos casos, la proposición que predica la culpabilidad del acusado se vuelve la hipótesis nula (la que opera por *default*), requiriéndose de una prueba severa de inocencia para poder alejarnos válidamente de aquella.

acto de resignación, se constriñe a sí mismo a trabajar en un ámbito muy acotado, cuyo eje de reflexión puede formularse del modo que sigue:

“Presentemos una modalidad del estándar de prueba lo más objetiva posible (para mitigar el problema de la subjetividad del juicio de hechos y siempre tomando en cuenta el límite impuesto por el respeto a las manifestaciones evaluativas de la sabiduría popular), y aprovechémonos de este mismo componente (el estándar de prueba) al efecto de proponer un procedimiento racional para determinar su valor probabilístico (o grado de severidad), el cual incorpore en su totalidad, la cuota socialmente sancionada de beneficio de la duda que se desea otorgar al acusado.”

Lo anterior se complementa con sugerencias que se encaminan preponderantemente a mejorar el “ambiente” en el que el *trier of fact* desempeña sus funciones en términos de garantizar: que será provisto de una dotación informativa más completa para formular su decisión sobre los hechos (no permitiendo la presencia de reglas de exclusión de evidencia relevante, proporcionando incentivos para que el acusado coopere con las investigaciones correspondientes y decida tomar el estrado durante el juicio, no supeditando la preparación adecuada del caso del fiscal a los cálculos estratégicos del acusado y su defensa, etc.); que podrá realizar inferencias que son comunes en otros contextos cotidianos (como la que tiene que ver con el silencio del acusado); así como habilitando al sistema para revisar sus determinaciones por medio de un mecanismo *simétrico* de apelaciones.

Así, al centrar sus esfuerzos en el estándar de prueba para lidiar con los problemas fundamentales de la potencial subjetividad del juicio de hechos y de la cuota apropiada de beneficio de la duda que ha de concederse al acusado, Laudan pretende “*matar dos pájaros de un solo tiro*”.

En efecto, la estrategia referida confiere a su proyecto un grado de cohesión, simplicidad y elegancia notables. Sin embargo, el alto puntaje en lo que respecta a estas virtudes epistémicas se diluye en tanto que Laudan evade el problema de proponer un modelo que ofrezca lineamientos epistémicos al *trier of fact*, tanto para organizar o sistematizar el torrente de información (aseveraciones y evidencia) al que se ve expuesto durante el juicio respectivo, como para realizar las correspondientes determinaciones de relevancia, confiabilidad (o credibilidad) y plausibilidad, lo cual genera, desde nuestro punto de vista, los siguientes problemas:

## **2. Problemas de índole metodológica**

Sostenemos que Laudan incurre en una inconsistencia metodológica que se traduce en la violación de lo que denominaremos “*la cláusula de supresión*” de su propuesta de experimento mental.

Como sabemos, en una primera fase de su análisis, Laudan se plantea realizar un experimento mental (el planteamiento de un escenario hipotético) del que emergerá la propuesta de un *procedimiento penal epistémicamente óptimo* a la manera de un conjunto de principios que presentan los perfiles generales a los que las normas del sistema en cuestión (en principio, de cualquier sistema perteneciente a cualquier tradición jurídica) tendrían que aspirar.<sup>1120</sup>

---

<sup>1120</sup> Véase la sección V del Capítulo Segundo de este trabajo.

El objetivo de dicho experimento consiste en aislar la incidencia exclusiva que el interés en obtener la verdad, tendría en la configuración del sistema, mediante la *supresión momentánea* de otros intereses que suelen converger en el diseño de procedimientos penales (como el de proteger al acusado de una potencial condena falsa, proteger la integridad de la institución familiar, las relaciones diplomáticas, instrumentar un proceso expedito, etc.), los cuales serán incorporados en una segunda etapa, en la que el autor estudiará su manifestación estructural actual en el procedimiento de referencia (en este caso, en el sistema norteamericano de justicia penal) para entonces reflexionar en torno a la propuesta de alternativas remediales a los efectos de obtener, sin daños epistémicos (o manteniéndolos al mínimo), los objetivos que aquellos intereses persiguen.<sup>1121</sup>

Sostenemos pues, que en atención a la cláusula de supresión referida, Laudan tendría que haber omitido la consideración de que el sistema norteamericano (utilizado por el autor como caso para poner a prueba la robustez de su marco general de análisis epistémico) ha preferido la instauración de un mecanismo de jurados (generalmente, en contraste con lo que ocurre en procedimientos penales de otras tradiciones como las del *Civil Law*).

De hecho, el propio Laudan reconoce que *no hay argumento epistémico alguno* que incline la balanza a favor de un mecanismo de jurados o de uno en el que el propio juez generalmente desempeñe las funciones de “*trier of fact*”, y en ese sentido, reconoce también que pueden diseñarse procedimientos epistémicamente óptimos con un nivel de abstracción tal que sean igualmente aplicables a ambas clases de sistema jurídico. A este respecto, considérese la siguiente cita al autor:

"If our aim is to maximize the likelihood of finding the truth, should we have trial by judge or trial by jury?" ***I do not believe that there is a correct answer to that question since it is perfectly conceivable that we could design sets of procedures that would enable either a judge or a jury to reach verdicts that were true most of the time.*** *English speakers have a fondness for trial by jury while Roman law countries prefer trial by judge or by a mixed panel of judges and jurors. For my part, I can see no overwhelming epistemic rationale for a preference for one model over the other. If we Anglo-Saxons have any rational basis, besides familiarity, for preferring trial by jury, it has more to do with the political and social virtues of a trial by one's peers rather than with any hard evidence that juries' verdicts are more likely to be correct than judges' verdicts are....*<sup>1122</sup>

Ahora bien, la formulación de un argumento que posicione al sistema de jurados como epistémicamente superior al sistema en que el propio juez determina y juzga los hechos de la causa penal, a lo que Laudan no se ha dedicado y como veremos después, no parecen haber buenas razones para suponer que ello se encuentre dentro de sus objetivos, es necesaria si se quiere justificar la inclusión de dicho mecanismo (de jurados), como un componente presente por *default* en una reflexión epistémica en torno al derecho.

Como se ha visto, la instauración de un sistema de jurados refleja entonces, una decisión contingente que atiende a *preferencias de la tradición jurídica en cuestión*, las cuales, el propio Laudan solicita no poner en la mesa, al menos en la primera etapa del análisis en la que se encuentra diseñando el escenario epistémico ideal. Con esta solicitud,

---

<sup>1121</sup> Idem.

<sup>1122</sup> Laudan, Larry, *Truth, Error, and the Criminal Law; An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge, 2006, pp. 6-7.

aunada a la cláusula de supresión, hay buenas razones para suponer que el modelo de Laudan aspira a terrenos más abstractos y, en ese sentido, a poseer un ámbito de cobertura mayor del que a fin de cuentas resulta tener (el cual se restringe a sistemas de la tradición del Common Law, o en última instancia, a procedimientos penales con jurado).

La exclusión, al menos en la primera etapa de la reflexión epistémica, del componente relativo al sistema de jurados –y de la imposibilidad *práctica* para controlar sus decisiones en torno a los hechos que se tienen o no por probados– podría haber conducido a Laudan por un lado, a no considerar al estándar de prueba como una regla que es por definición, *poco informativa* (aún en la versión de estándares objetivos) en términos de su capacidad para orientar al *trier of fact* en el desempeño de operaciones epistémicas *más básicas* (determinaciones de relevancia, confiabilidad y plausibilidad); y por otro, a no enfocarse preponderantemente en este componente del sistema a los efectos de generar las condiciones que reducirían la subjetividad del juicio sobre los hechos.

Lo anterior generaría un espacio lógico en el que podría caber la propuesta de un modelo, aplicable en principio a distintas tradiciones jurídicas, que oriente a los operadores respectivos, a organizar-sistematizar la información vertida durante el juicio por las partes (fiscal y defensor), así como a realizar las determinaciones de relevancia (llevadas a cabo por el juez en el sistema norteamericano), de confiabilidad y plausibilidad (desplegadas por el *trier of fact* popular, o por el juez en la tradición del *Civil Law*).

Este modelo constituiría un ejercicio de reflexión epistémica aplicado al campo del derecho, mucho más sustantivo, no limitado a la realización de sugerencias solamente estructurales en términos del ambiente en el que el *trier of fact* se ve inmerso; sería pues, una alternativa para la generación de lo que en páginas anteriores hemos denominado un *Programa Fuerte* de epistemología jurídica, mediante la cual podría enfrentarse de manera más eficaz el problema de la potencial subjetividad (o falta de probidad) de parte del *trier of fact*.

### **3. Tensiones con la doctrina del jurado como una *Black-Box***

Como hemos visto, Laudan propone afrontar el problema de la subjetividad del juicio de hechos (al que también nos hemos referido como el problema de la potencial falta de probidad de parte del *trier of fact* al ponderar los indicios respectivos) mediante la formulación de lo que denomina “*estándares objetivos de prueba*”.

En el afán de fortalecer su propuesta de objetividad de los estándares, Laudan contrasta a las interpretaciones actuales de BARD (sobre todo aquella que lo concibe como la detección de un grado alto de convencimiento) con el tipo de estándares o “*tests*” con los que se cuenta en otras áreas del conocimiento como las matemáticas, o las ciencias naturales.<sup>1123</sup>

Al realizar el contraste referido, el autor en comentario pone de relieve lo absurdo que resulta tener la expectativa de que, al prescribir al *trier of fact* que detecte si experimenta o no un alto grado de convencimiento respecto de la culpabilidad del acusado, se generará una garantía infalible de que la formulación de dicho estado

---

<sup>1123</sup> Véase el inciso B del número 2 de la sección VII de este trabajo.

presupondrá *necesariamente* la presencia de evidencia contundente y la realización de inferencias ampliativas cautelosas a partir de ella.<sup>1124</sup>

Sin embargo, si tomamos en cuenta el elemento de *democracia participativa* detrás de la existencia de un estándar de prueba en el sistema norteamericano, así como el modelo ideal de *trier of fact* popular que acompaña a dicho elemento, la no alusión a los rasgos o características que deben estar presentes en la evidencia (o más propiamente, en las conclusiones resultantes de su ponderación) y la preferencia por referirse a grados de convencimiento, dudas semejantes a las que emergen cuando se toman decisiones importantes en la vida cotidiana, certezas, grados de probabilidad, e incluso, a la intuición del buen hombre de la calle, resulta más un ejercicio de congruencia con la tradición en cuestión, que algo ridículo o absurdo (como lo quiere presentar Laudan).

A la luz de lo anterior, la propuesta de estándares objetivos de Laudan es totalmente inconsistente con una *versión fuerte* del modelo ideal de *trier of fact* que comentamos páginas atrás. En esta versión fuerte del modelo de *trier of fact*, no hay forma de matizar las propiedades que se predicán del juzgador popular de las cuestiones de hecho, sobre todo la que lo concibe como poseedor de un talento o de una agudeza naturales para la realización de inferencias cautelosas a partir de los indicios respectivos.

Desde esta versión, la confianza que el sistema deposita en que la sabiduría popular encontrará de manera natural el camino para la impartición de justicia, es *plena o absoluta*, y, por tanto, no se requiere de pauta alguna que la encorsete.

En efecto, como bien destaca Laudan en su trabajo, el propio sistema norteamericano incurre en múltiples incongruencias con la versión fuerte de *trier of fact* ideal que parece presuponer, al implementar reglas de exclusión de evidencia relevante, como el caso de aquella evidencia que el juez considere “*unfairly prejudicial*”,<sup>1125</sup> o reglas que le prohíben realizar inferencias cotidianas (como la de considerar el silencio del acusado como un indicador, junto con otras líneas argumentativas, de su culpabilidad, con el argumento de que probablemente el *trier of fact* considerará al silencio referido como el único indicio o bien, como el de mayor peso).<sup>1126</sup>

De hecho, Laudan apunta que la presencia en el sistema de reglas como las referidas, presuponen un modelo totalmente opuesto de *trier of fact* popular, al que denomina “*lobotomized jurors*”, (jurados lobotomizados o impedidos cognitivamente).<sup>1127</sup>

El panorama de incongruencias anteriores se vuelve más confuso al ser evidenciadas otras reglas (como las constitutivas de un mecanismo asimétrico de apelaciones), que tratan los veredictos absolutorios como inatacables desde el punto de vista técnico-jurídico (como si en el caso de las absoluciones, la potencial comisión de falacias por parte del *trier of fact*, que inspira reglas como la de excluir evidencia “*unfairly prejudicial*”, de pronto desapareciera).

---

<sup>1124</sup> *Idem.*

<sup>1125</sup> Véase inciso B del número 1 de la sección VII del Capítulo Segundo de este trabajo.

<sup>1126</sup> Véase el inciso C del número 1 de la sección VII del Capítulo Segundo de este trabajo.

<sup>1127</sup> *Idem.*

Sin embargo, no es aceptable en Laudan la generación de inconsistencias semejantes que implican un respeto “*a medias*” (o *ad hoc*) a la doctrina del jurado como una *Black-Box* (y del modelo ideal de *trier of fact* que aquella presupone).

En este punto, Laudan tiene la alternativa de adherirse a una versión más moderada del modelo ideal de “*trier of fact*” popular, una que se ubique en algún punto del espectro flanqueado de un lado, por el modelo del jurado lobotomizado (o cognitivamente impedido o disminuido), y de otro, por el modelo que lo concibe como innatamente propenso al despliegue de un razonamiento ampliativo tan sutil y acertado que resulta casi infalible.

La versión moderada del tipo de *trier of fact* presupuesto tendría que tomar en cuenta el hecho de que los ciudadanos ordinarios no solemos poseer un talento natural e inefable para la realización de inferencias ampliativas (baste considerar, como el propio Laudan señala, los miles de años que, como especie, nos ha tomado el “descubrimiento” de la lógica de las pruebas clínicas o la generación de modelos sofisticados de aceptabilidad de teorías científicas).<sup>1128</sup>

Al amparo de la versión moderada referida, la propuesta de Laudan de sustituir las interpretaciones actuales de BARD por estándares “objetivos” ya no es alcanzada por nuestra crítica de generar inconsistencias con la doctrina del jurado como una *Black-Box*, ya que desde esta perspectiva, el jurado en efecto sigue siendo concebido como una *caja negra*, aunque *relativamente accesible*, de modo que algunos de los procesos que ocurren en ella, al menos los más globales u omnicomprensivos, son ahora objeto de regulación, o al menos, de orientación.

No obstante, pese a lo sensato que resulta la adhesión a una versión moderada de las propiedades que se presuponen están presentes en el *trier of fact* popular, la cuestión de fondo, como se ha dicho, es que Laudan no debió haberse limitado a lidiar con el problema de la potencial subjetividad del juicio de hechos valiéndose exclusivamente de un componente del sistema (que emerge como reflejo de la instauración de un sistema de jurados), el cual, a los efectos de mantener un mínimo de congruencia con el elemento de democracia participativa subyacente al procedimiento penal norteamericano, está predeterminado a mantenerse al margen de la libre manifestación de la sabiduría del pueblo en términos de la ponderación de la evidencia respectiva, ***aún en los casos de adhesión de un modelo moderado de trier of fact.***

#### **4. La eficacia limitada de las propuestas de estándares objetivos**

El elemento central de la propuesta de estándares objetivos de Laudan es uno de carácter prescriptivo, el cual impone la necesidad de que el estándar en cuestión “*haga referencia a la evidencia*”, en términos de las características severas que se desean estén presentes en aquella a los efectos de justificar una condena.

En su trabajo, el autor en comento sostiene que un estándar genuino de prueba (en contraste con uno de carácter subjetivo) hace referencia a la evidencia cuando especifica lo siguiente:

---

<sup>1128</sup> Véase Laudan, Larry, *Truth, Error, and the Criminal Law; An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge, 2006, p. 52.

- A) “...the kinds of evidence, or tests, or proofs necessary for a well-founded belief...”<sup>1129</sup>
- B) “... when a hypothesis is well- or ill-supported by the evidence...”<sup>1130</sup>
- C) “... when it is proper to infer a certain conclusion from given premises...”<sup>1131</sup>
- D) “... the structure of proof...”<sup>1132</sup>
- E) “... the level of support it (the evidence) must offer...”<sup>1133</sup>
- F) “...the inferential links that must exist between the evidence available and the hypothesis in question in order to regard said hypothesis as proven...”<sup>1134</sup>

En este punto es conveniente incluir en nuestra discusión los diferentes sentidos atribuibles a la expresión “prueba” distinguidos por otra de las comunidades estudiadas en esta investigación: TVRPJ.<sup>1135</sup>

Como sabemos, en una primera acepción “prueba” denota al elemento de juicio o conjunto de elementos de juicio, que proporciona cierto sustento a una determinada proposición fáctica jurídicamente relevante, es decir, que transfieren cierto peso probatorio (*evidential weight*) a dicha proposición.<sup>1136</sup>

En los países de tradición romano-germánica, los elementos de juicio suelen ser denotados por la expresión “medios de prueba”.

Por su parte, Ferrer diferencia entre medios de prueba genéricos y medios de prueba específicos: El primer término denota a las distintas clases de elementos de juicio reconocidas por los ordenamientos jurídico-procesales, tales como “documental pública”, “documental privada”, “testimonial”, “pericial”, etc.; mientras que el segundo, a los elementos de juicio particulares –las instancias de las clases aludidas- que obran en el expediente respectivo, por ejemplo, el testimonio de Juan Pérez que consta de las proposiciones “p”, “q”, “r”, etc.

Una segunda acepción de “prueba” denota al procedimiento inferencial que permite vincular al contenido proposicional de los diversos medios de prueba específicos, con la proposición fáctica jurídicamente relevante en cuestión.

Como sabemos, TVRPJ acude al modelo de probabilidad lógica de Bacon-Cohen para caracterizar, en términos generales, al procedimiento inferencial previamente referido, y así mismo enfatiza el papel primordial que en dicho procedimiento es desempeñado por las denominadas *generalizaciones de sentido común* o máximas de experiencia (o *defeasible warrants* en la terminología de la *AI and Law*).

En una tercera acepción, “prueba” denota a la determinación por parte del “*trier of fact*” u operador jurídico correspondiente (el propio juez en la tradición del *Civil Law*), de que la hipótesis en cuestión puede considerarse

<sup>1129</sup> Laudan, Larry, *Truth, Error, and the Criminal Law; An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge, 2006, p. 52.

<sup>1130</sup> *Idem.*

<sup>1131</sup> *Idem.*

<sup>1132</sup> *Idem.*

<sup>1133</sup> *Ibidem*, p. 53.

<sup>1134</sup> *Ibidem*, p. 80.

<sup>1135</sup> Véanse los números 1, 2 y 3 de la sección III del Capítulo Tercero de este trabajo.

<sup>1136</sup> Véase el número 1 de la sección III del Capítulo Tercero de este trabajo.

probada de acuerdo con la política o criterio instaurado para tales efectos en la rama del derecho en cuestión. A este sentido suele denominársele “*prueba como resultado*”.

Pues bien, los incisos A)-F) anteriormente mencionados constituirían los perfiles generales de los criterios, políticas o umbrales que el *trier of fact* (o el juez) habrá de aplicar para determinar si el grado o nivel de sustento probatorio proporcionado por los diversos elementos de juicio es suficiente, es decir, si se cuenta o no, en el caso concreto, con una prueba en su tercer sentido.

Ahora bien, en páginas anteriores hemos dicho que, pese a que no propone el mismo un criterio, política o umbral específico, Laudan respalda ciertas propuestas de “prueba como resultado”, las cuales a continuación reproducimos nuevamente:

- A) Si determina que ha sido presentada evidencia incriminatoria (física, testimonial, etc.) **confiable** cuya existencia sería *muy difícil de explicar* si el acusado fuera inocente y que no ha sido presentada evidencia exculpatoria **confiable** que sería muy difícil de explicar si el acusado fuera culpable; entonces condene, de lo contrario, absuelva...<sup>1137</sup>
- B) Si la historia del fiscal acerca de cómo ocurrió el delito **es plausible** y no puede concebir historia **plausible** alguna en la que el acusado resulte inocente, condene, de lo contrario, absuelva...<sup>1138</sup>
- C) Determina si los hechos establecidos por el fiscal descartan todas y cada una de las hipótesis **plausibles** en las que pueda pensar, en las cuales el acusado resulte inocente. Si la determinación precedente es positiva, condene, de no ser así, absuelva...<sup>1139</sup>

Como puede observarse, las propuestas A)-C) establecen la realización de cierto tipo de determinación para el *trier of fact*, que, desde el marco teórico del Constructivismo Jurídico Cognitivo de Cáceres (otro proyecto estudiado en este trabajo), podría ser considerada como una *macro-tarea cognitiva* (una muy general *legal-epistemic cognitive task*).<sup>1140</sup>

La macro-tarea en cada una de las propuestas referidas (determinar que ha sido presentada evidencia incriminatoria plausible cuya existencia es muy difícil de explicar desde la hipótesis de inocencia, que no puede concebirse alguna hipótesis plausible de inocencia, o que los hechos establecidos por el fiscal descartan todas y cada una de las hipótesis plausibles de inocencia), condensa una multiplicidad de procesos o sub-tareas epistémico-cognitivas para cuya realización no se ofrecen lineamientos, aunque sea muy generales. Al contrario, partiéndose de la asunción de una *racionalidad universal*, su despliegue adecuado y *homogéneo*, se presupone.

Entre estas sub-tareas podemos mencionar la determinación de la relevancia de los elementos de juicio correspondientes; las operaciones de sistematización (u organización) de la información indiciaria-probatoria (que pueden culminar en la conformación de estructuras argumentativas, estructuras narrativas, o argumentativo-

---

<sup>1137</sup> Véase Laudan, Larry, *Truth, Error, and the Criminal Law; An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge, 2006, p. 82.

<sup>1138</sup> *Idem*.

<sup>1139</sup> *Ibidem*, p. 83.

<sup>1140</sup> Véase el sub-inciso c del Inciso B del número 1 de la sección VI del Capítulo Quinto de este trabajo.



narrativas); así como las determinaciones de los grados de confiabilidad y de plausibilidad que corresponden a diversas proposiciones e inferencias en diversos puntos de las estructuras resultantes de la sistematización antes referida.

Ahora bien, si en efecto nos preocupa el problema de la potencial falta de probidad con la que el *trier of fact* realice las operaciones de ponderación-valoración de la evidencia, al que también nos hemos referido como *el problema de la subjetividad* del juicio sobre los hechos, no parece una buena idea dejar a las sub-tareas epistémicas referidas fuera del ámbito de cobertura de nuestra especificación del criterio de suficiencia probatoria a emplearse en el dominio en cuestión, sobre todo a la luz del principio de *individualización cognoscitiva* puesto de relieve en las investigaciones de Cáceres<sup>1141</sup>, el cual, como propiedad genérica, rige la actividad de todo sujeto cognoscente.

De acuerdo con el principio referido, ante los mismos insumos cognitivos, en este caso, ante la misma información probatoria fragmentada y dialéctica, diversos sujetos cognoscentes (*triers of fact*) generarán diferentes estructuras cognitivas al efecto de imponer orden y coherencia a los respectivos insumos, recurriendo para ello a sus propios marcos de referencia (sistemas de creencias, o esquemas cognitivos previos).<sup>1142</sup>

Entre estos marcos de referencia o creencias que constituyen el telón de fondo desde el que el *trier of fact* organiza e interpreta la evidencia correspondiente, se encuentran las conocidas como generalizaciones empíricas, generalizaciones de sentido común, máximas de experiencia, *common-sense presumptions*, o *defeasible warrants* de las que hablan, tanto TVRPJ<sup>1143</sup>, como *AI and Law*.<sup>1144</sup>

Como sabemos, dichas generalizaciones constituyen reglas falibles de inferencia de estructura condicional en cuya conformación no solemos participar conscientemente; no son el resultado de una muestra representativa (en el sentido técnico) de casos relevantes, ni de los tradicionales procedimientos inductivos de las ciencias empíricas; su ámbito de cobertura no suele presentar linderos claros (recordemos que están acompañadas de cuantificadores difusos del tipo “frecuentemente”, “en algunas ocasiones”, “suele suceder que...”, etc.); su empleo pasa inadvertido por el *trier of fact*, y en ese sentido están implícitas en el razonamiento probatorio (asumen una modalidad entimemática); suelen presentar el problema de la falta de consenso en torno a su contenido (sobre todo en una sociedad plural o multi-cultural); y, no obstante, constituyen los *eslabones fundamentales* de las cadenas inferenciales que permiten vincular al contenido proposicional de los diversos medios de prueba, con la hipótesis en cuestión (tanto si de la organización-sistematización de la información probatoria se obtienen estructuras argumentativas, como si se obtienen estructuras narrativas o estructuras argumentativo-narrativas).

Sería entonces deseable la propuesta de lineamientos generales para la organización-sistematización de la información probatoria, que permitan poner *en primer plano*, o bajo los reflectores de nuestro análisis, a dichos eslabones falibles, obligando al *trier of fact* a articularlos.

---

<sup>1141</sup> Véase el número 3 de la sección III del Capítulo Quinto de este trabajo.

<sup>1142</sup> *Idem*.

<sup>1143</sup> Véase el inciso B del número 2 de la sección III, así como el número 2 de la sección IV, del Capítulo Tercero de este trabajo.

<sup>1144</sup> Véanse los números 4-10 de la sección II del Capítulo Cuarto de este trabajo.

Como hemos visto al abordar el tema del atomismo y el holismo en TVRPJ,<sup>1145</sup> así como los modelos dialéctico procedurales de la *Computational Legal Theory*<sup>1146</sup> y los modelos empírico-cognitivos de Cáceres,<sup>1147</sup> las diversas técnicas de representación gráfica del razonamiento probatorio (algunas de las cuales ya se han traducido en software específico al que, en términos generales se le conoce como “*sense-making software*”)<sup>1148</sup> constituyen herramientas apropiadas para tales efectos (es decir, para visualizar la estructura de inferencias realizadas, en la cual aparecen en forma visual, las generalizaciones de sentido común empleadas por el *trier of fact*), las cuales son susceptibles de ser mayormente desarrolladas o perfeccionadas a la luz del tipo de casos -escenarios en la propuesta de Cáceres-<sup>1149</sup> que se esté trabajando en un momento determinado (lo cual desarrollaremos con mayor detalle más adelante).

Por otra parte, de manera complementaria se requiere de la propuesta de estrategias de monitoreo, revisión o escrutinio del fundamento epistémico de las generalizaciones empleadas en los casos particulares, para lo cual, la teoría de los *esquemas argumentales de razonamiento probatorio* en contextos jurídicos desarrollada por Walton, Prakken y otros,<sup>1150</sup> constituye una herramienta plausible.

Como se ha visto, esquemas argumentales como por ejemplo el denominado “*Appeal to Expert Opinion*”, nos permiten representar la estructura lógica abstracta de aquellos casos en los que, para soportar o sustentar determinada proposición “p”, se ofrecen como razones o argumentos, las declaraciones ofrecidas por un experto en algún dominio.<sup>1151</sup> A continuación presentamos una de las versiones de dicho esquema propuesta por Walton:

### ***Appeal to Expert Opinion***

**1. Major Premise:** Source E is an expert in subject domain S containing proposition A.

**2. Minor Premise:** E asserts that proposition A (in domain S) is true (false).

**3. Conditional Premise:** If source E is an expert in a subject domain S containing proposition A, and E asserts that proposition A is true (false), then A may plausibly be taken to be true (false).

**Conclusion:** A may plausibly be taken to be true (false).

El esquema anterior nos permite articular la generalización empírica empleada en estos casos (la premisa 3), pero además, nos permite identificar (construir) los factores (también llamados “*atributos de credibilidad*” por TVRPJ)<sup>1152</sup>

---

<sup>1145</sup> Sección IV del Capítulo Tercero de este trabajo.

<sup>1146</sup> Capítulo Cuarto de este trabajo.

<sup>1147</sup> Capítulo Quinto de este trabajo.

<sup>1148</sup> Véase la sección IV del Capítulo Cuarto de este trabajo.

<sup>1149</sup> Véase el sub-inciso b del inciso B del número 1 de la sección VI del Capítulo Quinto de este trabajo.

<sup>1150</sup> Secciones II y II del Capítulo Cuarto de este trabajo.

<sup>1151</sup> Véase el número 8 de la sección II del Capítulo Cuarto de este trabajo.

<sup>1152</sup> Véase el inciso C del número 2 de la sección III del Capítulo Tercero de este trabajo.

cuya revisión nos permite, por un lado, determinar si la instancia particular del esquema en cuestión ha cruzado o no la tenue línea que la separa de lo que constituiría un razonamiento falaz en otros contextos (“*Argumento de Autoridad*”); y de otro, atribuir un cierto grado de aceptabilidad a la conclusión respectiva.<sup>1153</sup> Dichos factores suelen asumir la forma de *Critical Questions*” (CQ’s).<sup>1154</sup> Las CQ’s del esquema argumental “*Appeal to Expert Opinion*” son:

1. *Expertise Question*: How credible is E as an expert source?
2. *Field Question*: Is E an expert in the field that A is in?
3. *Opinion Question*: What did E assert that implies A?
4. *Trustworthiness Question*: Is E personally reliable as a source?
5. *Consistency Question*: Is A consistent with what other experts assert?
6. *Backup Evidence Question*: Is A’s assertion based on evidence?

Las CQ’s que forman parte del contenido proposicional del esquema en cuestión, nos proporcionan entonces, un mecanismo para el *control de la calidad*<sup>1155</sup> de la inferencia basada en la generalización respectiva, es decir, nos permiten escrutar el fundamento epistémico o el grado de confiabilidad de la misma.<sup>1156</sup>

Como vimos al tratar la cuestión en el capítulo dedicado a la *AI and Law*, el grado de severidad del escrutinio al que deseamos someter las generalizaciones derrotables (o *defeasible warrants*) de cada esquema argumental de razonamiento presuntivo, puede incrementarse o disminuir en función del número de CQ’s asociadas al esquema respectivo; en función del grado de especificidad de las CQ’s; así como en función del tipo de respuesta que se espera para cada CQ.<sup>1157</sup>

Sin embargo, la propuesta de un modelo que ofrezca lineamientos como los mencionados previamente, no tiene cabida en un proyecto de epistemología jurídica en el que la especificación del criterio o política de suficiencia probatoria se concibe como la formulación de un estándar de prueba al estilo norteamericano, es decir, como la formulación de *una sola regla de decisión* que pretende establecer ciertas condiciones cuya satisfacción justifica la emisión de una condena, manteniéndose al margen de la forma en que la sabiduría popular –representada por los miembros del jurado- en un recinto cerrado e impenetrable, y sin necesidad de ofrecer explicación alguna, sistematiza la

---

<sup>1153</sup> Véase el número 2 de la sección II del Capítulo Cuarto de este trabajo.

<sup>1154</sup> Véase el número 10 de la sección II del Capítulo Cuarto de este trabajo.

<sup>1155</sup> Tomo esta expresión del Doctor Cáceres a partir de una discusión informal en uno de los acostumbrados seminarios de formación teórica.

<sup>1156</sup> Por supuesto, la teoría de los esquemas argumentales no está exenta de problemas: Una crítica que suele formularse tiene que ver con que las tipologías ofrecidas no suelen provenir de estudios empíricos robustos en donde pueda consultarse las unidades de análisis empleadas (expedientes, algún tipo de documento específico, video-grabaciones, etc.); si están basadas en muestras representativas (la base inductiva de las diversas tipologías), las técnicas de reconstrucción argumentativa, o de análisis del discurso, empleadas por los analistas correspondientes, etc. Más adelante trataremos más extensamente sobre la forma en que proponemos incorporar dicha teoría en el modelo integral de epistemología jurídica.

<sup>1157</sup> Véanse los números 7 y 8 de la sección II del Capítulo Cuarto de este trabajo.

información probatoria y determina los grados de confiabilidad y plausibilidad correspondientes a los diversos indicios, generalizaciones e inferencias basadas en aquellas.

Como se ha visto, la suscripción de una versión moderada (y mucho más realista) del modelo de *trier of fact* popular presupuesto, genera condiciones propicias para que el estándar respectivo pueda establecer nexos más fuertes con la valoración de la evidencia, en el sentido de imponer la realización de ciertas operaciones evaluativas respecto de aquella que, en contraste con las interpretaciones actuales de BARD, no implican la detección, mediante introspección, de ciertos estados internos, como el íntimo o rotundo convencimiento en la culpabilidad del acusado.

En efecto, las oportunidades para la subjetividad, e incluso, para la arbitrariedad en las decisiones (basada en prejuicios personales en contra del acusado o de la clase a la que pertenece), pueden verse reducidas mediante la incorporación de lo que Laudan denomina estándares “objetivos”.

Sin embargo, el respeto a la libre manifestación de la sabiduría popular sigue presionando en la medida en que, aún y cuando dichos estándares orientan la atención del *trier of fact* hacia las “características” de la evidencia, la determinación de si esas características están presentes o no constituye, como hemos visto, una macro-tarea cognitiva global o condensatoria que no alcanza a descender hasta las profundidades de las tareas epistémicas básicas consistentes en determinar la relevancia de los diversos indicios, organizar la información probatoria a la manera de sistemas inferenciales que pueden asumir diversas modalidades (estructuras argumentativas, argumentativo-narrativas), y determinar la confiabilidad y la plausibilidad que corresponde atribuir a diversas proposiciones al interior, y en diversos niveles, de los sistemas inferenciales y dialógicos referidos (lo cual puede implicar la resolución de diversas confrontaciones dialógicas).

La eficacia de las propuestas de estándares objetivos para afrontar el problema de la potencial falta de probidad (subjetividad, e incluso, arbitrariedad) de parte del *trier of fact* al sopesar la evidencia, es limitada, ya que deja sin tratar ciertos aspectos del problema referido que resultan coyunturales, tales como la articulación de las generalizaciones empíricas que posibilitan la realización de las inferencias respectivas, así como las estrategias que pueden emplearse para el monitoreo del nivel de confiabilidad y de plausibilidad de dichos componentes cruciales en el razonamiento probatorio.

##### **5. De un criterio global de suficiencia probatoria a un sistema de criterios de suficiencia probatoria**

Una alternativa para matizar (obviamente no erradicar del todo) el déficit de eficacia que presenta la propuesta de estándares de prueba objetivos en torno al problema de la potencial subjetividad-arbitrariedad del juicio de hechos, consiste en modificar nuestra concepción acerca de cómo puede especificarse un criterio o política de suficiencia probatoria para un dominio determinado, que no necesariamente nos constriña a la formulación de una sola regla de decisión tipo *estándar de prueba norteamericano*.

Recordemos que, de acuerdo con Laudan, un criterio o política de suficiencia probatoria debe especificar: “...the kinds of evidence, or tests, or proofs necessary for a well-founded belief...”; “... when a hypothesis is well- or ill-supported by the

*evidence...”; “... when it is proper to infer a certain conclusion from given premises...”; “... the structure of proof...”; “... the level of support it (the evidence) must offer...”; “...the inferential links that must exist between the evidence available and the hypothesis in question in order to regard said hypothesis as proven...”*

Pues bien, no hay nada en las frases anteriormente citadas que nos obligue a centrar nuestros esfuerzos únicamente en la formulación de una regla de decisión de segundo orden que presuponga, y en ese sentido que no ofrezca lineamiento alguno en torno a, las operaciones de determinación de la relevancia, de sistematización-organización de la información probatoria, y de determinación de grados de confiabilidad de las pruebas y de grados de plausibilidad de las diversas inferencias.

En este sentido, por “*criterio de suficiencia probatoria*” podría entenderse, no un solo *test* global (como lo hace Laudan en propuesta de estándares objetivos), sino un conjunto de proposiciones que tienden hacia el establecimiento de *múltiples criterios de suficiencia*, es decir, de un *sistema de criterios de suficiencia* a ser aplicado ante situaciones inferenciales que pueden o no incluir la presencia de confrontaciones dialógicas, en diversos puntos de la estructura argumentativa o argumentativo-narrativa que corresponde al tipo de caso en cuestión.

Desde la perspectiva del proyecto de Cáceres, dicho sistema puede considerarse como un conjunto de *clausuras de operación* que tienen lugar en diversos puntos de la representación mental de lo que fue el caso en el mundo, con base en la cual el *trier of fact* toma sus decisiones correspondientes.<sup>1158</sup>

En efecto, la especificación de un sistema de criterios de suficiencia como el que se viene proponiendo presupondría una adecuada comprensión de parte del diseñador del procedimiento respectivo, de los aspectos *lógico-dialógico-estructurales* y *epistémicos* del razonamiento probatorio, que le permita entonces pronunciarse respecto de los criterios de suficiencia que se podrían instaurar ante diversas situaciones inferenciales.

Además, la comprensión aludida no sólo tendría que ser referida al razonamiento probatorio *en abstracto*, sino a los patrones argumentativos y argumentativo-narrativos que podrían asociarse a cada tipo de delito, y dentro de cada tipo de delito, a cada *Modalidad de Instanciación Normativa* (MIN)<sup>1159</sup> que se considere oportuno construir.

El conocimiento de la anatomía argumentativa (y/o argumentativo-narrativa) de las MIN’s asociadas a cada tipo de delito que se considere, presupone a su vez, una forma diferente de hacer epistemología jurídica: Una que no

---

<sup>1158</sup> Véanse las secciones VII y V del Capítulo Quinto de este trabajo.

<sup>1159</sup> Recordemos que el concepto de MIN ha sido propuesto por Cáceres. Esta expresión denota a la serie de categorías intermedias que puede haber entre los términos empleados por el marco normativo correspondiente, y una instancia particular del delito de que se trate. Tomemos por ejemplo, el caso frecuente en el que el marco normativo contempla como delito el hecho de “privar de la vida a otro” (homicidio). El propio ordenamiento realiza recortes ulteriores de modo que se habla, al menos en países de la tradición del *Civil Law*, de homicidio doloso y/o culposo (o imprudente). A su vez, con base en la presencia de ciertas condiciones, el homicidio doloso puede clasificarse en “atenuado” o “agravado”. Por su parte, algunas de las modalidades de estos tipos de homicidio son “homicidio en el que el autor experimenta una emoción violenta”, o para el caso de los dolosos, “homicidio con alevosía y/o ventaja, y/o traición”. Pues bien, usando la imaginación, pueden seguirse haciendo recortes más finos, de modo que pueden obtenerse categorías como las siguientes: “homicidio doloso con alevosía y ventaja que implica el empleo de arma de fuego”, “de arma punzo-cortante”, etc. Sin embargo, nuestra construcción categorial puede también tomar en cuenta a las prácticas sociales de una determinada comunidad, y en ese sentido, las MIN’s respectivas modelan los patrones de homicidio que la caracterizan en un periodo determinado. Véase la sección V del Capítulo Quinto de este trabajo.

se limita al mero análisis conceptual, sino una que establece nexos cruciales con los resultados obtenidos de investigaciones empíricas específicamente diseñadas para tales efectos (una epistemología jurídica aún más orientada a su naturalización), las cuales podrían tomar como modelo, la metodología de Cáceres para la obtención y modelado de escenarios en materia de pensiones alimenticias.<sup>1160</sup>

Como se ha visto, el modelado de escenarios posibilita la elicitación del *conocimiento heurístico* que el operador en cuestión, cuyos procesos cognitivos nos interesa modelar, emplea en la realización de diversas tareas jurídico-cognitivas a lo largo de diversas fases del procedimiento o proceso respectivo.

En este sentido, de manera muy preliminar podría pensarse en el diseño de estudios de elicitación y modelado de escenarios, los cuales podrían incluir la participación de al menos cinco grupos:

El grupo A podría estar constituido por ciudadanos que hubieren acudido previamente al llamado del deber de jurado en situaciones similares a la(s) MIN's a las que el estudio se enfoca;

El grupo B, por su parte, estaría constituido por ciudadanos sin experiencia previa como miembros de algún jurado (esto es importante ya que empíricamente se podría constatar si existe o no una especie de *plataforma común* en términos de procesos inferenciales ampliativos, compartida por cualquier miembro de la sociedad, lo cual es un presupuesto de la instauración del mecanismo de jurados en la tradición del *Common Law*);

El grupo C podría estar conformado por otros operadores jurídicos, tales como fiscales, abogados defensores, e incluso los propios jueces (todos ellos con amplia experiencia en la sistematización-organización de compleja información probatoria y en el despliegue de determinaciones tanto de relevancia, así como de grados de confiabilidad y plausibilidad, aunque no recaiga en ellos directamente la responsabilidad de juzgar las cuestiones de hecho en un procedimiento penal);

El grupo D, al que podría denominarse "*trans-cultural*", podría estar conformado tanto por ciudadanos ordinarios, como por operadores jurídicos pertenecientes a la tradición del *Civil Law*, con lo cual podrían realizarse novedosos estudios de derecho procesal comparado orientados no a la comparación exclusiva de normas procesales de diferentes sistemas jurídicos, sino de estructuras cognitivas subyacentes al despliegue de la valoración probatoria en determinado tipo de casos.

Por último, el grupo E, podría estar compuesto por epistemólogos o filósofos de la ciencia profesionales (como el propio Laudan), a los efectos de contrastar las operaciones realizadas por los demás grupos, con el tipo de razonamiento ampliativo ideal (presumiblemente desplegado por los integrantes de este grupo).

A cada grupo referido, luego de su capacitación en el empleo de técnicas para la diagramación-representación gráfica de argumentos dialógicos y derrotantes (como la de Cáceres,<sup>1161</sup> la presupuesta por Aracauria,<sup>1162</sup> la de las

---

<sup>1160</sup> Véase el número 1 de la sección VI del Capítulo Quinto de este trabajo.

<sup>1161</sup> Véase el sub-inciso b del inciso B del número 1 de la sección VI del Capítulo Quinto de este trabajo.

<sup>1162</sup> Véase el número 3 de la sección IV del Capítulo Cuarto de este trabajo.

investigaciones de Bex et. al.,<sup>1163</sup> etc.), se le presentaría un caso típico determinado, caracterizado por ciertas aseveraciones, así como por cierta información probatoria.

Se podría incluso diseñar una forma de presentación del caso típico que se asemejara a la forma en la que un *trier of fact* en el ámbito anglo-sajón, es expuesto a la información probatoria. Es decir, a la manera de un juicio (un *mock-trial*) con argumentos de apertura de parte del fiscal y la defensa, declaraciones de testigos expertos, presenciales, etc., y con argumentos de clausura.

El objetivo del estudio consistiría en modelar la manera en que los diversos grupos organizan-sistematizan la información respectiva en términos de una estructura cognitiva argumentativa o argumentativo-narrativa (la *representación sumaria* de la evidencia de la que hablan *Hastie y Pennington* en sus investigaciones<sup>1164</sup>), así como los diversos criterios de suficiencia empleados en diversos puntos de dichas estructuras, ante la presencia o no de confrontaciones dialógicas.

Como resultado de ejercicios como el descrito, podrían obtenerse bases de casos que constituirían, a su vez, el punto de partida para reflexiones de carácter prescriptivo orientadas al establecimiento del sistema de criterios de suficiencia probatoria anteriormente mencionado, *más apropiado* para el escenario en cuestión.

## **6. Sistema de Criterios de Suficiencia Probatoria y el BdeD Toolkit**

Ahora bien, en términos generales, lo adecuado o no de las propuestas de sistemas de criterios de suficiencia tendría que ser determinado, siguiendo las lecciones de Laudan, atendiéndose a las dimensiones *socialmente sancionadas* del riesgo de que se produzcan condenas falsas.<sup>1165</sup>

Como hemos visto, el pacto en torno a las dimensiones del riesgo referido constituye una decisión de política pública compleja que no debe tener lugar de manera aislada, ya que debe tomar en consideración el contexto de las utilidades (y disutilidades o costos) que la sociedad estaría dispuesta a atribuir a las cuatro modalidades de la decisión final del procedimiento (condenas y absoluciones falsas, y también condenas y absoluciones verdaderas), con base en el panorama más exhaustivo posible de las consecuencias más plausibles y pertinentes que se seguirían de cada modalidad contemplada, en las que pudiera pensarse.<sup>1166</sup>

Como sabemos, al delimitar las dimensiones del riesgo de que el sistema cometa condenas falsas, nos encontramos inyectando la totalidad de la dosis deseada del *Beneficio de la Duda* que se desea conceder al acusado.<sup>1167</sup>

De acuerdo con la elicitación piloto realizada por Laudan y Saunders, según vimos páginas atrás, las dimensiones deseadas de este riesgo son de alrededor del 30% de probabilidades (mucho menos exigente que la proporción *Blackstone*). Es decir, se buscaría que el procedimiento penal condene con un 70% de efectividad.<sup>1168</sup>

---

<sup>1163</sup> Véase el número 4 de la sección IV del Capítulo Cuarto de este trabajo.

<sup>1164</sup> Véase el número 1 de la sección IV del Capítulo Tercero de este trabajo.

<sup>1165</sup> Véase el número 3 de la sección VIII del Capítulo Segundo de este trabajo.

<sup>1166</sup> *Idem*.

<sup>1167</sup> Véase el número 2 de la sección I, el inciso A del número 1 de la sección VII, y el número 1 de la sección VIII del Capítulo Segundo de este trabajo.

La verificación de que el sistema de criterios de suficiencia probatoria propuesto para determinado escenario, en efecto, incurre dentro de los linderos del ideal de eficiencia socialmente avalado (70% o algún otro democráticamente y racionalmente establecido), es una cuestión que ha de establecerse *de manera empírica* asociando a las diversas propuestas, sus perfiles de error correspondientes, y comparando dichos perfiles con el ideal.

Ahora bien, para ajustar nuestras propuestas de sistemas de criterios de suficiencia al nivel de severidad probatoria avalado socialmente, tenemos a nuestra disposición las siguientes herramientas:

- A) Proponer medios de prueba idóneos para las diversas proposiciones *probandum* características del escenario en cuestión, por ejemplo, para la proposición “X es mi esposo” (que se requiere probar en ciertos juicios de constitución de pensión alimenticia), podemos establecer como idónea la presentación de una documental pública tipo acta de matrimonio con ciertas características. Puede suceder que en la discusión respectiva surjan varios candidatos de idoneidad, algunos de los cuales incluyan no sólo un medio de prueba, sino la convergencia de al menos dos. En estos casos deberá procurarse no incurrir en la especificación de *pruebas redundantes*<sup>1169</sup> como candidatos idóneos. Puede así mismo acontecer que algunos de los candidatos constituyan una especie de alternativa subsidiaria que suple la imposibilidad de las partes de presentar el idóneo. En estos casos podría establecerse una especie de *prelación* de candidatos idóneos.
- B) Establecer quién de las partes tiene la carga de presentar (*Burden of Production*) alguno de los candidatos de medio de prueba idóneo.
- C) Establecer el valor de confiabilidad esperado para el medio de prueba idóneo. Dicho valor puede plantearse en términos semánticos del tipo Alto, Medio, Bajo y Nulo (como en el proyecto de Cáceres) –cada uno con posibles subdivisiones-, o en términos numéricos, etc. Así mismo, el valor referido puede plantearse en términos de rangos, es decir, un valor entre Medio y Alto, entre Bajo y Medio, entre .6 y .8, etc. Este valor de confiabilidad constituiría una superveniencia de diversas combinatorias de modalidades de respuesta al conjunto de *Critical Questions (CQ)* que se asocia al medio idóneo de prueba
- D) Diseñar el conjunto de *Critical Questions* o factores que se asocian a cada medio idóneo.
- E) Diseñar la modalidad de respuesta que se espera para cada CQ, la cual puede, siguiendo a Cáceres, ser determinista en términos de Sí o No (Positivo o Negativo), o en términos más difusos, como el caso del factor “distancia” para evaluar la confiabilidad de un testigo ocular en el proyecto ADVOKATE, para el cual pueden plantarse diversas opciones, cada una de las cuales representa un rango o parámetro: de 1 a 3 metros, de 3 a 7 metros, etc.

---

<sup>1168</sup> Véase el número 3 de la sección VIII del Capítulo Segundo de este trabajo.

<sup>1169</sup> Recordar que nos encontramos frente a pruebas redundantes cuando a partir de cierto punto de saturación, las pruebas adicionales ya no incrementan el sustento probatorio que se transfiere a la conclusión fáctica en cuestión.



- F) Establecer el *rango de respuestas* adecuado para cada factor o CQ.
- G) Establecer quién tiene la carga de presentar la prueba correspondiente a la respuesta o rango de respuestas establecido en F), mediante el otorgamiento de diversos estatus a las CQ's o factores en cuestión. Siguiendo las investigaciones de la *AI and Law*, cada CQ o factor puede tener el estatus de una *Ordinary Premise*, una *Assumption* o una *Exception*. Si se atribuye el primer estatus, quien presenta el medio de prueba idóneo, debe presentar también medios de prueba relativos al factor en cuestión; si se atribuye el segundo estatus, quien presenta el medio idóneo sólo tiene la obligación de presentar pruebas en relación con el factor o CQ en cuestión, si su contraparte lo cuestiona al respecto; si se atribuye el tercer estatus, es la contraparte quien tiene la obligación de presentar pruebas en relación con la situación considerada excepcional.
- H) Establecer medios de prueba idóneos para las modalidades de respuestas asociadas a cada CQ o factor, o
- I) Establecer el criterio de la preponderancia de la evidencia para determinar quién vence y quién es derrotado en la posible dialógica que se presente para cada factor o CQ.

El catálogo de estrategias referido, obviamente no es exhaustivo. Sin embargo, por el momento nos interesa destacar el punto de que el sistema de criterios de suficiencia puede hacerse más o menos severo para el fiscal en función de la forma en que se modulan los componentes del catálogo:

En este sentido, el sistema será más riguroso si por ejemplo, establece un valor Alto de confiabilidad para el medio idóneo esperado vinculado con alguna *probandum*, o si contempla un mayor número de CQ's o factores que deben ser considerados para determinar el valor de confiabilidad del medio de prueba en cuestión, o si califica de *Ordinary Premise* muchas de las CQ's, lo cual tiene el efecto de que quien tiene la obligación de presentar el medio idóneo respecto de cierta *probandum*, también tiene la obligación de presentar prueba en relación con los factores de confiabilidad calificados de *Ordinary Premise*.

Con base en lo dicho, denominaremos a este catálogo de estrategias para ajustar el sistema de criterios de suficiencia al nivel de exigencia o severidad deseado por la sociedad, el “*Tool-Kit para la incorporación del Beneficio de la Duda*” (o *BdeD Toolkit*).

Como puede observarse, la inyección de la cuota socialmente sancionada de Beneficio de la Duda que se desea conceder al acusado ya no es absorbida exclusivamente por una regla de decisión de segundo orden del tipo “*Si la historia del fiscal acerca de cómo ocurrió el delito es plausible y no puede concebir historia plausible alguna en la que el acusado resulte inocente, condene, de lo contrario, absuelva*”, o “*Determine si los hechos establecidos por el fiscal descartan todas y cada una de las hipótesis plausibles en las que pueda pensar, en las cuales el acusado resulte inocente. Si la determinación precedente es positiva, condene, de no ser así, absuelva.*”

La inyección del Beneficio referido, en términos generales se realiza mediante la modulación adecuada de los componentes constitutivos del *BdeD Toolkit*, aunque no se excluye la posibilidad de que se adicione un *test* global como complemento de los criterios de suficiencia a nivel local.

Como lo muestran las investigaciones del proyecto de Cáceres, las comunidades judiciales de sistemas de la tradición del *Civil Law*, de hecho emplean algunas de las herramientas del *BdeD Toolkit* aquí propuesto para favorecer, en el caso de los juicios sobre pensiones alimenticias, al acreedor alimentario: especificar medios idóneos de prueba para cierta proposición *probandum*, transfiriendo la carga de presentar dichas pruebas generalmente al deudor alimentario, atribuyendo el estatus de presunción a ciertas proposiciones (como la relativa a la necesidad del acreedor alimentista), etc.<sup>1170</sup>

Sin embargo, como también lo muestran los resultados de las actividades de elicitación del conocimiento judicial del sistema EXPERTIUS, las herramientas del catálogo o *BdeD Toolkit* pueden ser empleadas de manera excesiva, incluso *ad hoc*, para angostar las oportunidades de defensa de la persona no favorecida por el beneficio de la duda (en este caso, el deudor alimentario), y de ese modo garantizar la subsistencia, en términos de la satisfacción de las necesidades alimentarias, del acreedor.<sup>1171</sup>

Como se ha visto, por la interpretación pragmática que la comunidad judicial elicitada realiza de los principios de “Orden público e interés social”, “Suplencia de la queja”, “Supremo interés de los menores”, “Presunción de necesidad de alimentos”, “amplias facultades probatorias”, el Juicio Especial de Alimentos constituye, más que un *engranaje epistémico moderado*, un sistema de canalización de recursos provenientes de un determinado torrente patrimonial, hacia otra entidad patrimonial representada por el acreedor alimentista, en el que la verdad o no de cuestiones tales como que el demandado esté imposibilitado para trabajar por múltiples razones; que el demandado hubiera venido cumpliendo con la obligación alimentaria previamente; que el acreedor por alguna razón no estuviere en un estado precario de necesidades, y en ese sentido, que tuviere alguna clase de ingresos propios; poco importa.

Pues bien, es precisamente atendiéndose al valor socialmente pactado de beneficio de la duda como puede trazarse la línea que divide al uso legítimo del *BdeD Toolkit*, de su uso epistémicamente ilegítimo.

## **7. Sistema de criterios de suficiencia probatoria y “Duda Razonable”**

Ahora bien, un argumento más a favor de una concepción del criterio de suficiencia probatoria como un *sistema de clausuras de operación cognitiva* y no sólo como un *test* global que presupone las referidas clausuras de operación a nivel local, tiene que ver con algunas reflexiones que el propio Laudan realiza en torno a la “duda razonable” que constituye el eje del estándar BARD.

Laudan sostiene que la duda razonable tendría que plantearse como una especie de reacción a las *debilidades* que pudiera presentar el caso del fiscal. Por su parte, la detección de las debilidades referidas sería el resultado de la

---

<sup>1170</sup> Véase el número 1 de la sección VI del Capítulo Quinto de este trabajo.

<sup>1171</sup> Véase el sub-inciso b del inciso C del número 1 de la sección VI del Capítulo Quinto de este trabajo.

habilidad del *trier of fact* (y de la defensa) consistente en realizar, *como mínimo*, críticas relativas al grado de confiabilidad-credibilidad de la evidencia presentada, y al grado de plausibilidad de las generalizaciones de sentido común empleadas para la realización de las inferencias correspondientes que vinculan a los medios de prueba con la hipótesis en cuestión. El autor en comento lo pone de este modo:

“... what distinguishes a rational doubt from an irrational one is that ***the former reacts to a weakness in the case offered by the prosecution, while the latter does not...*** At a minimum, ***the defense will seek to identify weak points or implausibilities*** in the *prosecution's narrative*. This critique may involve ***challenging the evidence or testimony or it may focus on the large inferential leaps required to move from the evidence presented to the thesis that the defendant is guilty...***”<sup>1172</sup>

Como sabemos, la estructura de la narrativa del fiscal a la que Laudan se refiere en la cita, implica diferentes niveles de superveniencia en los cuales puede o no presentarse la dialógica consistente en los ataques a la confiabilidad-credibilidad de la evidencia, así como a la plausibilidad de las generalizaciones de sentido común empleadas en algún punto específico. Así mismo, la narrativa referida está orientada a la obtención-conclusión de ciertas proposiciones *probandum* cruciales del caso del fiscal.

Como puede observarse, y como el propio Laudan reconoce, la determinación de que alguien es culpable de un delito implica la toma de *múltiples decisiones* (que resuelven o no dialógicas internas) en torno a la suficiencia probatoria del caso, en múltiples puntos de la narrativa presentada (Cáceres diría, en múltiples niveles de la representación mental que en forma dinámica, progresiva y evolutiva se obtiene de sistematizar-organizar el torrente informativo segregado, fragmentado, y dialógico con el que en un tiempo 1, entra en contacto el *trier of fact*). Al respecto, Laudan comenta lo siguiente:

“... The issue at trial should not be whether, as a contingent matter, the twelve jurors are all fully convinced of the guilt of the accused. Instead it should be, “Does this evidence strongly support the theory that the defendant is guilty?”... “Is it remotely likely that an innocent person would have an evidence profile that looked like the one presented at trial?” ***For jurors to be able to answer such questions***, it is of little or no avail to tell them that they must be firmly convinced or have an abiding conviction of guilt. Rather ***they must be able to tell to themselves and to one and other precisely why the evidence at hand does or does not point unambiguously to the guilt of the accused. Doing so requires them to make a whole series of decisions about whether the evidence supported each key claim of the prosecution's theory to the requisite degree... What the jurors may well be unclear about is how to tell whether the evidence provides powerful or only mild support for the prosecution.. For instance, is one credible witness to a crime sufficient to convict? Is circumstantial evidence potentially as powerful as eyewitness testimony? Are some sorts of physical evidence more damning than others?*** And so on...”<sup>1173</sup>

En suma, de acuerdo con lo anterior, el miembro del jurado necesita ser dotado de las habilidades y criterios (conocimiento procedural en términos de reglas de transformación y reglas de composición) que le permitan

---

<sup>1172</sup> Laudan, Larry, *Truth, Error, and the Criminal Law; An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge, 2006, p. 53.

<sup>1173</sup> Laudan, Larry, *Truth, Error, and the Criminal Law; An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge, 2006, p. 54.

responder y decidir la serie de preguntas diversas que en torno a la suficiencia probatoria del caso del fiscal pueden surgir.

Los casos de no satisfacción de alguno de los criterios de suficiencia a aplicarse distribuidamente en diversos puntos locales de la estructura argumentativa del caso en cuestión, constituirían las *debilidades* que éste presenta. El problema consiste en establecer cuántas, qué tipo, y en qué puntos neurálgicos del caso ha de presentarse un conjunto crítico de debilidades a los efectos de considerar que “*hay duda razonable*” y por tanto, absolver.

Si esto es así, parece justificada la propuesta del sistema de criterios de suficiencia en términos de un conjunto de clausuras de operación cognitiva presentada.

Por su parte, Laudan considera que la ausencia de un conjunto de criterios y lineamientos como los sugeridos sería excusable si contáramos con razones para suponer que el miembro del jurado promedio está habilitado para realizar lo que los filósofos denotan con la expresión “*razonamiento ampliativo*”. Si todos, o la mayoría de ciudadanos tuviéramos este talento de forma natural, en efecto, la serie de criterios y lineamientos de suficiencia probatoria constituiría *información superflua*.

Sin embargo, Laudan no está dispuesto a seguir las implicaciones de su argumento consistente en que no poseemos, como ciudadanos ordinarios, un talento natural para el razonamiento ampliativo, al punto de no sólo criticar la omisión del sistema en el sentido de no proveer de los lineamientos, guías y pautas necesarias para realizar las clausuras de operación cognitiva resultantes de la determinación del grado de confiabilidad-credibilidad y de plausibilidad de las proposiciones e inferencias constitutivas de un acervo probatorio determinado., sino a proponer dichos criterios, e incluso a criticar el que a los miembros del jurado no se les exija rendir cuentas en términos de explicaciones (no sólo causales, sino con un verdadero efecto justificativo) en torno a la forma en la que arribaron a su veredicto (lo que se conoce como la obligación de “motivación” en los contextos del *Civil Law*).

Se podría argumentar que la capacitación de los miembros del jurado en la aplicación de los criterios de suficiencia correspondientes tomaría demasiado tiempo, y en ese sentido, que se estaría atentando en contra del principio de “*justicia pronta y expedita*”.

En efecto, éste podría ser el caso. Sin embargo, siguiéndose la propia ruta de Laudan en el sentido de pensar en situaciones remediales una vez identificados puntos *truth-thwarting* en el procedimiento, podría sugerirse la instrumentación de cursos de capacitación y adiestramiento en las habilidades en cuestión, como parte de la formación cívica del individuo en etapas tempranas de su formación académica. Evidentemente esta sugerencia tendría efectos a largo plazo y requeriría de la voluntad política y el presupuesto respectivos.

Así mismo, se podría argumentar que la adquisición de las habilidades referidas a través de la capacitación mencionada equivaldría a pretender profesionalizar la función de “*trier of fact*”, y en ese sentido, ¿por qué no mejor retirar la concesión de tal función al pueblo y utilizar a los propios jueces del sistema, quienes al menos en teoría, ya se encuentran adiestrados en operaciones de evaluación probatoria?

Sostenemos que tal postura es exagerada en la medida en que fomentar la capacitación de la ciudadanía en el razonamiento ampliativo ante casos jurídicos no necesariamente constituye un argumento a favor de la profesionalización de la función referida, ni a favor de la desaparición del sistema de jurados: Se trata simplemente de una propuesta que busca establecer condiciones más realistas que permitirían el ejercicio *responsable* de la facultad de juzgar las cuestiones de hecho (relativas a la valoración de la evidencia) concedida al pueblo.

No desconocemos que la pretensión de implementar la propuesta realizada, al menos en el sistema norteamericano, generaría reacciones encontradas dado el profundo arraigo en las representaciones sociales, de la confianza casi plena que el sistema posa sobre la sabiduría popular “natural”.

En efecto, la cuestión relativa a las políticas públicas que se podrían diseñar una vez que se toma en serio el argumento de la no propensión innata al razonamiento ampliativo, constituye un asunto abierto y difícil (como toda discusión de políticas públicas, y mucho más si aquellas tratan sobre aspectos tan coyunturales y distintivos de una tradición jurídica).

## **8. Problemas con la pretensión de exportar el marco de análisis epistémico de Laudan a países de la tradición del Civil Law: El caso particular del procedimiento penal en México.**

Ahora bien, en la etapa más reciente de sus investigaciones, Laudan ha pretendido extender el ámbito de cobertura de sus reflexiones epistémicas de modo que incluyan al procedimiento penal mexicano.<sup>1174</sup>

En efecto, el planteamiento de la cuestión en nuestro país constituye un problema de frontera que no había sido si quiera sospechado por la dogmática tradicional en torno al derecho procesal en general, ni en torno al derecho procesal penal en particular.

Sin embargo, antes de abordar el tema de la adecuación del marco de análisis de Laudan a las peculiaridades que exhibe en la práctica el procedimiento penal mexicano, nos referiremos a ciertas características generales de la función jurisdiccional en países como México, que pertenecen a la tradición del *Civil Law*, a efecto de determinar si la ontología conceptual y metodología de Laudan puede extenderse en estos ámbitos sin algunas modificaciones.

### **A. Algunas características de la función jurisdiccional en la tradición del Civil Law**

Para empezar, en la tradición referida generalmente las funciones de “*trier of fact*” son desempeñadas por el propio juez. En este sentido, la función de “*juzgar las cuestiones de hecho*” es desempeñada por *operadores jurídicos profesionales* insertos en la dinámica específica de interacciones comunicativas que tiene lugar al interior de las comunidades judiciales a las que pertenecen (a esto volveremos más adelante).

Así mismo, históricamente la tradición del *Civil Law* está habituada a ejercer mayor control sobre la valoración probatoria por medio de lo que se conoce como sistemas *tasados* de prueba o sistemas de *prueba legal*, aún cuando en

---

<sup>1174</sup> Quien elabora este trabajo ha tenido la oportunidad de participar en los proyectos coordinados por Laudan relativos a la epistemología jurídica del procedimiento penal mexicano.

términos generales el legislador haya decretado que para el dominio en cuestión impera el principio de la *Libre Valoración*.

En efecto, el sistema de la prueba legal o tasada es mayormente conocido, y criticado, por la serie de reglas que establecen valores predeterminados para algún(os) medio(s) de prueba contemplados por el ordenamiento.

Sin embargo, en la actualidad, los legisladores de la tradición en comento han desarrollado paulatinamente modalidades de regulación de la valoración probatoria que no desembocan en el establecimiento irracional de valores predeterminados, inflexibles, totalmente vinculantes para el juez, y que no obstante, impactan de diversa forma en su razonamiento probatorio.

Como explica Taruffo, el proyecto original de los sistemas tasados constituyó un esfuerzo de la dogmática jurídico-procesal del medioevo (y del renacimiento) por limitar la discrecionalidad judicial en cuanto al ámbito de las declaraciones judiciales de hechos probados, y de ese modo, por establecer condiciones mínimas de certeza jurídica (una vez superada la oscura etapa de las ordalías y los juicios de Dios).<sup>1175</sup>

Los dogmáticos de la época se dieron a la tarea de confeccionar un conjunto de criterios de valoración que pudiera ser empleado por los jueces, valiéndose para ello de las ideas imperantes sobre la racionalidad en el periodo referido, las cuales se encontraban fuertemente influenciadas por el concepto de “*demonstración*” en las matemáticas, y por la sensación o estado subjetivo de “*certeza absoluta*” que su práctica generaba.

No podemos extendernos aquí en las peculiaridades de los sistemas tasados propuestos, sólo diremos que concebían a la valoración probatoria como análoga a una *suma algebraica de fracciones*.<sup>1176</sup>

Diferentes autores, partiendo de determinadas unidades de medida, generaban primero clasificaciones muy sutiles respecto de cada medio de prueba genérico contemplado por el ordenamiento, y después procedían a atribuir a cada categoría un valor fraccionario específico.

En la valoración correspondiente, el juez verificaba si los medios de prueba específicos aportados al proceso constituían instancias de las categorías previamente diseñadas, y procedía a atribuir el valor que supuestamente se encontraba racionalmente justificado, para al final realizar la suma de valores y determinar si el umbral establecido había sido satisfecho o no.

Haber dicho que los sistemas tasados originales fueron productos de las dogmáticas procesales de la época tiene repercusiones importantes en la medida en que no constituían armazones rígidos y vinculantes para el juez, quien podía ignorarlos, desarrollarlos, o simplemente decidir conforme el caso específico lo requiriera.

La situación anterior cambió con el movimiento de codificación. A partir de este momento, el *estatus* del producto de los dogmáticos paso de un conjunto de sugerencias, a obligaciones judiciales.<sup>1177</sup>

---

<sup>1175</sup> Véase Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, 2ª. ed., trad. de Jordi Ferrer Beltrán, Italia, TROTTA, 2005, P. 542;

<sup>1176</sup> Idem.

<sup>1177</sup> Idem.

Así mismo, la sola presencia de un medio de prueba con *valor pleno* de acuerdo con el ordenamiento jurídico, bastaba para una decisión probatoria a favor de quien lo hubiera presentado, sin importar las demás pruebas aportadas, las contra-pruebas, o si la proposición a la que estuviera vinculado el medio de prueba con valor pleno, coincidiese o no con la hipótesis final objeto de prueba. De este modo, era posible que la decisión del juez en torno a los hechos considerados probados nada tuviera que ver con la valoración cautelosa de la totalidad de la evidencia presentada para el caso concreto.<sup>1178</sup>

En la actualidad, como se ha dicho, subsiste un ambiente de *convivencia compleja* entre sistemas tasados y el principio de la libre valoración judicial. De este modo, las reglas procesales de cada rama del derecho, e incluso de algunos juicios específicos, se ubica en algún punto del espectro de esta convivencia (*sistemas mixtos*).<sup>1179</sup>

La regulación de la valoración probatoria puede implicar, entre otras, las siguientes cuestiones:

- A) El establecimiento de algún *medio idóneo de prueba* (derrotable) para cierta proposición (como el caso de un *título ejecutivo mercantil* -una letra de cambio, un pagaré, etc.- el cual se considera como el medio idóneo para probar la aseveración de que “el demandado tiene la obligación de pagar una deuda económica” cuando se ejercita una acción cambiaria; o las actas que levanta el ministerio público en las que se asientan los resultados de un cateo, las cuales se consideran medios idóneos para probar aseveraciones del tipo “en la casa del acusado fueron hallados los objetos a, b, c...”; etc.);
- B) El establecimiento de *estrategias subsidiarias* para sustentar una proposición fáctica, en caso de que no se pueda presentar el medio idóneo de prueba (como en el caso de la materia de alimentos en el estado de Tabasco, en el que por ley, se establece que normalmente la filiación debe probarse con el acta de matrimonio de los padres y con el acta de nacimiento del hijo.<sup>1180</sup> Sin embargo, la legislación respectiva contempla situaciones excepcionales como el caso en el que el hijo(a) en cuestión haya sido concebido en una relación de concubinato y que en su acta de nacimiento no se haya asentado el apellido del padre. En este escenario, el peticionario de alimentos debe probar su filiación respecto del padre ofreciendo cualquier medio ordinario de prueba al efecto de probar que tiene la denominada “*posesión de estado de hijo*” y que se da alguno de los supuestos de las presunciones concedidas a favor de hijos de concubinato<sup>1181</sup>).
- C) La concesión a una proposición del estatus de *presunción*, lo que implica asumir faliblemente que no concurren excepciones a la misma, salvo prueba de lo contrario;

---

<sup>1178</sup> *Idem.*

<sup>1179</sup> *Idem.*

<sup>1180</sup> Véase el artículo 342 del Código Civil del Estado de Tabasco.

<sup>1181</sup> Véanse los artículos 347, 340 y 372 del Código Civil del Estado de Tabasco.

- D) La confección de listas que contienen requisitos para realizar el juicio preliminar de *admisibilidad* de ciertas pruebas (para que puedan considerarse insumos legítimos con miras a una ulterior valoración a profundidad);
- E) La exención de producir prueba alguna respecto de cierto hecho (como el caso de la regla que establece que “*los hechos notorios no se prueban*”);
- F) El establecimiento de valores predeterminados como el caso del valor *pleno* que se suele atribuir a una documental pública (Sin embargo, cabe hacer la aclaración de que la concesión del valor pleno referido, actualmente implica la decisión de considerar al medio de prueba con tal valor, como la documental pública, como el medio idóneo para probar los hechos reportados por el propio documento -como el hecho de que una persona contrajo matrimonio con otra, etc.- trasladándose la carga de la prueba de la falsedad del mismo, a la contraparte);
- G) La consideración de otros medios de prueba y las proposiciones a las que se vinculan, como meros “*indicios*”, asegurando con ello que ninguno de dichos medios y proposiciones tendrá por *default* un peso preponderante (esta técnica se suele utilizar en materia penal al efecto de evitar la obtención de confesiones por medio de tortura por considerarse en la práctica, como medios de prueba contundentes, e incluso, determinantes);
- H) La especificación de la estructura abstracta de una estrategia inferencial determinada, como el caso de la denominada “*prueba presuncional*” que establece la posibilidad de pruebas indirectas que requieren de inferencias intermedias hasta llegar a la conclusión final que se desea;
- I) El establecimiento de la distribución de cargas probatorias para las partes, por ejemplo, mediante principios como “*el que afirma está obligado a probar*”, o posando la carga directamente en alguna de las partes, como la doctrina de la carga ministerial de la prueba en materia penal.
- J) El empleo de frases vagas (e incluso, indeterminadas), que de manera muy genérica pretenden ofrecer al juzgador al menos algún *asidero* o punto de partida para la subsecuente conformación y desarrollo del criterio de suficiencia probatoria a ser empleado en cierto punto dentro del procedimiento, tales como la siguiente: “*la prueba plena de los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado*”, la cual opera en materia penal como uno de los requisitos que debe satisfacer el ministerio público para consignar una averiguación previa ante un juez, o la referida como “*acreditación presuntiva*” de las necesidades del acreedor alimentario y las posibilidades del deudor, que se requiere para decretar el monto de la pensión provisional en un juicio de alimentos; etc. (Es importante aclarar que en el caso de la tradición del *Civil Law*, estas frases no constituyen reglas de decisión que establecen umbrales de suficiencia probatoria al estilo norteamericano. No han sido confeccionadas con el grado de vaguedad y abstracción que poseen por respeto a la libre manifestación de la sabiduría popular, sino, como veremos más adelante,



como una estrategia al efecto de transferir a la judicatura la responsabilidad de conformar, en la práctica, el sistema de criterios de suficiencia asociados a cada tipo de caso, mediante el ejercicio de la *discreción judicial*).

- K) La calificación del tipo de juicio en cuestión como “*de orden público e interés social*”, lo cual de entrada, advierte al juez de que en el proceso jurisdiccional en el que opera dicha calificación, participa un tipo de parte que es considerada, por *default*, más vulnerable y como la que resultaría más perjudicada en el caso de producirse una sentencia errónea en su contra. En este sentido, el juez debe obrar “velando” por que la parte en cuestión, obtenga una sentencia que satisfaga sus necesidades básicas de subsistencia. Esta estrategia generalmente se combina con la instauración de principios como “*la suplencia de la queja*” a favor de cierta parte, o el de “*el supremo interés de los menores*”. Estos principios operan, por ejemplo, en la materia de alimentos, los cuales tienen el efecto de orientar las actividades de los jueces, tanto en lo relativo a la *Questio Juris*, como a la *Questio Facti*, hacia el favorecimiento o aventajamiento de una parte, en este caso el menor de edad, o la mujer, respecto de la otra (el deudor de alimentos). Este favorecimiento se traduce en una interpretación caritativa de los argumentos de la parte beneficiada, en la aceptación de medios probatorios que incluso adolecen de defectos de forma desde el punto de vista de otro tipo de juicios, en el asesoramiento, de parte del juez, en el sentido del tipo de pruebas que debería presentar, en una valoración benéfica de la credibilidad de los testigos que pudiera presentar la parte beneficiada, en la imposición de la carga de presentar pruebas al deudor alimenticio, etc.

Como puede observarse, las modalidades actuales de regulación de la valoración probatoria no contemplan la totalidad de situaciones inferenciales posibles (ni podrían hacerlo). En este sentido, exhiben, como lo hace en términos generales la legislación como resultado del empleo de lenguaje genérico (referido a clases de sujetos, de sucesos, etc.) con diversos niveles de abstracción y por el empleo de lenguaje en ocasiones ambiguo y vago, lo que Cáceres ha dado en llamar una “*deficiencia estructural*”<sup>1182</sup> que implica no arrojar luces sobre todos los problemas y aspectos que podrían presentarse en la práctica en el proceso de aplicación de las normas jurídicas respectivas.

Ante la deficiencia estructural referida, los juristas realizan operaciones semánticas, hermenéuticas-interpretativas y estructurales (como en el caso en que se establecen conexiones entre diversos cuerpos discursivos-jurídicos siguiéndose un criterio que implica la instanciación de una teoría determinada sobre la estructura general de las normas),<sup>1183</sup> que les permite subsanar dicha deficiencia estructural, la cual suele manifestarse en términos de lo que

---

<sup>1182</sup> Véase Cáceres, Enrique, “Cognitive Legal Constructivism and Artificial Intelligence Applied to Law (CONACYT-IIIJ Project: “Expert Systems for Judicial Decision-Support”), ponencia presentada en el marco del XXII World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy, 2005. Véase también, la sección IV del Capítulo Quinto de este trabajo.

<sup>1183</sup> Véase la sección IV del Capítulo Quinto de este trabajo.

se conoce como “*lagunas normativas*” (por tanto, el diagnóstico de que existe o no una laguna normativa, es, en principio, preliminar, dada la posibilidad de ser subsanada por medio de los procesos estructurantes de los juristas romano-germánicos).

Así mismo, los jueces en particular, de acuerdo con Nino en su libro “*Consideraciones sobre la dogmática jurídica con referencia particular a la dogmática penal*” (UNAM, 1989), suelen considerar especialmente el discurso de la *dogmática jurídica* de la rama en cuestión (o incluso otros discursos más abstractos como el de la teoría general del derecho, el discurso de la filosofía política, etc., de acuerdo con Cáceres), a los efectos de extraer de aquel algún consejo, teoría, o principio que les permita resolver el problema que enfrentan, aunque en raras ocasiones se reconoce a estos discursos como una fuente formal del derecho.<sup>g</sup>

Una forma de colmar la deficiencia estructural que, al menos en principio, se deriva de la vigencia, en mayor o menor medida, del principio de libre valoración, así como de la *incompletitud regulativa* de los sistemas tasados, ha sido propuesta por la comunidad TVRPJ:<sup>1184</sup>

Como sabemos, sus autores representativos, y en concreto Jordi Ferrer, ofrecen una interpretación particular de la norma jurídica que establece la *adhesión del juez a las leyes de la lógica y a las máximas de experiencia*, según la cual dicha regla manda la consideración de los marcos generales de la epistemología y de la racionalidad, sobre todo de la metodología de razonamiento que se aplica en aquellas áreas del conocimiento científico, como las ciencias naturales, orientadas a indagar las características del mundo empírico.<sup>1185</sup>

Otra estrategia por medio de la cual TVRPJ establece contacto con los marcos referidos de racionalidad, consiste en atribuir cierta interpretación al derecho fundamental conocido como “*derecho de defensa*” o “*derecho de audiencia*”, del cual, en un momento dado, se deriva un “*derecho a demostrar la verdad de las aseveraciones realizadas*” y finalmente, un “*derecho a que el juzgador valore los medios de prueba aportados por empleando métodos o herramientas intelectuales racionales*”.<sup>1186</sup>

Como veremos más detenidamente en la crítica particular a la TVRPJ, su diagnóstico de vacío regulativo vinculado a la vigencia del principio de libre valoración, en el mejor de los casos constituye una determinación apresurada por no considerar que una supuesta o preliminar deficiencia estructural podría ser complementada por el *conocimiento heurístico* de la *comunidad judicial* en cuestión.

Así mismo, la descripción que TVRPJ realiza de la estructura del razonamiento supuestamente empleado de forma universal en las ciencias naturales para la indagación empírica, es tan abstracta que tiene pocas probabilidades de ser empleada en la resolución de problemas prácticos de valoración probatoria en contextos jurídicos (a lo que supuestamente pretenden contribuir).

---

<sup>1184</sup> Véanse los números 4 y 6 de la sección II del Capítulo Tercero de este trabajo.

<sup>1185</sup> Idem.

<sup>1186</sup> Idem.

Ahora bien, otra forma en que los juristas y particularmente los jueces, suelen suplir o subsanar las deficiencias estructurales de la legislación, tiene que ver con las implicaciones en términos de dinámicas de interacción comunicativa, derivadas de su pertenencia a una *comunidad judicial* particular.<sup>1187</sup>

Como explica Cáceres, de manera generalmente inconsciente y por su sola inmersión en las prácticas de la comunidad judicial respectiva, implícitamente (por aprendizaje vicario y/o implícito), los jueces, a la manera de una mente colectiva, desarrollan progresiva y auto-organizativamente el conocimiento *heurístico* que les permite resolver problemas prácticos no previstos en la ley.<sup>1188</sup>

Pues bien, hasta este punto, podemos realizar las siguientes sugerencias que incrementarían las probabilidades de éxito de la pretensión de Laudan consistente en extender al contexto de países del *Civil Law*, su marco de reflexión epistémica:

- Debería tomar seriamente en cuenta las diversas manifestaciones regulativas del proceso de valoración probatoria derivadas de la vigencia de sistemas tasados y mixtos, a los efectos de realizar una crítica epistémica de aquellas.
- Debería tomar en cuenta también, el fenómeno de *complementación pragmática* del andamiaje normativo relativo a la valoración probatoria por medio del *desarrollo comunitario de conocimiento heurístico*. Para ello, Laudan tendría que adicionar una dimensión empírica a su proyecto a los efectos de levantar modelos de las prácticas correspondientes a las comunidades judiciales objeto de investigación, ya que una crítica orientada exclusivamente a las normas del sistema, sería incompleta: Podría generar un diagnóstico equivocado y un conjunto de sugerencias o estrategias de acción no atinentes.
- Debería tomar en cuenta las estrategias pragmáticas que las comunidades judiciales desarrollan para incorporar el beneficio de la duda a alguna de las partes, las cuales, como hemos dicho, podrían manifestarse en un uso epistémicamente inadecuado del *BdeD Toolkit* perfilado en la sección previa, mediante el empleo *ad hoc* de sus componentes.
- Para realizar la crítica a las normas y prácticas referidas, la noción de un estándar de prueba como una regla de decisión condensatoria de las operaciones distintivas de la valoración probatoria, resulta poco representativa de los procesos que realmente ocurren en la práctica, y tendría, como veremos cuando revisemos el modelo del funcionamiento del procedimiento penal mexicano en la práctica, pocas probabilidades de abordar el problema de la desvinculación pragmática respecto del marco normativo-procesal de referencia. En este sentido, Laudan podría optar por tomar la ruta del *Programa Fuerte* que proponemos, consistente en la propuesta y desarrollo de un sistema de criterios de suficiencia capaz de orientar al juzgador en las determinaciones de relevancia, confiabilidad-credibilidad y plausibilidad.

---

<sup>1187</sup> Véase la sección VII del Capítulo Quinto de este trabajo.

<sup>1188</sup> *Idem*.

## **B. Modelo integral del funcionamiento del procedimiento penal en materia común en México**

Ahora bien, otra cuestión que Laudan tendría que considerar seriamente consiste en la posibilidad de que las prácticas judiciales de ciertas comunidades, y el conocimiento heurístico en que se sustentan, tomen camino por cuenta propia hacia un *estado disfuncional* opuesto a la teleología subyacente al contenido del andamiaje normativo que supuestamente tendría que regular dichas prácticas (de ahí la importancia de considerar seriamente que en esta tradición, el *trier of fact* es un operador jurídico profesional).<sup>1189</sup>

En estos casos, se evidencia un fenómeno consistente en que las estructuras cognitivas que habrían de estar presentes en los operadores correspondientes como *condiciones mínimas* de procesamiento de información a los efectos de implementar el marco normativo de referencia (que, a su vez puede ser objeto de crítica epistémica), han sido sustituidas por otra clase de estructuras *auto-organizativamente conformadas* que siguen otra dinámica motivacional, otra teleología comunitariamente conformada (como veremos más adelante, esto puede ocurrir como resultado de presiones sociales y políticas sobre el sistema jurídico, y en particular, sobre el sistema de procuración e impartición de justicia, las cuales llegan a ser tan fuertes que plantean problemas incluso de *supervivencia* para la comunidad judicial en cuestión).<sup>1190</sup>

Considerar lo anterior resulta particularmente importante, incluso urgente, para el caso del funcionamiento práctico del procedimiento penal mexicano en vista de que, como parece indicar el modelo tentativo que a continuación presentaremos, los operadores del sistema de procuración e impartición de justicia en México han experimentado una grave desconexión de la responsabilidad moral derivada de sus actos, en cuya base se encuentra una ejecución *sui generis* de la partitura jurídica que regula el procedimiento penal.

En lo que sigue presentaremos un modelo del funcionamiento práctico del procedimiento penal mexicano en materia común que, aunque tentativo y seguramente incompleto, tiene la virtud de integrar elementos provenientes de diversos estudios empíricos, los cuales, hasta donde sabemos, habían permanecido inconexos.

Nuestro objetivo –modesto por la metodología empleada– consiste en lo siguiente:

- A) Por un lado, en aportar bases que justifiquen la necesidad de proseguir y ampliar la investigación acerca del funcionamiento del procedimiento penal, sobre todo teniendo en cuenta el estado de transición en el que actualmente se encuentra nuestro país, propiciado por las reformas recientes orientadas a la implementación de un sistema *de corte acusatorio*,<sup>1191</sup> ya que la acogida exitosa o no

---

<sup>1189</sup> Véase la sección VII del Capítulo Quinto de este trabajo.

<sup>1190</sup> *Idem*.

<sup>1191</sup> El plazo para la implementación de la Reforma es de ocho años a partir de la promulgación del decreto respectivo (2008). Algunas de las entidades federativas que ya han dado el paso consistente en la modificación de sus respectivos códigos de procedimientos penales son: Baja California, Chiapas, Durango, Chihuahua, Oaxaca, entre otros. Por su parte, el Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE) ha puesto a disposición del público un sitio de internet (<http://www.reformapenal.inacipe.gob.mx/>), que monitorea las etapas de implementación de la reforma, y

del nuevo sistema estará fuertemente condicionada por los patrones conductuales, vicios e inercias que han venido gestándose a lo largo del tiempo en las prácticas cotidianas de los operadores jurídicos correspondientes<sup>1192</sup>; y

- B) Por otro, en contribuir al argumento que venimos presentando en el sentido de que el proyecto de epistemología jurídica de Laudan tendría que considerar seriamente las prácticas (en este caso, mexicanas), no sólo el marco normativo respectivo, ya que de lo contrario, su diagnóstico y propuestas de acción podrían desviar la atención de los problemas que en efecto, caracterizan la impartición de justicia penal en nuestro país.

**a. La variable institucional y la prevención-control de la criminalidad (Contribuyendo a la impunidad)**

En su importante estudio, Zepeda Lecuona hace referencia a la configuración de tendencias delictivas crecientes en México a partir de la segunda mitad de la década de los noventa (el número de reportes sobre posibles ilícitos del fuero común en todo el país se incrementó de 809 mil denuncias durante 1991, y de un millón 111 mil en 1994, a casi millón y medio en 1997).<sup>1193</sup>

Pese a un ligero descenso en dichas cifras, para 2001 (época de corte de su análisis) se reportaron 1 millón 398 mil ilícitos de competencia local en todo el país.<sup>1194</sup>

---

en el que, entre otras cosas, puede consultarse un documento que compara los textos constitucionales antes y después de la reforma referida, en: <http://www.reformapenal.inacipe.gob.mx/pdf/comparativaReformaPenal.pdf>. Ahora bien, cabe advertir que México se encuentra dando un paso riesgoso al haber establecido la reforma referida. Se trata de una estrategia cuestionable desde el punto de vista epistémico en vista de que, de llegar a ser implementada exitosamente, lo cual presenta muchas dudas por tratarse de un marco regulativo ajeno incluso a las mejores prácticas imaginables mexicanas, la reforma esta plagada de muchos de los vicios a los que Laudan dirige sus críticas incisivas, tales como la instauración de reglas de exclusión de evidencia (pese a su relevancia para determinar la cuestión de la culpabilidad del acusado) y especialmente, la presencia de una regla que establece como umbral de suficiencia probatoria, nada más y nada menos que al estándar “*Más Allá de Toda Duda Razonable*” (MATDR o BARD por sus siglas en inglés). En efecto, a diferencia del sistema norteamericano, la reforma mexicana no contempla la concesión al pueblo de la función de “*trier of fact*”, mediante la instauración de un jurado para cada causa penal que llegue a juicio. La función referida *seguirá perteneciendo al ámbito de competencia de los jueces*. Sin embargo, se contempla la instauración de *cuerpos colegiados*, generalmente conformados por tres jueces, los cuales intervendrán posteriormente a, y serán independientes de, los denominados “*jueces de garantías*”, encargados esencialmente de verificar el respeto a los derechos constitucionales del acusado durante el arresto y la detención, así como de las cuestiones de admisibilidad probatoria.

<sup>1192</sup> Aquellos funcionarios a quienes no se hace justicia en este reporte les suplicamos no sucumbir ante la marejada asfixiante de prácticas perversas que se describen, y, siguiendo al célebre psicólogo social Philip Zimbardo conocido internacionalmente por su experimento al que se conoce como “la prisión de Stanford” llevado a cabo en la década de los setenta, que den un paso adelante y asuman la estafeta del “héroe” de la vida cotidiana, quien no olvida la responsabilidad moral que tiene por sus actos.

<sup>1193</sup> Véase Zepeda Lecuona, Guillermo, *Crimen sin castigo; Procuración de justicia penal y ministerio público en México*, México, FCE, 2005, p. 3

<sup>1194</sup> Idem.

El panorama anterior constituye sólo una aproximación a las verdaderas dimensiones del fenómeno delictivo si se tiene en cuenta lo que ha dado en llamarse la “*cifra negra*”, es decir, la proporción de delitos presumiblemente cometidos, pero no denunciados. De acuerdo con el autor en comento, en México dicha cifra es del 75%.<sup>1195</sup>

La cifra negra previamente aludida se encuentra íntimamente vinculada a las representaciones sociales imperantes en la ciudadanía relativas al desempeño de sus instituciones (cuerpos policíacos y procuradurías principalmente).

En este sentido, de acuerdo con la Encuesta Mundial de Valores de 1998, sólo el 32% de los encuestados de la muestra en México señaló tener confianza en la policía (cuando el promedio mundial fue de 53%); en la Encuesta Nacional sobre Cultura Política y Prácticas Ciudadanas 2001 de la Secretaría de Gobernación, sólo el 6.98% de los encuestados manifestó tener “mucho confianza” en la policía, en tanto que 15.62% señaló que tenía “algo” de confianza.<sup>1196</sup>

Así mismo, de acuerdo con las cifras de la Encuesta Nacional sobre Inseguridad Pública en las Entidades Federativas, del Instituto Ciudadano de Estudios sobre la Inseguridad (ICESI), las principales causas por las que no se denunciaron los ilícitos a las autoridades respectivas son: “*Pérdida de tiempo y/o trámites largos y difíciles* (50%); “*desconfianza en la autoridad*” (19%); “delito de poca importancia” (9%); y “*no tenía pruebas*” (9%).<sup>1197</sup>

Por su parte, la Encuesta Nacional sobre Cultura Política y Prácticas Ciudadanas 2001 de la Secretaría de Gobernación anteriormente referida, reveló que no se denunciaron los delitos respectivos en virtud de que se consideró una *pérdida de tiempo* (50%), 13% señaló la *dificultad y tardanza de los trámites ante el Ministerio Público*, 11% por *desconfianza*, y 9% por miedo al agresor.<sup>1198</sup>

La “variable institucional” (el desempeño de los cuerpos policíacos y procuradurías, así como el tipo de interacciones comunicativas que establecen con la ciudadanía) no sólo incide en la conformación de la cifra negra, sino que adquiere un papel fundamental si se le observa desde ciertos modelos que explican las causas de la criminalidad enfatizando la “*ganancia esperada*” (*expected utility*) que obtendría el posible delincuente al plantearse la disyuntiva de llevar a cabo o no alguna conducta delictiva.

En este marco, el “*valor esperado de delinquir*” para el potencial criminal se obtiene del modo que sigue:

$$[(\text{Ganancia del ilícito} - \text{Ganancia que pudiese obtener de una actividad lícita}) - (\text{Severidad de la pena} \times \text{Probabilidad de captura})]^{1199}$$

---

<sup>1195</sup> Dicha cifra se estima a través de la realización de encuestas de victimización, practicadas a una muestra representativa de la población. A los miembros de la muestra referida se les pregunta si han sido víctimas de algún delito, y en caso de ser afirmativa su respuesta, se les pregunta si lo denunciaron o no. Véase Zepeda, p. 39, 280, 289

<sup>1196</sup> Zepeda, Op. Cit., nota 1193, p. 45

<sup>1197</sup> Idem.

<sup>1198</sup> Ibidem, p. 46

<sup>1199</sup> Ibidem, p. 75. Zepeda tendría que considerar a las probabilidades de éxito del delito respectivo como un factor por el cual se tendría que multiplicar la Ganancia del Ilícito, ya que ello influye en sus deliberaciones acerca de delinquir o no (o al menos así tendría que considerarse si partimos del presupuesto de que el delincuente es una persona racional). Agradezco a mi tutor Larry Laudan por esta observación.

Podemos ver en la fórmula anterior el papel crucial de la variable institucional en los cálculos (percepciones) del delincuente, la cual puede incluso convertirse en un poderoso elemento motivador para delinquir (en la medida en que el potencial criminal considere que la probabilidad de su captura y eventual condena es muy baja).

Como comenta Zepeda, algunos gobiernos han optado por diseñar políticas disuasorias atendiendo exclusivamente al factor “*severidad de la pena*” (las cuales descansan sobre la expectativa de que el posible criminal quedará desalentado al percatarse del riesgo de sufrir un castigo riguroso). Con esta maniobra, el factor “*probabilidad de captura*” íntimamente ligado a un adecuado desempeño por parte de las instituciones de procuración e impartición de justicia, queda relegado.<sup>1200</sup> México se encuentra en esta línea.

En su estudio, Zepeda ha obtenido las siguientes cifras-promedio a nivel nacional que evidencian el pobre desempeño de la variable institucional:<sup>1201</sup>

En un año, se encuentran vigentes aproximadamente **2 millones 400 mil** averiguaciones previas, 57.6 % de las cuales se inician en el año respectivo y **42.4%** constituyen el rezago del año anterior.

En el año respectivo se tramita el 61.45%, mientras el **38.55 %** restante queda pendiente.

De las averiguaciones tramitadas, el 25.4% se archiva con reservas de ley, por no haberse hallado evidencia suficiente que permita la identificación de algún sospechoso. Como veremos después, en la mayoría de los casos, la determinación de que no hay evidencia suficiente no resulta de la puesta en marcha de una investigación (pesquisa) diligente y cautelosa, sino o bien de una investigación meramente formal que implica, en el mejor de los casos, que la policía judicial realice algunas entrevistas en el lugar de los hechos (si es que por fin se decide turnársele el asunto), o bien dicha determinación resulta del fracaso de la propia víctima en términos de no haber recabado pruebas para “su” caso (cuando, en teoría, la carga de indagar, obtener y presentar pruebas corresponde al Estado).

El 36.05% de averiguaciones se considera concluido en los siguientes sentidos: 20.25% son archivadas en forma definitiva por factores tales como la prescripción, muerte del indiciado, amnistía, perdón del ofendido, etc.; el MP. se declara incompetente en 4.4% de las averiguaciones; y sólo el **11.4%** son efectivamente consignadas.

De ese 11.4%, el 5% son averiguaciones sin detenido (en las que probablemente, si en efecto obran elementos que prueben plenamente el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, se obtenga una orden de aprehensión de parte del juez, a la cual habrá de dársele cumplimiento); 3.1% son averiguaciones con presentado (“presentado” denota a alguien que se presenta voluntariamente al juzgado en cuestión por haber obtenido previamente, o bien, un amparo, o su libertad bajo caución; o alguien que es llevado a los estrados del juzgado en cumplimiento de alguna orden de aprehensión); y **3.3%** lo constituyen *averiguaciones consignadas con detenido*.

---

<sup>1200</sup> Ibidem, p. 79

<sup>1201</sup> Ibidem, pp. 177-180, 205, 280, 281.

Así mismo, de acuerdo con el estudio, la policía judicial-ministerial presenta una eficiencia en el cumplimiento de órdenes de aprehensión de un **50%** (lo que significa que, sólo el 2.5% de las averiguaciones sin detenido prosiguen su cauce).

De las cifras anteriores, Zepeda obtiene un indicador promedio de efectividad de un **18.25%** en el desahogo de averiguaciones previas.<sup>1202</sup>

Otro indicador fundamental del estudio de Zepeda es el referido a la probabilidad promedio de que el autor de un crimen sea capturado y puesto a disposición de la autoridad judicial, la cual durante el año 2000, fue de **3.3%** (*impunidad de 96.7%*).<sup>1203</sup>

**b. Carga de trabajo excesiva y conformación de criterios de facto para la atención de asuntos (ampliando el “zoom” de la lente)**

Como explica Zepeda, ante la imposibilidad de despachar en su totalidad la excesiva carga de trabajo, las procuradurías promueven la política consistente en que al interior de cada agencia se establezcan criterios *de facto* —no establecidos en la ley— a los efectos de determinar las características de los asuntos que serán merecedores de atención.

La consigna, como veremos a continuación, es que se engrose lo menos posible el número de expedientes abiertos y que las capacidades de investigación (suponiéndose que las hay) sean desplegadas *al mínimo* (razón por la cual, como veremos más adelante, se privilegian aquellos asuntos en donde ya se cuente con algún sospechoso).

A esta situación, el autor en comento la percibe como una supremacía inapropiada (aunque quizá comprensible) del *principio de oportunidad* sobre el *principio de legalidad*. En este sentido, Zepeda sostiene que:

“... Los criterios empleados y los controles sobre las decisiones sobre los casos que es posible atender y aquellos que se tienen que dejar de lado no siempre están previstos en el marco legal, por lo que debe analizarse el entorno institucional en el que se aplica la discreción del ministerio público en el desahogo de las averiguaciones...<sup>1204</sup> el exceso de trabajo y la mala organización para atender las demandas ciudadanas de servicios, son la puerta por la que acceden a las agencias del ministerio público la discrecionalidad y el predominio de los objetivos de facto sobre las directrices constitucionales y legales...”<sup>1205</sup>

Otra cita relevante del trabajo del autor es la siguiente:

“... Particularmente riesgoso es que el rezago en la atención de las investigaciones pueda justificarse por la imposibilidad material y humana de sacar adelante la carga de trabajo asignada. *En virtud de que “nadie está obligado a lo imposible”, los criterios de supervisión y revisión de los controles internos del ministerio público se vuelven más laxos y tolerantes, y se legitima la configuración y ejercicio de atribuciones discrecionales o emergentes para atender o abandonar los casos. En este entorno de exceso de trabajo y discrecionalidad pueden*

---

<sup>1202</sup> Ibidem, p. 189, 195

<sup>1203</sup> Ibidem, p. 220

<sup>1204</sup> Ibidem, p. 213

<sup>1205</sup> Ibidem, p. 217



*arraigarse ineficiencias y bajos niveles de calidad en los servicios, así como abrirse paso prácticas corruptas y descuido o negligencia en el trámite de los expedientes...*<sup>1206</sup>

Uno de los patrones identificados por Zepeda orientados a lo que denomina “un combate estadístico de la criminalidad”, el cual implica no engrosar los pasivos de carga de trabajo pendiente, tiene que ver con prácticas de “reclasificación” de conductas delictivas.<sup>1207</sup>

Podemos encontrar un ejemplo de lo anterior en el caso de “robo de pasaporte”, el cual, en el estado de Baja California solía corresponder a un tercio de las denuncias de robo. Para afrontar esta situación, la procuraduría desarrolló un criterio según el cual, todos los casos de robo de pasaporte habrían de clasificarse como casos de “*extravío de documentos*”, ante lo que se procedería sólo mediante el levantamiento del acta respectiva.

Como explica el autor, quizá muchos de los casos en efecto correspondían a extravíos, sin embargo, la procuraduría condenó a la indiferencia a múltiples posibles ilícitos, al no dedicarles recurso alguno al efecto de su comprobación.

Algo similar sucede con el caso de robo de teléfonos celulares a nivel nacional. Las autoridades asumen que en la totalidad de los casos los ciudadanos mienten sosteniendo que fueron víctimas de *robo con violencia* (ya que los seguros pagan o reponen el teléfono sólo cuando se satisface esta condición). En esta línea, lo único que hacen es extenderles un acta sin que se abra la averiguación respectiva.<sup>1208</sup> De nuevo, el problema radica en la generalización apresurada que permite dar un tratamiento “*en bloque*” a todos los casos.

Otra “*válvula de escape*” que las procuradurías emplean, por ejemplo, en el estado de Jalisco, consiste en la instauración de “*instancias dictaminadoras*” que, a la manera de una “oficialía de partes” determinan si procede o no asignar el caso a alguna agencia del MP. El ciudadano, luego de hacer su denuncia debe volver a la semana siguiente (si no regresa mejor), si regresa y observa que su caso no ha sido turnado a alguna agencia, significa que el dictaminador consideró, con base en criterios internos y poco transparentes, que el asunto no procedió. Si el ciudadano no está de acuerdo tiene que realizar un “alegato de oído” frente al dictaminador, quien simplemente puede persistir en su postura de desechar el caso. Ante lo anterior, al denunciante sólo le queda instaurar una queja formal ante la Procuraduría o acudir a la Comisión Estatal de Derechos Humanos.<sup>1209</sup>

Un patrón similar al anterior es reportado por Catalina Pérez Correa.<sup>1210</sup> En su estudio describe lo que ha dado en llamarse “*la justicia de barandilla*”, expresión que hace referencia a la forma en que el personal de la barandilla – primer personaje con el que la ciudadanía hace contacto cuando acude a una agencia del M P en el Distrito Federal– despacha los asuntos decidiendo cuáles merecen atención y cuáles no.

---

<sup>1206</sup> Ibidem, p. 218

<sup>1207</sup> Ibidem, pp. 224-225.

<sup>1208</sup> Ibidem, p. 226

<sup>1209</sup> Ibidem, p. 227

<sup>1210</sup> Véase Pérez Correa, Catalina, “Frint-Desk Justice; Inside and Outside Criminal Procedure in Mexico”, Mexican Law Review, New Series, Volume 1, Number 1, 2008, pp. 15-18

Para comenzar, Pérez Correa advierte que suele ser el caso que tal funcionario sea un estudiante de derecho (incluso ni siquiera “pasante”) poco preparado que, como parte de su actividad cotidiana, ofrece asesoría de mediana calidad al público que por desinformación (y esto contribuye a la conformación de excesivas cargas de trabajo y desperdicio de tiempo y recursos), se presenta ante el MP esperando que le sea proporcionada información jurídica de cualquier índole.

El proceso que se describe en el estudio correspondiente es el siguiente: El funcionario de barandilla, sin excepciones y sin considerar las circunstancias apremiantes de algunos casos, comienza por solicitar al denunciante su identificación y forzosamente una copia fotostática de la misma (requisito no regulado). Sólo hasta que cumple con tal exigencia se le presta atención.

Habiendo cubierto el requisito, se le pide al ciudadano que ofrezca una descripción oral de los hechos probablemente delictivos, la cual es evaluada por el funcionario al efecto de determinar si vale la pena o no abrir una investigación (recordemos que se trata de un estudiante de derecho el que hace esta primera apreciación, presumiblemente poco preparado y poco sensibilizado con las implicaciones que acarrea la defraudación sistemática y constante de las expectativas de justicia de los gobernados).

Si decide internamente que no vale la pena continuar con el procedimiento pero no desea hacérselo saber de ese modo al denunciante, incurre en el llenado de una “*acta especial*”, lo cual constituye un mero acto simbólico que engaña al ciudadano haciéndole pensar que se ha abierto una investigación, pero en realidad no sucede así.

Si decide que vale la pena continuar, procede a pedirle al ciudadano que llene algún “formulario preestablecido”. Si a juicio del funcionario de barandilla el denunciante no llena adecuadamente la forma, se le hace llenar otra. Si persiste la situación, el propio funcionario comienza a dictar el contenido al ciudadano (pudiendo o no corresponder con lo que realmente experimentó aquel).

El asunto entonces se turna a un encargado de “mesa”. Si está ocupado, abre el caso en su computadora, pide nuevamente al denunciante realizar una descripción oral de los hechos, establece una cita (que puede postergarse indefinidamente) para que regrese y le entrega una copia de su denuncia.

Si no está ocupado, el encargado de la mesa abre el expediente en la computadora, introduce la descripción (que quizá viene ya distorsionada por la intervención del funcionario de barandilla), y si no hay sospechoso, se turna a otra mesa en la que el asunto probablemente se archive, primero con reservas de ley por falta de evidencia, y luego, definitivamente por el tiempo transcurrido.

Lo anterior debido a la escasa eficiencia en las investigaciones que, en el mejor de los casos equivalen a la realización de alguna entrevista en el lugar de los hechos, sin embargo, suele suceder que los propios agentes judiciales, sin haber realizado pesquisa alguna, llenen reportes inútiles de los que no se desprende información relevante para proseguir. El encargado de mesa, a sabiendas de lo anterior, en muchas ocasiones ni siquiera turna la solicitud correspondiente a la policía judicial para que realice la investigación respectiva, y se adelanta en el llenado de una

forma en la que se asienta que no se obtuvieron indicios ni información útil para la identificación de algún sospechoso “como resultado de la investigación”.<sup>1211</sup>

El panorama anterior en torno a las investigaciones se complementa con la baja calidad de los servicios forenses que incluyen funcionarios poco preparados, no inversión en tecnología, etc.<sup>1212</sup>

Aún otro patrón general para el desahogo de cargas de trabajo excesivas y para evitar el despliegue de una verdadera investigación tiene que ver con depositar en la víctima y sus abogados, la responsabilidad de aportar pruebas para el caso correspondiente (como veremos más adelante, esta conducta puede estar cimentada en la percepción de futilidad de las investigaciones que los propios procuradores y ministerios públicos tienen). En este sentido, Zepeda comenta lo siguiente:

“... Por insuficiencia de recursos materiales o humanos... o sencillamente **por la ley del menor esfuerzo**, los costos de aportar, ubicar y presentar testigos se han depositado en la víctima. Los afectados por los delitos reciben mandatos de los funcionarios: “tiene que traer testigos”, “debe traer un inventario”... Si se logró la detención del presunto responsable y el término constitucional está en marcha, la presión sobre la víctima aumenta, pues tiene que reunir las pruebas de su caso... si no presentan las evidencias que se les han solicitado tendrán que liberar al presunto responsable...”<sup>1213</sup>

Lo anterior se manifiesta con mayor contundencia en los casos de “querrela”. En estos casos, la denominada facultad de “coadyuvar” a la investigación, que le es concedida a la víctima, es interpretada por parte de las procuradurías, como una liberación de cualquier responsabilidad de realizar una investigación y de reunir pruebas. Dicha responsabilidad se posa entonces, con mayor claridad (e incluso, considerándose justificada tal maniobra con base en el marco legal) sobre los hombros de las víctimas y sus abogados.<sup>1214</sup>

En la situación anterior, puede observarse una interpretación de la figura de la “coadyuvanza” acorde con el entorno situacional de discrecionalidad y excesiva carga de trabajo, donde lo único que importa es no engrosar el número de expedientes abiertos. Se trata pues, de una especie de “*fraude a la ley*”, en este caso, emanada de los propios funcionarios encargados de aplicarla.

### **c. Investigaciones deficientes y justicia “de escritorio”**

Los estudios considerados coinciden en destacar la baja calidad de las investigaciones. En esta línea, Zepeda sostiene que:

“...El tiempo es un factor decisivo en la investigación de los delitos, la reacción inmediata y las indagaciones y levantamiento de evidencia en el lugar donde se cometió el delito en cuanto acaba de ocurrir el ilícito aumentan considerablemente las probabilidades de resolver la investigación y capturar a los

---

<sup>1211</sup> Ibidem, pp. 17-19.

<sup>1212</sup> Ibidem, p. 19.

<sup>1213</sup> Zepeda, Op. Cit., nota 1193, p. 309.

<sup>1214</sup> Ibidem, pp. 309-310.

probables responsables, *sin embargo, esto casi nunca ocurre*. Sólo cuando se está dando algún ilícito en el que algún testigo da aviso (una riña, un lugar donde se depositan materiales sospechosos) a los teléfonos de emergencia pueden dar algún resultado; pero en otros, como el robo de un vehículo o un secuestro, la reacción no logra ser oportuna para arribar al lugar de los hechos antes de que se escapen los responsables...*Si es que personal de las procuradurías, generalmente policías judiciales, acude al lugar de los hechos (por ejemplo a una casa que fue asaltada), no es sino hasta varios días después y se limitan a pedir detalles (todos ellos ya declarados en la denuncia) sin que se levante mayor evidencia, mucho menos análisis periciales...*<sup>1215</sup>

En el estudio de Pérez Correa se realizan observaciones similares:

“... The Mexico City’s Criminal Code stipulates that, even in cases without a suspect, public prosecutors must conduct a pretrial investigation using every procedure available that might aid in finding evidence and identifying suspects... At MH5, and MH3 *these proceeding were carried out in form but not in substance...* in most cases MH5’s public prosecutors did not visit crime scenes, but requested that the police, experts, or both visit the crime scene. ***Police and expert visits rarely yielded any information useful to the case...***<sup>1216</sup>

La situación se agrava al punto de evidenciar conductas tales como la entrega de reportes, por parte de la policía judicial, en los que se asientan los resultados (inútiles) de una supuesta investigación que ***en realidad no tuvo verificativo***, a lo que algunos encargados de mesa se adelantan registrando en el archivo del caso respectivo que “no se obtuvieron indicios luego de realizarse la investigación correspondiente” ***sin siquiera haber turnado la solicitud a la policía judicial para que diera cumplimiento a la investigación***:

“...*Investigations at MH3 and MH5 rarely yielded any evidence or information to aid in identifying suspects, presumably because no real investigation took place at any level...* MH5’s public prosecutors and clerks ***seem to sense the futility of police reports and the impossibility of identifying suspects***. On one occasion, an MH5’s clerk was opening an investigation for a stolen cell phone. The victim claimed he had not seen the assailants. *Minutes after the victim left with his case file number, the clerk added a note to the case file stating that at 23:00 hours, he had received a report from the police stating there was no evidence of or witnesses to the events reported by the victim. The clerk made this entry before requesting that the judicial police visit the crime scene: “They use a model form and fill it out each time. They don’t even visit the crime scene”...*<sup>1217</sup>

Como se ha dicho antes, las procuradurías parecen privilegiar una concepción “estadística”, “administrativa” y “burocrática” de lo que constituye una investigación, canalizando la mayoría de su tiempo y esfuerzo a la confección del debido expediente. De lo anterior da cuenta Pérez Correa en la siguiente cita representativa:

“... *The work of the public prosecutors and clerks primarily consisted of assembling case files, a task done at their desks*. Every decision made by a public prosecutor or clerk and every procedure ordered or conducted must be included in the file, a time-consuming activity. Furthermore, this information must be supported by the corresponding statutes in the Code of Criminal Procedure and its bylaws. In addition to this, *each page in the file must be numbered, signed and stamped to prevent any page from being lost or omitted. Stamping and*

---

<sup>1215</sup> Ibidem, pp. 304-305.

<sup>1216</sup> Pérez Correa, Op. Cit., nota 1210, p. 17.

<sup>1217</sup> Ibidem, pp. 18-19.

*signing represents an additional burden... Since each agent and clerk handles a large number of cases, there is little time to actually investigate crimes...*<sup>1218</sup>

#### **d. Consignaciones con detenido, sin previa orden de aprehensión (el platillo predilecto)**

Como se explica en el reporte especial “*Presumed guilty?*”<sup>1219</sup> (en adelante “Reporte Crowley”), con base en la suscripción de varios instrumentos internacionales y en el correspondiente marco constitucional, en México existen, en teoría, las condiciones que deberían encausar las actividades de investigación de las procuradurías y cuerpos policíacos de modo que siguieran un esquema que implica la realización de una investigación cautelosa y diligente de la cual pudiera obtenerse evidencia suficientemente robusta como para superar el filtro de ponderación de la misma que realiza un juez competente.

Si el umbral de suficiencia –que supuestamente es riguroso en términos de exigir la prueba plena del cuerpo del delito e indicios que permitan realizar razonablemente la asunción de que el sospechoso es probablemente responsable de los hechos imputados- es satisfecho, se justifica entonces la emisión de la *orden de aprehensión* respectiva a la que habrá de darse cumplimiento.

Como puede observarse, el eje central del esquema previo lo constituye la realización de una *sólida investigación* que arroje elementos suficientes en contra de alguien, a lo que le seguiría el correspondiente ejercicio de la acción penal por medio de una *consignación sin detenido*.

Sin embargo, en el entorno de carga excesiva de trabajo, configuración de facto de criterios para la denegación de justicia, delegación de la responsabilidad de probar a las víctimas (la cual se piensa justificada con base en cierta interpretación *ad hoc* de la figura de la “coadyuvanza”), percepción (plausiblemente justificada) de futilidad de las pseudo-investigaciones realizadas por la policía judicial, el pobre desempeño en la ejecución de órdenes de aprehensión previas, el tiempo que se dedica a la confección del respectivo expediente (“justicia de escritorio”), es decir, en un ambiente en el que en términos generales impera *la ley del menor esfuerzo*, no es razonable esperar que en la práctica, el sistema opte regularmente por el seguimiento del esquema constitucional anteriormente planteado.

Alguien podría señalar en este punto que la realización de una sólida investigación no es un asunto optativo, es decir, constituye una obligación en atención al marco jurídico que regula la cuestión. Incluso podría señalar que las detenciones justificadas sobre la base de la emisión de las respectivas órdenes de aprehensión constituyen un derecho fundamental, cuyo respecto es exigible al Estado a la manera de un derecho público subjetivo.

El señalamiento anterior queda sin efectos al ser atestiguada la presencia de ciertas “excepciones” (muy convenientes por cierto) al requisito de la orden de aprehensión (y por tanto, al despliegue de una sólida investigación

---

<sup>1218</sup> Ibidem, p. 18.

<sup>1219</sup> Special Report “Presumed Guilty? Criminal Justice and Human Rights in Mexico” *Report of the Joseph R. Crowley Program in International Human Rights/Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez, Joint 2000 Mission in Mexico*, Fordham International Law Journal, Vol 24, 801, pp. 809-811.

previa y la correspondiente consignación sin detenido) imperantes en el ordenamiento jurídico mexicano: los denominados casos “*urgentes*” y los casos “*en flagrancia*”.<sup>1220</sup>

En efecto, al amparo de las dos figuras jurídicas previas, el sistema asegura una cuota de averiguaciones “concluidas”, cuyo denominador común, tal y como sucede con los expedientes que se archivan “con reservas de ley” por una determinación presumiblemente errónea, defectuosa o insuficientemente justificada de que no hay elementos-indicios suficientes -25.4% - (que eventualmente terminan en el archivo definitivo), y con los que se archivan definitivamente (20.25%), consiste en el ***escaso o nulo despliegue de actividades genuinas de investigación***.

Al respecto, considérese lo que Zepeda nos dice:

“... Los casos descritos en estas páginas refieren la discrecionalidad para iniciar una investigación o averiguación previa, pero también... puede apreciarse que una vez iniciadas las averiguaciones también se discriminan los casos que quedarán en el olvido hasta que prescriban, ***y se privilegian los asuntos cuya investigación podrá ser concluida. Desde luego, los casos a los que se les da preferencia son aquellos en los que al llegar la denuncia también se presenta al presunto responsable capturado en flagrancia, es decir, las averiguaciones con detenido***, pues se tiene el término constitucional de 48 horas, o el doble si se trata de una conducta contemplada como delincuencia organizada para determinar si hay delito que perseguir y comprobar la probable responsabilidad del detenido y, en su caso, consignar la averiguación ante el juez... ***Aquellos casos en los que no exista detenido, no haya evidencias claras, o interés por parte del denunciante están prácticamente destinados a aguardar en los archivos hasta que prescriban...***”<sup>1221</sup>

Por su parte, Miguel Carbonell nos ofrece los siguientes datos:

“De acuerdo con una encuesta aplicada a población penitenciaria,<sup>1222</sup> la mayoría de las detenciones realizadas por la policía con motivo de la comisión de un hecho delictivo son realizadas en el mismo momento de cometerse el hecho, o durante las siguientes tres horas. El 48% de los encuestados declaró haber sido a escasos minutos (menos de 60) de la comisión del delito. Otro 22% fue detenido entre la segunda hora (minuto 61 en adelante) y las 24 horas siguientes. Es decir, el 70% de los detenidos lo fueron con menos de 24 horas de distancia respecto a la comisión del delito. Estos datos, ***además de poner en evidencia la falta de capacidad de investigación de la policía, permite concluir que si las detenciones no son realizadas en el momento mismo de cometerse el hecho delictivo, es probable que los responsables no lleguen nunca a ser detenidos...***”<sup>1223</sup>

En la cita transcrita, Carbonell en efecto pone el acento en la falta de capacidades de investigación de la policía, así como en el hecho de que la mayoría de las consignaciones adoptan la modalidad “*con detenido*”. Sin embargo, asume que, al menos en lo que toca a las detenciones “en flagrancia” de las que habla, por tratarse de la

---

<sup>1220</sup> Ibidem, pp. 811-819

<sup>1221</sup> Zepeda, Op. Cit., nota 1193, pp. 228-229

<sup>1222</sup> Se refiere a: Bergman, Marcelo, (coord.), *Delincuencia, Marginalidad y Desempeño Institucional. Resultados de la Encuesta a Población en Reclusión en tres Entidades de la República Mexicana*, México, CIDE, 2003, p. 45.

<sup>1223</sup> Carbonell, Miguel, “Corrupción Judicial e Impunidad: El Caso de México”, en Méndez Silva, Ricardo, *Lo que todos sabemos sobre la corrupción y algo más*, México, UNAM-IIIJ, 1ª ed. 2010, pp. 1-9.

captura del sujeto casi inmediatamente después de la supuesta comisión del hecho delictivo, las detenciones están libres del despliegue de estratagemas que pudieran desvirtuarlas. Nada más alejado de la realidad.

En la mayoría de los casos de flagrancia y/o urgencia, además del detenido respectivo, basta la sola presencia de un “acusador” (la supuesta víctima, algún testigo, que pueden ser los propios oficiales remitentes judiciales o no, o el supuesto copartícipe del delito), sin que se realicen esfuerzos por determinar el grado de plausibilidad/confiabilidad/credibilidad de sus declaraciones (tal vez el acusador procede de tal modo por “venganza”, o tal vez los propios policías remitentes, por la necesidad de cumplir con sus cuotas de puestas a disposición, fabricaron el caso, etc.), ni por recabar mayores indicios que robustezcan el caso correspondiente, salvo por las prácticas de tortura orientadas a la extracción de “confesiones” que abordaremos en breve.

El Reporte Crowley se pronuncia en el sentido de la debilidad probatoria -con tintes inquisitorios- de las consignaciones con detenido (propiciada por la laxitud del lenguaje en el que están formuladas las excepciones a la obtención de una orden de aprehensión referidas) en la siguiente cita:

“... The breadth of the exceptions removes large numbers of cases from the protection of the warrant requirement *without ensuring that other indicia of guilt are present*... As professor Miguel Sarre observed “*with the en flagrancia exception, it is enough if anyone fingers the individual as having committed the crime within 48 hours*...”<sup>1224</sup>

El estado de cosas anteriormente expuesto, crea las condiciones propicias para que los diversos cuerpos policíacos (judiciales-ministeriales o no) incurran en *detenciones arbitrarias “legalizadas”*, a las que el Reporte Crowley y el Reporte *Legalized Injustice*, con base en la evidencia recabada en sus estudios, no dudan en considerar como auténticas violaciones a los derechos humanos que socavan la protección que supuestamente debería otorgar la exigencia constitucional de órdenes de aprehensión en el sentido de supeditar dichas órdenes a la presencia de indicios suficientes resultantes de la conducción diligente de investigaciones sólidas (como se muestra en el Reporte Crowley, este problema ha sido enfáticamente señalado por la Comisión Inter-Americana de Derechos Humanos<sup>1225</sup>). Considérese la siguiente cita:

“...Although such arrests may technically be legal under Mexican Law, *the breadth of the exceptions undermines the protective value of the warrant requirement to such a degree that many of these legal arrests must be regarded as arbitrary and, therefore, in violation of international human rights norms*...”<sup>1226</sup>

La percepción de que la propia regulación jurídica de la cuestión legitima tales actos (por ello “*detenciones arbitrarias legalizadas*”) se refleja en la postura oficial según la cual no existe el fenómeno de las detenciones arbitrarias por la sencilla razón técnica de que, o bien son el resultado del cumplimiento de una orden de aprehensión, o bien, se

---

<sup>1224</sup> Special Report, Op. Cit., nota 1219, p. 813

<sup>1225</sup> Ibidem, p. 809.

<sup>1226</sup> Ibidem, p. 813.

encuadran dentro del ámbito de denotación de las excepciones establecidas, con lo que cualquier modalidad de actuación de los cuerpos policíacos y de las procuradurías queda protegida por un círculo perfecto de “legalidad”.. Al respecto, el Reporte Crowley sostiene que:

*“... The general requirement of a warrant, coupled with these very broad exceptions, provides a basis for Mexican officials interviewed by the delegation to claim that arbitrary detention is rare (or even nonexistent) in Mexico. It is rare, they argue, because either a warrant is obtained or the case falls within one of the two exceptions to the requirement...”*<sup>1227</sup>

Como lo muestra el documental ampliamente difundido del CIDE<sup>1228</sup>, titulado “El Túnel”<sup>1229</sup>, existen indicios de que, incluso los cuerpos policíacos trabajan con el propósito de cumplir con las denominadas “*cuotas de puesta a disposición*” y las correspondientes “*cuotas de consignación*”; y al decir de algunos agentes de policía entrevistados, “que haya elementos suficientes para consignar, es otro asunto”.

#### ***e. Prácticas de Tortura para la obtención de “confesiones”***

Con base en el marco constitucional y de tratados internacionales vinculantes para México, se han tomado medidas, al menos a nivel legislativo, para erradicar las prácticas de tortura comúnmente vinculadas a la obtención de confesiones de los presuntos responsables.<sup>1230</sup>

En este sentido, existen disposiciones que expresamente prohíben el ejercicio de actos coercitivos para la extracción de confesiones; que establecen como admisibles sólo las confesiones *voluntarias* rendidas ante el ministerio público (dentro de los plazos constitucionales en que es legítima la retención del sospechoso); que establecen el derecho a recibir asesoría jurídica al realizar cualquier declaración ante el ministerio público; y que establecen que la confesión, en caso de que haya sido voluntaria, ha de robustecerse con otros indicios (garantizan pues, que la confesión no será tratada como la “*prueba reina*”).<sup>1231</sup>

Sin embargo, existe evidencia que apunta a que en la práctica lo anterior no se cumple:

Para empezar, el requisito constitucional que establece un plazo de 48 horas (o el doble tratándose de delincuencia organizada) como máximo a los efectos de mantener retenido al probable responsable, es interpretado de modo tal que comienza a correr a partir de que la policía, principalmente la policía judicial-ministerial, pone a disposición del ministerio público al individuo en cuestión:

---

<sup>1227</sup> Idem.

<sup>1228</sup> Centro de Investigación y Docencia Económicas.

<sup>1229</sup> <http://www.youtube.com/watch?v=hfFOSe2Ok5Y&feature=related>; <http://www.youtube.com/watch?v=PKDyvQqFdeI&feature=related>; y [http://www.e-cide.com/?page=shop/flypage&product\\_id=3105&category\\_id=733b623e191a2168a695ab5e8b45cc87](http://www.e-cide.com/?page=shop/flypage&product_id=3105&category_id=733b623e191a2168a695ab5e8b45cc87)

<sup>1230</sup> Special Report, Op. Cit., nota 1219, pp. 821-823.

<sup>1231</sup> *idem*



No hay ningún registro, ni mecanismos de control, del *oscuro periodo previo* en el que los supuestos “probables responsables” están a merced de los miembros de diversos cuerpos policíacos. De ello da cuenta el Reporte Crowley en el siguiente sentido:

*“...the 48 hour rule is interpreted by the Public Ministry to begin running at the time the Public Ministry gets the defendant rather than the time the judicial police pick him up. Thus the defendant may remain in the unsupervised custody of the judicial police for a significant period of time, often unrecorded, before the 48 hour period of custody by the Public Ministry begins...Because this extended period of custody by the judicial police is often unsupervised by either the Public Ministry or by counsel, it presents a significant opportunity for the abuse of detainees. Indeed the Inter-American Commission found that most cases of torture and of cruel, inhuman, and degrading treatment occur in the context of the Criminal Justice System, mainly during the early stages of investigation of criminal offenses...”*<sup>1232</sup>

Los reportes Crowley y *Legalizad Injustice* han documentado diversas modalidades de tortura que tienen verificativo en este periodo anterior a la puesta a disposición ante el ministerio público, que incluyen violencia física (choques eléctricos, inhalación de gases, golpes, etc.) y, muy especialmente, violencia moral (que implica intimidar a la persona por medio de amenazas referidas a su familia).<sup>1233</sup>

El objetivo de las modalidades de tortura aludidas consiste, o bien en hacer que los retenidos firmen papeles en blanco (presumiblemente sus confesiones, las cuales habrán de posfecharse en las agencias del ministerio público para aparentar que fueron rendidas ante aquel), o bien, en intimidar al “sospechoso” al efecto de que, estando ante el ministerio público, realice su declaración en los términos inculpatorios en los que se desea que lo haga (lo anterior debido a la disposición de que sólo son válidas las confesiones ante el ministerio público).<sup>1234</sup>

Incluso, hay evidencia de casos en los que el ministerio público vuelve a poner al “sospechoso” a disposición de la policía judicial (sus probables torturadores), toda vez que se resiste a declarar su culpabilidad en relación con los hechos que se le imputan (lo cual apunta a un control deficiente, y hacia una libertad impune en términos del manejo de los registros en que se asienta la hora y circunstancias en que el individuo es puesto a disposición del ministerio público).<sup>1235</sup>

Ahora bien, ¿qué podemos esperar que ocurra en el contexto actual en el que no sólo los cuerpos policíacos parecen actuar sin control, sino en un escenario en el que el ejército, no entrenado para desplegar funciones policiales en un ambiente de respeto a los derechos humanos, también ha sido lanzado a las calles para librar una “guerra” contra el narcotráfico?

El panorama se perfila más tenebroso en vista de la reciente reunión de funcionarios mexicanos y estadounidenses del más alto nivel relacionados con aspectos de seguridad nacional en sus respectivos países:

---

<sup>1232</sup> *Ibidem*, p. 824

<sup>1233</sup> Pásara, Luis, *Cómo sentencian los jueces del Distrito Federal em matéria penal*, IJ-UNAM, 2006, PP. 53-56, Special Report, Op. Cit., nota 1219, pp. 824-828.

<sup>1234</sup> *Idem*.

<sup>1235</sup> Special Report, Op. Cit., nota 1219, p. 826.

Como es sabido, uno de los detonantes cruciales de la reunión en comento fue el asesinato de personal vinculado al consulado norteamericano en Ciudad Juárez (la guerra contra la delincuencia organizada no parece ir siendo ganada por el gobierno federal).

Entre los acuerdos alcanzados, escasamente difundidos por los medios convencionales, se encuentra la intervención cada vez más activa de agentes norteamericanos en funciones de inteligencia en México, lo cual, de entrada, ya es cuestionable en términos de atentar contra la soberanía nacional.

Sin embargo, resulta aún más preocupante el acuerdo en el sentido de implementar para el caso mexicano, las “tácticas” que las fuerzas militares de los Estados Unidos han desplegado, sin piedad, y también con un éxito endeble, en su invasión a Irak (y en otras “*causas libertarias*” similares); particularmente las distintivas del trato que el país vecino brinda a sus prisioneros (huéspedes) en *Guantánamo* y en la cárcel de *Abu Gbraib*.<sup>1236</sup>

#### **f. El derecho a recibir “asesoría jurídica” al declarar ante el MP**

Ahora bien, continuando con el *vía crucis* del probable responsable, una vez ante el ministerio público y a la hora de rendir su declaración inicial (la cual probablemente será inculpatoria por los efectos de la tortura psicológica y física a la que presumiblemente fue sometido el “sospechoso”), el derecho del indiciado a recibir asesoría jurídica (privada o pública) es brutalmente socavado, el cual es respetado, como suele ser el patrón, sólo de manera formal.<sup>1237</sup>

En efecto, en la práctica, la disposición relativa al derecho del indiciado de realizar declaraciones “en presencia de su abogado, o persona de confianza” es interpretada literalmente y la asesoría que debería recibir el presunto responsable (sobre todo cuando no tiene dinero para pagar servicios de defensa privada), se reduce a permitirle al abogado defensor, o persona de confianza, sólo “*su presencia*” en la audiencia respectiva: No tiene derecho a intervenir de ningún modo, ni durante la misma, y más importantemente, ni antes de que el indiciado realice su declaración inicial.<sup>1238</sup>

En este punto, hay evidencia de que tanto ministerios públicos como jueces, actúan sobre la base de la percepción consistente en que la intervención del abogado “contaminaría” la versión de los hechos que “libremente” el indiciado expone, lo cual se complementa con la invocación, por parte del juez, del denominado “principio de inmediación” que, nuevamente, con base en una interpretación perversa, se dice que establece que la “confesión” rendida ante el ministerio público debe recibir un peso preponderante en las operaciones de evaluación probatoria que realiza el juez, incluso ante la retractación del presunto responsable durante su declaración preparatoria o durante el juicio (poco probable por el efecto de la intimidación), por una supuesta razón epistémica consistente en que está más

---

<sup>1236</sup> Véase especialmente, Zimbardo, Philip, *The Lucifer Effect; Understanding How Good People Turn Evil*, Random House Trade, 2008, en el que el autor lanza una férrea crítica a la política de tortura instalada en diversas cárceles del mundo por parte de La Administración Bush, con base en marcos teóricos y evidencia empírica procedente del campo de La Psicología Social.

<sup>1237</sup> Pásara, Op. Cit., nota 1233, PP. 48-49; Special Report, Op. Cit., nota 1219, PP. 844-855.

<sup>1238</sup> Pásara, Op. Cit., nota 1233, p. 48; Special Report, Op. Cit., nota 1219, p. 845.

próxima a los hechos y se encuentra, por tanto, libre de las intromisiones de los abogados que supuestamente tenderían a tergiversarla.<sup>1239</sup>

En cuanto a los casos en que supuestamente interviene una “persona de confianza” del indiciado, a falta de familiares o amigos de éste, o debido a que, como suele ser el caso, no ha llegado su defensor de oficio y no tiene recursos económicos para un abogado particular, como debe cumplirse con el requisito (al menos formalmente) de que declare en presencia de su abogado o persona de confianza, el Reporte Crowley documenta casos en los que tal papel es desempeñado por empleados del ministerio público, o incluso, por algún policía judicial de entre los que lo pusieron a disposición del agente del ministerio (es decir, probablemente el propio torturador del presunto responsable actúa como su “persona de confianza”).<sup>1240</sup>

Además, como la intervención se reduce a la mera presencia, el papel de “persona de confianza” que desempeña en estos casos algún empleado del MP o un policía judicial, se limita a plasmar su firma en el acta respectiva (incluso el juez realiza una verificación formal del requisito sólo percatándose de que en el acta, esté asentada alguna firma de quien sea que hay fungido como defensor o persona de confianza).<sup>1241</sup>

#### **g. Los “Defensores Públicos”**

Ahora bien, en caso de que se haya asignado un defensor público, el Reporte Crowley proporciona un panorama aún más desalentador para el indiciado refiriéndose a ciertas condiciones en que se desarrollan las actividades de defensoría pública, tales como: la dependencia económica, incluso de asignación de espacios físicos, del ministerio público; bajos salarios; poca preparación técnica; e imposibles cargas de trabajo (33 defensores para 74 agencias y 54 para 132 juzgados: Cada defensor tiene asignados alrededor de 100-150 casos y son programados para “participar” en 3 audiencias diarias en promedio, las cuales tienen una duración de entre 8 y 12 horas).<sup>1242</sup>

En este marco, en el que sólo se espera la presencia física (en el mejor de los casos) del defensor sin posibilidades de alguna mayor intervención, con las impresionantes cargas de trabajo, al igual que como sucede con la supuesta “persona de confianza” aludida anteriormente, la “participación” del defensor de oficio se reduce al mero asentamiento de su firma (incluso aunque, como suele ser el caso, haya llegado tarde, o ni siquiera haya aparecido).<sup>1243</sup>

Como se ha podido observar, la regla general que rige al sistema es el despliegue escaso o nulo de capacidades de investigación de cuyo resultado pudieran obtenerse indicios que fundamenten, o bien el archivo de los asuntos (“con reservas de ley”), o bien el ejercicio de la acción penal (consignaciones).

Como también se ha comentado, en consonancia con la ley del menor esfuerzo y despliegue mínimo de actividades de investigación, se privilegia el esquema de las consignaciones con detenido (al amparo de las excepciones

---

<sup>1239</sup> Special Report, Op. Cit., nota 1219, pp. 826-838.

<sup>1240</sup> Ibidem, pp. 852-853

<sup>1241</sup> Ibidem, p. 846

<sup>1242</sup> Ibidem, PP. 849-852.

<sup>1243</sup> Idem.

a la obtención de una orden de aprehensión: flagrancia y urgencia), con *endebles bases probatorias* consistentes esencialmente en la acusación o señalamiento realizado por alguna persona y en el supuesto robustecimiento del caso mediante la obtención de “confesiones” (presumiblemente resultantes de actos de tortura y de detenciones arbitrarias).

El panorama anterior se complementa con la participación del juez, la cual, como veremos a continuación, garantiza que a las consignaciones con detenido realizadas (recordar que éstas equivalen sólo al 3.3 % de las averiguaciones vigentes en el año), a pesar de las *endebles bases probatorias* con las que cuentan, les corresponderá una sentencia condenatoria (en los estudios de Zepeda y Pásara se manejan cifras de alrededor del 90% de condenas, al menos en la primera instancia).<sup>1244</sup>

En efecto, alguien que partiera del supuesto de la *eficacia mínima* de un marco normativo como el mexicano que, al menos en teoría, constituye una versión fuertemente (incluso, excesivamente) protectora del acusado, podría aventurar una explicación alternativa en torno a la cuestión de los altos índices de condenas.

La explicación referida podría consistir en atribuir las altas cifras de condenas a un extraordinario desempeño del MP y de los cuerpos policíacos en términos de las investigaciones realizadas. Sólo así podría entenderse que la judicatura mexicana, compuesta por funcionarios judiciales profesionales, guardianes inquebrantables de los criterios o filtros probatorios tan severos distintivos de este sistema protector del acusado, condenara con tanta asiduidad.

El problema con la postura anterior radica en el presupuesto referido a los jueces: En síntesis, estos funcionarios (al menos en el Distrito Federal, pero presumiblemente en otras entidades<sup>1245</sup>) obran sobre la base de la “*presunción de validez de lo actuado por el MP*”<sup>1246</sup>; e invocan ciertos principios, algunos de ellos asentados jurisprudencialmente (como el de la inmediación, la confesión calificada divisible, los testigos sospechosos de descargo, etc.), que por la interpretación particular que se ha decidido atribuirseles, tienen el efecto de “*blindar*” el caso presentado por el MP, angostando así las oportunidades para el acusado de derrotarlo, pero sobre todo, contraviniendo la política protectora del acusado, que en la mayoría de los sistemas occidentales prevalece, la cual se manifiesta en principios tales como “la presunción de inocencia”, la “carga ministerial de la prueba”, el “*in dubio pro reo*”, etc.<sup>1247</sup> (De ahí los títulos de los reportes citados en este trabajo, “*Presumed Guilty?*”, “*Legalized Injustice*”- y la aseveración de Pásara y Guillén et. al., de que la instauración del proceso resulta irrelevante, debido a que desde la consignación y después en el auto de término constitucional correspondiente, se prefigura el contenido de la sentencia, el cual es CONDENATORIO<sup>1248</sup>).

---

<sup>1244</sup> Pásara, Op. Cit., nota 1233, pp. 50-52, Zepeda, Op. Cit., nota 1193, pp. 265-279.

<sup>1245</sup> Véase Guillén et. al., La Justicia Penal en México; Un estudio de caso, IIJ-UNAM, 2008.

<sup>1246</sup> Special Report, Op. Cit., nota 1219, pp. 832, 835

<sup>1247</sup> A esta política protectora del acusado, autores como Laudan la denominan “The doctrine of error distribution”

<sup>1248</sup> Pásara, Op. Cit., nota 1193, pp. 20-22, 60-61

#### **h. El papel del juez (Operaciones de “blindaje” del caso del MP)**

La determinación de la plausibilidad/confiabilidad/credibilidad de los indicios que obran en el expediente, es decir, las operaciones epistémicas fundamentales consistentes en determinar la relevancia de los indicios, así como si individual y conjuntamente constituyen evidencia suficiente para justificar la emisión de una condena, en la práctica, han sido sustituidas por el despliegue de operaciones que apuntan hacia una resolución “formal” de los casos, orientada a la obtención preponderante de condenas.

La primera de estas operaciones consiste en invocar el denominado “*principio de inmediatez*”, el cual, originalmente debería garantizar la presencia del juez en las audiencias probatorias, al efecto de ubicarse *in situ* y tener así un acceso de primera mano a las diversas declaraciones que son vertidas a lo largo de dichas audiencias.

Sin embargo, se ha optado por una interpretación que sostiene que tal principio impone una predilección *por default*, en términos de evaluación probatoria, por la “confesión” rendida ante el MP, con base en un endeble argumento epistémico consistente en que dicha confesión se encuentra más próxima a los hechos y, por tanto, es más “pura” y se encuentra libre de la contaminación derivada de la “intromisión” del abogado defensor.<sup>1249</sup>

Si el acusado osa retractarse de la “confesión” rendida ante el MP argumentando que fue extraída por medios coercitivos, la carga de la prueba de dicha aseveración le es trasladada<sup>1250</sup>. En este punto, cabe puntualizar las siguientes cuestiones:

1. En primer lugar, no se establece cuál es el grado de “suficiencia probatoria” al que el acusado debe aspirar satisfacer para que se considere probada su aseveración de tortura.<sup>1251</sup>

2. Como sucede en general cuando el acusado pretende ofrecer testigos, el juez recurre aún a otro principio jurisprudencial que, *por default*, y sin la previa determinación contextual correspondiente, que en caso de que exista convergencia de varios testigos de descargo (a favor del acusado), incluso en los casos en que la defensa constituye una coartada que ubica al probable responsable en otra situación espacio-temporal distinta a la del delito, procede realizar la presunción de que dicha convergencia de declaraciones presupone alguna clase de “contubernio” por parte de los testigos, y que, en última instancia deben considerarse “*sospechosos*” en cuanto a sus intenciones de testificar.<sup>1252</sup>

3. Es improbable que el acusado tenga acceso a alguna prueba de la tortura que experimentó, ya que, su sola palabra es descontada por insuficiente; su presencia en el lugar en donde probablemente sufrió el despliegue de actos coercitivos por parte de la policía no queda registrada ni documentada de algún modo; por que sólo son considerados en la práctica como “actos de tortura” actos que dejen lesiones físicas (lo cual, además de que va en contra de los estándares internacionales, perjudica a quien sufre violencia moral o amenazas); debido a que la evidencia sugiere que los denominados “médicos legistas” adscritos a las diversas agencias del MP incurren en actos de complicidad no

---

<sup>1249</sup> Ibidem, pp. 27-29; Special Report, Op. Cit., nota 1219, pp. 828, 830, 832

<sup>1250</sup> Ibidem, pp. 832-838

<sup>1251</sup> Ibidem, pp. 833-834.

<sup>1252</sup> Pásara, Op. Cit., nota 1233, p. 30.

asentando en el acta respectiva la presencia de lesiones, o incluso, curando las que hubiere; o bien, debido a que es “sabido” que la policía judicial ha perfeccionado sus tácticas de tortura a modo de no dejar huellas de sus abusos.<sup>1253</sup>

4. Aunado a lo anterior, existe la posibilidad para los policías señalados como perpetradores de los actos de tortura correspondientes, de que se libren de cualquier responsabilidad aún cuando concedan la realización de tales actos, con tal de que sostengan que lo hicieron no con la intención de extraer su confesión, sino incluso, con la intención de propinar a la víctima de sus abusos un castigo (debido a que el requisito para la configuración de la tortura requiere el estado intencional consistente en querer extraer una confesión). En tales casos, el juez persiste (cínicamente) en su consideración de la “confesión” como válida.<sup>1254</sup>

Por otro lado, si el acusado ha concedido en su declaración ante el MP, la comisión de una conducta típica (es decir, que satisface los elementos establecidos por la ley para el delito en cuestión), pero inmediatamente argumenta que obró al amparo de alguna “causa de exclusión del delito” (como legítima defensa, estado de necesidad, etc.), el juez invoca el denominado principio de la “*confesión calificada divisible*”, según el cual se toma de sus declaraciones la parte que perjudica al acusado y se traslada la carga de la prueba de la concurrencia de la causa de exclusión de que se trate.<sup>1255</sup>

Esta maniobra atenta contra la definición dogmática ampliamente aceptada que establece que la configuración de un delito depende esencialmente de un juicio de tipicidad, de uno de antijuricidad y de otro de culpabilidad (independientemente de cómo las diversas teorías del delito traten estos tres bloques esenciales). En este sentido, el conceder la comisión de una conducta típica no implica necesariamente la concesión de que se cometió el delito que se imputa, precisamente por que pueden haber concurrido causas que, como su nombre lo indica, excluyen la configuración del mismo, ya sea por que justifican el acto desplegado, o bien, exculpan al acusado con base en la consideración de ciertos elementos situacionales.

Además, el traslado de la carga de la prueba al acusado atenta, por su parte, contra el principio de la “carga ministerial de la prueba”. En este sentido, le correspondería al MP desvirtuar las aseveraciones del acusado relativas a la probable concurrencia de alguna excluyente de responsabilidad penal. Es decir, en tales casos se esperaría del MP una actividad probatoria y argumentativa, mucho más exigente.

Aunado a lo anterior, consideremos, como hemos dicho, que el acusado enfrenta la posibilidad de que, si presenta testigos para probar sus aseveraciones, aquellos sean descartados por *default*, con base en la jurisprudencia de “testigos sospechosos” anteriormente referida.

Para complementar el panorama anterior, la evidencia sugiere aún otra operación de “blindaje” del caso presentado por el MP. Esta tiene verificativo cuando son los propios oficiales remitentes (en los casos de flagrancia)

---

<sup>1253</sup> Special Report, Op. Cit., nota 1219, pp. 832-837.

<sup>1254</sup> Ibidem, p. 837.

<sup>1255</sup> Pásara, Op. Cit., nota 1233, pp. 29, 31.

quienes desempeñan el papel de testigos: El juez en estos casos, cita otra jurisprudencia que les otorga, por *default*, un peso preponderante a las declaraciones de dichos oficiales.<sup>1256</sup>

Cabe agregar en este punto que hay evidencia que sugiere un patrón según el cual, los oficiales remitentes actúan como testigos “oculares” cuando ni siquiera presenciaron los hechos delictivos que se imputan al acusado.<sup>1257</sup>

Por último nos referiremos a la deficiente y formalista *motivación* que suele acompañar a las decisiones condenatorias de los jueces (nótese que se dice “acompañar a las decisiones respectivas” y no “justificar”, lo cual requeriría de la presencia de *buenas razones*), la cual, de acuerdo con Pásara, sigue el siguiente patrón:

Se comienza por realizar un “*cut and paste*” del contenido del pliego de consignaciones rendido por el agente del ministerio público en la etapa inicial del proceso, y se concluye siguiéndose una fórmula del tipo “*como se desprende de autos, se concluye que el acusado es culpable*”, sin mayores explicaciones. Pásara se refiere a esta cuestión de la forma que sigue:

*“...Es precisamente la formación de la convicción aquello que no es posible rastrear en muchas de las sentencias examinadas, dado que el texto de la resolución no expresa el camino seguido por el juez para arribar a tal convicción...la mayor parte de las sentencias examinadas se limitó a transcribir todos los elementos de prueba disponibles en el expediente, sin valorarlos específicamente ni precisar qué aspecto de los hechos correspondientes al tipo legal resultaba probado por qué pruebas. En consecuencia, todas las pruebas son menos que analizadas, colocadas en sucesión, sin que se pueda acompañar con precisión el razonamiento que el juez siguió para llegar a la convicción que le hace considerar probado un hecho. A tal efecto, el hilado de una prueba tras otra se apoya en expresiones como: “es preciso mencionar que en autos se cuenta con...”; “apoyando a la conclusión antes mencionada...”; “lo anterior se corrobora con...”; “lo anterior se encuentra robustecido...”<sup>1258</sup>*

Como hemos dicho anteriormente, el despliegue de las operaciones referidas ha llevado a Pásara y a Guillén et. al., a sostener que *el proceso resulta irrelevante*: La consignación y el correspondiente auto de formal prisión (una modalidad del auto de término constitucional) prefiguran el contenido condenatorio de la sentencia.

Como citas representativas de las entrevistas realizadas a algunos jueces en el estudio de Pásara, las cuales muestran un nivel preocupante de *cauterización moral* en los funcionarios judiciales correspondientes, proponemos las siguientes:

*“... como con un vaso de agua, a nadie se le niega un auto de formal prisión.”<sup>1259</sup>*

*“... lo condené, a sabiendas de que el caso era débil, esperando que en la segunda instancia lo liberaran, pero no sucedió así, ni modo...”<sup>1260</sup>*

---

<sup>1256</sup> Ibidem, pp. 12-13.

<sup>1257</sup> Idem.

<sup>1258</sup> Ibidem, pp. 16-20.

<sup>1259</sup> Ibidem, p. 42

<sup>1260</sup> Idem.

Incluso, voces al interior de la Suprema Corte, de hecho, la de su propio Presidente en el año de 1999, sostienen que el sistema judicial “*enfrenta el mayor descrédito popular de su historia*”.<sup>1261</sup>

### **i. El sistema penitenciario (“Cerrando la pinza”)**

En su número 1701, el semanario “Proceso” hace referencia a un estudio llevado a cabo en los reclusorios del país, por la Conferencia del Episcopado Mexicano (CEM), el cual fue coordinado por Pedro Arellano Aguilar, quien es encargado de Pastoral Penitenciaria de la CEM.<sup>1262</sup>

En el artículo correspondiente se hace referencia a ciertas conclusiones a las que arribó el mencionado estudio, las cuales apuntan básicamente a que el Estado está implantando una política de “criminalización de la pobreza”, y a que se realizan múltiples operaciones de extorsión a los reclusos (por parte de los oficiales de los reclusorios y presumiblemente permitidos por los directores respectivos), de modo que el sistema penitenciario se concibe como un “*gran negocio*” para el partido en turno.

Algunas citas relevantes son:

#### A) En relación con la tesis de la criminalización de la pobreza

“... El gobierno está implementando una política errónea en los reclusorios, pues parte del supuesto de que la inseguridad es el principal problema del país. Y su respuesta ha sido endurecer las penas con más *carcelización*: ¡Todo es cárcel, más y más cárcel! ...”<sup>1263</sup>

“... de acuerdo con la citada investigación, *el 62 % de los jóvenes que están presos por robo se llevaron objetos que valen menos de 2 mil pesos, por lo que pueden considerarse robos famélicos*...”<sup>1264</sup>

#### B) En relación con la tesis del gran negocio que representa para los gobiernos el sistema penitenciario

“... Los reclusorios son un gran negocio no sólo para las autoridades penitenciarias, sino también para autoridades de más alto nivel. Para muchos gobiernos estatales, el reclusorio es la *caja chica* de donde se saca dinero para financiar campañas políticas y ambiciones personales...”<sup>1265</sup>

... De los 12 mil internos del Reclusorio Norte, 4 mil tienen teléfono celular. Cada uno pagó **mil pesos** por meterlo, a parte, está pagando a las autoridades del penal una cuota de **500 pesos** semanales por usarlo. De manera que las autoridades, tan solo por el uso de celulares, reciben un ingreso semanal de **2 millones de pesos**.

... cada interno debe pagar **5 pesos** cada que le pasan lista, que es tres veces al día. De manera que el preso desembolsa por este rubro **15 pesos diarios**. Así, las autoridades ganan diariamente **180 mil pesos** por el pase de lista.

---

<sup>1261</sup> Entrevista de Agustín Ambríz a Genaro Góngora Pimentel, Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, recogida en: Góngora Pimentel, G. *Encuentros con los Medios*, Poder Judicial de la Federación, 1999, pp. 11-12. Citado por Carbonell, p. 4.

<sup>1262</sup> Vera, Rodrigo, “La carcelización”, Semanario PROCESO, No. 1701, junio de 2009.

<sup>1263</sup> Ibidem, pp. 6-7.

<sup>1264</sup> Ibidem, p. 8.

<sup>1265</sup> Ibidem, p. 9.



*... Los presos del reclusorio norte, a quienes apoyan sus familiares, además deben pagar por ir al baño, por tomar agua, por pasar alimentos, por recibir visita conyugal y por varias otras cosas...*  
... Cada año, las autoridades del DF sacan alrededor de *mil 700 millones de pesos* por esas cuotas que cobran en sus reclusorios...<sup>1266</sup>

Es indispensable recalcar que Rodrigo Vera, autor del artículo citado, apunta que el estudio coordinado por Arellano (en el que supuestamente se realizaron encuestas en más de 350 reclusorios del país, abarcándose con ello a más del 90% de la población penitenciaria nacional), estaba programado para ver la luz pública en julio de 2009.

Todo indica que, en efecto, el informe aludido fue publicado y que generó reacciones recalcitrantes en las autoridades del gobierno del DF<sup>1267</sup>, sin embargo, no puede consultársele en Internet, no se sabe qué editorial lo publicó y la arquidiócesis de México se toma con muchas reservas el permitir el acceso al mismo.

### **9. Recapitulación Final y algunas reflexiones**

Hemos visto que aproximadamente el 75 % de delitos (del fuero común) no son denunciados por la población (presumiblemente con base en la percepción generalizada de *ineficiencia* y *desconfianza* en las autoridades); que la evidencia sugiere que, en el caso de que el ciudadano decida acudir a las instancias de procuración de justicia penal respectivas, se encontrara con que las agencias del ministerio público han implementado políticas contextuales con el objetivo de abrir el menor número de expedientes posible, las cuales implican la conformación de criterios *de facto* –no establecidos en la ley- para tales efectos (i.e., actividades de “reclasificación” de conductas delictivas, instauración de “instancias dictaminadoras” que obran a la manera de “oficialías de partes” desechando los asuntos que, de acuerdo con el empleo de razonamientos poco claros y no transparentes, no merecen la atención respectiva, las prácticas de la “justicia de barandilla”, etc.); que de los expedientes vigentes en un año, sólo se tramita el 61.45 % (quedando pendiente el 38.55 %); y que una vez abiertos los expedientes correspondientes, las determinaciones que aquellos reciben de parte de los funcionarios en cuestión –decidir su archivo “con reservas de ley” (25.4 %), su archivo definitivo (20.25 %), o su consignación (sin y con detenido y con presentado, sólo el 11.4 %)- descansan sobre la regla general del *menor esfuerzo* y del nulo o escaso despliegue de actividades genuinas de investigación.

En este sentido, por un lado, poco se hace para afrontar las dimensiones del fenómeno delictivo en nuestro país en términos de su prevención y control. El tipo de interacciones que las autoridades de procuración de justicia establecen con quienes acuden a reportar algún delito (trámites excesivos y obstáculos burocráticos que se traducen en una denegación de justicia constante y sistemática), aunado a su pobre desempeño en términos de eficiencia de la investigación, desincentivan la denuncia y motivan al potencial delincuente a delinquir (en la medida en que

---

<sup>1266</sup> Ibidem, p. 10.

<sup>1267</sup> Véanse las siguientes páginas: <http://www.aciprensa.com/noticia.php?n=26128>; y <http://www.elobservadorenlinea.com/content/view/1665/1/>

plausiblemente dentro de sus deliberaciones o cálculos previos puede yacer la creencia en que existen muy bajas probabilidades de ser capturado y eventualmente condenado<sup>1268</sup>).

Por otro, y también como reflejo de la regla consistente en el despliegue escaso o nulo de investigaciones genuinas y eficientes, las prácticas sistémicas se han configurado de modo tal que, para asegurar una *cuota* de consignados (y eventualmente condenados) –mínima en comparación con lo que queda pendiente y con lo que se archiva- se privilegia el esquema de la *ausencia de órdenes de aprehensión* (casos de “flagrancia” y “urgencia”).

Como se ha dicho, estos casos –convenientemente previstos en el marco constitucional y legal como excepciones legítimas a la obtención de una orden de aprehensión- en la práctica se caracterizan por la sola presencia de alguien que señale al probable responsable como autor del delito que se le imputa (esto ahorra el tener que recabar indicios y establecer líneas de investigación que eventualmente conduzcan a la identificación de algún sospechoso), así como por un deficiente o nulo robustecimiento de dichos casos por parte de las agencias y procuradurías, en términos de la búsqueda y valoración de otros indicios (salvo por las prácticas de tortura orientadas a la extracción de “confesiones”).

A los casos referidos, pese a su insuficiencia probatoria, se les protege en sede judicial por medio de ciertos mecanismos formales que enmascaran el despliegue nulo, por parte de los jueces, de las operaciones epistémicas básicas (determinación de relevancia de indicios y determinación de si individual y conjuntamente son suficientemente confiables y plausibles).

Lo anterior apunta hacia una *complicidad pragmática* entre MP’s, procuradores (¿a caso también del Secretario de Seguridad Pública?) y jueces al efecto de condenar con *endebles bases probatorias*, y de esta manera justificar, al menos en los números (recordar que se condena en alrededor del 90% de las veces), los altos costos que representa para nuestro país el mantenimiento de este tan singular sistema de procuración e impartición de “justicia”.<sup>1269</sup>

Ahora bien, en el ámbito federal, y sobre todo en materia de delincuencia organizada, el panorama no parece cambiar demasiado. En su análisis de corte periodístico, el cual también debe considerarse tentativo y susceptible de ser robustecido por una metodología de investigación empírica más sólida, Reveles ofrece la siguiente caracterización del sistema federal de procuración e impartición de justicia:

“... Sostengo que en México hay más de cuatro Jinetes del Apocalipsis, los cuales pervierten la procuración e impartición de justicia en nuestro país. Aunque se aceptan como un “mal menor”, no debemos perder de vista que estos usos y costumbres pueden conducirnos a un abismo de abusos y descomposición social insalvable. Porque en situación de ausencia absoluta de leyes, pueden ser utilizados políticamente:

- La PGR hoy adopta “testigos protegidos” sin ton ni son. Tiene para dar y regalar, todos los perfiles que se requieran son aceptados, lo mismo nacionales que impuestos por Estados Unidos. *Sus delaciones irresponsables, para colmo, se aceptan como verdades absolutas.*
- Se “arraiga” en vez de consignar, ganándose el tiempo necesario para acumular cargos contra el detenido, *que muchas veces era inocente. Por esto mismo, hoy no se investiga de manera previa a la captura.*

<sup>1268</sup> Al menos por el delito que eventualmente pudiera decidir cometer como resultado de sus deliberaciones.

<sup>1269</sup> Zepeda, Op. Cit., nota 1193, pp. 157-171

- *Ha regresado la tortura, que hoy es consuetudinaria. La confesión sacada bajo tormentos tiene a miles de personas en las cárceles del país.*
- *Los agentes del ministerio público y los jueces del país actúan por consigna y asumen, como si de una verdad reveladora se tratara, lo que dicen los policías y los soldados...*
- *Hay miles de mexicanos desaparecidos por la delincuencia organizada, por bandas de secuestradores, y por las distintas corporaciones de la fuerza pública, que han reinventado y vuelto a aplicar los viejos métodos represivos de la llamada “guerra sucia”, pero ya no sólo contra supuestos guerrilleros o disidentes, sino contra ciudadanos comunes...”<sup>1270</sup>*

En relación con el fenómeno del cumplimiento de cuotas de detenidos y eventualmente condenados, y con el funcionamiento en la práctica de un sistema de *fabricación de culpables*, Reveles comenta lo siguiente:

*“... La cifra record de casi 8 mil crímenes derivados de la guerra contra el narcotráfico en 2009 sólo representó el 0.5 por ciento. Ese medio punto porcentual, sin embargo, es el que tiene al país entero suspendido en el terror y el desánimo. Seamos claros, es una minúscula proporción de la delincuencia la que hoy le sirve de pretexto al gobierno federal para movilizar tropas y policías e invadir calles, campos y carreteras, instalar retenes, violentar la cotidianeidad, violar derechos humanos y cumplir con la cuota de detenidos que se necesita para engrosar las cifras de logros y adelgazar la de las fallas de la mal llamada guerra contra las bandas criminales... En medio de este ambiente contaminado e irrespirable, lo peor es que el gobierno emplea cada vez menos investigación y cada vez más coerción en la fabricación de culpables; en lugar de capturar a los verdaderos narcotraficantes y a los criminales organizados, se captura a inocentes...”<sup>1271</sup>*

#### **A. Las prácticas penales mexicanas y el argumento Laplace-Nozick (L-N) de Laudan**

En efecto, el modelo presentado debe depurarse con mayores investigaciones al respecto: Sería muy conveniente por ejemplo, realizar un estudio referido a los factores psicológicos (aspectos motivacionales) subyacentes a las prácticas descritas, similar al estudio de Cáceres y Rodríguez sobre el comportamiento jurídico del ciudadano mexicano<sup>1272</sup>; o contrastar el desempeño del sistema de prácticas penales de nuestro país con las cifras y estadísticas relativas a las prácticas penales de otras naciones, a efectos de evitar “satanizar” el funcionamiento del mismo, mediante su contextualización.<sup>1273</sup>

Sin embargo, por ahora tentativamente puede concebirse como un sistema complejo de diversas modalidades de no-respeto de múltiples derechos humanos. Sin embargo, la violación sistemática de estos derechos, muy grave en sí misma, no es el único problema que enfrenta el sistema, veámoslo:

Recurramos por un momento al marco del argumento *L-N* presentado por Laudan, según el cual, el Estado tiene la obligación consistente en reducir a rangos aceptables el valor del *riesgo agregado* constituido a su vez, por el

<sup>1270</sup> Reveles, José, *El cártel incómodo; El fin de los Beltrán Leyva y la hegemonía del chapo Guzmán*, Grijalbo, 2010, pp. 231-233.

<sup>1271</sup> *Ibidem*, p. 231.

<sup>1272</sup> Véase Cáceres, Enrique y Rodríguez Ortega, Graciela (Coords.), *Bases psicológicas del comportamiento jurídico en México*, México, UNAM-IIIJ, 2008, 182 pp.

<sup>1273</sup> Agradezco mucho a mi tutor Larry Laudan por sus valiosos y oportunos comentarios en torno a esta posibilidad.

riesgo que los ciudadanos tenemos de ser victimizados por nuestros congéneres, así como por el riesgo que tenemos de sufrir el pronunciamiento de una condena falsa en nuestra contra.<sup>1274</sup>

Recordemos que el cumplimiento equilibrado de esta obligación es crucial a los efectos de diagnosticar *la racionalidad* de vivir al amparo del pacto político estatal en un momento histórico determinado.

Pues bien, si atendemos al panorama presentado relativo al funcionamiento del procedimiento penal mexicano en materia común, podemos concluir plausiblemente que el Estado ha generado un alto riesgo para el ciudadano promedio de ser victimizado, así como un alto riesgo de ser erróneamente condenado:<sup>1275</sup> un argumento más para el diagnóstico de un *estado mexicano fallido*.

La aseveración anterior se refuerza si tomamos en cuenta la situación actual que impera en el fuero federal en relación con el fenómeno de la delincuencia organizada: Los riesgos que corre el ciudadano mexicano de ser erróneamente condenado, pero también, de ser victimizado (desafortunadamente por las propias fuerzas del orden), crecen aún más en tanto que las puertas para la extracción de confesiones por medio de tortura, para sucumbir como un mero “*daño colateral*” en el fuego cruzado, para el saqueo de sus pertenencias, para la perpetración de violaciones sexuales en su contra, etc., están hoy abiertas de par en par en la medida en que, como parte de la *comparsa* de instituciones de “seguridad pública” que persiguen (o al menos, “simulan hacerlo”) con singular frenesí al narcotráfico, se encuentra una de las entidades cuya función para la que fue concebida, aunado a su historia (recordar la “*guerra sucia*” de los setenta), la condiciona precisamente para operar en un ambiente de suspensión *de facto* de las garantías y derechos humanos mínimos: *El Heroico Ejército Mexicano*.<sup>1276</sup>

La pregunta que surge es la siguiente: ¿Es racional haber cedido un monto significativo de nuestras libertades, sobre todo la que implica resolver por cuenta propia (*auto-tutela*) los problemas derivados de la convivencia comunitaria, a los efectos de conferir al Estado el monopolio de la coerción-coacción, a cambio de un tan pobre desempeño en sus obligaciones básicas de proveernos de seguridad y de crear un riesgo *aceptable*<sup>1277</sup> de ser erróneamente condenados? La respuesta parece ser un rotundo ¡No!

---

<sup>1274</sup> Véase el número 3 de la sección VIII del Capítulo Segundo de este trabajo.

<sup>1275</sup> Alguien podría decir en este punto que este riesgo sólo lo corren quienes no tienen dinero para librarse de los actos de extorsión-corrupción en diversos puntos del procedimiento, sobre todo en aquel periodo oscuro antes de la puesta a disposición del individuo ante el ministerio público. En efecto, este podría ser el caso, pero hay que recordar que en México existen más de 50 millones de personas en pobreza extrema, por ello es que se sigue manteniendo la tesis de que el Estado ha generado un riesgo muy alto de ser erróneamente condenado para el ciudadano mexicano promedio.

<sup>1276</sup> Para una historia de los constantes abusos y violaciones de garantías individuales en que el Ejército Mexicano ha venido incurriendo desde hace tiempo y sin ningún signo de pretender cambiar, véanse las excelentes investigaciones periodísticas siguientes: Ronquillo, Victor, *Saldo de guerra; Las víctimas civiles en la lucha contra el narco*, México, Planeta, 2011; Rodríguez Castañeda, Rafael, *Los generales; La militarización del país en el sexenio de Felipe Calderón*, México, Planeta, 2010; Velez, Juan, *El general sin memoria*, México, Debate, 2010.

<sup>1277</sup> En este punto se debe recordar que la sola instauración de un sistema de procuración e impartición de justicia, dada la falibilidad de sus reglas, así como la falibilidad de los propios procesos intelectuales (razonamiento ampliativo) implicados en la reconstrucción de los hechos que pudieron haber acontecido, genera el riesgo (inexistente antes de la emergencia del Estado) de ser erróneamente condenado. Por ello es que se dice que una de las

Ahora bien, debemos destacar que si atendiéramos exclusivamente el andamiaje normativo que regula al procedimiento penal mexicano, así como al discurso oficial de la dogmática y de la Corte, encontraríamos que éste contempla los principios característicos de una doctrina *fuertemente protectora del acusado*: “Carga ministerial de la prueba”, “Presunción de inocencia”, “*In dubio pro reo*”, un supuesto estándar de prueba muy riguroso a satisfacer por el ministerio público y por los jueces conformado por reglas como “*en caso de duda absolver*”, “*el estado deberá probar plenamente si desea obtener una condena, tanto los elementos constitutivos del cuerpo del delito como la responsabilidad del acusado*”.

Sin embargo, como puede observarse, las cosas parecen ser exactamente opuestas a dicha doctrina. De hecho, como lo muestran incluso los títulos de algunos de los reportes consultados (*Legalized Injustice, y Presumed Guilty?*), lo que parece imperar en la práctica es una **presunción de culpabilidad del acusado**.

En efecto, la implementación de una doctrina excesivamente protectora del acusado (con miras a reducir lo más que se pueda el riesgo de condenar erróneamente a alguien), como lo destaca Laudan en su análisis, es objeto de una severa crítica epistémica. No obstante, lo que queremos recalcar en este momento es el distanciamiento de las prácticas respecto de este marco normativo, ya de por sí cuestionable desde el punto de vista epistémico.<sup>1278</sup>

Es como si en la práctica se hubiera dado un *seguimiento perverso* a la sugerencia de Laudan en el sentido de orientar al procedimiento respectivo a los efectos de lograr un incremento en las cifras de condenas.<sup>1279</sup>

La diferencia crucial es que, en efecto, Laudan sugiere el aumento en las cifras de condenas, sin embargo, no propone ajustar las prácticas *ad hoc* para lograrlo, sino mediante la estrategia de dotar a las denominadas *rules of trial* (que comprenden tanto las *rules of evidence*, las *rules of procedure*, como el *estándar de prueba*) de un perfil *Truth-Promoting* (no incorporando reglas de exclusión, implementando la propuesta de estándares “objetivos” de prueba, reduciendo la severidad del estándar, y en términos generales, reduciendo la parcialidad estructural del sistema en beneficio del acusado).

En este sentido, Laudan habla del aumento en las cifras de condenas *VERDADERAS* preponderantemente<sup>1280</sup> para que, por el efecto de incapacitación para delinquir por encarcelamiento que

---

obligaciones estatales fundamentales consiste en mantener en rangos aceptables (no erradicar del todo, lo cual es imposible) el riesgo referido, ya que de ello depende continuar con el contrato social.

<sup>1278</sup> Como veremos más adelante, influidos fuertemente por el denominado “*Garantismo Penal*” propuesto por el célebre autor italiano Luigi Ferrajoli, los artífices de la reforma penal decretada en 2008 en México, pugnan por la instauración de un procedimiento excesivamente protector del acusado sin contemplar las implicaciones epistémicas y políticas de tal estrategia. En síntesis, la configuración o arquitectura del procedimiento penal es concebida (dogmáticamente) como la vía más eficaz para combatir e intentar erradicar los vicios policíacos esbozados en el modelo previo (como la tortura para la obtención de confesiones, la obtención inconstitucional de evidencia inculpativa, etc.), y así mismo, como una especie de mecanismo compensatorio que, en represalia por los actos inmorales del ministerio público y de los jueces en periodos previos, ahora hace muy difícil condenar, salvo en presencia de la evidencia más contundente imaginable (por ello, la implementación del estándar BARD). Se trata pues de una reacción extrema, aunque quizá comprensible, ante el panorama deplorable de prácticas inquisitorias que caracterizaban (y siguen caracterizando el funcionamiento actual del sistema, dado que se tiene un plazo de 8 años para la implementación de la reforma) al procedimiento penal.

<sup>1279</sup> Véase el número 3 de la sección VIII del Capítulo Segundo de este trabajo.

presumiblemente éstas tienen en relación con los ofensores reincidentes, se reduzca el riesgo que el ciudadano promedio de ese país tiene de ser victimizado, lo cual, en el contexto de los Estados Unidos, acarrearía la reducción del valor del riesgo *agregado* correspondiente a la obligación L-N.

La propuesta de Laudan de crear las condiciones -epistémicamente justificadas- para elevar el número de condenas verdaderas preponderantemente, se da en un contexto en el que se presupone un comportamiento del sistema según el cual, por el estándar *BARD*, la presencia de reglas excluyentes de evidencia relevante, la presencia de un mecanismo asimétrico de revisiones, etc., éste se encuentra estructuralmente condicionado a la emisión de *cifras altas de absoluciones falsas*, generándose con ello un alto riesgo para el ciudadano promedio de ser victimizado seriamente (violaciones, homicidios, etc.).

En este sentido, más condenas verdaderas tendrían el efecto plausible de incapacitar a aquellas personas reincidentes (respecto de quienes los estudios demuestran que de ser liberados continuarán con su carrera delictiva cometiendo delitos serios), lo cual a su vez tendría el efecto de reducir los índices de criminalidad (el riesgo de ser victimizado). Por su parte, la reducción de los índices de criminalidad reduciría los índices de denuncia o reporte de crímenes, lo cual reduciría el número de juicios instaurados en un periodo determinado, y como última consecuencia, reduciría el riesgo del ciudadano de ser erróneamente condenado.

Así, la sugerencia de habilitar al sistema, dotándolo de un perfil *Truth-Promoting*, al efecto de que eventualmente se produzcan mayores índices de condenas preponderantemente verdaderas tendría el efecto, como puede verificarse en la cadena causal anteriormente expuesta, de lograr la reducción de los dos riesgos constitutivos del valor agregado asociado a la obligación estatal L-N.

Sin embargo, en contraste, el sistema de prácticas penales mexicanas emplea estrategias *ad hoc* para lograr un aumento en la cifra de condenas *en pos del aumento en sí mismo*, con una *indiferencia brutal (e incluso inmoral)* al respecto de si las condenas producidas son preponderantemente falsas, o al respecto de si las estrategias desplegadas para producirlas son tan epistémicamente injustificadas que constituyen una farsa generalizada.

Lo anterior en virtud de que todo parece indicar que en nuestro contexto impera una creencia predominante según la cual, al menos para tranquilizar las demandas y presiones sociales de seguridad a nivel nacional, se pone énfasis en *pregonar* números y cifras de combate a la criminalidad (*¡vean cuánta gente condenamos!*), sin que se desplieguen estrategias efectivamente atinentes.

---

<sup>1280</sup> Decimos “preponderantemente”, ya que, por un lado, el riesgo de cometer errores epistémicos, como sabemos, no puede erradicarse del todo, y por otro, debido a que, de acuerdo con el marco de análisis de Laudan, en la medida en que recalibremos el grado de severidad del estándar de prueba a la baja (es decir, menos exigente que *BARD*), se genera un riesgo de ser erróneamente condenado, mayor al que existía durante la vigencia del estándar anterior más riguroso. Sin embargo, como se trata de una modulación global del sistema hacia un estado *truth-ptomoting*, la magnitud del riesgo se limita a su vez por la presencia de reglas que permiten la consideración de toda la evidencia recabada, etc.

## **B. Las prácticas penales mexicanas y el análisis de la estructura de un marco dialógico tipo *Witch-Hunt* propuesto por Walton**

Para enfatizar la perversidad del funcionamiento en la práctica del sistema mexicano de procuración e impartición de justicia, resulta pertinente introducir en nuestra discusión el análisis que Douglas Walton realiza en torno a las características estructurales de un mecanismo de asignación de responsabilidad penal al que ha dado en llamarse “*Cacería de Brujas*” (o “*Witch-Hunt*”).<sup>1281</sup>

Como sabemos, Walton está interesado en el estudio y propuesta de diversos marcos dialógicos que idealmente regularían el intercambio argumentativo entre al menos dos participantes, en distintos contextos de la vida cotidiana, ya sea en el ámbito público y/o en el privado.<sup>1282</sup>

Pues bien, una de las estrategias que el autor en comento sigue al efecto de profundizar en el análisis del marco dialógico conocido como “*Critical Discussion*”, es precisamente su contraste con los rasgos que caracterizaron los “procesos” instaurados por la Inquisición en la Edad Media, y más específicamente con los característicos de los “juicios” por “*hechicería o brujería*” (“*witchcraft or sorcery*”) implementados en Europa durante los siglos XVI y XVII.<sup>1283</sup>

De acuerdo con Walton, algunas de las características distintivas de los procesos instaurados por la Inquisición son las siguientes<sup>1284</sup>:

- A) El procedimiento se desarrollaba en *secreto*
- B) Su objetivo no era detectar ni castigar ofensas o delitos que pudieran traducirse en conductas externas concretas, sino *tendencias o ideologías* (como la herejía o el pensar diferente a la Iglesia)
- C) El arresto del acusado (y como se verá después en G), incluso la condena) se basaba en *la mera sospecha* de que éste seguía, en su fuero interno, alguna de las tendencias referidas en B)
- D) El procedimiento se articulaba sobre la noción de la *presunción de culpabilidad del acusado*<sup>1285</sup>
- E) El acusado tenía derecho a una versión escrita de los cargos en su contra, pero no tenía derecho a saber los nombres de sus acusadores, ni de los testigos que depondrían en su contra
- F) La violencia moral y física eran vistas como *instrumentos legítimos* para extraer confesiones.<sup>1286</sup>
- G) El procedimiento no era visto como un foro en el que tendría lugar una discusión sistematizada y racional en el que las partes alegarían respecto de su caso, era más bien considerado como una oportunidad para la

---

<sup>1281</sup> Walton, Douglas, “The Witch-Hunt as a Structure of Argumentation”; *Argumentation, Vol. 10, 1996, pp. 389-40.*

<sup>1282</sup> Véase el número 2 de la sección II del Capítulo Cuarto de este trabajo.

<sup>1283</sup> Como veremos más adelante en la crítica a la comunidad de la *AI and Law*, no sostenemos que el proceso penal, o cualquier otra clase de proceso jurídico, pueda modelarse sin más, a la manera del marco dialógico de una *Critical Discussion*. El problema principal con esta propuesta es que omite la consideración seria de que en la definición de las condiciones que debería exhibir un proceso jurídico justo, debe tomarse en cuenta la convergencia de múltiples intereses, objetivos o valores, así como la legitimidad que se espera de las instituciones jurídicas al emitir directivas con autoridad que establecen derechos y obligaciones, e incluso, imponen penas o medidas de seguridad.

<sup>1284</sup> Walton, “The Witch-Hunt as a Structure of Argumentation”; *Argumentation, Vol. 10, 1996, pp. 389-40,* p. 391.

<sup>1285</sup> Escuchamos a lo lejos una campana que advierte similitudes...

<sup>1286</sup> Una campana más...

“re-educación” o “purificación” del individuo. En este orden de ideas, la supuesta evidencia presentada y su evaluación eran epistémicamente cuestionables: El Tribunal podía condenar sobre la base de la acusación (entendida no como un caso robusto, sino como un mero señalamiento) presentada por la autoridad eclesiástica, la cual, como se dijo, solía hacer referencia a estados mentales (pensamientos, emociones, culpas, opiniones, a la *impureza natural del corazón humano*, etc.) para cuya “comprobación”, cualquier cosa, o la declaración de cualquier persona sin importar su credibilidad, podía funcionar como “*indicio suficiente*”; podía condenar sobre la base de un solo testigo; o sobre la base de una “confesión” extraída, como se dijo en F), generalmente mediante métodos de tortura. Sin embargo, cuando no se hubiere podido extraer la confesión, el Tribunal podía condenar con base en *grados de sospecha*.<sup>1287</sup>

Ahora bien, en relación con los juicios por brujería o hechicería, se pensaba que dicha actividad implicaba que el acusado(a) había llevado a cabo un “*pacto con el Diablo*”.

Por su parte, las manifestaciones del pacto referido consistían en sueños y/o visiones (en presencia o no de la supuesta bruja) experimentadas por un reducido conjunto de personas (conjunto que podía incluso ser “*unimembre*”), quienes daban cuenta de estas experiencias subjetivas ante las autoridades correspondientes, por medio de “reportes” del tipo “*en mi visión (sueño, premonición, etc.) X tenía una apariencia demoníaca*” (estas experiencias subjetivas podían tener lugar durante el desarrollo del “juicio”, convenientemente cuando el acusado tomaba el estrado para intentar defenderse, o cuando algún testigo osaba apartarse de la línea incriminatoria).

Estas deposiciones eran tomadas como *evidencia contundente imposible de ser refutada* por el(la) acusado(a), respecto de quien, además, se posaba una sombra de descrédito como resultado del presupuesto inicial de que se había coaligado con el Diablo.<sup>1288</sup>

Del tipo de casos mencionado, Walton abstrae las siguientes propiedades que se asocian al marco dialógico al que denomina “*Witch-Hunt*”, las cuales pueden presentarse con mayor o menor intensidad en las instancias particulares:

#### 1. Condiciones Iniciales<sup>1289</sup>

##### A) Presiones políticas y sociales sobre el sistema jurídico

Esta situación indudablemente se presenta en nuestro país. Baste recordar, entre otros fenómenos, la denominada “*Marcha por la Paz*” que tuvo lugar en agosto de 2008 en la que la ciudadanía manifestó su descontento generalizado por la pasividad e ineficiencia gubernamental en torno al caso de los feminicidios en Juárez, al aumento de los índices de secuestros, y en términos generales, en torno al creciente clima de inseguridad que impera en México.

---

<sup>1287</sup> Una sinfonía de campanas...

<sup>1288</sup> Walton, “The Witch-Hunt as a Structure of Argumentation”; *Argumentation*, Vol. 10, 1996, pp. 389-40, p. 392-394.

<sup>1289</sup> Walton, “The Witch-Hunt as a Structure of Argumentation”; *Argumentation*, Vol. 10, 1996, pp. 389-40, pp. 394-397.



Otro factor importante consiste en la presión ejercida por el llamado “*cuarto poder*”, es decir, por los medios de comunicación en los que constantemente se muestran cifras crecientes relativas al número de muertos directa o indirectamente vinculados a la “*guerra contra el narcotráfico*” desplegada por el Presidente Felipe Calderón; y en los que inmediatamente se atribuye a prácticas corruptas el raro caso en que un juez osa no admitir la consignación del ministerio público, o emitir un fallo absolutorio.

Así mismo, las presiones provienen, como hemos mencionado, incluso de entidades externas o supranacionales, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en relación con los casos de violación de libertades civiles por parte de los miembros del ejército mexicano; o de otros países, como el caso de Estados Unidos, para quien la incontrolable situación mexicana se ha vuelto un asunto que atañe a su propia “*seguridad nacional*” (con las repercusiones que este tipo de declaratorias acarrear).

- B) Creación de categorías delictivas estigmatizadas, acompañadas de una retórica oficial que destaca lo aberrante y despreciable de los actos cometidos por las personas que se ubican en la clase respectiva, aún en las etapas tempranas de la investigación en que sólo han sido “acusados” por el delito en cuestión

Considérese en este caso las figuras del *narcotraficante* y/o del *secuestrador* en México, ambas englobadas en la cruzada contra la “delincuencia organizada”. Basta la presentación (incluso exhibición) por parte de la autoridad federal, de cierto grupo de personas acusadas de narcotráfico o secuestro para que el *Tribunal de la Opinión Pública* inmediatamente los satanice y crucifique como *culpables* antes del proceso respectivo.<sup>1290</sup>

El gobierno federal contribuye constantemente en su discurso oficial y en sus operaciones cotidianas, a la estigmatización de dichas figuras pretendiendo hacernos pensar que no merecen la más mínima consideración en términos del respeto a sus derechos humanos básicos; no merecen ni siquiera la instauración y seguimiento de un proceso que respete ciertas garantías, sino su *exterminación inmediata* (ya por parte del ejército o cuerpos policíacos, o como resultado de las propias confrontaciones entre grupos delictivos competidores).

Un ejemplo paradigmático de esta estrategia fue la captura y muerte del capo de la droga Arturo Beltrán Leyva en diciembre de 2009. El operativo respectivo, desplegado por la Marina Mexicana, culminó en la circulación en los medios de ciertas fotografías que muestran a un Beltrán Leyma postrado en el piso, en ropa interior, bañado en su propia sangre, con las señales visibles de los disparos que terminaron con su vida, y cubierto por billetes de diversa denominación esparcidos a lo largo de su cadáver, con lo cual el Estado Mexicano cayó en la dinámica de comunicaciones del tipo “*narco-mantas y narco-mensajes*”.

Un ejemplo más de la estigmatización que venimos comentando lo constituyen las declaraciones hechas por el Secretario de Gobernación y por el Presidente Calderón hacia la segunda quincena de febrero de 2010.

---

<sup>1290</sup> Se podría pensar que al menos es razonable suponer que la persona en cuestión algo tiene que ver con las actividades delictivas que se le imputan, con base en la evidencia que, a la manera de armas y paquetes de diversas clases de droga, suele acompañar su exhibición ante los medios. Sin embargo, en el contexto mexicano, es razonable suponer que dicha evidencia bien pudo ser “*plantada*” por las autoridades.

Presionados por las fuertes críticas relativas a que el gobierno federal libra una “batalla diferenciada” contra el narco en el sentido de que no ataca con la misma intensidad al cártel de Sinaloa (del “Chapo”, el “Mayo” y compañía), ambos funcionarios arremetieron ofreciendo cifras y nombres de personas que han sido “detenidas” desde 2006 a la fecha, por delitos relacionados con la delincuencia organizada.

El problema con estas declaraciones es que, como explica José Reveles, siendo ambos abogados de profesión, resulta curioso que hayan omitido agregar el carácter de “*presuntos responsables*” de la gran mayoría de las personas enlistadas y de las cifras mencionadas, con lo cual se les dio un trato mediático de *culpables* a efecto de pregonar los éxitos obtenidos. Reveles hace referencia a este episodio de la siguiente manera:

“... Había tanto interés de Calderón por salir al paso de las cada vez más frecuentes imputaciones de protección oficial al cártel de Sinaloa, que interrumpió en dos ocasiones a los reporteros que le hacían ya otro tipo de preguntas... y entonces el mandatario continuaba leyendo la tarjeta que le pasaron con los nombres de presuntos capos al servicio del cártel del Chapo, como Reynaldo Zambada, hermano del Mayo; el Tío, a quien se atribuía trabajar para el *Nacho Coronel*; el *jabañ* José Vázquez Villagrán, quien sería un operador del cártel de Sinaloa, pero en Sonora y para enlaces aéreos. Y Rogaciano Alba... *Calderón se había encarrerado y ninguno de sus asesores le advirtió de una circunstancia fundamental; varios de los nombrados apenas estaban en la etapa de arraigo por parte de la PGR o se ubicaba en sus inicios una averiguación previa para buscar fincarles responsabilidades, por lo que ser juzgados en público y ser llamados narcotraficantes en voz del Presidente de la República atropelló sus mínimos derechos constitucionales...*”<sup>1291</sup>

Otro caso interesante es el del periodista Julio Scherer fundador de la revista “Proceso”, quien ha sido fuertemente criticado por haber consentido a realizar una entrevista exclusiva a otro capo mexicano de la droga apodado “el Mayo” Zambada. La sola vinculación a esta figura, aunque hubiere sido por cuestiones profesionales y en circunstancias muy particulares, le ha significado un desprestigio al periodista, cuyas dimensiones quedan por evaluarse.

Y es que, como explica Walton, la estigmatización referida se traduce en el empleo de argumentación *Ad Hominem* orientada a restar (o incluso, nulificar) la credibilidad de la persona acusada por alguno(s) de los delitos receptores de los actos de estigmatización, de modo que no tiene posibilidades reales de defenderse en el proceso respectivo.

Como ejemplo, el autor en comento hace referencia a las audiencias dirigidas por el senador McCarthy en Estados Unidos durante la década de los cincuenta, en las cuales “...*the accused was said to be a 'communist sympathizer,' and in the climate of the time this allegation meant he or she was a bad and dangerous person who could not be trusted to tell the truth, and was probably a spy, or member of a communist 'cell.'*...”<sup>1292</sup>

---

<sup>1291</sup> Reveles, José, *El cártel incómodo; El fin de los Beltrán Leyva y la hegemonía del capo Guzmán*, Grijalbo, 2010, pp. 118-119.

<sup>1292</sup> Walton, “The Witch-Hunt as a Structure of Argumentation”; *Argumentation*, Vol. 10, 1996, pp. 389-40. p. 395.

C) Generación de un clima de “*miedo generalizado*”.

Como explica Walton, esta cuestión tiene que ver con la percepción del ciudadano común de que existe un alto riesgo de ser erróneamente capturado por las autoridades que implementan el *Witch-Hunt* y de sufrir las vicisitudes propias del mismo, como la intimidación, la tortura, la privación de la libertad, el desprestigio social, o incluso la muerte, etc.

Al respecto, el autor en comento sostiene que:

“... A climate of fear is a third important characteristic of the initial conditions of the witch hunt. First, the witch hunt is based on, and propelled by fear of the stigmatized individuals that are the objects of the hunt. Witches are portrayed, for example, as both repellent and dangerous. But second, *the whole procedure of the witch hunt is suffused with fear. Everyone who could be accused is terrified, because they know that the targeting is relatively random, and even an innocent person can be accused. But also, they know that once they are accused, and caught up in the tribunal process, the consequences are horrific (for anyone whose reputation matters to them) and the outcome is inevitably certain to be bad. Thus a climate of (well-founded) fear is characteristic of the whole process of the witch hunt.*”<sup>1293</sup>

2. Simulación institucional o *Apariencia de Juicio Justo*<sup>1294</sup>

Esta característica hace referencia a la instauración de la infraestructura institucional que le da una *sanción oficial* al *Witch-Hunt*, al efecto de que, al menos en la superficie se asemeje a un proceso o procedimiento justo, es decir, a un proceso orientado preponderantemente a la obtención falible de la verdad que respeta ciertas garantías mínimas de *legalidad* y *debido proceso*.

Sin embargo, debajo de este primer nivel institucional yace un conjunto de prácticas que sólo simulan que hay un proceso de investigación eficiente del cual se obtiene cierta evidencia que es ulteriormente sometida a diversos filtros de severidad, de modo que sólo cuando ésta supera el filtro más riguroso, se producen condenas. Veamos cómo se refiere Walton a esta situación:

“... But it is not just the outer trappings of a trial that are most important, or even the official sanction of the tribunal as being a legal trial. *What is important is that there be a pretense or simulation that factual or verifiable evidence of some sort is being collected, and then evaluated by examining and evaluating the reasons for and against the charge.* The perception conveyed is that some third party, a judge or jury, who is not committed (at the outset) to either side, is evaluating the evidence on both sides...”<sup>1295</sup>

Este conjunto de prácticas de simulación, como explica Walton, varía en función del momento histórico en cuestión. Al respecto, el autor en comento nos dice lo siguiente:

---

<sup>1293</sup> Ibidem, p. 396.

<sup>1294</sup> Ibidem, pp. 397-399.

<sup>1295</sup> Ibidem, p. 398.

“... The concept of the fair trial does not vary from culture to culture or from one historical epoch to another. ***But on the other hand, the parasemiotic concept of resemblance to a fair trial does vary in its application to different actual cases and historic-social contexts.*** For it is social recognition of the institution of the witch hunt, in a given case, as being similar to a fair trial, that gives the procedure *its apparent legitimacy*. ***In other words, the seeming-legitimacy or parasemiotic aspect of the witch hunt as resembling a fair trial is dependent on cultural and historical factors of what appears legitimate at a given time...***”<sup>1296</sup>

Algunas de las prácticas del sistema de procuración e impartición de justicia mexicano que se podrían incluir en este rubro podrían ser: la interpretación particular de la figura de la “coadyuvanza” en los delitos que se persiguen por querrela (según la cual, al amparo de dicha figura se considera legítimo posar sobre la víctima y su abogado la carga de realizar todas las gestiones para la obtención y presentación de pruebas en relación con “su caso”); el considerar que el periodo de 48 horas en que el ministerio público puede legítimamente retener al presunto responsable inicia hasta que la policía judicial o los oficiales remitentes deciden ponerlo a su disposición (sin registros de ningún tipo relativos al periodo extra-oficial que el acusado pudo haber pasado en manos de la policía, o incluso, de militares); el evitar seguir el marco de la obtención de una orden de aprehensión (consignación sin detenido) debido a que ello implicaría, al menos en principio, el despliegue de una investigación sólida de la cual se hubiere obtenido evidencia contundente; la interpretación del derecho a declarar “en presencia de un abogado”, según la cual el abogado defensor no le es permitido asesorar a su cliente ni antes, ni durante el desarrollo de su declaración, sino sólo su presencia física en la diligencia; el deficiente desempeño de la defensoría pública, cuya actividad se reduce generalmente al asentamiento de firmas; etc.

Con base en el desarrollo paulatino de las prácticas precedentes, el sistema mexicano ha encontrado la forma de *simular*, en un nivel de discurso muy superficial que cede ante la más mínima revisión de la cuestión, que se da cumplimiento a un marco jurídico complejo que abarca disposiciones de carácter constitucional, otras contenidas en tratados internacionales, otras de carácter legal, etc. (de este modo, México navega en la comunidad internacional bajo la bandera de un país democrático y respetuoso de los derechos humanos básicos, impidiendo a toda costa que se abra la “*caja de Pandora*” de sus singulares prácticas internas).

### 3. Blindaje del caso de la acusación<sup>1297</sup>

Esta característica de un *Witch-Hunt* tiene que ver en términos generales, con las siguientes cuestiones:

- A) Una actitud de parte del decisor consistente en considerar culpable al acusado desde el momento en que le es presentado, sin haber siquiera escuchado su caso, ni haberle dado oportunidad para defenderse de las

---

<sup>1296</sup> Idem.

<sup>1297</sup> Ibidem, pp. 399-406.

imputaciones en su contra. Se trata, en este sentido, de la institucionalización de un ánimo prejuicioso que subyace a todo el desarrollo del proceso, por lo cual éste se vuelve irrelevante.<sup>1298</sup>

- B) El uso sólo formal de parte de la acusación, de supuesta evidencia, la cual, en última instancia y para todos los efectos prácticos, es *imposible de refutar*.<sup>1299</sup>
- C) La inversión de la carga de la prueba al acusado, cuya credibilidad de inicio, es puesta en duda<sup>1300</sup>
- D) La utilización de tácticas tendenciosas e insidiosas de interrogación por parte de la acusación<sup>1301</sup>

En este rubro, baste recordar algunas prácticas judiciales mexicanas como la inversión genérica de la carga de la prueba cuando se alega la concurrencia de alguna eximente de responsabilidad; la inversión de la carga de la prueba en los casos específicos en que el acusado alega haber sufrido actos de tortura para la obtención de su confesión (recordar en este punto la interpretación limitante de “tortura” que se emplea, la cual sólo reconoce como tal, actos que dejen lesiones físicas, o la posibilidad de los policías judiciales de librarse de cualquier responsabilidad aún cuando conceden haber golpeado al presunto responsable, siempre y cuando manifiesten que su intención no era la de extraer una confesión, etc.); el peso bajo de credibilidad que por *default* se atribuye a los testigos de descargo y al propio acusado; en contraste, el peso alto que por *default* se atribuye a los testigos de cargo (policías remitentes en los casos de flagrancia), aún cuando ni siquiera presenciaron los hechos respecto de los que declaran como “testigos oculares”; la citación formal de criterios jurisprudenciales como el de la *confesión calificada divisible*, el de la *inmediación procesal*, o el de *testigos sospechosos*, con lo cual el juzgador evita entrar en el análisis concreto de la credibilidad de los testigos presentados; etc.

### **C. Conclusiones de la crítica al proyecto de Laudan**

Pues bien, situados en este punto podemos decir que la conclusión general es que el marco de análisis epistémico propuesto por Laudan no puede extenderse, sin la realización de ciertas modificaciones, al caso del procedimiento penal mexicano, debido a que dicho marco ha sido generado (injustificadamente de acuerdo con nuestra crítica) partiéndose del presupuesto de que, a nivel de política pública, se ha optado por la instauración de un sistema de jurados (lo cual presupone la concesión al pueblo de la función de “*trier of fact*”). En este sentido, la reflexión de Laudan, como hemos dicho, termina ubicándose en un grado de abstracción menor al que sus propias declaraciones metodológicas tendrían que haberlo conducido.<sup>1302</sup>

La pretensión de Laudan de lidiar con los problemas de la potencial subjetividad por parte del *trier of fact* al valorar la evidencia, y el del establecimiento de los límites racionales a la protección que ha de concederse a la clase de

---

<sup>1298</sup> Ibidem, pp. 401-402

<sup>1299</sup> Ibidem, pp. 399-400

<sup>1300</sup> Ibidem, pp. 402-403

<sup>1301</sup> Ibidem, pp. 403-404

<sup>1302</sup> Como se ha dicho, el respeto a la cláusula de supresión contenida en su propuesta de experimento mental tendría que haber conducido a Laudan a una reflexión más abstracta susceptible de abarcar diversas tradiciones jurídicas, no sólo la del *Common Law*.

“el acusado”, trasladando ambas cuestiones a un único campo de batalla —el del estándar de prueba— tiene mucho sentido en el contexto del sistema de justicia norteamericano (en el que puede presuponerse un mínimo de eficacia del marco normativo).

Sin embargo, la noción del estándar de prueba como una regla que, aún en la versión mejorada de *estándares objetivos* que propone Laudan, se mantiene al margen de los procesos de valoración probatoria por la presión que ejerce la decisión política de respetar las libres manifestaciones de la sabiduría popular, es *poco representativa*, de lo que ocurre en los sistemas del *Civil Law* en los que de un lado, las legislaturas desempeñan un papel más activo en el sentido de regular con mayor o menor grado, los referidos procesos de valoración probatoria; y en los que de otro, existe la posibilidad de que las modalidades de regulación referidas sean *pragmáticamente complementadas*, e incluso sustituidas (falta de eficacia mínima del ordenamiento), por ciertas estructuras cognitivas constitutivas del conocimiento heurístico que sustenta las prácticas de la comunidad judicial de referencia. La noción de “estándar de prueba” al estilo norteamericano constituye pues, un componente inadecuado de una ontología conceptual que pretenda aplicarse a sistemas de la tradición del *Civil Law*.

En este sentido, parece ser que la reflexión epistémica en la tradición referida requiere de la propuesta de un *modelo ideal* de desempeño de las tareas epistémicas básicas (llevar a cabo las determinaciones de relevancia, confiabilidad y plausibilidad respecto de la evidencia), el cual permita, por medio de su contraste con el marco normativo y las prácticas respectivas, hacer emerger los elementos *truth-thwarting* en los patrones identificados de razonamiento probatorio (tanto los esperados por la ley, como los que son desarrollados heurísticamente).

La necesidad de que se proponga este modelo ideal de procesamiento cognitivo-epistémico se vuelve más apremiante, y se justifica mayormente, en el contexto del funcionamiento práctico del procedimiento penal mexicano en materia común.

En el contexto referido tendría poco sentido esperar que el grave problema de la **subjetividad-arbitrariedad** al valorar las pruebas y condenar (al que también podemos referirnos como la implementación pragmática de una presunción de culpabilidad), el cual plausiblemente se presenta con dimensiones alarmantes en la judicatura mexicana, sería mínimamente mitigado por la propuesta de estándares objetivos de Laudan.

Con la misma facilidad (y cinismo) con la que el marco regulativo de la cuestión es formalmente pero no sustancialmente seguido, e incluso ignorado, por los operadores jurídicos mexicanos, la regla que estableciera un estándar del tipo “*Si la historia del fiscal acerca de cómo ocurrió el delito es plausible y no puede concebir historia plausible alguna en la que el acusado resulte inocente, condene, de lo contrario, absuelva*” podría simplemente formar parte de las *frases sacramentales* que, a la manera de una *parodia de motivación*, solo acompaña (obviamente sin efectos justificativos) a las decisiones judiciales, sin la presencia de pruebas suficientes, y sin la explicitación del razonamiento seguido para la obtención de la conclusión a la que invita el estándar aludido (o similares).

Como se detallará posteriormente, además de los lineamientos que pudiera arrojar el modelo ideal referido en términos de cómo llevar a cabo las operaciones epistémicas básicas de determinar la relevancia, así como los grados de

confiabilidad y plausibilidad respecto del acervo probatorio correspondiente, los cuales pudieran incluirse en el diseño de cursos de capacitación dirigidos a los operadores jurídicos respectivos, la orientación del procedimiento mexicano hacia un estado *Truth-Promoting* requeriría de la instauración de un *Observatorio de Prácticas Epistémicas* permanente, cuya función consistiría en establecer el perfil de errores que le correspondería a las diversas propuestas de criterios de suficiencia probatoria (diversas propuestas de cómo modular el *BdeD Toolkit* anteriormente aludido) a través de *mock trials*, así como en monitorear, por medio del modelado constante de la práctica, que los operadores del sistema efectivamente se encuentren aplicando el sistema de criterios que, en un momento determinado, se ajusta mejor al perfil de errores ideal socialmente sancionado.

Demos paso ahora, a la crítica de la segunda comunidad estudiada: La que hemos denominado “*Teoría de la Valoración Racional de la Prueba Judicial*” (TVRPJ).

## II. LA TEORÍA DE LA VALORACIÓN RACIONAL DE LA PRUEBA EN SEDE JUDICIAL (TVRPJ)

Como sabemos, TVRPJ dedica gran parte de sus esfuerzos a identificar y criticar las tesis constitutivas de la postura defendida por la *Tradición Irracionalista de la Prueba Jurídica* (o simplemente la tradición irracionalista).<sup>1303</sup>

De la dialéctica referida eventualmente emerge su propuesta acerca de cómo se deben valorar, en sede judicial, los diversos medios de prueba o elementos de juicio, en el marco de un compromiso con la obtención-averiguación falible de la verdad respecto de los hechos en que, de acuerdo con las alegaciones de las partes, se fundan las controversias jurídicas que se hacen del conocimiento de la judicatura (a través de la instauración del proceso respectivo).

Por su parte, la tradición irracionalista abarca una multitud de posturas, algunas de las cuales conciben a la prueba jurídica como un *sinsentido* (si por ‘prueba’ se entiende un proceso intelectual por el cual se pretende establecer una conexión falible con la realidad externa al proceso jurisdiccional a partir de la valoración de ciertos elementos de juicio), como un *ritual retórico* (que en efecto cumple funciones muy importantes -como convencer a la sociedad en general de que el proceso implementa el respeto al derecho fundamental de que ambas partes manifiesten lo que a su derecho convenga, o la de lograr que el juzgador asuma como suyo el punto de vista expuesto- más no una reconstrucción verdadera de los hechos), o bien, como *un trozo de narrativa* susceptible de ser evaluada en términos de su elegancia, simpleza, coherencia, etc., pero no en términos de constituir un recuento probablemente verdadero de ciertos acontecimientos pasados.<sup>1304</sup>

De este modo, las diversas concepciones de prueba asociadas a la tradición irracionalista conllevan la siguiente tesis: La emisión de declaraciones judiciales del tipo “*p’ está probada*” constituyen meras *fórmulas canónicas* que anuncian que el juez incluirá a ‘p’ dentro de su razonamiento y que, por tanto, aplicará las consecuencias que el ordenamiento jurídico previamente vincula a la proposición en cuestión, las cuales se manifestarán como un nuevo estado de cosas definitivo en el mundo social por la función performativa de la decisión final expresada en la sentencia (claro, una vez resueltos los medios de impugnación que las partes pudieron ejercitar, con lo cual el asunto adquiere el estatus de “*cosa juzgada*”).<sup>1305</sup>

Ahora bien, sostener que la determinación de los hechos del caso por parte del juez no constituye un juicio tendencialmente verdadero sobre la base del material probatorio aportado por las partes al proceso, puede ser el resultado, como sostiene TVRPJ, de asumir un posicionamiento particular en otros terrenos, por ejemplo, respecto de la configuración de la realidad (ámbito ontológico o metafísico); respecto del significado de la expresión ‘verdad’ (ámbito semántico); respecto del mayor o menor acceso epistémico a la realidad (ámbito epistemológico); respecto de

---

<sup>1303</sup> Véanse las secciones I y II del Capítulo Tercero de este trabajo.

<sup>1304</sup> Véase la sección I del Capítulo Tercero de este trabajo.

<sup>1305</sup> Véanse los números 7-10 de la sección II del Capítulo Tercero de este trabajo.



los intereses o valores prioritarios que debe perseguir un proceso (ámbito ideológico); o respecto del contenido concreto de las reglas procesales características de procesos jurisdiccionales particulares (terreno práctico-descriptivo).<sup>1306</sup>

Así, según explica TVRPJ, la tradición irracionalista recurre a ciertas teorías y discusiones en los terrenos referidos de manera que concluye que la verdad es *imposible* (ámbitos ontológico o metafísico, semántico y epistemológico); y/o que otros intereses o valores deben ser más importantes y por tanto, deben presionar más fuerte por materializarse en la anatomía normativa de un proceso, *relegando al de averiguar la verdad al sótano de sus prioridades* (ámbito ideológico); y/o que la verdad es *irrelevante* en vista de la amplia gama de reglas procesales que incluso atentan contra ella (terreno práctico-descriptivo), por lo que sólo importa la verdad “*formal*” o “*jurídica*” de la cuestión.<sup>1307</sup>

A continuación elaboraremos una crítica dirigida a la forma en que TVRPJ confronta a las conclusiones anteriores de la tradición irracionalista:

### 1. TVRPJ Vs. “*la verdad es imposible*”

Como sabemos, TVRPJ por conducto de Taruffo principalmente, luego de hacer un recuento somero de las posturas *anti-realistas*, -como la de Richard Rorty- a las que califica de irracionalistas, se adhiere -sin mayor elaboración al respecto- a la propuesta de *Realismo Crítico* de Putnam (o al menos la identifica como un candidato plausible para fundar sobre éste su proyecto de valoración “racional”).<sup>1308</sup>

Taruffo sostiene que esta alternativa le permite mantener la tesis de la existencia de *una realidad moderadamente externa y objetiva* que, en contraste con versiones *ingenuas* de realismo, es capaz de asimilar las cuestiones relativas al efecto del lenguaje y de los esquemas conceptuales como condicionantes de la interpretación de la realidad; las relativas a la falibilidad de nuestros procesos de cognición (principalmente enfatizada en la literatura acerca de lo que se denomina “*biases*” en psicología cognitiva”); así como las relativas a los métodos *heurísticos y contextuales* que cada comunidad científica emplea (puestas de relieve por la disciplina conocida como “sociología del conocimiento científico”) al efecto de indagar las características de esa realidad empírica.<sup>1309</sup>

El siguiente paso de TVRPJ consiste en adherirse a cierta interpretación de la teoría de Tarski respecto del predicado ‘verdad’, según la cual esta expresión significa “*correspondencia con la realidad*” (a esta interpretación de la propuesta de Tarski se le conoce como la “*teoría semántica de la verdad*”). ¿Qué tipo de realidad? La implicada en el *Realismo Crítico* de Putnam.<sup>1310</sup>

Sin embargo, el estado absoluto de correspondencia, de acuerdo con TVRPJ, constituye sólo un *ideal regulativo*, o en otras palabras, la verdad absoluta es, en efecto, imposible de obtener. La mayor o menor cercanía entre lo que se

---

<sup>1306</sup> Véase la sección I del Capítulo Tercero de este trabajo.

<sup>1307</sup> Véanse los números 1-5 de la sección II del Capítulo Tercero de este trabajo.

<sup>1308</sup> Véanse los números 1-2 de la sección II del Capítulo Tercero de este trabajo.

<sup>1309</sup> Idem.

<sup>1310</sup> Idem.

pretende reportar a través de ciertas aseveraciones fácticas -resultantes de un determinado proceso de indagación empírica- y el estado de correspondencia absoluta con la realidad empírica, es una cuestión que depende de la idoneidad de los métodos y técnicas de razonamiento (obviamente falibles) presupuestos en la investigación.<sup>1311</sup>

TVRPJ aclara que a las proposiciones fácticas les correspondería un único y absoluto valor de verdad (son verdaderas o falsas). Sin embargo, dada la falibilidad inherente a nuestros medios de investigación, y a su mayor o menor idoneidad, en nuestra condición humana sólo podemos atribuir valores de verdad con algún grado de *probabilidad* de estar en lo correcto (de que, en efecto correspondan con la realidad, lo cual quizá nunca quede zanjado definitivamente).<sup>1312</sup>

En este sentido, pese a que la verdad absoluta es imposible, sería deseable que las diversas modalidades de investigación empírica (que incluirían a los procesos jurisdiccionales en su faceta de *sistemas de investigación acerca de hechos empíricos pasados*) contaran con una *plataforma mínima* de procesos o estilos de razonamiento que hayan probado su efectividad en el pasado.

Dicha plataforma o esquema abstracto de razonamiento, de acuerdo con TVRPJ, es el que correspondería preponderantemente al empleado por las ciencias naturales (incluso, por las ciencias históricas).<sup>1313</sup>

Se piensa que la importación de dicho esquema de razonamiento a los procesos jurisdiccionales, incrementaría las probabilidades de que las declaraciones de hechos probados correspondan con lo realmente sucedido.<sup>1314</sup>

Ahora bien, para comenzar sostenemos que TVRPJ debería haber elaborado con mayor detalle su posicionamiento respecto de la configuración de la realidad y de la relación que el sujeto cognoscente puede establecer con aquella a través de actos de cognición, no sólo mencionar que en las discusiones filosóficas existen disponibles ciertas propuestas que se ubicarían en algún punto del espectro conformado de un extremo, por el *idealismo* (la realidad es una proyección de la mente), que suele vincularse a una postura *solipsista* respecto del conocimiento de la realidad, y de otro, por el *realismo* (la realidad es objetiva, externa e independiente de los actos de cognición de los agentes epistémicos).

La decisión sobre cuál es la teoría de la mente presupuesta (con sus correspondientes implicaciones en relación con la realidad, con la forma en que nos relacionamos con ella, y en relación con la verdad) es crucial en la medida en que esta elección repercutirá en las características de la teoría del razonamiento probatorio que habrá de proponerse sobre dicha base, tanto en sus aspectos descriptivos, como en los prescriptivos.

Se trata pues, del periodo de construcción teórica en el que se define si el proyecto de epistemología jurídica respectivo habrá de establecer nexos preponderantes con teorías intuitivas de la mente ("*Folk theories*"), con otras más rigurosas aunque igualmente de corte especulativo, o con modelos propuestos en ámbitos como el de los estudios sobre cognición (que presuponen el otorgamiento de un peso importante a investigaciones experimentales).

---

<sup>1311</sup> *Idem.*

<sup>1312</sup> *Idem.*

<sup>1313</sup> Véanse los números 1-3 y 6 de la sección II del Capítulo Tercero de este trabajo.

<sup>1314</sup> *Idem.*

Es el momento en que se decide mantener continuidad o no con los resultados de la ciencia relevante, lo cual, sostenemos que constituye una cuestión coyuntural de acuerdo con el marco actual de discusiones meta-teóricas en el ámbito de la filosofía del derecho, en el que la “*naturalización*” de las teorías propuestas se percibe como una de las *virtudes epistémicas* que sirven como uno de los puntos de referencia a los efectos de determinar su grado de aceptabilidad.<sup>1315</sup> Sobre todo, tratándose de teorías con pretensiones prescriptivas relativas a propuestas de pautas de razonamiento (en este caso, de evaluación probatoria) con efectos justificativos de la decisión en cuestión.

El punto es que, al no considerarse seriamente algunas características, propensiones y tendencias, que a la manera de *condicionantes biológicos* son propias del funcionamiento del sistema cognitivo humano (individualmente considerado y operando en conjunto con otros sujetos cognoscentes), la teoría prescriptiva de que se trate, puede ser objeto de la crítica consistente en que sus propuestas respecto de cómo se debe razonar son incompatibles (en mayor o menor grado) con ciertas limitantes y peculiaridades de la forma en que, como especie, procesamos información y lidiamos con el mundo que construimos como resultado de esos procesos.<sup>1316</sup>

.Consideramos que un caso de esta clase de incompatibilidad lo constituye la asunción de TVRPJ consistente en que quienes se abocan profesionalmente a las *ciencias naturales*, ponen en marcha un inventario *homogéneo* de procesos cognitivos que, desde el punto de vista instrumental, constituyen los medios *más adecuados* para conseguir el objetivo de determinar acertadamente, en la mayoría de las ocasiones, las características del fenómeno de la naturaleza que se indaga.

De ahí su pretensión de describir dichos procesos y proponerlos como los medios intelectuales idóneos para que, al valorar las pruebas, el juez (quien generalmente desempeña las funciones de “*trier of fact*” en la tradición del *Civil Law*) realice una determinación probablemente verdadera respecto de los hechos del caso.

Sin embargo, la asunción relativa a la homogeneidad de procesos, actualmente es fuertemente cuestionada por los estudios sobre *cognición situada*, sobre el desarrollo de *heurísticos falibles o derrotables* para la resolución de problemas y generación de teorías científicas (en contraste con métodos algorítmicos), y sobre los factores contextuales y comunitarios que influyen en la estructuración de las prácticas científicas y en los productos (conocimiento) resultantes de aquellas.<sup>1317</sup>

---

<sup>1315</sup> Véase el número 2 de la sección VIII del Capítulo Primero de este trabajo.

<sup>1316</sup> Véase la sección III del Capítulo Quinto de este trabajo.

<sup>1317</sup> Véanse como muestra, los siguientes trabajos del filósofo de la ciencia Sergio Martínez, promotor del movimiento “del giro hacia las prácticas” en filosofía de la ciencia: Martínez, Sergio, *Geografía de las prácticas científicas: Racionalidad, heurística y normatividad*, 1a. ed., IIFs-UNAM, México, 2003, 206 pp. Del mismo autor, “La cognición corporizada en prácticas: Implicaciones para la Filosofía de la Ciencia”, en Martínez, Huang, Guillaumin (Comps.), *Historia, prácticas y estilos en la Filosofía de la Ciencia; Hacia una Epistemología plural*, UAM, 2008, en prensa. Véase también, “La geografía de la razón científica; dependencia epistémica y estructura social de la cognición”, en Martínez y Guillaumin (Comp.), *Historia, Filosofía y Enseñanza de la Ciencia*, México, UNAM-IIF, 2005. Así mismo, véase “Un lugar para las prácticas en una Filosofía de la Ciencia Naturalizada”, en Esteban y Martínez (Comp.), *Normas y Prácticas en la Ciencia*, UNAM-IIF, 2008, pp. 151-167. Y por último, “Science as evolution of technologies of cognition”, Instituto Max Planck, en prensa.

En este sentido, como lo hace Cáceres, puede hablarse de producción comunitaria del conocimiento científico, y en este orden de ideas, de *comunidades cognitivas* que siguen las reglas de procesamiento de la información características de su gremio.<sup>1318</sup>

Ahora bien, ¿cuál es la comunidad de referencia cuyos procesos cognitivos supuestamente se describen por parte de TVRPJ? Y para empezar, ¿en qué tipo de investigación en ciencias naturales está pensando TVRPJ? ¿Comparten los mismos objetivos, problemas y metodología las investigaciones biológicas que las investigaciones geológicas, ecológicas, etc.? ¿Se despliegan los mismos procesos en etapas diversas de las investigaciones?

En efecto, puede resultar que diferentes comunidades de investigación en “*ciencias naturales*” (lo que sea que por esta expresión entienda TVRPJ) compartan una plataforma metodológica común. Sin embargo, esto debería determinarse empíricamente, no simplemente asumirse.

Así mismo, aún cuando pudiera obtenerse dicha plataforma común de procesos, surge la cuestión del *grado de abstracción* que requeriría la descripción de los procesos referidos a los efectos de que el modelo tuviera la cobertura necesaria para abarcar a toda la investigación en “*ciencias naturales*”.

Es plausible predecir que dicho grado de abstracción tendría que ser muy alto y que en consecuencia, se obtendría un modelo poco informativo sin posibilidades de proporcionar alguna orientación práctica particular.

De hecho, el modelo que propone TVRPJ, como incluso el propio Taruffo reconoce, es tan abstracto que su capacidad de orientar procesos prácticos es al menos cuestionable. Veámoslo:

Los autores representativos del proyecto que venimos comentando abocan sus esfuerzos a proporcionar argumentos en contra de plantear la emisión justificada de declaraciones probatorias del tipo “*p’ está probada*” por un lado, como la determinación de las probabilidades que tiene el hecho reportado en ‘p’ de haber ocurrido (con base en la frecuencia estadística con que ocurre la clase de hechos a la que pertenece); y de otro, como la determinación de lo racional o no que resulta incrementar el grado de intensidad en la creencia en ‘p’ con base en información estadística inicial (“*prior probabilities*”) y en el suministro de nueva evidencia al respecto (“*posterior probabilities*”).

Como sabemos, la probabilidad frecuentista (o *Pascaliana*) y la probabilidad subjetiva en su modalidad de aplicación del “*Teorema de Bayes*”, son desechados como marcos inadecuados para caracterizar el razonamiento probatorio del juez; y en su lugar se propone la noción de *probabilidad lógica* o inductiva propuesta por Bacon y Cohen.<sup>1319</sup>

Dentro del esquema de la probabilidad inductiva, la relación entre la hipótesis respectiva y los elementos de juicio correspondientes, se concibe como una de carácter lógico. Hay pues una relación de *implicación* entre premisas y conclusión, sin embargo, no se trata de una implicación deductiva o necesaria, sino de una *gradual* en la que las premisas transmiten sólo cierto nivel de soporte (o corroboración, *evidentiary weight*) a la hipótesis en cuestión.

---

<sup>1318</sup> Véase la sección VII del Capítulo Quinto de este trabajo.

<sup>1319</sup> Véase el inciso A del número 2 de la sección III del Capítulo Tercero de este trabajo.

El siguiente componente del modelo consiste en esbozar cómo podría el juez determinar el grado de soporte inductivo que los elementos de juicio transfieren a la hipótesis final, para lo cual acudiremos a Ferrer, quien sostiene lo siguiente:

“...El esquema funcionaría así: El primer testigo declara haber visto a Juan disparar a Pedro. En el proceso necesitamos inferir H (“Juan ha disparado a Pedro”) a partir de H1 (“T vio a Juan disparar a Pedro”). Esa inferencia depende, entre otras cosas, de la *fiabilidad* de H1, que es en sí misma una hipótesis (H1\*) que sería falsa si el testigo mintiera porque tiene una enemistad grave, o si tuviese problemas de mala visión o las circunstancias de visibilidad del momento hicieran que su percepción fuera errónea, etc. En este esquema, las declaraciones de los testigos T2 y T3 que afirman que ellos también vieron a Juan disparar a Pedro sirven como apoyo inductivo a la hipótesis H1\* debilitando hipótesis alternativas como que una mala percepción del primer testigo le hiciera confundirse... El mismo papel jugarían otras pruebas como por ejemplo una pericia sobre la capacidad visual del testigo o sobre las condiciones de visibilidad del lugar de los hechos en el mismo momento del día en que sucedieron y bajo condiciones meteorológicas análogas, etc. Una vez determinada la prueba de H1 (“T vio a Juan disparar a Pedro”), ésta permite inferir H... con mayor o menor grado de probabilidad, en función de las otras pruebas sobre H disponibles.

De este modo,... la probabilidad inductiva se aplica también para valorar cada elemento de juicio o prueba de forma individual, midiendo la fiabilidad del testigo, del perito, del documento, etc. Esta es la valoración individual de la prueba, que resulta imprescindible para posteriormente realizar una valoración conjunta. Una vez valorada la prueba individual (la declaración de T, por ejemplo), si la hipótesis que afirma su veracidad (esto es que T vio lo que dice haber visto) se considera probada, entonces podrán hacerse inferencias a partir de ella tomándola como cierta. Esto supone que, a cada paso del razonamiento probatorio, que se produce normalmente en cadena, se asumen como ciertas las hipótesis que han sido aceptadas como probadas anteriormente...”<sup>1320</sup>

En suma, la determinación relativa al grado de soporte que las premisas aportan a la conclusión fáctica en cuestión implica a su vez, considerar como hipótesis la fiabilidad de cada uno de los elementos de juicio con los que se cuenta. Dichas hipótesis se confrontarían con su contraria, es decir con la que establecería que el elemento de juicio X no es fiable (por múltiples razones). La decisión final se tomaría con base en la *consideración conjunta* de los grados de soporte individuales de las hipótesis sobre la fiabilidad de cada elemento de juicio.

Al modelo perfilado hasta aquí, Taruffo le adiciona algunas reflexiones sobre la estructura de situaciones probatorias típicas a las que se refiere con las expresiones “*prueba directa*”, “*prueba indirecta*” y dentro de ella, la “*cascaded evidence*”<sup>1321</sup>; así como algunas sugerencias sobre cómo tratar a las *generalizaciones de sentido común*, cuyo empleo es característico de la situación probatoria por excelencia, es decir, la “*prueba indirecta*” (también llamada presuncional, circunstancial, de indicios, etc.). Las sugerencias al respecto son:

- A) “...el juez debe comprobar de la manera más cuidadosa posible el fundamento cognoscitivo de la máxima de la experiencia, eventualmente descartándola y comprobando la posibilidad de utilizar otras máximas, hasta que pueda “anclar” firmemente las nociones que adopte *sobre una base generalmente compartida*...”<sup>1322</sup>

<sup>1320</sup> Véase Ferrer, Jordi, *La Valoración Racional de la Prueba*, España, Marcial Pons, 2008, pp. 124-125.

<sup>1321</sup> Véanse los sub-incisos a), b) y c) del inciso C del número 2 de la sección III del Capítulo Tercero de este trabajo.

<sup>1322</sup> Véase Taruffo, Michele, *La Prueba*, España, Marcial Pons, 2008, p. 270.

B) "...El juez, por otra parte, no debe sobreestimar el valor lógico y heurístico de la noción que utiliza: en particular, no debe considerar como general una noción que expresa sólo la posibilidad o la eventualidad infrecuente de que un hecho se produzca. ..."1323

C) "...Finalmente, el juez debe saber distinguir entre la formulación de generalizaciones fácticas y la expresión de valoraciones éticas, estéticas o culturales que forman una parte importante del sentido común y de la cultura media, *pero que no sirven para fundar inferencias dirigidas al conocimiento probatorio de los hechos...*"1324

Como ha podido constatarse, el modelo presentado por TVRPJ es sumamente abstracto, con lo cual se pone en duda su capacidad para dirigir el razonamiento probatorio práctico, y sobre todo, para abordar la serie de preguntas que, como vimos en la sección sobre el proyecto de Laudan, plantea la determinación de la suficiencia probatoria del caso en diversos puntos de la estructura argumentativa, argumentativo-narrativa o mixta resultante de la organización-sistematización de la información probatoria disponible.

Aunado a las cuestiones del grado de abstracción del modelo anterior y de su indeterminación en términos de cuáles han sido las prácticas comunitarias respecto de las cuales se ha inducido, otro problema que se presenta en las elecciones metodológicas de TVRPJ consiste en desdeñar la consideración seria del hecho de que, en sistemas de la tradición del *Civil Law*, el juez es quien desempeña generalmente las funciones de "*trier of fact*".

Como operador jurídico profesional, el juez, al igual que un científico, se encuentra inserto en el conjunto de prácticas características de su comunidad de pertenencia, en las que de forma *auto-organizativa* se va conformando el *conocimiento heurístico* que se encuentra en la base de la solución de problemas y del despliegue de las tareas propias de los procesos de toma de decisiones jurisdiccionales.

Si esto es así, no parece adecuado recurrir (o pretender recurrir) a la descripción de procesos de razonamiento que ocurren (o que se dice ocurren) en otras comunidades, asumiendo por *default* que son los mejores instrumentos o medios intelectuales para averiguar faliblemente la verdad en cualquier otro contexto, sin considerar el modelado de los procesos cognitivos (que abarcan más procesos que los meramente lógicos) de la propia comunidad de operadores jurídicos en cuestión.

De hecho, puede suceder que los procesos o modelos de razonamiento para determinar el grado de aceptabilidad de teorías, que se pretenden importar al derecho, ni siquiera hayan dado resultado en el ámbito de las ciencias. Esto sucede en el caso, por ejemplo, del denominado modelo de la "*Inferencia a la Mejor Explicación (IME)*" (*Inference to the Best Explanation*):

Al respecto, Laudan sostiene que dicho modelo no es adecuado para emplearlo como regla de decisión para determinar qué hipótesis o teorías (creencias acerca del mundo) debemos asumir como verdaderas, en vista de que el modelo referido no sólo es falible, sino que sistemáticamente ha conducido a la aceptación de teorías respecto de las

---

<sup>1323</sup> Idem.

<sup>1324</sup> Idem.

cuales, la subsecuente aplicación de la propia IME ha demostrado que son falsas.<sup>1325</sup> Como dice Laudan, la IME es fuertemente socavada por la denominada “*inducción pesimista o escéptica*” resultante de la historia de la ciencia.<sup>1326</sup>

Sin embargo, como apunta el autor en comento, el mal desempeño de la IME en el terreno de la aceptación de teorías científicas respecto del mundo natural, no conduce necesariamente a un resultado similar en el terreno del derecho. Se requiere del análisis particular de la cuestión.<sup>1327</sup>

No obstante a que en principio la IME podría ser un candidato plausible para usarla como estándar de prueba o umbral de suficiencia probatoria en alguna rama del derecho, el propio análisis de Laudan lo ha llevado a sostener que dicho modelo resulta demasiado permisivo (poco riguroso) como estándar en materia penal, y demasiado severo como estándar en materia civil.<sup>1328</sup>

En materia civil, el problema consiste en que la IME certifica como verdadera (faliblemente) a la hipótesis o teoría que *mejor explique* los hechos correspondientes. La determinación de cuál de las hipótesis candidatas es “la mejor” explicación presupone que todas ellas al menos alcanzan o superan un umbral mínimo que las hace, de entrada, *buenas explicaciones*.

Sin embargo, es frecuente que en materia civil, las partes aporten explicaciones *poco plausibles*, las cuales ni siquiera reunirían las credenciales para pertenecer al conjunto de buenas explicaciones que el modelo por *default* requiere.

Ante esta situación el modelo no autoriza la sanción de ninguna de ellas como “la mejor”, y en ese sentido, no podría ofrecerse una solución al caso concreto (al menos no una solución justificada en el modelo de la IME).

Por su parte, en materia penal, el problema se presenta cuando tenemos un conjunto de al menos dos teorías o hipótesis que satisfacen el umbral mínimo de desempeño explicativo, lo cual las convierte en candidatos buenos (el denominado “*problema del conjunto bueno*”).

Supóngase que “la mejor” explicación, de acuerdo con las virtudes estipuladas en alguna de las diversas versiones de la IME, es la propuesta por el fiscal. Ante esta situación, la regla de decisión mandaría certificar a la del Estado como la hipótesis probablemente verdadera y, por tanto, tendría que proceder una declaración de culpabilidad.

Sin embargo, cómo podría sostenerse que se satisfizo un estándar de prueba tipo BARD (“*Beyond All Reasonable Doubt*”) cuando co-existe con la de culpabilidad, una hipótesis plausible de inocencia (precisamente la plausibilidad de esta hipótesis arroja una duda razonable a favor del acusado).

Como explica Laudan, algunos autores, como Thagard, sostienen que para superar el problema del conjunto bueno anteriormente referido, el modelo de la IME tendría que ser complementado con especificaciones relativas a la

---

<sup>1325</sup> Laudan, Larry, “Aliados Extraños: La Inferencia a la Mejor Explicación y el Estándar de Prueba en materia Penal”, PROBLEMA, Anuario de Teoría y Filosofía del Derecho del IIJ-UNAM, Núm. 1, pp. 305-327.

<sup>1326</sup> Ibidem, p. 308.

<sup>1327</sup> Idem.

<sup>1328</sup> Idem.

diferencia de plausibilidad que tendría que existir entre la hipótesis acusatoria y la hipótesis de inocencia para poder considerar a la primera como la teoría que debe ser aceptada.<sup>1329</sup>

Si esto es así, Laudan cuestiona entonces la utilidad de acudir a los terrenos de la filosofía de la ciencia. En efecto, si la importación de la IME no ha servido para “develar” la estructura del razonamiento implicado por estándares como BARD, y tiene que ser modificada precisamente para dar cuenta de lo que significa la ausencia de duda razonable en términos de una diferencia de plausibilidad entre las dos hipótesis en conflicto, parece que la incursión en estos terrenos ajenos al derecho ha sido, en el mejor de los casos, un ejercicio de comparación interesante, pero infructífero.<sup>1330</sup>

La lección que nos deja la discusión previa en torno al modelo de la IME es que los procesos o esquemas de razonamiento que se piensa pueden importarse de la ciencia al derecho, no necesariamente constituyen los medios idóneos o más adecuados para la determinación de la verdad sobre cuestiones empíricas en contextos jurídicos.

En dichos contextos jurídicos, el objetivo de averiguar la verdad ha realizado ciertas concesiones al interés consistente en beneficiar o aventajar procesalmente a alguna de las partes respecto de la otra, lo cual se traduce en la especificación de las dimensiones del riesgo que como sociedad estamos dispuestos a correr de que se produzca el error considerado más grave, es decir, en un ideal de eficiencia del sistema en términos de la distribución de los errores que eventualmente habrá de cometer.

Este tipo de consideraciones *políticas* no ha permeado los modelos de aceptabilidad de teorías científicas, por lo que su grado de severidad o rigor puede hallarse *mal ajustado* respecto del que se esperaría para la rama del derecho y tipo de juicio en cuestión.

Con base en lo anterior, podemos decir que antes de recurrir apresuradamente a estos terrenos, parece razonable primero (o también) levantar modelos del razonamiento que emplean los miembros de comunidades jurídicas específicas. Sobre todo, como se ha dicho, cuando nos encontramos realizando una reflexión epistémica en la tradición del *Civil Law*, en donde el *trier of fact* generalmente es el propio juez, es decir, un operador jurídico profesional inserto en la dinámica de interacciones comunicativas (que incluyen aprendizaje vicario o implícito) de su comunidad.

En efecto, puede ser que los patrones de razonamiento identificados en la comunidad jurídica de referencia sean epistémicamente criticables en términos de no ajustarse a las restricciones sociales de las que hemos hecho mención, sin embargo, primero se requiere de tenerlos en la mesa para su posterior evaluación.

Habiendo quitado el velo que permite poner al descubierto los patrones de razonamiento que caracterizan a la comunidad jurídica de referencia, éstos pueden ser tomados en cuenta por el epistemólogo de modo que se encuentre en condiciones de orientar sus prescripciones a lograr efectos prácticos, consistentes precisamente en la erradicación-mitigación de los vicios identificados (a esta cuestión volveremos más adelante).

---

<sup>1329</sup> Idem.

<sup>1330</sup> Idem.



Ahora bien, en lo que hace a la invocación de la teoría de Tarski, se asume, como hemos dicho, que ésta representa una teoría *semántica*, en el sentido de proporcionar una definición de la expresión “verdad” (“correspondencia con la realidad”, del realismo crítico), mientras que a las propuestas alternativas, de la coherencia y de la verdad consensual (o *warranted assertibility*), se les considera meros criterios posibles para determinar que un enunciado -que en efecto, pretende hacer referencia a la realidad fuera del proceso- es verdadero. En este sentido, Taruffo sostiene que:

“... El punto esencial que aquí merece la pena subrayar es la posición central que, en el panorama de las distintas teorías, asume la definición de la verdad como correspondencia de las aserciones referidas a los hechos del mundo empírico, debida en especial a Tarski. Esta definición es relevante no sólo porque *representa una versión moderna y metodológicamente correcta de la verdad como correspondencia, sino también porque parece dotada de una mayor generalidad, o de un alcance más fundamental, respecto de las otras teorías de la verdad. Debe observarse que, en realidad la teoría semántica de la verdad como correspondencia sirve para definir el concepto de verdad, mientras que las otras concepciones ofrecen distintos criterios posibles para determinar la verdad, útiles en función del contexto en que se plantee el problema de la verdad...*”<sup>1331</sup>

Sin embargo, como explica Ana Pintore, esta supuesta posición conciliatoria en la que conviven las distintas teorías de la verdad, de manera velada cancela las pretensiones meta-físicas u ontológicas de aquellas que compiten con la verdad como correspondencia.

El punto de Pintore es que puede haber buenas razones para rechazar las teorías consensual y coherentista (y/o muchas otras teorías de la verdad<sup>1332</sup>) en el plano ontológico, sin embargo, la estrategia anterior *por default* las degrada a *criterios de justificación*, quedando automáticamente la de la correspondencia como la única y correcta en el plano referido, sin ofrecerse argumento alguno. Al respecto Pintore sostiene que:

“...The critics of this use of the distinction between meaning and criteria reject a strategy *whose surreptitious aim they see as weakening the philosophical ideas behind the theories of truth as coherence and as warranted assertibility, while at the same time lending support to the metaphysical idea of correspondence, passing it off as a neutral and (philosophically) ‘innocuous’ semantic conception.* They are critical to the tendency to avoid direct confrontation with conceptions of truth as coherence and warranted assertibility, *down-grading them, as it were, to the level of mere criteria, while on the other hand promoting the theory of truth as correspondence to the status of a neutral determination of the meaning of ‘truth’.* According to these critics *it would be better to admit openly that these theories are unattractive, which calls for spending energy and advancing arguments in order to criticize them.*”<sup>1333</sup>

En este orden de ideas, no es lo mismo una teoría *coherentista* en el plano de las discusiones acerca de la *verdad*, que una teoría *coherentista* en el plano de las discusiones en torno a la *justificación* de creencias empíricas.

En el primer plano, el cual tiene implicaciones metafísicas u ontológicas, la verdad como coherencia suele enfrentarse con la teoría de la verdad como correspondencia: La primera sostiene que decir que ‘p’ es verdadera nada

---

<sup>1331</sup> Véase Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, 2ª. ed., trad. de Jordi Ferrer Beltrán, Italia, TROTTA, 2005, P. 542, pp. 169-170.

<sup>1332</sup> Pintore, Ana, *Law without truth*, Giapichelli, 1996.

<sup>1333</sup> *Ibidem*, p. 29.

tiene que ver con su correspondencia con una realidad preestructurada e independiente, sino con mantener un grado crítico de coherencia con otros presupuestos o creencias; mientras que en el segundo plano, la teoría de la justificación como un grado de coherencia entre creencias suele enfrentarse con la teoría *fundacionista* que concede a la percepción sensorial un lugar preponderante y básico en la estructura de la justificación que se ofrece como sustento de alguna proposición empírica.<sup>1334</sup>

Se trata entonces de dos cuestiones diferentes. Si se ha de desechar a la teoría de la coherencia en el plano de la verdad, deben ofrecerse argumentos en torno a sus debilidades, no simplemente cancelar la discusión al respecto mediante una estrategia que implica considerarla adecuada *sólo en el terreno de la justificación*.

Pasemos ahora a la respuesta que TVRPJ ofrece a quienes sostienen que el objetivo de averiguar faliblemente la verdad respecto de los hechos de una controversia jurídica, es *irrelevante* cuando se analizan los contenidos de las normas jurídico-procesales de distintos procesos jurisdiccionales.

## **2. TVRPJ Vs. La Verdad no es prioritaria**

Como sabemos, la siguiente postura que TVRPJ revisa una vez defendida la tesis de que la verdad (falible claro) es posible en el terreno filosófico, es aquella que sostiene que, aún cuando lo anterior sea el caso, la averiguación falible de la verdad no debe constituir un *objetivo prioritario* al diseñar los aspectos estructurales de algún proceso jurisdiccional.<sup>1335</sup>

En respuesta a esta posición, y a los efectos de reforzar la tesis de la preponderancia de la verdad respecto de otros factores o valores, TVRPJ ofrece argumentos que, entre otros, tienen que ver con la *aplicación correcta* de las normas jurídicas, para lo cual, si dichas normas son entendidas como estructuras condicionales en cuyo antecedente se establecen ciertos supuestos fácticos a los que les son vinculadas ciertas consecuencias jurídicas (en el consecuente), se requiere de una *determinación correcta* (desde el punto de vista epistémico) de que dichos supuestos se actualizaron en el mundo, a los efectos de declarar adecuadamente la procedencia de las consecuencias jurídicas correspondientes; argumentos que tienen que ver con la *justicia del fallo* respectivo (propiedad que presupone como condición necesaria, quizá no suficiente- la verdad de la resolución);<sup>1336</sup> con la permanencia y éxito de la *capacidad motivadora* de conductas como función general del derecho (no habría razón para considerar las normas en nuestras deliberaciones cotidianas si se supusiera, como creencia generalizada, que las decisiones que resuelven las disputas jurídicas respectivas, se toman al azar, a capricho del juez, sin tomar en consideración los supuestos a los que las normas condicionan la procedencia de ciertas consecuencias en el mundo jurídico); y con una intención implícita de los legisladores al establecer reglas jurídicas que ordenan, a su vez, la observancia de las reglas de la lógica y de las máximas de la experiencia (en el

---

<sup>1334</sup> Véase, Young, James O., "The Coherence Theory of Truth", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2008 Edition)*, Edward N. Zalta (ed.), URL = <http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/truth-coherence/>; así como David, Marian, "The Correspondence Theory of Truth", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2009 Edition)*, Edward N. Zalta (ed.), URL = <http://plato.stanford.edu/archives/fall2009/entries/truth-correspondence/>.

<sup>1335</sup> Véase el número 3 de la sección II del Capítulo Tercero de este trabajo.

<sup>1336</sup> Véase el número 4 de la sección II del Capítulo Tercero de este trabajo.

entendido de que éstas reglas están orientadas frecuentemente a la obtención de la verdad, de modo que si los legisladores ordenan la consideración de estas reglas y máximas de experiencia, es debido a que les importa, y así lo quieren, que el proceso jurisdiccional en cuestión, determine adecuadamente los hechos del caso).<sup>1337</sup>

Ahora bien, habiendo ofrecido los argumentos previos con el objeto de destacar la importancia y la preeminencia de la verdad en el contexto jurídico-jurisdiccional, como sabemos, TVRPJ procede a reflexionar acerca de los medios intelectuales que le permitirían al juzgador, alcanzar el objetivo prioritario de determinar correctamente lo que sucedió en el mundo social, que dio origen a una controversia jurídica particular.<sup>1338</sup>

En este sentido, basándose en una propuesta sobre cómo interpretar el *derecho fundamental* de toda persona, a ser escuchado y vencido en juicio (derecho de audiencia o de defensa), Ferrer deriva, entre otros, un derecho de las partes a ofrecer cualquier medio de prueba relevante, así como un derecho a que los medios ofrecidos sean “racionalmente” evaluados de parte del juez en sus funciones de *trier of fact*, por medio del empleo (importación) de esquemas (o estilos) abstractos de razonamiento que corresponderían a los empleados por los practicantes de las *ciencias empíricas* (como las ciencias naturales) cuando indagan respecto de las características del mundo.<sup>1339</sup>

Estamos de acuerdo con la sugerencia general de Ferrer -implícita en su propuesta de “*derecho fundamental a la valoración racional*”- de que a nivel constitucional, deben establecerse los principios u orientaciones estructurales básicas (las especificaciones de diseño más abstractas) para la resolución *justa* de las controversias en que se ven involucrados los ciudadanos.

Dichos principios u orientaciones se traducirían en lineamientos generales relativos a la configuración-arquitectura de los procesos jurisdiccionales de cualquier rama del derecho (lo anterior constituiría la contra-prestación de la petición hipotética que el Estado hace a cada ciudadano que vive bajo su manto consistente, de un lado, en renunciar al empleo de la denominada “*auto-tutela*” para resolver por cuenta propia los conflictos resultantes de la convivencia social regida por normas jurídicas; y de otro, en conferir al aparato estatal el *monopolio de la coerción-coacción*).

De hecho, no nos encontramos solos en esta concepción. Algunos autores como el famoso procesalista Eduardo J. Couture,<sup>1340</sup> el célebre jurista mexicano Héctor Fix-Zamudio,<sup>1341</sup> o el filósofo italiano del derecho Luigi Ferrajoli,<sup>1342</sup> aunque con diferencias notables, siguen esta línea de pensamiento. Incluso el propio Fix Zamudio ha propuesto una nueva y autónoma área de reflexión jurídica a la que ha dado en llamar “*derecho constitucional procesal*”

---

<sup>1337</sup> Idem.

<sup>1338</sup> Idem.

<sup>1339</sup> Idem.

<sup>1340</sup> Couture, Eduardo, “Las garantías constitucionales del proceso civil”, en *Estudios de derecho procesal en honor de Hugo Alsina*, Buenos Aires, 1946, pp. 153-213.

<sup>1341</sup> Véase Fix-Zamudio, Héctor, *Constitución y Proceso Civil en Latinoamérica*, México, UNAM, 1974.

<sup>1342</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón; Teoría del garantismo penal*, Trotta, 2006.

precisamente encargada del estudio de las garantías constitucionales referidas a la instauración de la infraestructura procesal requerida para la resolución justa de controversias jurídicas.<sup>1343</sup>

A este tema volveremos con mayor detalle al final de este trabajo. No obstante, por ahora elaboraremos sobre la forma en que nos distanciamos de la propuesta de Ferrer al plantear su “*derecho a la valoración racional de los medios de prueba ofrecidos*”.<sup>1344</sup>

Como se ha dicho, Ferrer suscribe una concepción *instrumentalista* de la racionalidad, de modo que “algo” es racional si constituye un *medio* adecuado para la consecución de ciertos fines previamente determinados.<sup>1345</sup>

Armado con esta concepción instrumentalista, Ferrer determina (inadecuadamente por las razones que veremos después) que al valorar los medios de prueba, el único objetivo que por *default* impera (y debe imperar) en el juez, es el de la obtención (falible) de la verdad respecto de lo alegado por las partes. De este modo, se crean las condiciones para importar un modelo de razonamiento, supuestamente inducido de las ciencias naturales, a los efectos de ser implementado como el “*medio idóneo*” para la consecución del objetivo referido. El modelo de razonamiento aludido, básicamente sugiere que el razonamiento probatorio instancia una estructura argumentativa compuesta por varias líneas o cadenas de argumentación conformadas a su vez, por múltiples eslabones; así mismo que debe valorarse el peso o sustento que cada eslabón recibe de las razones que lo soportan, a efecto de considerarse sólo aquellos eslabones “suficientemente sustentados”; que dentro de la gama de razones que pueden hallarse proporcionando sustento a cada eslabón están las proposiciones extraídas de los diversos medios de prueba (como las declaraciones de un testigo, la información de diversos documentos, el contenido de ciertos videos, audios, etc.); que la confiabilidad de dichos medios (la credibilidad de los testigos, la autenticidad de los documentos, etc.) debe determinarse considerándola, a su vez, como una hipótesis (la hipótesis que predica que el medio de prueba de que se trate es confiable), la cual ha de medirse con su contraria (la hipótesis que predica la no confiabilidad del medio de prueba en cuestión) a través de la consideración de información adicional relativa a los atributos de confiabilidad de cada medio de prueba (como la distancia a la que se encontraba un testigo del hecho presenciado, las condiciones de visibilidad, etc.).<sup>1346</sup>

Ahora bien, de acuerdo con Ferrer, el sistema (o proceso jurisdiccional) incorpora otros objetivos o valores ajenos al de averiguar la verdad, preponderantemente en un tercer y último momento en el proceso de las decisiones

---

<sup>1343</sup> En este sentido, Fix-Zamudio sostiene que: “... Otra significación diversa (de “garantía constitucional”)... es la relativa a las garantías constitucionales del proceso... no se trata de vías procesales de carácter tutelar, sino de derechos subjetivos públicos conferidos expresa o implícitamente a los justiciables por las normas fundamentales de la Constitución con el objeto de que puedan obtener las condiciones necesarias para la resolución justa y eficaz de las controversias en las cuales interviene y por ello esos derechos se han agrupado bajo la denominación de “garantías de justicia”, pero que en un sentido más técnico podemos calificar como “*derecho fundamental de justicia a través del proceso*”...” Véase Fix-Zamudio, Op. Cit., nota 1342, pp. 30-31.

<sup>1344</sup> Véanse los números 4 y 6 de la sección II del Capítulo Tercero de este trabajo.

<sup>1345</sup> Idem.

<sup>1346</sup> Idem.

probatorias del juez (aunque también considera que dichos valores tienen incidencia en el primer momento al que se refiere como la *conformación del conjunto de elementos de juicio*).<sup>1347</sup>

Ferrer sostiene que en esta última etapa es cuando el juez da seguimiento a la regla jurídica que establece el “*estándar de prueba*”. En línea con la propuesta de Laudan, Ferrer considera que el estándar de prueba referido se manifiesta en reglas que contienen generalmente frases vagas del tipo “*convencimiento íntimo*”, “*más allá de toda duda razonable*”, etc., las cuales tienen la función de fijar el *umbral de suficiencia probatoria*, cuya satisfacción debe determinar el juez.<sup>1348</sup>

El autor en comento considera así mismo, que la severidad o rigurosidad del estándar constituye a su vez, una especie de reflejo de las consideraciones que la sociedad (a través del legislador) realiza respecto de la forma en la que se espera sean distribuidos los errores epistémicos fundamentales (condenas falsas y absoluciones falsas). Por su parte, la preferencia por una distribución particular está basada en las sensibilidades sociales en torno a la gravedad relativa de dichos errores. De este modo, el considerado más grave, generalmente la condena falsa, será el error cuya frecuencia la sociedad querrá disminuir en contraste con la frecuencia del menos grave (la absolución falsa).<sup>1349</sup>

En este punto comienzan a brotar los problemas: En primer lugar, el modelo de Ferrer no contempla, como si lo hace el de Laudan, reflexiones relativas a los procedimientos racionales cuyo seguimiento permitiría la derivación del valor o grado de severidad más apropiado para el estándar de prueba en alguna rama del derecho, tipo de juicio, o incluso, en algún momento procesal determinado.<sup>1350</sup>

En segundo lugar, el autor en comento no realiza reflexión alguna respecto de posibles enmiendas o ajustes a la interpretación de un concepto que tradicionalmente pertenece a la familia del *Common Law*, a efectos de su empleo en contextos del *Civil Law*. En este sentido, se adhiere sin reservas al sentido anglo-sajón del estándar de prueba.

Como sostenemos en este trabajo, en el caso de la tradición del *Civil Law*, frases como “*convicción íntima*”, “*prueba plena*”, etc. no pueden (ni deben) entenderse como el medio exclusivo por el que se filtra al interior del sistema, la política de suficiencia probatoria aplicable; no deben comprenderse pues, como una especie de reglas de decisión “maestra” que se instauran como tal en alguna rama del derecho (como la materia penal), por el respeto que debe tenerse a la libre manifestación de la sabiduría popular, en términos la no intromisión en el ámbito de sus determinaciones locales en torno a la confiabilidad (credibilidad) y plausibilidad de los diversos ítems evienciaros (en la tradición referida generalmente no se confiere a representantes populares la función de *triers of fact*, además de que la valoración probatoria, aún cuando impera el principio de la Libre Valoración, se encuentra jurídicamente reglamentada en mayor o menor grado en los casos concretos).

A sistemas de la tradición del *Civil Law*, se ajusta mejor una comprensión de estas frases como una de las múltiples formas (ínsomos) en que la legislación contribuye a guiar *difusamente* al juez en el sentido de a quién y cuánto

---

<sup>1347</sup> *Idem.*

<sup>1348</sup> *Idem.*

<sup>1349</sup> *Idem.*

<sup>1350</sup> Véase el número 3 de la sección VIII del Capítulo Segundo de este trabajo.

se desea beneficiar en cierta rama del derecho y/o en cierto tipo de juicios (por ejemplo, al acusado en materia penal, a los menores, o a las mujeres en el caso de juicios de pensión alimenticia, a los trabajadores, en el caso de “juicios” laborales, etc.).

Las frases referidas (“prueba plena”, etc.) en todo caso se incrustan en el contexto: de las consideraciones de otros principios, como el de “orden público e interés social” con el que en ocasiones se califica a una rama procesal o tipo de juicio, el del “supremo interés de los menores”, el de “la suplencia de la queja”, el de las “amplias facultades para allegarse de elementos probatorios”; de otras reglas jurídicas, como aquellas que establecen presunciones a favor de alguna de las partes (como el caso de la presunción de necesidad de alimentos que asiste a las mujeres y a los menores de edad en este tipo de juicios), aquellas que imponen la carga de ofrecer medios de prueba respecto de ciertas proposiciones, o aquellas que incluso establecen medios idóneos de prueba para proposiciones que aseveran la actualización de ciertos supuestos de hecho (como el caso del acta de matrimonio en conjunción con el acta de nacimiento a los efectos de probar la filiación respecto de padres casados); pero sobre todo, en el contexto de los *criterios locales de suficiencia probatoria* que se emplean al realizarse las determinaciones de grados de confiabilidad y plausibilidad correspondientes ante diversas situaciones inferenciales que pueden implicar o no la resolución de confrontaciones dialógicas. Dichos criterios locales (en contraste con los *tests* globales, condensatorios de múltiples tareas epistémico-cognitivas más básicas que Laudan identifica) constituyen parte del acervo de *conocimiento heurístico* que como comunidad cognitiva espacio-temporalmente determinada, los jueces desarrollan (generalmente incluso de modo inconsciente) en el despliegue cotidiano de sus prácticas judiciales, mediante la complementación pragmática de legislación vaga o con lagunas, o incluso, yendo en contra del marco regulativo de dichas prácticas (como el caso del modelo del funcionamiento del procedimiento penal mexicano en materia común presentado anteriormente en el que reglas como la que supuestamente impone la obligación de absolver ya no sólo en caso de la presencia de duda razonable, sino ante cualquier duda, de poco valen).

Si estamos en lo correcto al proponer el modelo anterior, en el segundo momento en el que conceptualmente Ferrer divide a las decisiones probatorias del juez –en el de la valoración probatoria- no existe un *vacío de criterios jurídicos*, aún en el caso en que impera el principio de *Libre Valoración (LV)* decretado genéricamente, toda vez que, como veremos con mayor detalle en la sección posterior, el legislador de la tradición del *Civil Law* ha desarrollado técnicas de regulación probatoria compatibles con el principio LV (entendiéndose por éste la imposición de un límite general a la actividad legislativa en el sentido de prohibir la instauración de valores probatorios injustificados y totalmente determinantes de la solución del caso), las cuales son complementadas (o incluso sustituidas) por el desarrollo comunitario y pragmático de conocimiento heurístico que se traduce en la instauración, también a nivel de la práctica, de un sistema de criterios locales de suficiencia probatoria a ser empleados ante las diversas situaciones inferenciales (que pueden o no incluir confrontaciones dialógicas) que conforman los patrones argumentativos (o argumentativo-narrativos) que se asocian a diversos tipos de casos.

Por otro lado, tampoco es el caso que en el momento de la valoración probatoria rija exclusivamente el objetivo de averiguar la verdad, ya que, como lo demuestran las investigaciones de la *AI and Law*<sup>1351</sup> y del *Constructivismo Jurídico Cognitivo* de Cáceres, el sistema de criterios locales de suficiencia anteriormente referido, puede (y de hecho, así sucede) ser modulado a los efectos de ser consistentemente parcial, o en otras palabras, con el objetivo de beneficiar sistemáticamente a alguna de las partes, mediante la regulación pragmática (en ocasiones, inconsciente)<sup>1352</sup> de su severidad.

Como sabemos, este sistema de criterios locales de suficiencia puede inclinar la balanza favoreciendo a alguna de las partes, en exceso, de modo que, incluso algunos de esos criterios no son más que ajustes *ad hoc* y formales (porque no implican la revisión sustancial de la confiabilidad del medio de prueba en cuestión) para obtener el objetivo de conceder el beneficio referido (como el caso de la consideración que opera por *default* en la materia penal mexicana, según la cual cualquier testigo que presente el acusado en su defensa, es considerado por el juez como intrínsecamente poco confiable, etc.).

En este sentido, en lugar de un “derecho fundamental a la valoración racional de los medios de prueba” entendido como la obligación del juez de emplear el esquema general de razonamiento propio de las ciencias naturales, para después dar seguimiento a una regla de decisión que incorpore la cuota (quizá irracional o desproporcionada) del beneficio de la duda a alguna de las partes, proponemos también un derecho fundamental, un derecho subjetivo público oponible al Estado, con el siguiente contenido:

- A) Derecho al establecimiento *democrático y racional* de la *gravedad relativa* de los errores epistémicos principales (en el caso de la materia penal, absoluciones falsas y condenas falsas) en el proceso jurisdiccional en cuestión. Otra forma de frasear este punto sería: derecho al establecimiento democrático y racional de las dimensiones del riesgo de que se cometa el error epistémico considerado más grave; o derecho al establecimiento democrático y racional de cierta modalidad de distribución de los errores epistémicos previsibles. La gravedad relativa debería poder traducirse en un valor o rango probabilístico de que la hipótesis con la carga de la prueba, sea verdadera.
- B) Derecho a que el proceso jurisdiccional en cuestión instaure *en la práctica* un sistema de criterios locales de suficiencia probatoria capaz de tener un impacto adecuado en términos de habilitar al sistema a efectos de incurrir en los linderos socialmente avalados del inciso A).

Como hemos dicho, abordaremos esta propuesta con mayor detalle en la parte final del trabajo. Por ahora, demos paso a la siguiente crítica.

---

<sup>1351</sup> Véase la sección III del Capítulo Cuarto de este trabajo.

<sup>1352</sup> En este caso, la instauración de un sistema de criterios locales de suficiencia probatoria con cierto grado de severidad, constituiría una superveniencia de las interacciones del sistema de prácticas; constituiría pues, una consecuencia de las propiedades auto-organizativas de las comunidades cognitivas. Véase el sub-inciso b) del inciso C del número 1 de la sección VI, así como la sección VII del Capítulo Quinto de este trabajo.

### 3. TVRPJ Vs “La verdad es irrelevante”

Como dijimos, una de las razones que la tradición irracionalista de la prueba (principal opositor de TVRPJ) esgrime a los efectos de considerar que la determinación judicial de los hechos no constituye un juicio tendencialmente verdadero sobre la base de los elementos de juicio aportados por las partes al proceso es que, aunque en los planos filosófico e ideológico pudiera defenderse la posibilidad, la conveniencia, y la preponderancia de la verdad, *de hecho* las reglas jurídico-procesales constitutivas de los diversos procesos jurisdiccionales no la contemplan como uno de sus objetivos prioritarios, e incluso, atentan contra ella,<sup>1353</sup> por lo que sólo interesa, en una especie de actitud conformista o resignada, la verdad “*jurídico-formal*” de la cuestión.<sup>1354</sup>

Ferrer explica que el pensamiento del procesalista italiano Francesco Carnelutti ha ejercido una fuerte influencia en la conformación de la actitud resignada previamente aludida. En este sentido, de acuerdo con la interpretación de Ferrer, Carnelutti parece sostener las siguientes tesis:<sup>1355</sup>

- A) Sólo en un ambiente de libertad absoluta, en una especie de estado “puro” de la investigación en el que ningún interés ajeno es considerado, es posible la obtención de la verdad.
- B) Cualquier intento, por más mínimo que éste sea, de regular el proceso de investigación (que incluye la forma en la que se juzga el nivel de soporte que los elementos de juicio aportan a la hipótesis fáctica en cuestión) **necesariamente** provoca que dicho proceso se transforme en un “*mecanismo para la fijación formal de los hechos*”.
- C) La fuerte actividad regulativa que caracteriza la forma en que el derecho instituye los diversos procesos jurisdiccionales conduce a considerar dichos procesos, como meros *mecanismos para la fijación formal de los hechos* (por las razones A) y B)).

Por su parte, a los efectos de matizar la postura de Carnelutti, Ferrer sostiene que hay al menos una clase de procesos jurisdiccionales que independientemente de que, en efecto, puedan incluir reglas jurídicas específicas en algunas de sus facetas, omiten regular el momento crucial de la decisión probatoria en el que precisamente se juzga el apoyo empírico que los diversos elementos de juicio (individual y conjuntamente considerados) aporta a la hipótesis fáctica en cuestión. Esto sucede, de acuerdo con Ferrer, cuando impera el principio de la *Libre Valoración* (LV) de las pruebas.<sup>1356</sup>

El autor en comento sostiene que, salvo que el juzgador suscriba tesis escépticas respecto del conocimiento empírico, o alguna ideología que sostenga como prioritario y preponderante un valor ajeno al de averiguar la verdad, el *vacío regulativo* derivado de la implementación del principio LV, establece las condiciones a efecto de que, al menos en

---

<sup>1353</sup> Como sabemos, Laudan denota a esta clase de reglas procesales con la expresión “*Truth-Thwarting Rules*”.

<sup>1354</sup> Véase el número 5 de la sección II del Capítulo Tercero de este trabajo.

<sup>1355</sup> Véase el número 6 de la sección II del Capítulo Tercero de este trabajo.

<sup>1356</sup> Idem.



teoría, el operador respectivo se desempeñe como cualquier otro investigador de cuestiones empíricas (yendo, en la medida de sus posibilidades, tras la verdad).<sup>1357</sup>

Este es el momento oportuno para recurrir al esquema abstracto de razonamiento anteriormente perfilado, el cual, de acuerdo con TVRPJ constituye el instrumento intelectual idóneo que incrementaría las probabilidades de que lo que se declare probado sea también verdadero (por tanto, es el instrumento que “la racionalidad” exigiría utilizar).<sup>1358</sup>

Para comenzar nuestra crítica hemos de señalar que Ferrer no toma en cuenta las observaciones del propio Taruffo en el sentido de que en la actualidad, en la tradición del *Civil Law*, existe una convivencia sumamente compleja entre la regulación probatoria por parte del legislador y la libre valoración de parte del juez, aunque incluso de manera general el legislador establezca que, para el ámbito en cuestión, rige el sistema de la LV.

Tal es el caso, por ejemplo, del Código Federal de Procedimientos Civiles de México, el cual, en la primera parte de su artículo 197 establece de manera general que: “El tribunal ***goza de la más amplia libertad para hacer el análisis de las pruebas rendidas; para determinar el valor de las mismas, unas enfrente de las otras, y para fijar el resultado final de dicha valuación contradictoria...***”

Sin embargo, de inmediato en la segunda parte del mismo precepto legal, el legislador establece una salvedad a la vigencia general del principio LV del modo que sigue: “... ***a no ser que la ley fije las reglas para hacer esta valuación***, observando, sin embargo, respecto de cada especie de prueba, lo dispuesto en este capítulo...”

De este modo, las diversas modalidades de convivencia compleja entre la LV y la regulación por parte del legislador de ciertos aspectos que impactan en el razonamiento probatorio del juez, se ubicarían en algún punto del espectro entre dos *situaciones límite (ideales)*: un estado de regulación plena de las actividades de valoración probatoria, y otro de libertad absoluta respecto de dicha valoración.

Si esto es así, el escenario que presenta Ferrer en el que las operaciones de valoración probatoria se encuentran totalmente libres de regulación por el solo hecho de la vigencia del principio de LV, es poco realista (e incluso utópico).

En este sentido, la postura de Carnelutti seguiría en pie, en vista de que la pretensión de Ferrer de mostrarle al menos una clase de casos en que la actividad regulativa del derecho “*no ha alcanzado a contaminar*” la tarea epistémica fundamental de juzgar el soporte empírico que individual y conjuntamente aportan los diversos elementos de juicio a la hipótesis fáctica en cuestión, ha fracasado.

Además, aún cuando concediéramos –prescindiendo del análisis particular que correspondería llevar a cabo– que existe un escenario como el que propone Ferrer en el que el juez sigue el esquema de razonamiento abstracto propuesto por TVRPJ (porque así lo exigiría una racionalidad de corte instrumental en el marco de un compromiso con la averiguación falible de la verdad) como resultado de la omisión regulativa deliberada de parte del derecho, el

---

<sup>1357</sup> Idem.

<sup>1358</sup> Idem.

propio autor en comentario reconoce que el criterio o umbral de suficiencia que se emplea al momento de adoptar finalmente la decisión probatoria respecto del caso en cuestión, tiene el potencial de invalidar las conclusiones obtenidas al haberse valorado las pruebas en un momento conceptualmente distinto y anterior, en el que supuestamente el juez se despoja de cualquier interés ajeno a la verdad.<sup>1359</sup>

Por ejemplo, en materia penal, la hipótesis del Estado es la que puede tener mayor soporte o sustento con base en los elementos de juicio aportados, y sin embargo, no sería correcto (jurídicamente hablando), por la implementación de estándares como BARD (“*Beyond All Reasonable Doubt*”), que se concluyera la culpabilidad del acusado si éste hubiere presentado una hipótesis de inocencia, en efecto, con menor grado de soporte, pero al menos *mínimamente plausible*.

Ante este escenario, la postura de Carnelutti antes que ceder, al contrario, se ve reforzada, ya que no sólo no se tuvo éxito en mostrarle al menos una clase de casos en la que las normas jurídicas claramente no alcancen a la tarea epistémica fundamental de juzgar el grado de soporte que los diversos elementos de juicio aportan a la hipótesis en cuestión, sino que se le ha presentado un ejemplo de cómo reglas jurídicas incluso atentan contra una valoración “*puramente*” epistémica de las pruebas.

Sostenemos que el problema de fondo se encuentra en la estrategia argumentativa elegida por Ferrer para contender con Carnelutti: Al pretender mostrar que, al menos en cierta clase de casos, existe por ausencia de regulación jurídica, un resquicio por el cual se filtra la oportunidad para el juez de actuar como lo haría “cualquier investigador de cuestiones empíricas”,<sup>1360</sup> Ferrer implícitamente se encuentra adhiriéndose a la visión de Carnelutti según la cual sólo en un escenario de libertad de acción para el investigador, sin ninguna restricción normativa (o al menos, sin normas jurídicas que pretendan regular actividades epistémicas básicas), puede alcanzarse faliblemente la verdad, de lo contrario el investigador respectivo se encontraría participando en un mero mecanismo para la fijación formal de ciertos hechos.

Una alternativa podría haber sido señalar a Carnelutti desde el inicio, que el ser *truth-thwarting* no constituye una *propiedad necesaria* de las normas (en este caso de carácter jurídico) que pudieran regular un proceso de investigación empírica.<sup>1361</sup> Esta es una cuestión que depende del análisis del contenido y de las repercusiones sistémicas de la(s) norma(s) en cuestión.

De hecho, las normas jurídicas pueden incluso promover la averiguación de la verdad (ser *truth-promoting*), o bien, ser neutrales en relación con dicho objetivo (es decir, no generar consecuencias epistémicas).<sup>1362</sup>

---

<sup>1359</sup> Véase Ferrer, Jordi, *La Valoración Racional de la Prueba*, España, Marcial Pons, 2008.

<sup>1360</sup> En donde el empleo del esquema abstracto de razonamiento propuesto por TVRPJ sentaría las bases para el mejor aprovechamiento de dicha oportunidad.

<sup>1361</sup> Carnelutti parece sostener la tesis de que en cualquier análisis conceptual posible de la noción de “norma jurídico-procesal” se tendría que concluir que obstaculizar la verdad es una de sus propiedades. En otras palabras, que una norma jurídico-procesal, por definición, es un instrumento que lesiona el objetivo de averiguar la verdad.

<sup>1362</sup> Véase el número 3 de la sección I del Capítulo Segundo de este trabajo.

Desde esta posición, por un lado, la determinación formalista de si el *trier of fact* está constreñido o no por normas jurídicas al ponderar la evidencia, ya no funciona como “El Criterio” (al menos no como el exclusivo) para caracterizar al proceso jurisdiccional en cuestión como un engranaje preponderantemente epistémico, o como un mecanismo para la fijación formal de los hechos, en virtud de que ya no se considera que por definición, las normas jurídico-procesales son *obstaculizadoras de la verdad*; y por otro, ya no se justifica el deseo desesperado de hallar (construir) un hueco en el sistema que, a la manera de una puerta de escape, le permita al *trier of fact* actuar como un científico empírico (claro, siempre que siga el modelo de TVRPJ).

Ante este señalamiento Carnelutti podría modificar su postura inicial y exigir entonces, no la ausencia de regulación, sino que la totalidad de las normas constitutivas de un proceso jurisdiccional sean sólo de dos clases, o *truth-promoting*, o neutrales respecto de la verdad, a los efectos de no considerar al sistema resultante, como un mecanismo para la fijación formal de los hechos.

Este sería el momento propicio para explicar que no nos encontramos en un contexto para el exclusivo ejercicio de la razón teórica, sino en un contexto práctico en el que las razones epistémicas constituyen sólo una de las clases de razones a tomarse en consideración para tomar la decisión respectiva.

En el ámbito de las discusiones sobre la manera adecuada de estructurar un proceso jurisdiccional, en efecto intervienen múltiples preocupaciones, intereses, valores u objetivos (la protección al posible acusado inocente en materia penal, la instauración de un proceso expedito y eficiente, el respeto a las garantías individuales, la implementación de un formato adversarial, etc.), cada uno de los cuales presiona, aunque algunos más que otros, porque se garantice su consecución mediante la(s) norma(s) apropiada(s) para tales efectos.

Ahora bien, este panorama de convergencia de múltiples intereses o valores no es razón suficiente para renunciar a nuestras preocupaciones epistémicas. Es el momento entonces, como lo hacen Laudan y TVRPJ, de ofrecer argumentos ya no a favor de la exclusividad de la verdad, sino a favor de su *preponderancia* (argumentos que tienen que ver con la creación de condiciones mínimas para decretar la racionalidad de suscribir el pacto político de vivir al amparo de un Estado, con la legitimidad de la función jurisdiccional, con la justicia del fallo, con la aplicación correcta de las normas jurídicas, con la capacidad motivadora del derecho, etc.<sup>1363</sup>).

Sustituída la expectativa ilusoria de la exclusividad de la verdad por una postura matizada y realista que la concibe más bien como la *tendencia natural* que debería tener un proceso jurisdiccional, el problema se vuelve un asunto, en efecto delicado y complejo, de determinar bajo qué condiciones la verdad puede legítimamente realizar concesiones en términos de ceder terreno (y cuánto terreno) a la materialización de algún otro interés (independientemente de que podamos encontrarnos en un escenario ideal en que el proceso en cuestión aún no haya sido implementado, o bien, como suele ser el caso, en uno en que las sugerencias y ajustes epistémicos tendrían que implementarse, si hubiera voluntad política, sobre la marcha).

---

<sup>1363</sup> Véase la sección II del Capítulo Segundo, así como los números 3 y 4 de la sección II del Capítulo Tercero de este trabajo.

Otra forma de plantear la misión del interesado en los aspectos epistémicos de los procesos jurisdiccionales sería: encontrar la forma de lograr un equilibrio o balance *razonable* en lo que atañe a las concesiones recíprocas que acontecen entre la verdad y otros intereses que *legítimamente* le presentan reclamos de cesión de terreno<sup>1364</sup>; determinar la cuota racionalmente tolerable de *efectos contra-epistémicos*.

Sin embargo, Ferrer no opta por esta opción en su diálogo con el procesalista italiano y, como hemos dicho, se empeña en dirigir la atención de Carnelutti hacia una clase de casos en la que el *trier of fact* (en este caso el juez), al menos en lo que atañe al despliegue de la operación epistémica básica de juzgar el grado de soporte o sustento que individual y colectivamente aportan a la hipótesis fáctica en cuestión los elementos de juicio disponibles, no se vea encorsetado negativamente por alguna regla de carácter jurídico.

Es como si por alguna razón (y quizá en este punto sea interesante llevar a cabo un estudio de sociología del conocimiento que analice cuestiones contextuales, motivacionales, etc.), se tuviera alguna clase de urgencia por incursionar (o pretender incursionar) en discusiones de epistemología general y de filosofía de la ciencia, a efectos de “*ilustrar*”, al regreso de este viaje, a los colegas procesalistas y operadores jurídicos.

La incursión precipitada en estos terrenos parece estar cimentada en una consideración inicial de que los procesos jurisdiccionales son formas poco confiables, desde el punto de vista epistémico, de indagación sobre cuestiones empíricas, es decir, son, por definición, instancias de *engranajes pseudo-científicos de investigación* (no muy diferentes de la lectura del Tarot o de la astrología).

Emplear este presupuesto como punto de partida, y proceder a la propuesta inmediata de emular los procedimientos de instancias “*genuinamente científicas*” de investigación empírica, nos hace suponer que TVRPJ se encuentra anclada al antiguo (y superado) *Problema de la Demarcación* en las Ciencias, que vio su mejor época en la primera mitad del siglo pasado.<sup>1365</sup>

---

<sup>1364</sup> Decimos “legítimamente” ya que, como hemos visto en la discusión del proyecto de Laudan, algunas razones u objetivos que se esgrimen para desviar al procedimiento penal de su tendencia natural hacia la averiguación falible de la verdad, no subsisten una vez que se consideran alternativas remediales de mayor eficacia para su consecución. Tal es el caso, por ejemplo, de la pretensión de fundar reglas de exclusión de evidencia sobre la base de un argumento que tiene que ver con desincentivar a los cuerpos policíacos de un posible proceder inconstitucional al recabar evidencia. Como lo muestra Laudan, pueden plantearse estrategias mucho más eficaces para lograr tal objetivo sin que necesariamente se recurra a hacer del potencial epistémico del sistema, un *rehén* de estas preocupaciones.

<sup>1365</sup> Véase Leiter, Brian “The demarcation problem in Jurisprudence; A new case for skepticism”, presentado en la *1<sup>st</sup> Conference of Philosophy and Law: Neutrality and Theory of Law*, Girona, 2010; y disponible en línea en: [http://www.trife.org.mx/ccje/Archivos/brian\\_leiter.pdf](http://www.trife.org.mx/ccje/Archivos/brian_leiter.pdf). En este trabajo, Leiter sostiene que la filosofía del derecho se ha empeñado por centurias en resolver el problema (al que llama “de la demarcación”) consistente en diferenciar dos sistemas normativos con los que la humanidad tiene contacto permanente: La moral y el derecho. Algo similar ocurría en el ámbito de la filosofía de la ciencia a inicios del siglo XX, la cual buscaba establecer las condiciones necesarias y suficientes para que algo fuese denotado por “ciencia”. En efecto, los sistemas de investigación que no satisfacían dichas propuestas de condiciones necesarias y conjuntamente suficientes, a lo más que aspiraban era al calificativo de “pseudo-ciencias”. Sin embargo, Laudan (a quien cita Leiter) crítica a esta forma de problematizar en filosofía de la ciencia en el sentido de que otras preguntas (quizá mucho más importantes) que son las que precisamente dan origen a la filosofía de la ciencia, quedan sin atenderse, por tratar de resolver un problema (quizá irresoluble, e incluso, un “pseudo-problema”). En efecto, cuestiones tales como ¿cuándo puede considerarse

De hecho, nos hace presuponer no sólo su estancamiento en aquel problema, sino también, que los autores representativos de TVRPJ quizá piensan que dicho problema fue resuelto y que, por tanto, basta con hacer referencia en abstracto a la “*racionalidad de las ciencias naturales*”, ya que el trabajo de fijar una serie de condiciones necesarias y suficientes para constituir un sistema genuino, no dogmático, de investigación científica, ha sido ya realizado.<sup>1366</sup>

Ahora bien, por nuestra parte sostenemos que diagnosticar la ausencia o vacío de criterios positivos jurídicos (es decir, que en efecto arrojen información relativa a cómo realizar la ponderación probatoria) con base en un análisis del contenido del principio LV, según el cual éste establece sólo que al valorar la evidencia el juzgador no debe sujetarse a los valores probatorios predeterminados e inflexibles resultantes de un razonamiento cuestionable y arbitrario del legislador, es poco cauteloso e incluso, anacrónico.

En efecto, dicho análisis pudo ser válido en el contexto histórico del surgimiento del principio de Libre Valoración. Recordemos que, de acuerdo con Taruffo, dicho principio surge como reacción ante los efectos deformadores que el movimiento de codificación tuvo respecto del sistema original de la prueba tasada.<sup>1367</sup>

Sin embargo, consideremos la siguiente alternativa: El principio LV puede interpretarse también desde la perspectiva del legislador, es decir, considerándose a éste como su destinatario.

En este marco, LV prohíbe al legislador el establecimiento de valores predeterminados inflexibles y siempre vinculantes para el juez, es decir, pone un límite a la actividad legislativa en cuanto a sus pretensiones de regular la valoración probatoria.

Si esto es plausible, no parece prudente descartar la posibilidad de que el legislador de la tradición del *Civil Law* haya paulatinamente desarrollado formas de regular aspectos probatorios que no implican incurrir en la situación indeseable anteriormente aludida, y en ese sentido, que pueden considerarse como *manifestaciones legislativas concordantes con el principio LV*.

Si se considera esta posibilidad, ya no se puede decretar *dogmáticamente* que cuando impera el principio LV hay ausencia de criterios, o que los que pudieran haberse desarrollado son irracionales, de modo que sea necesaria la importación de modelos provenientes de “las ciencias naturales”.

Considérese por ejemplo, el caso de la valoración de la prueba testimonial, en el que, de acuerdo con el artículo 215 del Código Federal de Procedimientos Civiles de nuestro país, el juez tiene la más amplia libertad de determinar su peso probatorio en el caso en cuestión.

La parte conducente del artículo referido establece que: “*El valor de la prueba testimonial quedará **al prudente arbitrio del tribunal...***”

---

justificada una tesis o aseveración?, ¿Cuándo o en qué condiciones podemos aceptar una teoría?, ¿En qué condiciones existe el progreso cognitivo en cierta comunidad científica?, etc., no pueden resolverse satisfactoriamente mediante una propuesta global acerca de lo que constituye un ciencia. Se trata de preguntas, incluso locales, cuya respuesta debe contextualizarse en la comunidad o sistema de investigación empírica de referencia.

<sup>1366</sup> Idem.

<sup>1367</sup> Véase el inciso A del número 8 de la sección I de este Capítulo Final.

A continuación, el precepto legal citado presenta ciertas pautas a efectos de guiar la apreciación del valor probatorio de la testimonial, las cuales son, entre otras:

- “II.- Que (los testigos) declaren haber oído pronunciar las palabras, presenciado el acto, o visto el hecho material sobre el que depongan;
- III.- Que, por su edad, capacidad o instrucción, tengan el criterio necesario para juzgar el acto.
- IV.- Que, por su probidad, por la independencia de su posición o por sus antecedentes personales, tengan completa imparcialidad;
- V.- Que por sí mismos conozcan los hechos sobre que declaren, y no por inducciones ni referencias de otras personas;
- VII.- Que no hayan sido obligados por fuerza o miedo, ni impulsados por engaño, error o soborno”

Otro ejemplo de modalidad de regulación probatoria es el caso del artículo 202 del mismo ordenamiento legal, el cual establece que la prueba documental pública tendrá **valor probatorio pleno**.

Alguien podría sostener que este es precisamente el tipo de actividad legislativa que se quiere evitar con base en el principio LV, es decir, situaciones en las que el legislador establece, arbitrariamente y sin ninguna racionalidad subyacente, valores predeterminados para cierta clase de medios probatorios.

Estamos de acuerdo con el tipo de situación que se quiere evitar, más no con que el caso citado constituya una instancia de dicha clase de situaciones.

En defensa del caso citado como una modalidad regulativa de aspectos probatorios que es compatible con el principio LV requerimos especificar que por la expresión “*valor pleno*” ya no se entiende actualmente un valor caprichosamente atribuido a algún medio de prueba al azar sin razón alguna, cuya presencia en el caso a resolver cancela cualquier otra consideración (otras pruebas y contra-pruebas), como sucedía (o al menos, como se pensaba que sucedía) en los peores momentos del sistema tasado, antes de la irrupción del principio LV.

En la actualidad, la atribución del estatus de prueba plena en el caso de esta clase de documentos constituye una técnica para considerar *suficientemente probadas* ciertas proposiciones que hacen referencia a estados de cosas surgidos en el mundo social-jurídico por el efecto performativo de las declaraciones de ciertos fedatarios públicos (por ejemplo, al hecho de estar casado, o al hecho consistente en que la propiedad de cierto bien inmueble ha sido transferida a un nuevo dueño, etc.).

Para plantear la cuestión en otras palabras, podemos asumir la perspectiva de quien tiene que probar un hecho resultante de la función performativa de las declaraciones realizadas por algún fedatario público (por ejemplo, que está casado con cierta persona):

Lo que la ley le está diciendo con la atribución del estatus de prueba plena al documento público en que queda asentada la declaración del funcionario respectivo, es que sus esfuerzos para probar el hecho en cuestión, que no necesariamente es el único o el preponderante al efecto de ser probado (para lo cual tiene que atenderse al contexto de la acción intentada y de la argumentación conjunta que la parte presenta), puede limitarlos, *en principio*, a la

presentación del documento público de que se trate (en este caso, el acta de matrimonio), sin tener que presentar testigos adicionales, o algún otro tipo de evidencia.

Claro, la admisión del documento público como prueba para su apreciación ulterior a profundidad, esta sujeta a la emisión de un juicio preliminar de parte del juzgador, acerca de su autenticidad, de acuerdo con el cotejo que haga de las características del documento con los requisitos que la ley de la materia establezca (la presencia de ciertos sellos, firmas, u otra clase de elementos). Si el documento arroja señales claras de falsificación, el juez puede no admitirlo como prueba, e incluso dar parte al ministerio público para que realice la investigación correspondiente.<sup>1368</sup>

Por otra parte, la concesión de dicho estatus a los documentos públicos se basa en una presunción plausible de responsabilidad mínima de parte de los funcionarios con funciones de fedatarios. Se basa pues, en la confianza que razonablemente el legislador posa en el hecho de que la emisión de tales documentos o instrumentos públicos procede del seguimiento de un proceso *institucional* en el que el funcionario-fedatario (quien debe reunir ciertas cualidades para serlo) verifica a su vez, la satisfacción de ciertos requisitos.

En efecto, puede suceder que un funcionario particular (o toda una comunidad de ellos) se preste a prácticas corruptas (la venta de actos con consecuencias performativas en el mundo jurídico, como el asentamiento de sellos, el registro de transacciones comerciales, etc., puede ser un negocio lucrativo). Por ello es que, como presunción que es el considerar que normalmente puede suponerse un mínimo de responsabilidad, ésta tiene el efecto de trasladar la carga de la prueba de las excepciones a esta norma general, a la parte contraria.

Como puede observarse, la presentación de un documento público no zanja definitivamente la cuestión, ni garantiza el éxito en sus pretensiones jurídicas a la parte que lo presenta como prueba. La parte contraria puede cuestionar la autenticidad del documento mediante el procedimiento que la ley establece para tales efectos.

Pero además, quien presentó el documento público que en efecto resultó ser auténtico, tiene que probar otros supuestos de acuerdo con el precepto (o conjunto de preceptos jurídicos) en el que base su pretensión, el tipo de acción intentada, y el contexto global del argumento que se encuentra concretamente presentando ante el juez.

Con base en lo anterior, podríamos considerar entonces a la identificación de las modalidades de regulación probatoria concordantes con el principio LV, como parte de un análisis contemporáneo de lo que en la actualidad significa que para cierto dominio jurídico, rama del derecho, o tipo de juicio, rige el principio de libre valoración. Sería entonces parte de la agenda o *Programa Fuerte* de Epistemología Jurídica del que se habló en la crítica a Laudan.

Ahora bien, para seguir presionando en el sentido de la ausencia de criterios de valoración, TVRPJ podría señalar que aún cuando se conceda que puede haber modalidades regulativas congruentes con la prohibición

---

<sup>1368</sup> La segunda parte del artículo 129 del Código Federal de Procedimientos Civiles establece que: "...**La calidad de públicos se demuestra** por la existencia regular, sobre los documentos, de los sellos, firmas u otros signos exteriores que, en su caso, prevengan las leyes..."

legislativa contenida en LV, dichas modalidades no son lo suficientemente claras, e incluso aportan solamente pautas “*vagas*” al respecto, con lo cual vuelve a generarse el tan anhelado resquicio para que automáticamente la “*racionalidad general*” suplante el espacio derivado de la omisión legislativa.

En este orden de ideas, considérese nuevamente el artículo 215 del Código Federal de Procedimientos Civiles de México, el cual hace alusión a ciertas cuestiones que habrán de tomarse en cuenta por el juez para apreciar el peso probatorio que corresponde asignarle a algún testimonio, tales como su conocimiento “directo” de los hechos respecto de los que atestiguan, su imparcialidad, la ausencia de vicios como el soborno, la intimidación, etc.

En efecto, el pronunciamiento legislativo en torno a estos factores, es vago e incluso no exhaustivo. El precepto legal referido no resuelve problemas relativos al grado o intensidad en que estos factores deben estar presentes, a su orden o prelación (si alguno de ellos es preponderante)...No establece si son “*context-dependent*”, es decir, si su apreciación cambia en función del tipo de caso de que se trate, o si aumenta o disminuye el número de factores de ponderación a considerar en función de diversas clases de testigos (presenciales, los que ofrecen testimonio sobre el “carácter” de la persona que testifica, etc.); no ofrece pautas en relación con quién tiene la carga probatoria respecto de cada factor de ponderación, si hay algún medio probatorio idóneo o al menos mínimo que pudiera relevar a la parte correspondiente de la carga respectiva, ni cuál será el criterio para resolver sobre la suficiencia probatoria si hay controversia en algún punto, etc.

Varias preguntas surgen ante esta situación: ¿Habrá olvidado el legislador pronunciarse en torno a estas cuestiones? ¿La omisión legislativa es un mero accidente resultante de un descuido imperdonable? ¿Los jueces no resuelven los casos que en la práctica se les presentan por esta “*deficiencia lingüística*” de la legislación?

Claro está que la imprecisión legislativa puede ser el resultado de ineptitudes, falta de visión, irresponsabilidad, negligencia, etc. Sin embargo, si recurrimos a marcos teóricos como el del profesor Timothy Endicott,<sup>1369</sup> el panorama se vuelve más sofisticado en vista de que la inyección de dosis de vaguedad, es decir, el lograr un balance entre imprecisión y precisión regulativa, constituye una *técnica legislativa* que es incluso *necesaria* en sistemas jurídicos contemporáneos (al menos en los occidentales) en los que no se desea una judicatura mecánica incapaz de ejercer responsablemente su *discreción* en ciertos casos. Abordemos este punto con más detalle por su importancia en la discusión:

En ocasiones, para restringir las facultades discrecionales de los funcionarios encargados de aplicar las normas jurídicas y por otras razones prácticas, el legislador decide ser muy preciso al regular una situación particular.

Esto sucede por ejemplo cuando se establece un cierto nivel de alcohol en la sangre para considerar que se está “manejando en estado de ebriedad”; cuando se establece un límite de velocidad específico cuyo traspaso implica “conducir con exceso de velocidad”; cuando se establece un porcentaje fijo de los ingresos de los contribuyentes como impuesto; cuando se impone el punto en el tiempo en que se alcanza la mayoría de edad; etc.

---

<sup>1369</sup> Endicott, Timothy, *Palabras y reglas; Ensayos en filosofía del derecho*, México, Fontamara, 2004.



En efecto, las ventajas derivadas de esta forma de regular casos como los expuestos, son significativas: Por una parte, desde la perspectiva del ciudadano, queda claro qué es lo que tiene que evitar si no desea ser sancionado, o la condición que tiene que ser satisfecha si quiere obtener ciertos privilegios como la ciudadanía, en el caso de la mayoría de edad.

Desde la óptica del funcionario encargado de aplicar la ley, queda claro también, lo que constituye una violación a la norma (exceder el nivel de alcohol permitido, o el límite de velocidad establecido; o bien, no contribuir al erario público de acuerdo con la tasa impuesta).

Sin embargo, estas decisiones de fijar límites o condiciones precisos acarrea la *renuncia* a que se consideren los factores que concurren a los casos particulares.

Por ejemplo, es sabido que el alcohol afecta de modos distintos a diferentes sujetos, por lo que puede ser que algunos de ellos no experimenten una merma en sus habilidades de conducción sino cuando el nivel de alcohol en su sangre sobrepasa por mucho el nivel establecido.

Asimismo, se entiende que una disposición que impone cierto límite de velocidad toma en cuenta el hecho de que la velocidad disminuye el grado de control que sobre un automóvil puede ejercer su conductor, aumentando con ello, el riesgo de que se produzcan accidentes de tránsito.

Sin embargo, esta disminución de la habilidad de controlar el vehículo, también varía de acuerdo con las circunstancias específicas del automovilista. Por ejemplo, quizá se trata de un experto del manejo, respecto de lo cual incluso ofrece algunos indicios como su credencial de instructor, etc.

No es que esta clase de personas sean inmunes a los accidentes de tránsito, la cuestión es que el aumento del riesgo de que se produzcan estos accidentes podría determinarse de manera contextual, introduciendo en la ecuación la pericia específica del conductor.

En el caso de la tasa de impuestos, quizá el contribuyente es un pequeño empresario que ha visto disminuir sus ingresos por una reciente devaluación y quizá enfrenta asuntos urgentes que requieren de erogaciones extraordinarias. En este escenario, parece injusto que se le aplique, de un modo formal y absoluto, la tasa impuesta sin la realización de un examen de sus posibilidades reales.

De hecho, realizar exámenes como el anterior, o pruebas para la determinación de la destreza al conducir, o para determinar distintas reacciones a distintos niveles de alcohol, para cada uno de los casos particulares, implicaría para el Estado, la inversión de recursos que podría emplear para afrontar problemas sociales de mayor jerarquía y/o urgencia.

Entonces, como dijimos, el legislador recurre al empleo de formulaciones precisas -para reducir el ámbito de discrecionalidad de los funcionarios y por otras razones de política pública- con lo cual toma decisiones *arbitrarias* consistentes en imponer ciertos límites y establecer ciertas condiciones, cuyo traspaso y satisfacción respectivamente, acarrea ciertas consecuencias jurídicas.

Son arbitrarias porque implican una renuncia a considerar las circunstancias específicas del caso, y porque siempre es posible plantear preguntas como ¿porqué 90 km/h y no 90.3, 90.5, 91, 93, 94.5, etc.?, ¿porqué 18 años y no 17 años 9 meses y 4 días, o quizá 16 para considerar a alguien como plenamente consciente de sus actos?

Pero este precio de renunciar a tomar en cuenta las circunstancias específicas de los casos de aplicación de la norma no podemos pagarlo siempre, a pesar de la certidumbre a la que conlleva el diseño de *estándares de comportamiento precisos*.

Situémonos por ejemplo, en el caso del derecho penal. Si el legislador decidiera definir “homicidio” mediante un listado preciso de conductas, seguramente, dado que no puede prever las circunstancias y factores específicos de cada caso de aplicación futura de la norma, quedarían excluidas muchas situaciones en las que no se podría sancionar aún habiendo privación de la vida, sin embargo, resultante de una conducta distinta de las contempladas.

Lo mismo sucedería si el legislador decidiera delimitar precisa y específicamente los casos a los que se aplican las expresiones “violencia física”, “violencia moral”, “agresión real, actual e inminente”, “ánimo fraudulento”, todas ellas expresiones afectadas de vaguedad.

Ahora bien, en muchas ocasiones, el legislador emplea la técnica de definición por denotación respecto de algunas de sus expresiones, como el caso de “acto de comercio”, “título de crédito”. Considerar estas listas (que a veces combinan instancias particulares y propiedades genéricas) como determinantes de la extensión total del concepto en cuestión, sería un error.

Lo que podemos decir es que estas listas pasan a formar parte de un *cluster* o agregado de información difusa,<sup>1370</sup> el cual es considerado como *parámetro de comparación* por parte de los funcionarios correspondientes en sus prácticas clasificatorias, a efecto de establecer las relaciones de semejanza respectivas habiendo evaluado las peculiaridades del caso en cuestión.<sup>1371</sup>

En última instancia, la imprecisión legislativa derivada del empleo de palabras y frases vagas en la formulación del discurso jurídico positivo, *no es necesariamente un defecto*, sino una muestra de la necesidad de que sea en los contextos de aplicación del derecho, preponderantemente en el ámbito judicial, en donde tenga lugar tanto la manifestación de desacuerdos respecto a la extensión de los conceptos jurídicos, como la fijación institucional de las instancias de los mismos.

De lo dicho anteriormente podemos concluir que entre las condiciones para la regulación adecuada de algún aspecto específico de la vida social es que haya un balance entre la precisión y la imprecisión legislativas, lo cual implica, en buena medida, decidir cuándo es conveniente emplear frases y expresiones vagas y cuándo no lo es. Estas decisiones *construyen y dan cauce* al ejercicio por parte de los funcionarios encargados de aplicar la norma, de sus facultades discrecionales.

---

<sup>1370</sup> Véase el número 2 de la sección IV del Capítulo Quinto de este trabajo.

<sup>1371</sup> De hecho, en muchas de estas listas, aparece la mención expresa de: “y otros *similares*”, “y las demás que se *asemejen*”, etc.

Pues bien, el artículo 215 del Código en comento constituye un ejemplo del balance entre precisión e imprecisión regulativa buscado por el legislador al establecer por un lado, que el juez tiene libertad para determinar el peso que corresponde atribuir a las diversas testimoniales, y por otro, al ofrecer lineamientos en efecto vagos para su valoración en términos de un conjunto de factores de ponderación probatoria.

Como hemos dicho, la búsqueda del balance referido descansa sobre la premisa fundamental de que no se desea una judicatura mecánica que sólo se limita a aplicar las normas diseñadas por un legislador omnisciente (que de algún modo puede prever la totalidad de escenarios problemáticos que generaría la aplicación de una norma), sino una que ejerza *prudentermente su discreción* (en este caso su discreción en cuanto a la ponderación de la evidencia) en casos concretos (o en clases de casos).

Ahora bien, otra línea de argumentación que también nos conduce a considerar seriamente el ejercicio de la *discreción judicial* (que no necesariamente implica arbitrariedad judicial) en cuestiones relacionadas con la ponderación probatoria, y por tanto, a la posición de no decretar *dogmáticamente* la ausencia de criterios al respecto, tiene que ver con el carácter de “*principio*” de la Libre Valoración.

Las consideraciones que seguirán las realizaremos con base en la integración de algunos aspectos provenientes de un excelente trabajo analítico en torno a la expresión “*principio jurídico*” del profesor italiano Ricardo Guastini<sup>1372</sup>, y de algunos aspectos provenientes de la teoría presupuesta para el modelado del conocimiento heurístico de comunidades judiciales pertenecientes a la tradición del *Civil Law*, de Cáceres.<sup>1373</sup>

La integración referida no obedece a un ánimo de generar sincretismos desordenados. La estrategia en cuestión se justifica en primer lugar, debido a que el proyecto de Cáceres forma parte del conjunto de teorías, programas o comunidades respecto de las cuales hemos decidido realizar una reflexión *meta-teórica* en este trabajo.

Pues bien, como recordará el lector, en su modelo Cáceres hace referencia de manera abstracta al tipo de operaciones cognitivas cuyo despliegue permite al operador jurídico conformar la denominada “*norma jurídica superveniente*” (o “*constructo normativo*”) a ser aplicada.<sup>1374</sup>

Cáceres identifica a una clase de esas operaciones como “*operaciones hermenéuticas*”, las cuales tienen que ver con los procesos interpretativos a los que son sometidos diferentes insumos provenientes de varios discursos (como el legislativo, el jurisprudencial, etc.).<sup>1375</sup>

La liga con Guastini se da, en primer lugar, debido a que este autor ofrece uno de los pocos esfuerzos de análisis riguroso de la expresión “*principio jurídico*”, al menos en la tradición del *Civil Law*.

---

<sup>1372</sup> Guastini, Ricardo, *Distinguiendo; Estudios de teoría y metateoría del derecho*, España, Gedisa, 1999, Segunda Parte, Capítulo V, “Los principios en el derecho positivo”.

<sup>1373</sup> Véase el número 1 (complete) de la sección VI del Capítulo Quinto de este trabajo.

<sup>1374</sup> Véanse los números 1-4 de la sección IV del Capítulo Quinto de este trabajo.

<sup>1375</sup> Véase el número 3 de la sección IV del Capítulo Quinto de este trabajo.

Por otra parte, aunque Guastini no es un constructivista declarado, sí hace énfasis en el papel que los diversos principios desempeñan en el razonamiento del intérprete, y particularmente en la forma en que éste construye el contenido de los principios en cuestión, valiéndose de estrategias como la “integración” del derecho.<sup>1376</sup>

En este sentido, podemos considerar al trabajo de Guastini, como una forma de ampliar el zoom de la lente respecto de las operaciones hermenéuticas de las que, de forma abstracta, habla Cáceres.

Ahora bien, para empezar, Guastini asume una postura moderada al analizar la expresión “principio jurídico”, de modo tal que no pretende ofrecer un conjunto cerrado de condiciones necesarias y conjuntamente suficientes, sino un conjunto de características que, con mayor o menor intensidad, suelen estar presentes en aquellos casos en que se usa la expresión en comento.<sup>1377</sup>

Las características en las que nos centraremos tienen que ver con: a) la formulación de los principios; b) su contenido normativo; c) su posición dentro del ordenamiento; d) la posibilidad de que permanezcan implícitos; así como e) su construcción por parte de los intérpretes.

En relación con a), Guastini sostiene que algunos principios jurídicos suelen estar privados de toda formulación, en el sentido de que sólo se hace referencia a su nombre o etiqueta (como el principio de “separación de poderes”), es decir, se mencionan pero nadie se atreve a formular específicamente en qué consisten.<sup>1378</sup>

Lo anterior debido a que constituyen, en la mayoría de las veces, no una única norma, sino una “doctrina”, es decir, una *constelación* de enunciados *lato sensu* normativos, no reductibles a uno solo. En este sentido, cualquier ensayo de formulación (si es que esto puede hacerse) parece ser inadecuado o incompleto.<sup>1379</sup>

En relación con b), Guastini sostiene que algunos principios no prescriben un comportamiento preciso, sino que encomiendan la realización de un fin u objetivo, para lo cual, los destinatarios pueden escoger entre una pluralidad de comportamientos alternativos.<sup>1380</sup>

Así mismo, en relación con este mismo punto, el autor en comento sostiene que en ocasiones, el principio en cuestión está dirigido, no al ciudadano ordinario, sino a algún sector de operadores jurídicos, como los jueces. Se trata entonces de meta-normas que frecuentemente dicen al juzgador cómo debe tratar y resolver conflictos entre otras normas del sistema, o incluso, como debe interpretar otras normas aunque no haya conflictos entre ellas (proceso de integración).<sup>1381</sup>

En relación con c), Guastini sostiene que algunos principios son fundamentales en el sentido de que a su vez, fundamentan o justifican una multitud de normas o principios.<sup>1382</sup>

---

<sup>1376</sup> Véase Guastini, Op. Cit., nota 1372.

<sup>1377</sup> Idem.

<sup>1378</sup> Idem.

<sup>1379</sup> Idem.

<sup>1380</sup> Idem.

<sup>1381</sup> Idem.

<sup>1382</sup> Idem.

En relación con d), nuestro autor sostiene que pueden darse casos en que el principio en cuestión carezca de disposición constitucional o legislativa (“principios implícitos”), en los cuales, los intérpretes, en este caso los jueces, “*construyen*” el principio manteniendo una actitud de adhesión “dogmática” al discurso positivo a efectos de que no sean culpados de desplegar funciones legislativas.<sup>1383</sup>

En este sentido, los principios implícitos no son fruto de una adscripción de significado a algún texto normativo específico, sino son el resultado de lo que Guastini denomina la “*integración*” del derecho por parte de los intérpretes.<sup>1384</sup>

Como explica el autor en comentario, los principios implícitos se dicen ser derivados algunas veces a partir de normas concretas, otras veces a partir de vastos conjuntos de aquellas (incluyendo otros principios), y en ocasiones, a partir de todo el ordenamiento jurídico.<sup>1385</sup>

En relación con e), Guastini sostiene que los principios implícitos suelen ser contruidos por los intérpretes (jueces) mediante un proceso de inducción, abstracción, generalización, y universalización a partir de otras normas (o principios) o de casos particulares de decisión.<sup>1386</sup>

Como hemos dicho, el andamiaje conceptual del profesor italiano puede considerarse como una especificación a profundidad de lo que desde el marco del Constructivismo Jurídico Cognitivo, Cáceres denomina “*operaciones hermenéuticas y estructurales*” para el procesamiento de la información (en este caso, preponderantemente legislativa) que son desplegadas por operadores jurídicos como los jueces en sus funciones cotidianas.

De este modo, podemos vislumbrar un modelo de operaciones cognitivas cuya consideración nos remite, al menos, a tomar con cautela la tesis de la ausencia de criterios de valoración probatoria. Veámoslo:

Podría considerarse que el principio de la Libre Valoración desempeña una función justificativa (inciso c de las características propuestas por Guastini) del desarrollo y ajuste discrecional (pragmático) de un conjunto de criterios de suficiencia probatoria, los cuales, como se ha dicho en la sección de la crítica a Laudan, se aplicarían ante situaciones que pueden implicar o no confrontaciones dialógicas, en diversos puntos de la estructura (representación mental) argumentativa o argumentativo-narrativa resultante de las operaciones de organización-sistematización de la información probatoria, que ocurren en cierta clase de casos.<sup>1387</sup>

Este sistema de criterios de suficiencia puede considerarse a su vez, como un conjunto de principios en su modalidad de “*doctrina implícita*” (inciso a de las características propuestas por Guastini), carente de formulación específica por parte de los operadores que la emplean (a esto volveremos en breve).

Por su parte, la severidad o rigurosidad de la doctrina de suficiencia probatoria para cierto tipo de casos recibiría fundamentación de parte de otro conjunto de principios implícitos o explícitos y/o de normas jurídicas

---

<sup>1383</sup> *Idem.*

<sup>1384</sup> *Idem.*

<sup>1385</sup> *Idem.*

<sup>1386</sup> *Idem.*

<sup>1387</sup> Véanse los números del 4-6 de la sección I de este Capítulo Sexto.

específicas (o de aglomeraciones de las mismas). Por ejemplo, en materia de juicios de pensiones alimenticias, “el principio de la supremacía del interés del menor de edad”, el principio del “interés social y orden público” de las controversias de alimentos, el principio de la “suplencia de la queja”, la “presunción de necesidad de los acreedores alimentarios”, etc.<sup>1388</sup>

La consideración de “*constelaciones normativas*”<sup>1389</sup> como la anterior (que incluye tanto principios, como normas jurídicas) contribuiría a la conformación de una meta u objetivo abstracto (inciso b de las características propuestas por Guastini), por ejemplo, “*Proteger al acreedor alimentario garantizando que sus necesidades básicas de alimentos serán satisfechas*” que, a la manera de una “*tendencia determinante*”<sup>1390</sup>, orienta el procesamiento comunitario de la información mediante la construcción y aplicación de la doctrina implícita de suficiencia probatoria anteriormente referida, cuyos elementos o componentes constituirían los *medios* para materializar dicha meta en función del tipo de caso de que se trate.

Ahora bien, la tendencia determinante y la doctrina implícita de suficiencia probatoria referidas previamente, como argumenta plausiblemente Cáceres, pueden ser el resultado de un *consenso comunitario auto-organizativamente alcanzado*; consenso en el cual son *socializados* los miembros de la comunidad judicial en cuestión mediante fenómenos tales como el *aprendizaje vicario o implícito*.

En este sentido, la imposibilidad de formular la doctrina de suficiencia probatoria podría ser el resultado no de la consideración por parte de los operadores jurídicos de que cualquier intento de formulación podría ser inadecuado o incompleto, sino derivada del hecho de que los operadores en cuestión suelen no participar conscientemente en la conformación de dicha doctrina.

Como ya puede suponerse, la doctrina de suficiencia probatoria que corresponde a cada tipo de casos, constituiría el *conocimiento heurístico*, ese conocimiento experto que se desarrolla con la experiencia y con la inmersión en las prácticas comunitarias de resolución de problemas, objeto de las actividades de *elicitación del conocimiento* por parte de Cáceres.

En efecto, puesto en la mesa ese conocimiento heurístico o doctrina de suficiencia probatoria por medio de su elicitación y representación, podemos concluir luego de su análisis, que se trata de un conjunto de estrategias *epistémicamente injustificadas* (análisis que no fue llevado a cabo por Cáceres al menos en el desarrollo del sistema EXPERTIUS, a lo cual volveremos en la crítica a su proyecto).

Sin embargo, dejando por ahora de lado la dimensión prescriptiva representada por las sugerencias y estrategias que podrían proponerse a los efectos de orientar las prácticas hacia un estado más *Truth-Promoting*, nos interesa resaltar que el *trier of fact* de la tradición del *Civil Law*, no se sustrae a la aplicación (incluso inconsciente) del sistema de criterios locales de suficiencia probatoria comunitariamente desarrollado para la diversidad de clases de

---

<sup>1388</sup> Véase el sub-inciso b del inciso C del número 1 de la sección VI del Capítulo Quinto de este trabajo.

<sup>1389</sup> Véase el inciso D del número 4 de la sección IV del Capítulo Quinto de este trabajo.

<sup>1390</sup> Véase el número 3 de la sección III del Capítulo Quinto de este trabajo.

casos que se presenta en la práctica, cuya severidad o rigurosidad, como se ha dicho, constituye una especie de reflejo del consenso en torno a la parte que se desea beneficiar o aventajar procesalmente respecto de la otra.

En este sentido, por más que en nuestro marco explicativo postulemos que hay al menos una clase de casos en que no hay criterios jurídicos para la valoración probatoria, que este estado es lo deseable debido a que sólo actuando dentro de él se puede desempeñar el papel de investigador genuino de cuestiones empíricas, y que en este estado de ausencia de criterios jurídicos se realiza una *valoración epistémicamente “pura”* del material probatorio, para después incorporar intereses ajenos a la verdad (como el de proteger procesalmente a alguna de las partes) en el momento en que se adopta la decisión probatoria final, las prácticas del *trier of fact* del *Civil Law* (basadas en el despliegue de la discrecionalidad judicial), parecen contravenirlo.

#### **4. El problema de la arbitrariedad judicial y su tratamiento por parte de TVRPJ**

Ahora bien, otra cuestión que merece nuestra atención es la relativa a la declaración *dogmática* de arbitrariedad en las decisiones judiciales por parte de TVRPJ, causalmente vinculada a la supuesta ausencia de criterios positivos derivada del principio LV:

Sostener que el mero vacío regulativo (si es que lo hubiera) implique por sí solo la creación de las condiciones para la realización de actos crueles e inmorales por parte de los jueces (por ejemplo, declarar sistemáticamente culpable a gente inocente) parece pasar por alto que los jueces son *agentes morales autónomos*, lo que significa que, pese a que puedan carecer de normas jurídicas que regulen el desempeño de cierta faceta de su actividad, ésta todavía está sujeta a los principios e imperativos de carácter moral que son aplicables a las situaciones concretas. Es como si se pensara que el juez puede actuar apegado a la moral sólo cuando sigue consejos de entidades externas (autores de dogmática o legisladores).

Por otra parte, si en efecto existen bases para sostener la existencia del problema de la arbitrariedad judicial (lo cual supondría una definición más rigurosa de dicha noción, la generación de indicadores adecuados, la realización de la investigación empírica respectiva, etc., no sólo la mera invocación de palabras de autores, sin duda importantes, como Ferrajoli<sup>1391</sup>), una de las preguntas cruciales es: *¿Cuáles son las condiciones contextuales e institucionales que han llevado a cierta comunidad judicial en cierta rama del derecho, a actuar con arbitrariedad (de acuerdo con la definición operativa del término que se haya propuesto)?*

Ámbitos como el de la psicología social<sup>1392</sup> nos ofrecen marcos de análisis plausibles, empíricamente sustentados, que podrían ser importados a los efectos de la generación y comprobación de hipótesis que intenten dar respuesta a la pregunta anterior. Podría estudiarse por ejemplo, el impacto de factores extensamente documentados como los siguientes:

---

<sup>1391</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón; Teoría del garantismo penal*, Trotta, 2006.

<sup>1392</sup> Zimbardo, Philip, *El efecto Lucifer*, Paidós, 2008.

- A) La *necesidad de conformación a las pautas de algún grupo*;
- B) El fenómeno de la *obediencia ciega a la autoridad*;
- C) Implementación de procesos de *desindividuación*;
- D) Implementación de procesos de *deshumanización* -que incluyen procesos de *desconexión moral* como la *justificación de la propia conducta dañina*, la minimización de la sensación de que existe un vínculo directo entre nuestros actos y sus consecuencias perjudiciales por medio de estrategias de *difuminación o desplazamiento de la responsabilidad*, reconstrucción de la imagen de las personas objeto de nuestros actos dañinos mediante la aplicación de *etiquetas* que los excluyen de su calidad de seres humanos;
- E) La denominada *maldad por inacción*, etc.

Así mismo, podría estudiarse el efecto de cuestiones situacionales tales como la carga de trabajo de los funcionarios respectivos, el presupuesto otorgado, el grado de preparación técnica de los funcionarios, las presiones políticas, de los medios de comunicación, la influencia de instancias superiores, de los denominados “Consejos de las Judicaturas”, etc.

En suma, si previo a aventurar explicaciones acerca de las causas de la arbitrariedad judicial en el terreno teórico, se diseñan estudios empíricos orientados al levantamiento de un modelo de los factores contextuales que tienen incidencia en la cuestión, estamos en mejores condiciones de dimensionar adecuadamente el fenómeno referido, y de hacer propuestas de solución -que probablemente impliquen la generación de políticas públicas *integrales* a gran escala- con mayor aptitud para producir los cambios deseados.

A continuación dirigiremos nuestra atención al modelo coherentista de Amalia Amaya:

### **5. El proyecto coherentista de Amaya**

A diferencia de las propuestas de Ferrer, Taruffo, etc., Amaya no propone la instauración de modelos para determinar la aceptabilidad de teorías científicas (como el de la Inferencia a la Mejor Explicación o IME) provenientes de discusiones de Filosofía de la Ciencia, como resultado de haber decretado dogmáticamente un vacío regulativo o la ausencia de criterios racionales para llevar a cabo la valoración probatoria en sede judicial.<sup>1393</sup>

Como sabemos, en términos generales la autora en comento sostiene, con base en la invocación de ciertos estudios empíricos, que independientemente de la estrategia de organización-valoración de la evidencia (atomismo u holismo) seguida, los procesos desplegados por el *fact-finder* para determinar qué hipótesis puede considerarse justificada están fundados en una *teoría coherentista* de justificación epistémica.<sup>1394</sup>

---

<sup>1393</sup> Véase el número 5 de la sección IV del Capítulo Tercero de este trabajo.

<sup>1394</sup> Idem.



En esta línea, Amaya propone a la IME como el componente crucial de lo que denomina un “*Selection Process*”, el cual constituye un sub-proceso que tiene lugar dentro del marco de un mecanismo global de “*maximización de la coherencia*” de la hipótesis fáctica en cuestión.<sup>1395</sup>

Como se ha dicho,<sup>1396</sup> el modelo de la autora puede sintetizarse de la manera siguiente:

“La creencia en la hipótesis respectiva está justificada si esa hipótesis se corresponde con la que sostendría un *fact-finder epistémicamente responsable* en virtud de haber determinado, por medio de un proceso de *maximización de coherencia* (que comprende los procesos denominados “*Generation Process*”, “*Refinement Process*” y “*Selection Process*”), que la hipótesis en cuestión satisface un *grado óptimo de coherencia (optimal coherence)*”.

Ahora bien, al desplegar las estrategias de *maximización de la coherencia*, el *fact-finder* ha de comportarse como lo haría un *agente epistémicamente responsable*, quien satisface por un lado, ciertos deberes; y por otro, exhibe ciertas virtudes, de manera apropiada para el caso en cuestión.

Los deberes son básicamente: “buscar evidencia” (mediante las estrategias de substracción, adición y reinterpretación) y “diseñar explicaciones o hipótesis alternativas”.

Por su parte, las virtudes son: diligencia, perseverancia, coraje, atinencia, ser flexible, abierto, consciente de las distorsiones emocionales que pueden incidir en su escrutinio, y emplear recursos creativos.

El grado de coherencia óptima que se requiere en cada caso (para considerar justificada una hipótesis) está determinado por una parte, por una especie de *intuición moral* (frónesis) que orienta al *fact-finder* acerca del *grado de severidad* que debe desplegar en el *escrutinio coherentista*.

Por otra parte, está determinado por constreñimientos contextuales. Es decir, por el rol que desempeña el *fact-finder* (fiscal, abogado, juez) y por las reglas que el dominio particular establece (como las reglas de exclusión de evidencia, las reglas que imponen valores probatorios a ciertos ítems de evidencia, la regla que impone el estándar de prueba, etc.).

No satisfacer estos requerimientos contextuales implicaría, de acuerdo con Amaya, “*cambiar la naturaleza del escrutinio o de la investigación*”.<sup>1397</sup>

Para comenzar nuestra crítica, primero haremos referencia a algunas de las objeciones generales que se han realizado en torno a la teoría coherentista de la justificación:

Una de esas críticas tiene que ver con predicar del *fact-finder* la tendencia a confirmar (favorecer) la teoría o hipótesis respecto de la cual, incluso por razones no epistémicas, ya se encuentra inclinado a creer.<sup>1398</sup>

La otra objeción hace referencia al problema consistente en que determinar que cierta teoría o hipótesis satisface cierto grado (óptimo) de coherencia no necesariamente implica que dicha hipótesis pueda ser considerada –

---

<sup>1395</sup> Idem.

<sup>1396</sup> Idem.

<sup>1397</sup> Idem.

<sup>1398</sup> Idem.

faliblemente- como la verdadera (una narrativa particular puede ser perfectamente coherente, sin embargo, puede ser implausible, o incluso, contradicha por la evidencia correspondiente).<sup>1399</sup>

Amalia Amaya responde a las objeciones previas destacando que en su modelo, el proceso de maximización de la coherencia es desplegado por un *fact-finder* ideal, es decir, por lo que define como un agente epistémicamente responsable.<sup>1400</sup>

En este sentido, los deberes que constriñen la actuación de este agente, así como las virtudes que exhibe, tienen el efecto de controlar la potencial subjetividad o incluso, la arbitrariedad al decidir sobre las cuestiones de hecho.

Además, sostiene la autora, la evidencia concreta para el caso en cuestión juega un papel preponderante en su modelo: No se trata pues de determinar un grado de coherencia *narrativa* (al menos no exclusivamente), sino un grado óptimo de *coherencia explicativa*.<sup>1401</sup>

La búsqueda de parte del *fact-finder* de si la hipótesis en cuestión satisface o no cierto grado óptimo de coherencia explicativa se manifiesta en una serie de sub-procesos rigurosos en los que, además de la consideración de la hipótesis inculpatoria y de la determinación del grado de fundamentación (corroboración) que recibe de parte de la evidencia correspondiente, se generan tantas hipótesis de inocencia compatibles con dicha evidencia como sea posible (construcción del “*contrast set*”); posteriormente las hipótesis generadas se someten a un proceso de depuración (“*refinement process*”) que implica la posibilidad de *reinterpretar* la evidencia con que se cuenta, a efecto de obtener las versiones más robustas de las teorías o hipótesis en juego; y por último, en el “*selection process*”, opera la IME como un mecanismo de aceptabilidad de teorías o hipótesis, con lo cual, sostiene Amaya, se garantiza que la hipótesis finalmente elegida puede ser considerada como *faliblemente verdadera*.<sup>1402</sup>

Un primer problema que se presenta en el modelo de Amaya es el relativo a lo poco adecuado que resulta importar el modelo de la IME como estructura de razonamiento para determinar qué hipótesis puede inferirse racionalmente en contextos jurídicos.

Como hemos visto,<sup>1403</sup> Laudan se ha encargado ya de mostrar cómo la IME constituye un mecanismo demasiado severo para fungir como estándar de prueba en el caso de juicios civiles en general.

En esta materia, las partes suelen presentar hipótesis que ni siquiera podrían pertenecer al conjunto inicial sobre el cual podría operar el criterio de la Inferencia a la Mejor Explicación.

En estos casos, el modelo no certificaría la inferencia de ninguna hipótesis (lo que procedería más bien, sería aplazar la decisión hasta no contarse con un conjunto de hipótesis mínimamente plausibles), y sin embargo, debe proveerse al asunto de una resolución jurídica.

---

<sup>1399</sup> *Idem.*

<sup>1400</sup> *Idem.*

<sup>1401</sup> *Idem.*

<sup>1402</sup> *Idem.*

<sup>1403</sup> Véase el número 1 de la sección II de este Capítulo Sexto.

Por su parte, en materia penal, el problema más grave es el representado por el caso en que ambas teorías, la del fiscal y la de la defensa, constituyen hipótesis plausibles. En esta situación, aun cuando la del fiscal sea la “mejor” explicación (de acuerdo con los parámetros establecidos en la versión particular de la IME que se tenga en mente), las intuiciones de la mayoría de las sociedades occidentales -materializadas en estándares como BARD (*Beyond All Reasonable Doubt*)- dictarían la procedencia de una absolución, con lo cual se estaría yendo en contra de las especificaciones del modelo de la IME.

En respuesta Amaya sostiene que en casos de empates de coherencias entre dos teorías operaría el principio del “*in dubio pro reo*”. Sin embargo, esta maniobra no es adecuada en la medida en que sólo concibe esta posibilidad en los casos de empate, con lo cual subsisten los casos en que coexiste una hipótesis inculpatoria con un mejor desempeño explicativo, y una de inocencia, en efecto inferior, pero con un grado mínimo de plausibilidad.

En este punto Amaya podría reformular su respuesta y sostener que el ámbito de aplicación del principio mencionado abarca también, además de los empates, los casos en que la historia del acusado al menos satisface un grado mínimo de plausibilidad.

Sin embargo, si esto es así, vuelve a surgir la observación de Laudan en el sentido de que entonces, cuál es la justificación de recurrir a modelos ajenos a contextos jurídicos, y en particular, al modelo de la IME, a efecto de sostenerlos como mecanismos de aplicación generalizada en derecho, si siempre (o en la mayoría de los casos) han de ser complementados o modificados con salvedades jurídicas que desvirtúan sus propósitos originales.

El problema con la importación de la IME (en cualquiera de sus versiones) puede sintetizarse diciendo que se trata de un modelo para determinar *cuándo es racional creer en cierta hipótesis*. En este sentido, el modelo en cuestión se plantea como una propuesta de las condiciones que tendrían que ser satisfechas para dar una respuesta apropiada a una pregunta perteneciente al ámbito de la *razón exclusivamente teórica*.

En el caso del derecho, las preocupaciones no son solamente de carácter epistémico (aunque se defiendan la preponderancia de dichos intereses). Nos encontramos en un contexto representativo de la *razón práctica* en el que al diseñador del sistema o proceso en cuestión se le presenta el reto de tomar una decisión de *política pública* que ha de resolver la cuestión de cómo convivirá el interés en dotar al sistema de un perfil que le permita averiguar faliblemente la verdad, con otros intereses de índole extra-epistémica (incluso política); es decir, la cuestión de las concesiones que, como sociedad, estamos dispuestos a que la verdad haga ante los reclamos legítimos de cesión de terreno de parte de otros intereses; concesiones que habrán de reflejarse en la estructura del sistema correspondiente.

Un interés extra-epistémico fundamental es el de la dosis de beneficio de la duda que deseamos se conceda al acusado en materia penal. Este interés u objetivo suele impregnar una pléyade de reglas de diversas clases en distintas etapas del proceso (o procedimiento) en cuestión. Sin embargo, la regla que por antonomasia receipta la influencia de dicho interés es la que establece el estándar de prueba (por ejemplo, BARD), es decir, precisamente la regla que establece el umbral de suficiencia probatoria (la regla que establece el criterio cuyo seguimiento le permite al *trier of fact* inferir la hipótesis jurídicamente aceptable).

Por su parte, al seguir el criterio de suficiencia probatoria impuesto a nivel de política pública para el dominio en cuestión, el *trier of fact* puede (e incluso “debe”) ignorar sus creencias, aunque éstas tengan un sustento racional en términos de estar apoyadas en evidencia relevante (piénsese en aquellos casos que no satisfacen un 90% o más de probabilidades, que sin embargo se ubican en algún punto del rango que va del 50%+ al 89.9%).

En estos casos, el *trier of fact* debe absolver aunque tenga razones epistémicas que, desde el punto de vista exclusivo de la razón teórica, fundamenten una decisión de condenar, en virtud de que proporcionan *sustento racional* a la creencia en la culpabilidad del acusado.

Resulta entonces más conveniente hablar de una actitud proposicional diferente a la de “*creencia*” respecto de la hipótesis de culpabilidad. Siguiendo a Ferrer, se tendría que hablar más bien de la actitud de “*aceptación*” o no de dicha hipótesis.<sup>1404</sup>

Como explica Ferrer (atendiendo al marco de análisis de Jonathan Cohen),<sup>1405</sup> la actitud de aceptación posee dos características fundamentales: es voluntaria y contextual.

El carácter “*context-dependent*” de la actitud de aceptación precisamente captura el efecto que las consideraciones extra-epistémicas (como la incorporación de cierta dosis de beneficio de la duda a favor del acusado) tienen en términos de la instauración de un criterio de suficiencia probatoria con cierto grado de severidad.

En este sentido, el *trier of fact* puede *creer* justificadamente que Pérez cometió el delito que se le imputa, sin embargo, si imperan estándares como BARD, esto no es suficiente para *aceptar* la proposición que predica su culpabilidad.

Así, la actitud proposicional de aceptación o no respecto de la hipótesis en cuestión es más apropiada para dar cuenta del hecho de que las decisiones relativas a qué proposiciones deben considerarse probadas o no en derecho constituyen un ámbito propio de la razón práctica, con lo que se quiere decir que las razones epistémicas (el interés en averiguar faliblemente la verdad) constituyen sólo un sub-conjunto del conjunto total de razones e intereses (objetivos o valores) que el diseñador del sistema toma en cuenta a los efectos de establecer un determinado criterio de suficiencia probatoria.

Ahora bien, otro problema que se presenta en la propuesta de Amaya tiene que ver con su aseveración de que el grado óptimo de coherencia que cierta hipótesis debe satisfacer en algún contexto jurídico está determinado, de un lado, por una especie de *intuición moral generalizada* (frónesis), y de otro, por factores específicos tales como: el papel (o rol) que desempeña el operador jurídico de referencia, el momento procesal de la investigación, y fundamentalmente por las reglas jurídicas que regulan la indagación.

Como se ha dicho, según la autora, cualquier modificación a las reglas jurídicas que conforman el proceso respectivo, constituiría una *desviación de la naturaleza* propia del ámbito o materia (civil, penal, etc.) en que se desempeña el operador de que se trate (por ejemplo, el *trier of fact*).

---

<sup>1404</sup> Véase inciso A del número 9 de la sección II del Capítulo Tercero de este trabajo.

<sup>1405</sup> Idem.

Sostenemos que lo anterior constituye un problema por las siguientes razones:

Hemos criticado al proyecto de epistemología jurídica de Laudan básicamente por tratar el problema de la potencial subjetividad (o arbitrariedad) de parte del *trier of fact* al valorar la evidencia, adhiriéndose a una concepción limitada de aquello en lo que podría consistir la especificación de una política de suficiencia probatoria para cierto dominio.<sup>1406</sup>

La concepción limitada referida implica la propuesta de un *test* global que no realiza especificación alguna en torno a ciertas actividades epistémicas más básicas, tales como la determinación de la relevancia epistémica de ciertos elementos informativos, la organización-sistematización de la evidencia, así como la determinación tanto de los grados de confiabilidad o credibilidad, como de grados de plausibilidad que corresponde atribuir a distintas proposiciones en diversos puntos de la estructura argumentativa o argumentativo-narrativa del caso en cuestión.<sup>1407</sup>

Como se ha dicho, pese a que la instauración de dicho *test* (a practicarse respecto de la hipótesis de culpabilidad en el caso de la materia penal) podría disminuir las dimensiones del problema de la potencial subjetividad-arbitrariedad de parte del *trier of fact*, esta estrategia deja sin tocar aspectos cruciales del razonamiento probatorio, tales como la articulación (explicitación) de las generalizaciones empíricas que posibilitan la realización de las inferencias correspondientes a partir del contenido proposicional de los medios probatorios de que se dispongan, así como la propuesta de mecanismos de escrutinio del fundamento epistémico de dichos componentes.<sup>1408</sup>

Pues bien, pese a que Amaya también reconoce la presencia del problema de la potencial subjetividad-arbitrariedad (al menos en el terreno teórico y para el caso de otros modelos coherentistas), su propuesta resulta aún menos prometedora en términos de proporcionar al *trier of fact* alguna pauta para la realización de las tareas epistémicas previamente referidas:

En su modelo, el *trier of fact* ya está equipado de forma natural para no incurrir en juicios subjetivos y arbitrarios respecto de los hechos que pretende establecer, en la medida en que su *intuición moral* lo guía para una evaluación siempre apropiada de la evidencia. En este sentido, no es necesaria ninguna reflexión epistémica orientada a la mitigación (en mayor o menor grado) del problema de la potencial subjetividad-arbitrariedad, debido a que en el modelo de Amaya, el problema *ni siquiera existe*.<sup>1409</sup>

Desde el punto de vista de alguien interesado en encausar un conjunto particular de prácticas (como las que caracterizan al sistema mexicano de procuración e impartición de justicia penal) hacia un estado *Truth-Promoting*, el modelo de Amaya no parece tener el potencial mínimo de manifestarse en una política pública eficaz, aunque claro,

---

<sup>1406</sup> Véanse los números 4-6 de la sección I de este Capítulo Sexto.

<sup>1407</sup> *Idem.*

<sup>1408</sup> *Idem.*

<sup>1409</sup> Curiosamente, la autora en comento parece actuar como una defensora recalcitrante de una postura según la cual poco importa tomar en cuenta las propiedades y características de un *trier of fact* de carne y hueso, o los contextos y tradiciones jurídicas en que éste se desempeña. Si su práctica no se ajusta a las especificaciones ideales del modelo, peor para él(ella).

sería maravilloso que el estado de cosas descrito con anterioridad<sup>1410</sup> pudiera cambiar con la sola emisión de una instrucción del tipo “compórtense como agentes epistémicos responsables” dirigida a los operadores jurídicos correspondientes.

Sin embargo, en el terreno estrictamente conceptual, el modelo de la autora en comentario presenta un problema de inconsistencia teórica en la medida en que la intuición moral referida (frónesis) no es la única guía para el *trier of fact* al realizar las operaciones de ponderación probatoria: Amaya sostiene que aquella debe amalgamarse con, o ajustarse sin más preámbulos a, las reglas jurídicas propias del proceso en el que el *trier of fact* desempeña sus funciones, en virtud de que dichas reglas especifican la “*naturaleza*” del ámbito de decisión en cuestión.

La autora en comentario no es muy clara en relación con este punto, no obstante, una posible lectura sería que Amaya sostiene que el *trier of fact* –un agente epistémicamente responsable- considera (o debe considerar) moralmente justificado el contenido contingente de las reglas jurídicas que instituyen un proceso jurisdiccional, ya sea que éste sea *truth-promoting*, o ya sea que dicho contenido genere consecuencias en cascada tales que el sistema en cuestión, constituya lo que Carnelutti denominaba un mero *mecanismo de fijación formal de los hechos*, un sistema dogmático de investigación empírica, un sistema *truth-thwarting*.

Una primera observación respecto de lo anterior es que Amaya parece asumir implícitamente una postura a la que Bobbio se referiera como “*Positivism Jurídico como Ideología*”, según la cual existe el deber moral de obedecer el derecho positivo –en este caso, las normas jurídicas que conforman el entorno institucional al que solemos denotar como “proceso jurisdiccional”- cualquiera que sea su contenido (incluso aunque éste sea inmoral o preponderantemente contra-epistémico).<sup>1411</sup>

Además de los problemas clásicos vinculados al Positivism Jurídico como Ideología (tales como considerar moralmente justificados regímenes como el de la Alemania Nazi), lo anterior genera una inconsistencia grave con la aseveración de Amaya de que su modelo garantiza faliblemente, la obtención de la verdad en torno a las cuestiones fácticas alegadas por las partes.

En este sentido, cómo puede sostenerse que se actúa en el marco de un compromiso con la averiguación falible de la verdad sustentado en el modelo coherentista de Amaya cuando sin mayor reflexión al respecto el agente “epistémicamente responsable” debe aceptar como moralmente justificado, y seguir, un conjunto de reglas jurídicas tales como aquellas que establecen la obligación de excluir evidencia relevante en ciertos casos, la imposibilidad de realizar inferencias comunes en otros contextos, reglas que motivan al acusado a no tomar el estrado, que establecen un mecanismo asimétrico de apelaciones (que privilegia la apelación de condenas), que imponen estándares de

---

<sup>1410</sup> Véanse los sub-incisos a-i del inciso B del número 8 de la sección I de este Capítulo Sexto.

<sup>1411</sup> Véase Bobbio, Norberto, *El problema del Positivism Jurídico*, trad. de E. Garzón Valdez, Buenos Aires, 1965; Jimenez Cano, Roberto, “Posotivismo ideológico e ideología positivista en Norberto Bobbio; precursor del positivismo ético”, en: [http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/6496/1/positivismo\\_jimenez\\_wp\\_2009.pdf](http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/6496/1/positivismo_jimenez_wp_2009.pdf); Esquivel, Javier, “Positivism Jurídico y Jusnaturalismo”, en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/422/14.pdf>; Navarro, Pablo, “Tendencias en la Teoría del Derecho Contemporánea”, en: [http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01372719768028837422802/doxa24/doxa24\\_07.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01372719768028837422802/doxa24/doxa24_07.pdf)

suficiencia probatoria no sólo subjetivos (como la detección de estados internos de convencimiento), sino excesivos en términos de la atribución de probabilidades de alrededor del 90% o más a la hipótesis de culpabilidad, etc.

Como sabemos, las reglas jurídicas previamente aludidas contribuyen a la conformación de un sistema *truth-thwarting* orientado a la protección excesiva de la clase genérica del “acusado” (sea éste materialmente inocente o materialmente culpable).<sup>1412</sup>

La operación cotidiana de un sistema de este tipo plausiblemente genera un alto riesgo para el ciudadano común de ser victimizado en la medida en que el procedimiento penal en cuestión incumple con su obligación de desincentivar a los potenciales delincuentes de la comisión de actos delictivos (debido a que presumiblemente saben que, por la implementación de estándares excesivamente rigurosos como BARD y por la presencia de otras reglas protectoras, probablemente no serán condenados si deciden delinquir), y en virtud del aumento previsible en los índices de criminalidad en un periodo determinado (que probablemente involucra delitos serios o graves), derivado de la ausencia del efecto de *incapacitación por encarcelamiento* que podría haberse producido respecto de los denominados “ofensores reincidentes” si existieran las condiciones (por ejemplo, un estándar menos riguroso) para condenar – acertadamente- en más ocasiones.<sup>1413</sup>

Ahora bien, Amaya no toma en cuenta el entorno de las prácticas en las que puede encentrarse inserto el *trier of fact* (o más genéricamente el *fact-finder*). En este sentido, no especifica si la intuición moral –frónesis- a la que se refiere debe ajustarse no sólo al marco jurídico que regula el procedimiento en cuestión, sino también a los criterios pragmáticamente desarrollados por la comunidad de referencia para la recolección y valoración de la evidencia.

Si la respuesta es afirmativa, surge una cuestión semejante a la que plantea la modalidad previa de sistema *truth-thwarting* (la de un procedimiento excesivamente protector de la clase genérica del “acusado”).

Si tomamos en consideración el modelo tentativo que se ofreció en secciones previas relativo al funcionamiento en la práctica del procedimiento penal mexicano, podemos hablar de otra modalidad de sistema *truth-thwarting* que es contraria a un sistema excesivamente protector del acusado. En efecto, se trata de un *sistema de fabricación de culpables*.

En el marco de este sistema de fabricación de culpables, ¿cómo puede Amaya sostener que su modelo garantiza la obtención de la verdad cuando se sostiene que la intuición moral del agente “epistémicamente responsable” (en este caso el *trier of fact*), la cual lo guía en la valoración de la evidencia y en la determinación del grado óptimo de coherencia que debe ser satisfecho por la hipótesis inculpatoria, debe sujetarse a ciertas prácticas como a las que nos referimos como “operaciones de blindaje del caso de la acusación”?<sup>1414</sup> ¿Cómo puede sostenerse una actuación epistémicamente responsable de un agente que participa de un “*Witch-Hunt*” instaurado en la práctica?<sup>1415</sup>

---

<sup>1412</sup> Véase el número 1 de la sección I de este Capítulo Sexto.

<sup>1413</sup> Véase el número 3 de la sección VIII del Capítulo Segundo, así como el número 1 de la sección I de este Capítulo Sexto.

<sup>1414</sup> Véase el sub-inciso h del inciso B del número 8 de la sección I de este Capítulo Sexto.

<sup>1415</sup> Véase el inciso B del número 9 de la sección I de este Capítulo Sexto.

El punto es que al supeditar la actuación epistémicamente responsable al estricto apego a los criterios legalmente instaurados (marco jurídico-normativo) o pragmáticamente desarrollados (que bien pueden contravenir la teleología de las normas constitutivas del marco jurídico vigente y sólo simular su cumplimiento), Amaya parece estar incurriendo en un error categorial: Confundir un veredicto *epistémicamente correcto*, con un *veredicto jurídicamente válido*.

Cuando por definición, un veredicto epistémicamente correcto se subsume en la categoría de los veredictos jurídicamente válidos, automáticamente se cancela cualquier posibilidad de crítica epistémica a las normas jurídicas y a las prácticas que conforman un procedimiento penal.

A la postura anterior, en contraste con la actitud de Carnelutti de considerar por *default* que las reglas jurídicas son necesariamente *truth-thwarting*, subyace la tesis de que, igualmente por definición, las reglas jurídicas son *truth-promoting* (el extremo opuesto).

Sin embargo, como sabemos, los caracteres *truth-promoting* o *truth-thwarting* de las normas y prácticas que conforman un pretendido sistema jurídico de investigación empírica, no pueden decretarse dogmáticamente, sino que han de diagnosticarse mediante un análisis epistémico riguroso al respecto.

Y, en todo caso, si el diagnóstico es negativo (*truth-thwarting*), el sistema ha de ganarse a pulso su orientación hacia la verdad por medio de la realización de las modificaciones pertinentes que permitan sostener que es verdadera la proposición que describe al procedimiento en cuestión, como un sistema que en la mayoría de las ocasiones, ya cuando condena, ya cuando absuelve, lo hace sobre la base de una genuina investigación empírica, es decir, sobre la base de haber determinado acertadamente (aunque faliblemente claro), lo que sucedió.

Ahora bien, Amaya podría argumentar que está presuponiendo un marco jurídico (y unas prácticas) generado a su vez, por agentes ideales epistémicamente responsables. Es decir, por legisladores plenamente informados de las consecuencias epistémicas de sus decisiones en torno a la manera en que se estructura el procedimiento en cuestión, quienes han optado por la configuración más apropiada en términos de una convivencia entre la verdad y otros intereses en la que la primera es preponderante. En este escenario es más razonable sostener que los *fact-finders* (incluidos los *triers of fact*) deben sujetarse sin más al marco jurídico que regula su actuación.

El problema con esta respuesta es que desafortunadamente las personas que participamos en los contextos cotidianos que se generan en la vida social, no solemos reunir los requisitos de estos perfiles ideales de desempeño: los investigadores o inspectores (la policía judicial o ministerial) no son innatamente propensos al tratamiento cuidadoso y diligente de la escena del crimen, a la generación de hipótesis creativas para explicar los hechos, a la consideración de múltiples líneas de investigación; los *triers of fact* (generalmente los propios jueces en el caso de la tradición del *Civil Law*) igualmente no exhiben una tendencia natural para la valoración cautelosa de la evidencia; por su parte, los legisladores no son propensos a vislumbrar, de manera natural, las consecuencias epistémicas de sus decisiones al otorgar cierta configuración al procedimiento en cuestión; y por último, las comunidades de funcionarios jurídicos encargados de procurar e impartir justicia no son ámbitos herméticos, sino *sistemas abiertos* sujetos a presiones



endógenas y exógenas como resultado de sus interacciones comunicativas con otros sistemas (otras instituciones, la sociedad civil, los medios de comunicación, etc.).

Las preguntas que surgen en este contexto en que no se parte del supuesto de que “*todo marcha perfectamente en el plano ideal*”, o en que no es suficiente con señalar o especificar en abstracto los escenarios ideales para que *ipso facto* se genere un cambio en las prácticas respectivas, son: ¿Cuáles son los factores personales, motivacionales, situacionales e institucionales que inciden en la configuración de diversas modalidades de sistemas *truth-thwarting*? ¿Cómo lograr el tránsito de un estado *truth-thwarting* en el que suelen encontrarse los sistemas y prácticas que conforman diversos procedimientos penales (al menos de las sociedades occidentales) hacia un estado *truth-promoting*?

Pues bien, con la discusión precedente del modelo coherentista de Amaya hemos concluido la crítica a la comunidad de TVRPJ. Es momento ahora de continuar con nuestra discusión tomando como referente la línea de investigaciones al interior de la *AI and Law* orientada al desarrollo de los denominados *modelos dialécticos de argumentación jurídica*.

### III. LOS MODELOS DIALÉCTICO-PROCEDURALES DE ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE LA ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND LAW (AI AND LAW)

Como se ha dicho, el abordaje de las actividades argumentativas de los juristas ha cobrado gran importancia en las investigaciones, tanto de la denominada *Computational Legal Theory (CLT)* –la rama teórica de la *AI and Law*<sup>1416</sup> – como de su rama práctica (orientada a la pronta manifestación de la investigación respectiva en prototipos preliminares susceptibles de depuraciones progresivas).<sup>1417</sup>

Los productos de esta línea de trabajo son actualmente denotados con la expresión “*modelos dialécticos (o dialéctico-procedurales) de argumentación jurídica*”, los cuales, en el caso de la *CLT*, suelen proponerse en modalidad informal mediante el uso de algún lenguaje natural,<sup>1418</sup> o en modalidad formal, mediante el empleo de lenguajes artificiales (que implican desarrollos en el ámbito de la *lógica no-monotónica*, así como en el ámbito de la conocida como “*dialéctica formal*”).<sup>1419</sup>

No obstante, ambas modalidades (formal e informal por igual) suelen valerse de, y en ese sentido, se han visto enormemente beneficiadas por, la utilización de técnicas de diagramación argumentativa –inspiradas en los trabajos pioneros en el campo de la lógica informal<sup>1420</sup> (“*Informal Logic*”)- las cuales incluso han sido materializadas en sistemas computacionales que proporcionan asistencia al usuario en términos de la reconstrucción y representación gráfica-visual de la argumentación respectiva, a los que se denota genéricamente con la expresión “*Sense-Making software*”.<sup>1421</sup>

Ahora bien, con el objetivo por un lado, de rastrear la influencia de diversas teorías (provenientes de los campos generales de la argumentación y de la Lógica Informal) en el desarrollo de esta línea de investigación al interior de la *AI and Law*, y de otro, a los efectos de monitorear y discutir los avances de la comunidad en torno a estas cuestiones, Prakken y Bench-Capon diseñan un marco de análisis que comprende cuatro grandes rubros: Las denominadas “*capa lógica*”, la “*capa dialéctica*”, “*capa procedural*” y “*capa heurística*”:

---

<sup>1416</sup> Como sabemos, no obstante a ser tildada de “rama teórica”, la *CLT* no pierde de vista la eventual manifestación computacional de sus teorías en términos de sistemas concretos.

<sup>1417</sup> Véase la sección I del Capítulo Cuarto de este trabajo.

<sup>1418</sup> Véase la sección II del Capítulo Cuarto de este trabajo.

<sup>1419</sup> Véase la sección III del Capítulo Cuarto de este trabajo.

<sup>1420</sup> Véase la sección IV del Capítulo Cuarto de este trabajo.

<sup>1421</sup> Idem.

Capa Lógica	Capa Dialéctica	Capa Procedural	Capa Heurística
La teoría de Toulmin sobre la estructura general de los argumentos derrotables, la cual se basa en las llamadas “ <i>warrants</i> ”.	La teoría del razonamiento derrotable de Pollock, con especial referencia a sus conceptos de “ <i>Undercutter</i> ” y de “ <i>Rebutter</i> ”,	La tradición filosófica que enfatiza el aspecto procedural de la racionalidad: Rawls; Rescher; Habermas; Alexy (en el campo jurídico). La teoría de las diversas clases de diálogos, así como de las transiciones inter-dialécticas de Walton.	La teoría de las estrategias heurísticas de convencimiento en vista de una “audiencia universal de Perelman y Olbrechts-Tyteca.
La teoría de los “ <i>Esquemas Argumentales</i> ”, desarrollada en los trabajos de Kienpointer <sup>1423</sup> Eemern, Walton, y Blair. Dicha teoría constituye una extensión de las investigaciones inauguradas por Toulmin en torno a la estructura de los argumentos derrotables.	El modelo abstracto del estatus de los argumentos a partir de la consideración de sus contra-argumentos de Dung; y de Bondarenko et. al.	La <i>Formal Dialectic</i> de Hamblin y de MacKenzie	Las teorías sobre las condiciones de la argumentación persuasiva en el contexto de una negociación de Graus, et. al; y Parsons, et. al.

Las dos primeras capas concentran los estudios relativos a la estructura básica de la argumentación jurídica, cuyo aspecto crucial consiste en ser *derrotable* (característica a la que también se le denomina “*no-monotonidad*”).

En el primer rubro quedarían ubicadas las reflexiones generales sobre el denominado razonamiento *presuntivo* o *plausibilista*, el cual se caracteriza por el empleo preponderante de generalizaciones (*warrants*) de sentido común (recordar el esquema general de razonamiento presuntivo propuesto por Toulmin)<sup>1423</sup>; y más específicamente, incluye las reflexiones acerca de tipos específicos de dichas *warrants*, lo cual ha dado paso al desarrollo de la teoría de los *esquemas argumentales*, con sus correspondientes *Critical Questions*.<sup>1424</sup>

Por su parte, en la segunda capa se ubicarían los estudios relativos a las diversas modalidades de ataque que pueden presentarse entre argumentos (“*undercutters*” y/o “*rebutters*”)<sup>1425</sup>, la forma de modelar el fenómeno de las inversiones de cargas probatorias (*Burden of Production* y *Tactical Burden of Proof*), las presunciones, así como el estatus de cada argumento individualmente considerado, y en el contexto de su confrontación con otros (“*winner*”, “*overruled*”, o “*defensible*”).<sup>1426</sup>

Las dos últimas capas o rubros comprenden respectivamente, las cuestiones relativas al *marco dialógico* o *protocolo procedural* que regula el intercambio argumentativo,<sup>1427</sup> así como las estrategias de buen desempeño que permitirían a los participantes “ganar” la partida argumentativa.<sup>1428</sup>

En su diagnóstico de la cuestión, Prakken y Bench-Capon dan cuenta de que las investigaciones del la CLT se han concentrado preponderantemente en las tres primeras capas o rubros.

<sup>1423</sup> Véase el número 4 de la sección II del Capítulo Cuarto de este trabajo.

<sup>1424</sup> Véanse los números 6-10 de la sección II del Capítulo Cuarto de este trabajo.

<sup>1425</sup> Idem.

<sup>1426</sup> Idem.

<sup>1427</sup> Idem.

<sup>1428</sup> Idem.

## 1. Los procesos jurisdiccionales y el marco dialógico de la *Critical Discussion* (o *Persuasion Dialogues*). ¿Variaciones sobre un mismo tema?

Comenzaremos nuestra discusión centrándonos en los aspectos procedurales de la argumentación jurídica según son entendidos por la comunidad de referencia, para lo cual, hemos de decir como preámbulo, que las vertientes informal y formal de la CLT han transitado por diversas rutas hasta llegar al punto de abordar dichas cuestiones. Veámoslo:

La vertiente informal, en esta investigación representada por los trabajos de Walton, ha considerado los aspectos procedurales como *intrínsecamente vinculados* al desarrollo de la teoría de los esquemas argumentales. En otras palabras, el elemento procedural ha estado presente concomitantemente a las consideraciones relativas a la estructura lógica de dichos esquemas. En este sentido, el legítimo empleo de estos “actos discursivos”, en la práctica está condicionado por el *marco dialógico* que regula el intercambio comunicativo en cuestión, de tal suerte que sólo ciertos esquemas argumentales constituyen “jugadas” válidas en función del marco dialógico de referencia (“*persuasion*”, “*Inquiry*”, “*Negotiation*”, “*Information-Seeking*”, etc.).<sup>1429</sup> De no pertenecer a este conjunto de jugadas permitidas, la instancia de esquema argumental concreta deviene en instancia de una *falacia informal*.<sup>1430</sup> Sin embargo, la determinación de la validez de la instancia del esquema argumental en cuestión, no se agota con la mera revisión del catálogo de movidas permitidas en el tipo de diálogo en que ocurre el intercambio discursivo, sino que se complementa con la *evaluación* de la misma, la cual se lleva a cabo con base en las *Critical Questions* asociadas al esquema argumental de que se trate.<sup>1431</sup>

Por su parte, la vertiente formal, representada en este trabajo por las investigaciones de Henry Prakken,<sup>1432</sup> previo a la consideración de los aspectos procedurales de la argumentación jurídica, el desarrollo de su *argument-based non-monotonic logics for legal reasoning* ha tenido que pasar por lo que Jaap Hage ha caracterizado como las etapas “*static dialectics*”, “*dynamic dialectics*” y “*dialogical-dynamic dialectics*”:<sup>1433</sup>

En la primera de ellas, a los efectos de determinar que una proposición se sigue (faliblemente, ya que se trata de una clase de lógica no-monotónica) de otras, el modelo de Prakken exigía considerar el conjunto total de argumentos *posibles* a favor y en contra, sin importar la dinámica argumentativa que de hecho hubiera tenido lugar. En este sentido, la proposición en cuestión será *válida* si se encuentra respaldada por alguna “*winning strategy*” (por una especie de “*jaque-mate*” considerando las mejores jugadas posibles de ambos competidores).<sup>1434</sup>

La segunda etapa de desarrollo, la *dynamic dialectics*, está basada en el concepto de “*bounded rationality*”, es decir, ya no en la consideración de todas las jugadas argumentativas posibles a favor y en contra de una proposición

---

<sup>1429</sup> Véase el número 2 de la sección II del Capítulo Cuarto de este trabajo.

<sup>1430</sup> *Idem.*

<sup>1431</sup> *Idem.*

<sup>1432</sup> Véase la sección III del Capítulo Cuarto de este trabajo.

<sup>1433</sup> Véase Hage, Jaap, “Dialectical Models in Artificial Intelligence and Law”, en *Artificial Intelligence and Law Journal*, Volume 8, Numbers 2-3

<sup>1434</sup> *Idem.*

determinada, sino en los argumentos que, *de hecho*, son ofrecidos por las partes. En este nuevo escenario, la base de premisas iniciales ya no es considerada como inmodificable y rígida, sino *flexible y dinámica*. Esta nueva característica requiere del desarrollo de reglas (de un *protocolo*) que por un lado, regulen la forma en que los participantes del diálogo intercambian actos discursivos, y por otro, que regulen los efectos que dichos actos tienen en relación con el denominado “*commitment set*” (el conjunto que contiene un registro de las proposiciones con las que están comprometidas las partes en algún punto del desarrollo del diálogo).<sup>1435</sup>

Por su parte, la tercera etapa, en la *dialogical-dynamic dialectics*, a diferencia de la etapa anterior en que el protocolo de intercambios comunicativos es derivado de una especie de “*racionalidad procedural general*” (todas aquellas reglas ideales que sean *coherentes* en el sentido de propiciar la consecución adecuada del objetivo del diálogo en cuestión), se toman en cuenta, al menos en teoría, las *reglas específicas* constitutivas de alguna clase de proceso jurisdiccional particular (que es el entorno discursivo por excelencia, en el que tiene lugar la argumentación jurídica) al efecto de hacer más realistas los modelos generados.<sup>1436</sup>

Ahora bien, independientemente de las trayectorias anteriormente esbozadas, seguidas a los efectos de abordar el estudio de los aspectos procedurales (relativos al protocolo que regula el intercambio argumentativo, los efectos de cada argumento en la discusión, así como las condiciones de terminación de la misma), ambas modalidades de la CLT, la informal y la formal, convergen en considerar que la argumentación jurídica que acontece en el marco de los diversos procesos jurisdiccionales, puede ser modelada recurriéndose al tipo general de diálogo conocido como “*critical discussion*” (CD), cuyo objetivo primordial consiste en resolver una diferencia de opiniones entre dos partes denominadas *proponent* y *opponent*, con base en los *argumentos racionales* que cada una de ellas aduzca a favor de su postura.

Las reglas más generales del marco CD, de acuerdo con Walton, son las siguientes:

1. “Parties must not prevent each other from advancing or casting doubt on standpoints-arguments.
2. Whoever advances a standpoint-argument is obliged to defend it if asked to do so.
3. An attack on a standpoint-argument must relate to the standpoint-argument that has really been advanced by the protagonist.
4. A standpoint-argument may be defended only by advancing argumentation relevant to that standpoint.
5. A person can be held to the premises he leaves implicit.
6. A standpoint must be regarded as conclusively defended if the defense takes place by means of the common starting points.

---

<sup>1435</sup> *Idem.*

<sup>1436</sup> Decimos que las reglas jurídico-procesales se toman en cuenta al menos en teoría, debido a que, como veremos a continuación, no se realiza un análisis riguroso en el sentido de determinar si, en efecto, ciertas reglas jurídicas establecen condiciones para una resolución justa de la controversia en cuestión (lo cual requeriría el establecimiento democrático de un balance racional entre el objetivo de averiguar faliblemente la verdad y otros intereses), sino que simplemente se asume que las reglas jurídicas en general, están bien diseñadas de acuerdo con los principios de la racionalidad procedural aplicable a la resolución efectiva de controversias, y se elaboran modelos abstractos que pretenden capturar de forma más realista, aspectos tales como la intervención del juez, a quien se le atribuye un papel mediador en las primeras etapas, y un papel de decisor neutral en la etapa final.

7. A standpoint must be regarded as conclusively defended if the defense takes place by means of arguments in which a commonly accepted scheme of argumentation is correctly applied.
8. The arguments used in a discursive text must be valid or capable of being validated by the explicitization of one or more unexpressed premises.
9. A failed defense must result in the protagonist withdrawing his standpoint and a successful defense must result in the antagonist withdrawing his doubt about the standpoint.
10. Formulations must be neither puzzlingly vague nor confusingly ambiguous and must be interpreted as accurately as possible.

Violations of these rules of collaborative critical discussion are identified by Van Eemeren and Grootendorst with informal fallacies. For example, committing the *ad baculum* fallacy would be seen as a violation of rule 1, which forbids parties from using force to try to prevent the other from advancing arguments...<sup>1437</sup>

Siguiendo esta línea, las reglas propias del tipo de proceso jurisdiccional en cuestión son concebidas como meras especificaciones, adiciones o desarrollos más sutiles de este marco dialógico general.

En este sentido, Walton sostiene lo siguiente:

“The (main) thesis... is that *the core structure of the trial can usefully be modeled, from a logical point of view, as being that of the critical discussion, a type of persuasion dialogue...* The dialogue structure of the trial is more complex than that of the simple persuasion dialogue. But *the underlying aim of the whole dialogue as a goal-directed structure of argumentation is to provide a larger forum for dispute resolution through the provision of due process.* Thus, the purpose of the rules of evidence becomes apparent. *These rules are designed to prevent the dispute from degenerating by a dialectical shift into the kind of pervasive quarrel in which the stronger side crushes the weaker by using all kinds of irrelevant and fallacious arguments. Such eristic arguments might persuade the jury, but at the cost of pushing aside and subverting the critical discussion dialogue that is so essential to a fair trial.*”<sup>1438</sup>

Por su parte, Prakken presenta su “*Adjudication Dialogues*” o *Dialogo de Adjudicación*, a la manera de una serie de complementaciones, adiciones o modificaciones a la estructura dialógica general denominada “*Persuasion Dialogues*” (otro nombre de la *critical discussion*<sup>1439</sup>). En este sentido, el autor en comento sostiene lo siguiente:

“... So far, most studies of the dialogical aspects of legal reasoning have, either explicitly or implicitly, applied the model of so-called *persuasion dialogue* as developed in argumentation theory... In persuasion dialogues two self-interested parties aim to persuade each other that they are right and the other is wrong. Although this is clearly what happens between a plaintiff and a defendant in a civil case and between the prosecutor and an accused in a criminal case, *the persuasion model leaves no room for an adjudicator.* In persuasion, as modeled in argumentation theory *the disagreeing parties are in full control of the outcome; if they do not want to admit that they are wrong, they cannot be forced to do so. In legal procedures, by contrast, the outcome ultimately depends on the adjudicator’s decision; so in legal procedures the disagreeing parties should not persuade each other but the adjudicator...* legal procedures do not fully fit the model of persuasion dialogue... *our aim... is to add a model of so-called adjudication dialogues to the study of formal dialectics in argumentation theory...*”<sup>1440</sup>

<sup>1437</sup> Véase Walton, Douglas, *Legal argumentation and Evidence*, 2002, p. 166.

<sup>1438</sup> Ibidem, pp. 170-171.

<sup>1439</sup> Aunque para Walton, el marco dialógico de la *Critical Discussion* sería una especie de la clase general del “*Persuasion Dialogues*”.

<sup>1440</sup> Walton, Op. Cit, nota 1437.

Como puede observarse, para ambos autores, las reglas jurídico-procesales desempeñan el papel de asegurar las condiciones de un *procedimiento "justo"* para la resolución de controversias, por ejemplo, impidiendo que las partes recurran al empleo de información irrelevante y de argumentos falaces en respaldo de sus tesis (única función predicada de las reglas de evidencia), y/o impidiendo que el diálogo respectivo caiga en un *bypass* de indeterminación resolutive como consecuencia de la posibilidad que las partes tienen de simplemente negarse a admitir que están equivocadas al ser confrontadas con un argumento racionalmente superior (mediante la concesión al juez, un supuesto *tercero neutral*, de la facultad de resolver definitivamente, al menos desde el punto de vista jurídico, las correspondientes disputas).

Sin embargo, como efecto negativo de considerar a los procesos jurisdiccionales en forma de meras *variaciones* sobre el *tema principal* impuesto por el modelo de la CD, los autores citados no prestan mayor atención a las reglas procesales que *de hecho* conforman alguna clase de proceso jurídico, simplemente las asumen como un *fenómeno dado*, dando por sentado que poseen un carácter al que podemos denominar "*fair-resolution-promoting*".

Lo anterior no les permite considerar que, por ejemplo en el caso de las denominadas *rules of evidence*, éstas pueden imponer requisitos adicionales a la relevancia de los medios probatorios a efecto de determinar su *admisibilidad*. La falla en la satisfacción de estos requisitos conduce al fenómeno de la exclusión de evidencia relevante (en este sentido, contrario a lo que piensa Walton, las reglas de evidencia no sólo desempeñan la función de establecer el catálogo de "jugadas" permitidas a efectos de evitar el empleo de información irrelevante y de argumentos falaces asegurando con ello la racionalidad procedimental de la discusión, sino que también pueden coartar ciertas jugadas que serían correctas desde el punto de vista epistémico, con lo cual se atenta contra la regla 4 de la *Critical Discussion*).

En otras palabras, no toman en cuenta el posible carácter *truth-thwarting* de algunas reglas procesales, lo cual repercute directamente en las reflexiones en torno a la instauración de procesos jurídicos justos, claro, siempre que se considere que habilitar al sistema para la obtención falible de la verdad, constituye una condición necesaria (no suficiente) de la justicia de los fallos producidos como resultado del seguimiento de tales procedimientos.

De este modo se procede entonces al modelado abstracto (informal o formal) de la argumentación jurídica que ocurre en sede judicial, como si sólo rigieran en este contexto, principios de la *racionalidad teórica* (para realizar el balance de razones, es decir, la determinación de la fortaleza individual y relativa de los argumentos esgrimidos), así como principios de una *racionalidad procedural general* que, en el caso del marco de una CD, persigue preponderantemente proveer al conflicto respectivo de una resolución con la que las partes estén de acuerdo.

El problema con la interpretación de los procesos jurídicos como la manifestación o extensión, en normas de derecho positivo (de índole adjetiva-procesal), de los principios que rigen un procedimiento justo entendido a la manera de una *Critical Discussion*, consiste básicamente en que dicha postura pierde de vista la intervención compleja (racional o irracional) de otro tipo de intereses -ajenos al de averiguar faliblemente la verdad respecto de lo que alegan las partes- en las reflexiones acerca de la instauración de un "*procedimiento justo jurídico*".

Como sabemos, en material penal por ejemplo, dichos intereses extra-epistémicos (frecuentemente contra-epistémicos, como el deseo de proteger a la clase genérica del “acusado” de una potencial condena falsa, el interés en desincentivar a los cuerpos policíacos de la comisión de actos inconstitucionales al recabar evidencia, etc.) se ven reflejados en —o son perseguidos por medio de— el contenido de ciertas normas procesales.<sup>1441</sup>

En este sentido, una modalidad excesivamente rigurosa del interés en proteger al acusado de una posible condena falsa suele manifestarse en normas procesales tales como las que permiten (y obligan al juez a) la exclusión de evidencia relevante, que permiten al acusado no cooperar en las investigaciones previas al juicio o no tomar el estrado durante éste, que prohíben al fiscal hacer alguna referencia al estado de silencio que mantuvo el acusado, que prohíben al jurado hacer inferencias comunes en otros contextos, que establecen un sistema asimétrico de apelaciones, que imponen la realización de un juicio subjetivo (no necesariamente conformado por factores epistémicamente relevantes) en relación con el grado de contundencia de la evidencia a favor de la hipótesis inculpatória, etc.<sup>1442</sup>

La cuestión de fondo entonces radica en que la “*naturaleza*” de la actividad consistente en pretender definir las condiciones de un procedimiento justo en contextos jurídicos cambia con respecto de una reflexión abstracta sobre las condiciones para la resolución de una diferencia de opiniones entre dos personas, en la medida en que, de un lado, como hemos dicho, el diseñador ha de considerar la convergencia de múltiples intereses, valores u objetivos (entre ellos, el de averiguar faliblemente lo que ocurrió), cada uno de los cuales presiona fuertemente por ganarse un lugar en la arquitectura del proceso en cuestión.

Así mismo, si el diseñador parte de considerar al objetivo de averiguar la verdad como el valor preponderante del procedimiento, es decir, como su tendencia natural, la siguiente cuestión que surge consiste en determinar el tipo de convivencia *más apropiado* entre este interés coyuntural y los demás que venga al caso sopesar. En otras palabras, debe establecerse el tipo de concesiones, así como la magnitud de las mismas, que la verdad racionalmente hará a favor de la consecución de otros fines paralelos. Las reglas jurídico-procesales específicas, en última instancia constituyen un reflejo del estado en que se encuentra la convivencia entre la verdad y otros valores en un nivel más abstracto; no son simplemente “medios” procedurales para asegurar la resolución de una diferencia de opiniones entre dos personas.

Una cuestión que repercute directamente en la realización de concesiones que la verdad realiza a favor de otros intereses tiene que ver con la consideración de que, pese a nuestros mejores esfuerzos, eventualmente el sistema procesal en cuestión cometerá errores epistémicos. Esta situación plantea al diseñador la oportunidad por un lado, de pronunciarse en términos de una preferencia por cierta *modalidad de distribución* de los errores referidos; y por otro, de incidir con sus actividades de diseño institucional, en la habilitación del sistema a efecto de que su operación cotidiana probablemente incurra en los linderos de la distribución de errores deseada.<sup>1443</sup>

---

<sup>1441</sup> Véase el número 2 de la sección I del Capítulo Segundo de este trabajo.

<sup>1442</sup> Véase el número 1 de la sección I de este Capítulo Sexto.

<sup>1443</sup> Véase el número 2 de la sección I, así como el número 3 de la sección VIII del Capítulo Segundo de este trabajo.



Por su parte, la preferencia por alguna modalidad de distribución de errores estaría basada en la evaluación de la *gravedad relativa* de aquellos. En materia penal, por ejemplo, las sociedades occidentales siguen la tendencia de considerar al error consistente en emitir condenas falsas como *mucho más grave* (o más costoso) que el error constituido por la emisión de absoluciones falsas.<sup>1444</sup>

Al haberse establecido cuál de los errores es considerado como el más grave, surge entonces el interés en minimizar las dimensiones del riesgo de que éste se produzca. Nuevamente ubicándonos en la materia penal, éste interés se traduce en el deseo de proteger a la clase genérica del “acusado” de una potencial condena falsa, mediante la concesión de lo que se conoce como el *Beneficio de la Duda* (BdeD).<sup>1445</sup>

Como ha mostrado Laudan, la cuota de BdeD que se desea conceder al acusado, puede plantearse en términos del aumento en la exigencia de probabilidades (de ser verdadera) que se espera tenga la hipótesis inculpatoria a los efectos de justificar una condena. Es decir, en un aumento del grado de contundencia que puede atribuirse a la evidencia respectiva como resultado de su valoración. La cuota de BdeD deseada, se refleja así en la instauración de cierta política en términos generales, severa, de suficiencia probatoria respecto de la culpabilidad del acusado.<sup>1446</sup>

De hecho, de acuerdo con Laudan, el momento de la definición del grado de severidad de la política de suficiencia probatoria debería constituir el camino exclusivo por medio del cual se canaliza la cuota de BdeD deseada en la estructura del sistema, en virtud de que el estándar de prueba es un componente a disposición del diseñador, mucho más manejable y con efectos mucho más predecibles en términos de cómo se está habilitando al sistema para incurrir dentro de los linderos de las dimensiones aceptadas del riesgo de que se produzca el error más grave, en contraste con otras estrategias como la confección de reglas de exclusión de evidencia relevante, las cuales introducen dosis distribuidas e indeterminadas de BdeD al sistema.<sup>1447</sup>

Ahora bien, si concebimos la especificación de una política de suficiencia probatoria no a la manera de una regla de decisión última a ser aplicada por el *trier of fact* (el juez en la tradición del *Civil Law*), sino como la especificación de un sistema de múltiples criterios de suficiencia que tendrían que aplicarse ante diversas situaciones inferenciales, que pueden incluir confrontaciones dialógicas o no, que emergen de la estructuración-organización de la información probatoria en sistemas argumentativos, narrativos o argumentativo-narrativos,<sup>1448</sup> la cuota de BdeD suministrada al sistema se refleja entonces en la severidad de estos criterios de suficiencia (no, o no sólo en la rigurosidad de un *test* global a la manera de la propuesta de Laudan que, como hemos visto, condensa o presupone, y

---

<sup>1444</sup> *Idem.*

<sup>1445</sup> *Idem.*

<sup>1446</sup> Se trata de una de las situaciones en que se percibe más claramente las concesiones que la verdad realiza a favor de otros intereses en la medida en que estamos dispuestos a ubicar el grado de exigencia de la política de suficiencia probatoria más allá del que operaría por *default* a los efectos de aceptar racionalmente alguna creencia empírica. Es decir, más allá del 50%+ (una de las interpretaciones del estándar de la “Preponderancia de la Evidencia”).

<sup>1447</sup> Véase el número 2 de la sección I, el inciso A del número 1 de la sección VII, y el número 1 de la sección VIII, del Capítulo Segundo de este trabajo.

<sup>1448</sup> Véanse los números 4-6 de la sección I de este Capítulo Sexto.

en ese sentido, no se pronuncia respecto de, la aplicación de estos criterios “*locales*” de suficiencia de parte del *trier of fact*).

En efecto, las investigaciones de Walton y Prakken sobre la estructura del razonamiento probatorio, han mostrado que al juez o al *trier of fact*, se les presentan múltiples oportunidades para realizar declaraciones de suficiencia probatoria a nivel local respecto de las diversas proposiciones y argumentos que forman parte del entramado complejo de argumentación-narrativa característico de una controversia jurídica.<sup>1449</sup>

Esto puede verse más claramente en la denominada *Decision Phase* del *Adjudication Dialogues* propuesto por Prakken, en la que el juez, una vez que ha resuelto las cuestiones relativas a quién tiene la carga de la prueba en su modalidad de *Burden of Production* (también denominada “*carga de presentación de evidencia*”) respecto de las múltiples *claims* y *challenges* realizados por las partes, debe entonces determinar si el denominado *Burden of Persuasion* -el grado de prueba que tiene que ser satisfecho por quien tiene esta carga, considerando toda la evidencia producida- ha sido satisfecho o no, para lo cual tiene que evaluar si los *evidential arguments* de las partes son individualmente suficientes (sin considerar la presencia de contra-argumentos), a lo que Prakken denomina la *Internal Validity of Arguments*, o si sobreviven a la competencia con sus contra-argumentos, a lo que Prakken denomina *Dialectical Validity of Arguments*.<sup>1450</sup>

Como el propio Prakken sostiene, la severidad de la carga de persuasión, el grado de prueba esperado, está implícito en los criterios empleados por el juez para juzgar la *Internal* y *Dialectical Validity* referidas arriba. Mientras más riguroso sea el grado de prueba establecido, mientras mayor sea la cuota de BdeD inyectada al sistema, será más sencillo para el juez generar argumentos (*speech acts* previstos por el marco dialógico) del tipo *Exclusion Attack* y/o *Priority Argument*, los cuales se esgrimen respectivamente cuando el argumento en cuestión no es suficiente en sí mismo para respaldar alguna proposición, o cuando no sobrevive a la contra-argumentación que pudiera presentarse. Esta operación se repite en cada caso en que se ofrezcan *evidential arguments* en respaldo de una proposición particular.<sup>1451</sup>

Sin embargo, por una especie de autocensura o autorestricción en la que suelen incurrir los lógicos respecto de las cuestiones epistémicas, Prakken decide mantenerse al margen del escrutinio de la *racionalidad subyacente* al establecimiento del *grado de severidad* del sistema de criterios de suficiencia probatoria que el juez aplica a los *evidential arguments* de las partes: “*That is a matter of legal policy*”.<sup>1452</sup> Esta actitud genera los siguientes problemas:

En primer lugar, Prakken no se percata de que la aplicación por parte de los jueces, del conjunto de criterios de suficiencia que les permite decretar la *Internal*, así como la *Dialectical Validity* de los argumentos de las partes, cuya

---

<sup>1449</sup> Véanse las secciones II y III del Capítulo Cuarto de este trabajo.

<sup>1450</sup> Véase la sección III del Capítulo Cuarto de este trabajo.

<sup>1451</sup> *Idem*.

<sup>1452</sup> En una actitud similar a la descrita suelen incurrir también los epistemólogos. Es decir, estos profesionales del conocimiento por su parte también desdeñan los estudios referidos a la estructura lógica de la justificación de proposiciones. De hecho, sostenemos que parte de las razones por las que Laudan no decide concebir al estándar de prueba como un sistema de criterios de suficiencia a aplicarse en niveles locales de la argumentación, tal vez tiene que ver con esta actitud, en la medida en que una concepción de la política de criterios de suficiencia probatoria en estos términos, lo conduciría a tratar cuestiones relativas a la estructura dialéctica de la argumentación.

severidad refleja el deseo de proteger al acusado del riesgo de que sea destinatario de una condena falsa (medurado mediante parámetros racionales, o exacerbado cuando aquellos no están presentes), echa por tierra su pretensión de concebir al juez como un *tercero neutral* que actúa de manera imparcial al resolver la controversia o causa penal respectiva. La severidad de los criterios de suficiencia en detrimento de una de las partes refleja la parcialidad que el sistema está dispuesto a exhibir.

Tampoco contempla la posibilidad de que la severidad de los criterios de suficiencia referidos pueda ser el resultado de *sobredimensionar* –de magnificar en exceso- la gravedad del error consistente en la comisión de condenas falsas en relación con el de absolver erróneamente, lo cual puede incluso desbordar los límites de la especificación de la política de suficiencia probatoria y manifestarse en la incorporación de otras reglas al sistema como las ya mencionadas reglas de exclusión, las que instituyen un sistema asimétrico de apelaciones que posibilita preponderantemente la revisión de condenas, etc.

Como sabemos, Laudan ha propuesto un procedimiento plausible para establecer racionalmente las dimensiones de este riesgo, el cual contempla el empleo de la *Teoría de las Utilidades Esperadas* (TUE). Sin embargo, a diferencia de propuestas similares que sólo se enfocan en los costos de las modalidades falsas o epistémicamente erróneas de la decisión en cuestión, el autor en comento propone la consideración de las utilidades que la sociedad estaría dispuesta a atribuir a las cuatro modalidades que puede revestir la decisión final en materia penal: condenas y absoluciones falsas, así como condenas y absoluciones verdaderas.<sup>1453</sup>

Por su parte, la atribución de utilidades referida se llevaría a cabo dentro del marco del conjunto de los factores más pertinentes que pudieran ser tomados en cuenta, los cuales resultan de la realización de consideraciones de corte *consecuencialista* en relación con cada una de las modalidades mencionadas de la decisión.

El seguimiento del procedimiento aludido permitiría obtener el *ideal* de eficiencia epistémica al que el sistema tendría que aspirar, el cual se encuentra directamente vinculado al grado de severidad de la política de suficiencia probatoria que se instaure.

Como hemos dicho anteriormente, la determinación de que la aplicación del sistema de criterios de suficiencia operante en un periodo concreto incurre o no dentro de los linderos del pacto social alcanzado (suponiéndose que esto es posible), es un asunto de carácter empírico que implica la atribución al sistema de criterios en cuestión, de un cierto *perfil de errores* y contrastar dicho perfil con el ideal de eficiencia epistémica.

Así mismo, ni a Prakken ni a Walton les preocupa los posibles problemas de legitimidad de la función judicial que podrían generarse como resultado de la *ausencia de representación popular* en la conformación de los criterios de suficiencia referidos. En este sentido, la participación del pueblo (directamente o por vía de diversos mecanismos de representación) en la delimitación de la severidad de los criterios o estándares de suficiencia aludidos, es crucial debido a que con ello se contribuye a la definición de la contra-prestación estatal que recibiremos en términos de la creación de un riesgo *aceptable* de ser victimizados por nuestros congéneres, así como de ser erróneamente condenados por las

---

<sup>1453</sup> Véase el número 3 de la sección VIII del Capítulo Segundo de este trabajo.

autoridades al suscribir el pacto político del que surge el Estado -una vez cedidas porciones importantes de nuestras libertades en pos de conferir al aparato estatal el monopolio de la coerción-coacción- lo cual, constituye un asunto que concierne a todos y determina la *racionalidad* de suscribir o no el pacto político referido.<sup>1454</sup>

Al no considerar las cuestiones previas, Walton y Prakken se encuentran desarrollando modelos distorsionados o sobresimplificados de procedimientos jurídicos justos.

La aseveración previa podría matizarse, o al menos suspenderse provisionalmente, si hubiera alguna declaración metodológica de parte de los autores en comento en la que, de manera semejante a la estrategia de Laudan, aclararan que se encuentran sobresimplificando el fenómeno de estudio deliberadamente mediante el aislamiento de los efectos que en aquel tiene una sola de sus variables, al efecto de obtener ciertos *insights* relevantes y así estar en condiciones de proceder al aumento paulatino de la complejidad de la explicación por medio de la incorporación de las demás variables características de la complejidad del fenómeno. Sin embargo, tal declaración no existe.

A continuación daremos paso a una crítica específica que realizaremos respecto de la posición que asume Walton en relación con la fuente de la normatividad de los esquemas argumentales de razonamiento probatorio.

## **2. La discusión sobre la normatividad de los esquemas argumentales aplicables al razonamiento probatorio**

¿La presencia de una instancia de algún esquema argumental, por ejemplo, una instancia del denominado “*argument from expert opinion*” o del “*argument from witness testimony*”, como soporte o respaldo de una proposición determinada, es en sí misma suficiente a efectos de aceptar su conclusión?

En la discusión que mantiene con Pinto,<sup>1455</sup> Walton sostiene que sí, siempre y cuando la instancia respectiva, lo sea de un esquema argumental avalado como válido para el dominio en cuestión. No obstante, esta primera determinación es sólo provisional, ya que ha de complementarse con la aplicación de las *Critical Questions (CO's)* asociadas al esquema de que se trate.

En términos generales, concordamos con la respuesta de Walton, sin embargo consideramos que debe complementarse a la luz del empleo que el diseñador de la política de suficiencia probatoria respectiva puede hacer del que hemos denominado *BdeD toolkit* (o toolkit para la incorporación del Beneficio de la Duda a favor de alguna de las partes) perfilado en secciones previas.<sup>1456</sup>

Como se ha visto, el asunto del número y grado de profundidad de las CQ's que pueden asociarse a determinado esquema argumental de razonamiento probatorio, así como el relativo al tipo de respuestas que se esperan para cada CQ, en la actualidad permanece como una *cuestión abierta*.<sup>1457</sup>

---

<sup>1454</sup> *Idem.*

<sup>1455</sup> Walton, Douglas, “Advances in the Theory of Argumentation Schemes and Critical Questions”, *David M. Godden and Douglas Walton, Informal Logic*, 27, 2007, 267-292

<sup>1456</sup> Véanse los números 5 y 6 de la sección I de este Capítulo Sexto.

<sup>1457</sup> Véase el número 8 de la sección II del Capítulo Cuarto de este trabajo.

En lo relativo al grado de profundidad de las CQ's, el propio Walton ha presentado versiones distintas de su "argument from expert opinion".<sup>1458</sup> Veámoslo:

### ***Appeal to Expert Opinion***

**Major Premise:** Source E is an expert in subject domain S containing proposition A.

**Minor Premise:** E asserts that proposition A (in domain S) is true (false).

**Conditional Premise:** If source E is an expert in a subject domain S containing proposition A, and E asserts that proposition A is true (false), then A may plausibly be taken to be true (false).

**Conclusion:** A may plausibly be taken to be true (false).

Las CQ's asociadas al esquema referido son:

1. *Expertise Question:* How credible is E as an expert source?
2. *Field Question:* Is E an expert in the field that A is in?
3. *Opinion Question:* What did E assert that implies A?
4. *Trustworthiness Question:* Is E personally reliable as a source?
5. *Consistency Question:* Is A consistent with what other experts assert?
6. *Backup Evidence Question:* Is A's assertion based on evidence?

En un trabajo posterior,<sup>1459</sup> Walton desarrolla las CQ's referidas del modo que sigue:

**"1. Expertise Question:** How credible is E as an expert source?

- 1.1 What is E's name, job or official capacity, location, and employer?
- 1.2 What degrees, professional qualifications or certification by licensing agencies does E hold?
- 1.3 Can testimony of peer experts in the same field be given to support E's competence?
- 1.4 What is E's record of experience, or other indications of practiced skill in D?
- 1.5 What is E's record of peer-reviewed publications or contributions to knowledge in D?

**2. Field Question:** Is E an expert in the field (domain) that A is in?

- 2.1 Is the field of expertise cited in the appeal a genuine area of knowledge, or area of technical skill that supports a claim to knowledge?

---

<sup>1458</sup> Idem.

<sup>1459</sup> Idem.

2.2 If E is an expert in a field closely related to the field cited in the appeal, how close is the relationship between the expertise in the two fields?

2.3 Is the issue one where expert knowledge in *any* field is directly relevant to deciding the issue?

2.4 Is the field of expertise cited an area where there are changes in techniques or rapid developments in new knowledge, and if so, is the expert up-to-date in these developments?

**3. *Opinion Question:*** What did E assert that implies A?

3.1 Was E quoted in asserting A? Was a reference to the source of the quote given, and can it be verified that E actually said A?

3.2 If E did not say A exactly, then what did E assert, and how was A inferred?

3.3 If the inference to A was based on more than one premise, could one premise have come from E and the other from a different expert? If so, is there evidence of disagreement between what the two experts (separately) asserted?

3.4 Is what E asserted clear? If not, was the process of interpretation of what E said by the respondent who used E's opinion justified? Are other interpretations plausible? Could important qualifications be left out?

**4. *Trustworthiness Question:*** Is E personally reliable as a source?

4.1 Is E biased?

4.2 Is E honest?

4.3 Is E conscientious?

**5. *Consistency Question:*** Is A consistent with what other experts assert?

5.1 Does A have general acceptance in D?

5.2 If not, can E explain why not, and give reasons why there is good evidence for A?

**6. *Backup Evidence Question:*** Is E's assertion based on evidence?

6.1 What is the internal evidence the expert used herself to arrive at this opinion as her conclusion?

6.2 If there is external evidence, e.g. physical evidence reported independently of the expert, can the expert deal with this adequately?

6.3 Can it be shown that the opinion given is not one that is scientifically unverifiable?<sup>1460</sup>

Un fenómeno semejante puede observarse en relación con el “*argument from witness testimony*”. Una versión genérica de este esquema es presentada por Walton del modo siguiente:

---

<sup>1460</sup> Walton, “Visualization tools...”, p. 130.

### ***Argument from Position to Know***

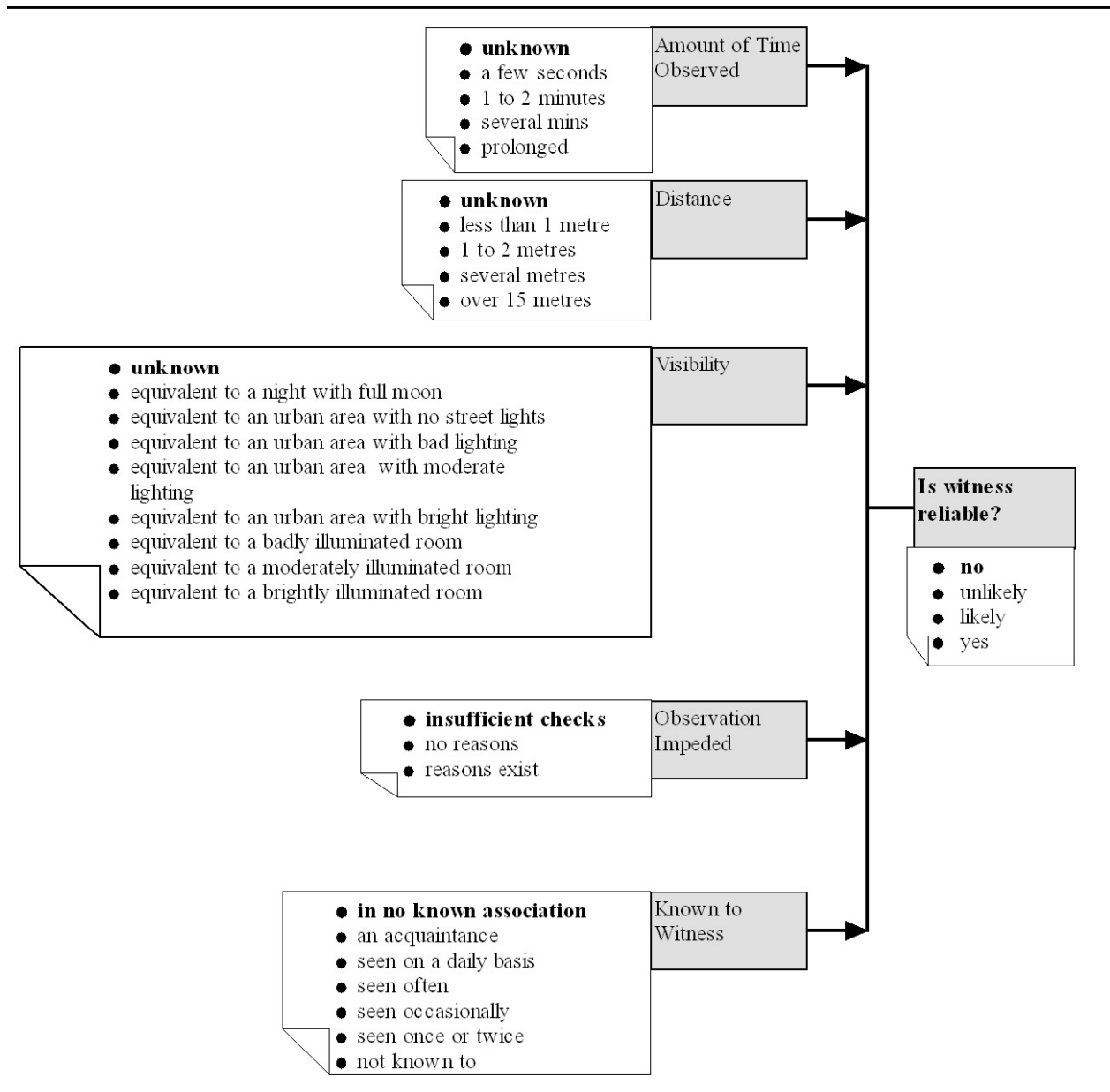
**Major Premise:** Source a is in a position to know about things in a certain subject domain S containing proposition A.

**Minor Premise:** a asserts that A (in Domain S) is true (false).

**Conditional Premise:** If source a is in a position to know about things in a certain subject domain S containing proposition A, and a asserts that A is true (false), then A is true (false).

**Conclusion:** A is true (false).

Schafer *et. al.* presentan una modalidad particular del esquema anterior, aunque referido al caso de los *testigos oculares*, al que podemos denominar “*argument from eye-witness testimony*”:





El esquema anterior nos permite destacar el punto de que los esquemas argumentales pueden presentar clasificaciones más específicas, de modo que, para el caso del “*argument from expert opinion*”, también podría hablarse de sub-clasificaciones en función de la rama del conocimiento experto en cuestión. En este sentido, podrían diseñarse esquemas que corresponderían, por ejemplo, al dominio de la grafoscopia, la documentoscopia, la dactiloscopia, la antropología forense, etc.

Aunado a lo anterior, el esquema para el testimonio ofrecido por testigos oculares de Schafer también nos muestra que las respuestas esperadas para las CQ's o factores de confiabilidad respecto de los que se indaga, no necesariamente es binaria (del tipo si-no), sino que aquellas pueden consistir en rangos (de 1 a 2 minutos en el caso del tiempo de exposición al evento respecto del que se ofrece testimonio; de 1 a 2 metros en el caso de la distancia a la que se encontraba el testigo, etc.); y/o en el establecimiento de similitudes con circunstancias análogas (condiciones de iluminación equivalentes a las de una noche con luna llena, a las de una zona urbana con alumbrado público, a las de un cuarto bien iluminado, etc.).

Pues bien, como hemos sostenido con anterioridad, independientemente de que los autores referidos consideren que las configuraciones de los esquemas argumentales que proponen son necesarias o no, desde la perspectiva de un diseñador institucional que no concibe a la especificación de la política de suficiencia probatoria para el dominio en cuestión a la manera de un único *test* global tipo Laudan, sino que pretende incidir en las decisiones locales de suficiencia probatoria que ha de tomar el *tier of fact* (el miembro del jurado o el juez), la modulación del número, profundidad y tipo de respuesta de las CQ's asociadas a cada esquema, constituye una herramienta para introducir la dosis de Beneficio de la Duda –la cuota de parcialidad- que el sistema en cuestión está dispuesto a tolerar, a favor de una de las partes.<sup>1461</sup>

Ahora bien, otra herramienta para los efectos anteriores consiste en determinar el estatus que corresponderá a cada CQ o factor de confiabilidad-credibilidad en términos de una *Ordinary Premise*, una *Assumption* o una *Exception*. Esta actividad del diseñador nos remite al fenómeno de la *ancillary evidence*, o de la *prueba sobre prueba*.<sup>1462</sup>

El primer estatus impone la obligación de presentar evidencia (*Burden of production*) a la parte que asevera que el medio de prueba originalmente ofrecido satisface ese factor de confiabilidad; el segundo estatus impone la misma obligación, sin embargo sólo en el caso en que la contraparte cuestione la satisfacción de dicho factor; por su parte, el tercer estatus impone la obligación de presentar evidencia al respecto, a la parte que sostiene la ocurrencia de alguna

---

<sup>1461</sup> Véanse los números 4-6 de la sección I de este Capítulo Sexto.

<sup>1462</sup> Idem.

excepción. En este sentido, la no ocurrencia del catálogo de las posibles excepciones se considera la presunción por *default* (obviamente *juris tantum*).

Por su parte, con base en el ejercicio que cada parte puede hacer del denominado *Tactical Burden of Proof*,<sup>1463</sup> es decir, con base en sus cálculos estratégicos orientados a la evaluación de la suficiencia probatoria de los argumentos que su contraparte ofrece respecto de cierta proposición, sabemos que el ofrecimiento de argumentos para sustentar la satisfacción o no satisfacción de alguno de los factores de confiabilidad, puede continuar (claro, no indefinidamente, a lo cual contribuyen ciertas reglas procesales). En estos casos, otro componente para la incorporación del BdeD a favor de alguna de las partes consiste en la instauración de estándares de suficiencia, tales como el denominado “*Preponderance of evidence*” en sus dos modalidades de “más del 50% de probabilidades”, o simplemente “más probable que su negación”, el estándar “*Clear and Convincing Evidence*” (más o menos el 70% de probabilidades), o incluso superiores.

Como sabemos, la *Computational Legal Theory* presupone que la concesión de los tipos de estatus mencionados respecto de cada uno de las CQ’s o factores de confiabilidad ha sido realizada en el dominio jurídico en cuestión como parte de la implementación de una política contextual específica, sin embargo, por un lado, no percibe que la modulación de este componente (aunado al representado por la posibilidad de establecer el número, grado de profundidad, tipo de respuesta de las CQ’s y estándar de prueba) pueda emplearse para beneficiar a alguna de las partes, y de otro, no reflexiona en torno al criterio que podría justificar cierta modalidad de modulación del componente referido.

Como hemos sostenido, el criterio que justificaría la modulación en cierto sentido de los componentes del *BdeD toolkit* para favorecer (aventajar) a alguna de las partes respecto de la otra (haciendo más severos los umbrales locales de suficiencia probatoria), consiste en establecer si con una forma específica de modular el *toolkit* referido se obtiene un desempeño por parte del sistema en cuestión (por ejemplo, el sistema de impartición de justicia penal), que incurra dentro de los linderos avalados por el pacto social relativo a las dimensiones del riesgo de que se produzca el error considerado más grave. Es decir, consiste en determinar si el perfil de errores que puede asociarse a alguna modalidad de empleo del *BdeD Toolkit* satisface el, o es muy próximo al, perfil de errores, o rango de perfiles, ideal.

Sin embargo, lo anterior no quiere decir que cualquier ajuste o modulación *ad hoc* de cualquier componente del *BdeD Toolkit* estaría justificado si con ello se obtiene el ideal de eficiencia. En efecto esta cuestión requiere de mayor investigación al respecto, no obstante podemos decir que la satisfacción de un mínimo de credibilidad-confiabilidad por parte del beneficiario del BdeD debería ser garantizada, de modo que no se caiga en los excesos de convertir a la versión, historia o conjunto de proposiciones que asevera el beneficiario, en un *caso blindado no susceptible de refutación*.

---

<sup>1463</sup> Véase el número 10 de la sección II del Capítulo Cuarto de este trabajo.

### 3. *El problema de una visión estrictamente lógica del proceso de toma de decisiones judiciales*

Otra crítica que puede realizarse a los modelos formales e informales generados por la *AI and Law* consiste en que han decidido enfocarse exclusivamente en los aspectos lógico-dialéctico-procedurales de la argumentación jurídica, en las cuestiones relativas a la estructura dinámica del razonamiento probatorio, dejando de lado la consideración y el posible modelado de otra clase de procesos cognitivos involucrados en el fenómeno complejo de resolver controversias jurídicas, los cuales no pueden ser capturados ni mediante el empleo de lo que Prakken denomina la “*Argument-Based Non-Monotonic Logics*”, por más desarrollado y poderoso que este formalismo sea, ni mediante la utilización de la teoría de los esquemas argumentales de razonamiento probatorio propuesta principalmente por Walton

Entre dichos procesos, podemos mencionar lo que Cáceres denomina “*operaciones semánticas*” para la restricción de la vaguedad de ciertos términos empleados en el discurso normativo, o las “*operaciones estructurales*” por medio de las cuales, los operadores jurídicos conectan e integran, con base en el empleo de ciertos criterios cognitivos como el de la *supra-regla*, o la presuposición de ciertas arborescencias semánticas o mapas conceptuales, diversos insumos discursivos provenientes de diferentes fuentes, tales como la legislación (y dentro de este dominio, provenientes de múltiples códigos, decretos, leyes generales, tratados internacionales, etc.), la jurisprudencia, la dogmática jurídica, e incluso de la filosofía y teoría del derecho. El despliegue de dichas operaciones permite a los operadores respectivos, la obtención del “*constructo normativo*” o “*norma jurídica superveniente*” que ha de aplicarse al caso en cuestión.<sup>1464</sup>

Los constructos normativos referidos tienen repercusiones epistémicas en la medida en que condicionan la *relevancia* de las aseveraciones y argumentos de las partes, de modo que aquellos serán relevantes siempre que su conclusión, no obstante la posible larga cadena de inferencias que la preceda, constituya la proposición *probandum* que instancia alguno de los supuestos contemplados por el constructo normativo correspondiente.<sup>1465</sup>

Aunado a las operaciones previas, el operador judicial se encuentra inserto en una dinámica de resolución de *tareas cognitivas* propias de la fase procesal en la que se halle, cuyo desempeño exitoso, el cual implica la resolución de múltiples problemas prácticos que pueden presentarse, mediante la aplicación de su conocimiento heurístico, permite el tránsito hacia la siguiente etapa, y así sucesivamente hasta culminar con la sentencia respectiva.<sup>1466</sup>

La consideración y posible modelado de los aspectos previamente aludidos reviste gran importancia si en efecto la *Computational Legal Theory* aspira eventualmente al desarrollo de sistemas computacionales del tipo *decision-support systems* que proporcionen una asesoría adecuada a los jueces en sus procesos de toma de decisiones.

---

<sup>1464</sup> Véase la sección IV del Capítulo Quinto de este trabajo.

<sup>1465</sup> Véase la sección V del Capítulo Quinto de este trabajo.

<sup>1466</sup> Véase completo, el número 1 de la sección VI del Capítulo Quinto de este trabajo.

Por otra parte, desde el punto de vista epistémico, la consideración y representación de las operaciones referidas, lo cual presupone hacer énfasis en llevar a cabo actividades de elicitación del conocimiento judicial correspondiente a una comunidad específica, nos permite constatar fenómenos como los siguientes:<sup>1467</sup>

- A) La complementación pragmática de la legislación, sobre todo, de la de carácter procesal, mediante el desarrollo comunitario del conocimiento heurístico que suple o subsana lo que Cáceres ha dado en llamar sus *deficiencias estructurales*. Considérese nuevamente el ejemplo antes mencionado del artículo 215 del Código Federal de Procedimientos Civiles, que establece ciertos factores a considerarse para determinar el grado de credibilidad de un testigo. Como dijimos, el precepto legal referido no contempla cuestiones como la posible prioridad que un factor tiene respecto de otro, si la lista de factores aumenta o disminuye, o si alguno debe recibir mayor atención en función del escenario (tipo de caso) en cuestión, quién tiene la carga de la prueba respecto de cada factor, cómo han de resolverse las posibles dialógicas que en torno a esta cuestión se presenten, etc. Sin embargo, los criterios para abordar estos aspectos, son desarrollados y aplicados en la práctica, incluso de forma inconsciente por el operador judicial. Como sabemos, dichos criterios pueden encontrarse beneficiando a alguna de las partes, más allá de lo racionalmente permisible.<sup>1468</sup>
- B) El impacto que tienen principios como el de la “*suplencia de la queja*”, o el de “*las amplias facultades del juzgador para hacerse de elementos probatorios*”, aplicables en ciertos dominios, como el de la materia de pensiones alimenticias, en el desempeño de ciertas tareas cognitivas propias de alguna fase procesal específica. Por ejemplo, en el caso del primero, ante una admisión de demanda por comparecencia personal, el juez respectivo puede dirigir la comparecencia referida asesorando a la parte actora en torno a los supuestos de hechos y medios de prueba idóneos que debería reunir para probar su acción, admitiendo pruebas que no reúnen las formalidades requeridas para otro tipo de procesos, etc. En el caso del segundo, y para los efectos, por ejemplo, de determinar provisionalmente la pensión alimenticia correspondiente, el juez puede ordenar la práctica de pruebas que no fueron ofrecidas originalmente por la parte actora a efectos de determinar la fuente de ingresos con la que cuenta el deudor. Como hemos visto, puede realizar incluso genuinas labores de investigación cuando sospecha que el deudor está incurriendo en alguna de las modalidades de fraude a la ley para intentar librarse de su obligación. Estas cuestiones son relevantes desde el punto de vista epistémico en la medida en que nos permiten dar cuenta de que la *tendencia determinante* de querer beneficiar a alguna de las partes por considerar como más grave la posible comisión de una sentencia errónea que la perjudique (en este caso, una que erróneamente le niega la constitución de una pensión alimenticia a su favor), no sólo se manifiesta en los criterios de suficiencia probatoria –en la asignación de pesos heurísticos– aplicables a los diversos argumentos y medios de prueba presentados por las partes. Como sabemos, este catálogo de

---

<sup>1467</sup> Véanse los sub-incisos a y b del inciso C del número 1 de la sección VI del Capítulo Quinto de este trabajo.

<sup>1468</sup> Ya nos hemos referido al criterio propuesto por Laudan para determinar la racionalidad de la severidad de la política de suficiencia probatoria.

modalidades de incorporación del BdeD a favor de alguna de las partes repercute en el potencial epistémico que el sistema en cuestión (por ejemplo, los juzgados o tribunales familiares) exhibe en un momento determinado.

El modelado del conocimiento heurístico efectivamente aplicado por los funcionarios que integran una comunidad judicial particular concebido a la manera de un conjunto de representaciones mentales con estructura de *sistema complejo* (jerárquicas, multi-nivel, dinámico-evolutivas, codependientes, etc.) –como lo propone Cáceres- nos permite identificar el extenso catálogo de operaciones cognitivas con repercusiones epistémicas, ya benéficas en términos de aumentar el potencial del sistema de averiguar faliblemente la verdad en torno al hecho institucional que ocurrió en el pasado, o ya contraproducentes en términos de contribuir a la disminución de dicho potencial.

Con la discusión previa damos por terminada nuestra crítica a la comunidad en comento. Es momento ahora de proceder a la revisión del Constructivismo Jurídico Cognitivo de Cáceres.

#### IV. EL CONSTRUCTIVISMO JURÍDICO COGNITIVO DE CÁCERES

Sabemos ya que como prelude a sus reflexiones específicas en el dominio jurídico, Cáceres dedica esfuerzos considerables al desarrollo y explicitación de la teoría de la mente que presupondrá en la ulterior construcción de su *teoría constructivista del derecho*.<sup>1469</sup>

Mediante la “*naturalización*” de su proyecto,<sup>1470</sup> el autor en comento pretende alejarse de la vertiente metodológica tradicional para la generación de este tipo de teorías (de la mente), basada preponderantemente en especulaciones y análisis conceptuales intuitivos. En este sentido, Cáceres propone un criterio de validación, en principio, más confiable que implica la consideración de los más recientes avances en el terreno de las denominadas *Ciencias Cognitivas*, de modo que los postulados de la teoría resultante sean consistentes con aquellos avances.<sup>1471</sup>

En congruencia con lo dicho, en las investigaciones de Cáceres es común hallar preámbulos en los que el autor primero realiza un posicionamiento respecto de la postura epistemológica que suscribirá –la cual es de corte *constructivista* (a efecto de sostener la tesis de que “el sujeto cognoscente construye su realidad”)- para luego enfocarse en el problema jurídico de referencia, considerando siempre las implicaciones que para el tratamiento de dicho problema tiene la suscripción de la mencionada epistemología constructivista..

En el aparatage conceptual que caracteriza el discurso del autor, podemos encontrar también, conceptos provenientes de la psicología experimental en sus modalidades *cognitiva* y *social*, tales como el de “*representación mental*”<sup>1472</sup>, “*esquema cognitivo*”<sup>1473</sup>, “*representación social*”<sup>1474</sup>, “*modelo mental*”<sup>1475</sup>, el presupuesto del *binomio cognitivo-conductual*,<sup>1476</sup> el modelo del “*procesamiento de información*”,<sup>1477</sup> el “*modelo conexionista*”<sup>1478</sup>, “*enacción*”<sup>1479</sup>, “*conocimientos compilado, heurístico, declarativo y procedural*”<sup>1480</sup>, “*Inconsciente Adaptativo*”, etc.

Sin embargo, una influencia fundamental (al menos en las etapas recientes del desarrollo de su teoría) ha sido el modelo biológico-epistémico desarrollado por Maturana (y Varela),<sup>1481</sup> quien con su concepto de “*autopoiesis*” - característica que es instanciada por múltiples sistemas naturales- ha reorientado la investigación en el terreno de la

---

<sup>1469</sup> Véase la sección III del Capítulo Quinto de este trabajo.

<sup>1470</sup> Véase el número 2 de la sección VIII del Capítulo Primero de este trabajo.

<sup>1471</sup> Sin embargo, la metodología naturalista empleada por Cáceres no implica el desecamiento del análisis conceptual. Esta es una herramienta de suma importancia, sin embargo, su empleo se encausa a la consideración, como dijimos, de los avances de la ciencia empírica relevante (en este caso, las Ciencias Cognitivas).

<sup>1472</sup> Véase el número 1 de la sección VI del Capítulo Quinto de este trabajo.

<sup>1473</sup> *Idem.*

<sup>1474</sup> *Idem.*

<sup>1475</sup> Véase el número 2 de la sección VI del Capítulo Quinto de este trabajo.

<sup>1476</sup> *Idem.*

<sup>1477</sup> *Idem.*

<sup>1478</sup> *Idem.*

<sup>1479</sup> *Idem.*

<sup>1480</sup> *Idem.*

<sup>1481</sup> Véase la sección VII del Capítulo Quinto de este trabajo.

*teoría de sistemas*, dando así paso al campo innovador de la *teoría de los sistemas complejos* (también conocido como el estudio abstracto de modelos de la realidad natural y social del tipo “*redes complejas*”<sup>1482</sup>).

De esta manera, desde la perspectiva de los sistemas complejos, Cáceres propone concebir al caudal permanente de eventos mentales que experimenta el sujeto cognoscente (tanto sub-simbólicos, como las propiocepciones, o las nociopercepciones del organismo, como simbólicos, tales como las imágenes mentales, las proposiciones, los mapas mentales, las arborescencias semánticas, etc.) como un *sistema superveniente* con respecto de otro que correspondería al de su actividad neurofisiológica<sup>1483</sup> (este último sistema, la base subveniente, es concebido por el autor como una de las posibles instancias del concepto de *soporte físico de procesamiento simbólico*<sup>1484</sup>).

Por su parte, el autor en comento propone considerar a este caudal superveniente de objetos mentales, también como un sistema *complejo*, al que ha dado en llamar, como sabemos, *Sistema Generador de Procesos Estructurantes Simbólicos* (SGPES).<sup>1485</sup>

El SGPES constituye una especie de *red de producción de componentes mentales*, los cuales, en su incesante y dinámica interacción y transformación, regeneran recursivamente la red de producción referida, dotándola de relativa autonomía respecto de su entorno. Se trata pues, de un sistema *autopoietico*.<sup>1486</sup>

Ahora bien, los componentes resultantes de la actividad de la red de producción de objetos mentales simbólicos, es decir, los procesos estructurantes específicos, constituyen el conocimiento declarativo, procedural y heurístico que el SGPES *compila* (de modo generalmente inconsciente para el sujeto cognoscente) a la manera de un conjunto de “*modelos mentales*” o “*teorías implícitas*”, cuyo empleo corresponde a cierto dominio de *perturbaciones ambientales*.<sup>1487</sup>

Ahondando un poco más en la cuestión de los procesos estructurantes, éstos operan a la manera de una dinámica específica de *acoplamientos estructurales* y de *clausuras de operación cognitiva* (que implican el empleo de ciertas *reglas de transformación* y de *composición*) de la cual, a su vez, supervienen estructuras también dinámicas, evolutivas y codependientes respecto de las subvenientes, hasta que se efectúa la clausura “maestra” de operaciones que permite

---

<sup>1482</sup> Véase Solé, Ricard, *Redes complejas; Del genoma a internet*, Tusquets, 2009, 240 p.

<sup>1483</sup> Sin embargo, ello no quiere decir que la vida mental pueda reducirse sin más a un determinado conjunto de eventos neurofisiológicos. El encontrar correspondencias o correlatos entre ciertos estados y contenidos mentales y sus bases neurofisiológicas quizá sea una posibilidad conceptual, sin embargo, por un lado, la investigación actual no lo ha logrado, y por otro, aún cuando los correlatos referidos pudieran establecerse, ello no tendría implicaciones en términos del aprendizaje cotidiano del sujeto cognoscente (la descripción de los procesos neurofisiológicos y bioquímicos subyacentes a la resolución de un problema lógico o matemático, pudo ayudarían al sujeto a resolver el problema). Véase la sección III del Capítulo Quinto de este trabajo.

<sup>1484</sup> Véase la sección III del Capítulo Quinto de este trabajo. El concepto de “*Soporte físico de procesamiento simbólico*” posee un nivel de abstracción tal que puede ser instanciado por ejemplo, por un ordenador computacional.

<sup>1485</sup> Idem.

<sup>1486</sup> Véase Grun, Una visión sistémica y cibernética del derecho”, en <http://info5.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2318>

<sup>1487</sup> Véase la sección III del Capítulo Quinto de este trabajo.

culminar la tarea global que el sujeto cognoscente enfrenta en un momento dado (como la toma de la decisión final en el contexto judicial).<sup>1488</sup>

Ahora bien, los procesos estructurantes y productos resultantes de éstos, modelos mentales, o teorías implícitas que el sujeto cognoscente posee, son el producto de su inmersión en diferentes *procesos de socialización* a lo largo de su vida. Estos procesos ocurren en entornos cotidianos de interacción comunicativa culturalmente construidos como la familia, la escuela, la universidad, la capacitación profesional, los gremios de comerciantes, músicos, artistas, clubes de diversa índole, las instituciones públicas, etc. En este sentido, el sujeto cognoscente posee tantos procesos estructurantes y modelos mentales, como los entornos de socialización en que participa (consciente o inconscientemente).<sup>1489</sup>

En algún sentido, generalmente el sujeto cognoscente es un habitante de múltiples dimensiones comunicativas, las cuales se definen por un cierto conjunto de perturbaciones ambientales, la activación de ciertos modelos mentales, y por la realización de cierto comportamiento, el cual, a su vez, vuelve a constituir una perturbación ambiental que permite la continuación del ciclo.<sup>1490</sup>

Por su parte, Cáceres sostiene que los diversos entornos de socialización constituyen *comunidades cognitivas*, las cuales pueden ser consideradas como “*mentes colectivas*” susceptibles de estudiarse también, como sistemas complejos.<sup>1491</sup>

El modelo de la mente considerada individualmente y operando en conjunto a la manera de comunidades cognitivas perfilado con anterioridad, constituye el punto de partida de la reflexión “constructivista” que el autor realiza con respecto al derecho, el cual permite articular los diferentes dominios o ramas de su “*Constructivismo Jurídico*” (Cognitivo, Sociorrepresentacional, Meta-teórico, Institucional, Educativo, etc.).<sup>1492</sup>

Particularmente relevante para esta investigación ha sido el denominado “*Constructivismo Jurídico Cognitivo (CJC)*”, el cual, como sabemos, se encarga del estudio y modelado de los insumos, reglas de procesamiento de la información, estructuras cognitivas supervenientes, y conducta jurídica resultante con base en las estructuras previas, desplegada por los operadores jurídicos.<sup>1493</sup>

El proceso de elaboración del sistema computacional del tipo *judicial decision support system* denominado EXPERTIUS, ha permitido a Cáceres desarrollar más ampliamente las tesis generales del CJC con especial referencia a la actividad cognitiva de los operadores judiciales (jueces de diversas jerarquías, secretarios de acuerdos, proyectistas, etc.), dando con ello paso a la elaboración de una *teoría naturalizada de la función jurisdiccional* que se caracteriza, entre otras cosas, por el desarrollo y aplicación de técnicas para la elicitación y representación del conocimiento que

---

<sup>1488</sup> Véanse las secciones III y VII del Capítulo Quinto de este trabajo.

<sup>1489</sup> Véase la sección VII del Capítulo Quinto de este trabajo.

<sup>1490</sup> Idem.

<sup>1491</sup> Idem.

<sup>1492</sup> Capítulo Quinto de este trabajo.

<sup>1493</sup> Véanse los números 7-9 de la sección VIII del Capítulo Primero, así como el Capítulo Quinto de este trabajo.



efectivamente emplean los funcionarios respectivos, así como por el levantamiento de modelos empíricos de procesamiento cognitivo de la información correspondientes a comunidades judiciales particulares.<sup>1494</sup>

El modelo teórico subyacente a EXPERTIUS puede considerarse como un ejercicio en el ámbito de la *Computational Legal Theory* en la medida en que estuvo orientado a, y constreñido por, su eventual manifestación computacional. De hecho, el sistema resultante aludido, constituye *una* de las posibles manifestaciones computacionales de la teoría, la cual incluso puede dar pie a otros productos no necesariamente tecnológicos (tales como herramientas didácticas-pedagógicas, bases de casos, etc.).

Algunas de las aportaciones más significativas de este modelo teórico son las siguientes:

- La concepción de la decisión final que resuelve una controversia jurídica, como una superveniencia “maestra” resultante de una dinámica particular de acoplamientos estructurales y clausuras de operación cognitiva en diversos niveles de lo que constituye una *representación mental judicial compleja* (dinámica, evolutiva, jerárquica, co-dependiente, etc.). Dicha dinámica, como veremos a continuación, es *context-dependent* (y más específicamente *scenario-dependent*) en el sentido de estar determinada por el tipo de caso (escenario) correspondiente.<sup>1495</sup>
- El papel que dentro de estas representaciones desempeñan las operaciones tendentes a la elaboración del *constructo normativo* aplicable al tipo de caso en cuestión (operaciones semánticas, hermenéuticas y estructurales). El constructo normativo correspondiente permite *sistematizar* la argumentación que las partes realizan, así como determinar la relevancia de las aseveraciones realizadas, de modo que serán pertinentes aquellas aseveraciones que directamente instancien algún elemento de la supra-regla, o bien, aquellas que formen parte de un argumento complejo (que puede implicar una larga cadena argumentativa, así como convergencia y/o divergencia de razones) del que se pueda inferir en última instancia, la proposición *probandum* correspondiente.<sup>1496</sup>
- El papel que dentro de las representaciones mentales judiciales desempeñan las operaciones tendentes a la elaboración del constructo correspondiente a lo que se asumirá como “*lo que fue el caso en el mundo*”, por parte del juez, entre las cuales tenemos la sistematización de la información fragmentaria y dialéctica de las partes a la manera de argumentos convergentes y/o divergentes, así como la determinación de qué proposiciones pueden considerarse como derrotantes y cuáles derrotadas con base en la asignación pragmática de pesos heurísticos a las pruebas correspondientes.<sup>1497</sup>
- La consideración de la estructura argumentativa característica del tipo de caso en cuestión, a su vez, como una superveniencia respecto de otra base de procesos subyacentes que implican ciertas *tareas*

---

<sup>1494</sup> Véase completo el número 1 de la sección VI del Capítulo Quinto de este trabajo.

<sup>1495</sup> *Idem.*

<sup>1496</sup> Sección IV del Capítulo Quinto de este trabajo.

<sup>1497</sup> Sección V del Capítulo Quinto de este trabajo.

*cognitivas* llevadas a cabo por el juez a lo largo del proceso, las cuales, por un lado, pueden ubicarse diacrónicamente a efectos de caracterizar diversas fases y sub-fases procesales, y por otro, su desempeño exitoso permite el tránsito de una fase procesal a la siguiente hasta arribar a la emisión de la sentencia final. El desempeño adecuado de cada tarea identificada requiere del empleo del *conocimiento heurístico* correspondiente a ciertas estrategias de solución de los problemas que la práctica plantea para la realización de cada tarea referida.<sup>1498</sup>

- Las relaciones de codependencia entre los diversos niveles de la representación mental aludida.<sup>1499</sup>
- La metodología para la *elicitación* y *representación* del conocimiento correspondiente a las representaciones mentales judiciales referidas.<sup>1500</sup>
- La posibilidad de diseñar-identificar una taxonomía de tipos de casos o situaciones iniciales que condicionan un específico comportamiento cognitivo del juez en términos de la aplicación de determinado conocimiento heurístico para el tipo de caso en cuestión. Por ejemplo, considerando las variables “*tipo de juicio*” (constitución de pensión, aumento, disminución o cancelación de la misma), así como “*tipo de partes*” (Esposa Vs Esposo, Esposa en representación de hijos menores Vs. Esposo, Padre, Vs. Hijo, etc.), Cáceres pudo comenzar a identificar factores que constriñen y caracterizan el procesamiento de la información por parte de los jueces para cierta clase de casos. Otra variable a considerar puede ser el tipo de argumentación dialógica vertido por las partes durante el proceso (o más bien, la reconstrucción que de ella hace el juez). Cuando se considera esta variable, Cáceres denomina al tipo de caso en cuestión como “*escenario*”. Como sabemos, cuando la argumentación de las partes presenta elementos comunes en múltiples casos, ello permite inducir-abstraer patrones a la manera de armazones generales de argumentación (denominados “*Templates*” por Cáceres). Cuando la argumentación de ciertos escenarios no puede ubicarse en algún patrón general, se le denomina “*atípico*”.<sup>1501</sup>
- El carácter *context-dependent* de la aplicación del conocimiento heurístico respectivo, lo que significa que la realización de las diversas tareas cognitivas, incluidas las de carácter epistémico (como la construcción de los argumentos dialógicos, la asignación de pesos heurísticos a las diversas pruebas ofrecidas, la determinación de los pesos de las presunciones, etc.), depende del *escenario* en el que juez realice sus operaciones cognitivas. En este sentido, el escenario correspondiente dispara una especie de “*yo situacional cognitivo*” en el juez. El carácter *scenario-dependent* del comportamiento cognitivo del funcionario judicial echa por tierra la idea de la *homogeneidad* de los procesos de impartición de justicia, supuestamente garantizada tanto por una única forma de “leer” la partitura jurídica que regula las

---

<sup>1498</sup> Véase sub-inciso c del inciso B del número 1 de la sección VI del Capítulo Quinto de este trabajo.

<sup>1499</sup> Véase el sub-inciso a del inciso C del número 1 de la sección VI del Capítulo Quinto de este trabajo.

<sup>1500</sup> Véase completo el número 1 de la sección VI del Capítulo Quinto de este trabajo.

<sup>1501</sup> Idem.

prácticas judiciales, como por una supuesta completitud o exhaustividad de las normas jurídicas (sustantivas y procesales).<sup>1502</sup>

- Las importantísimas implicaciones que se siguen de la pertenencia del sujeto cognoscente a una comunidad cognitiva de referencia (en este caso, judicial), tales como el desarrollo pragmático del conocimiento heurístico que permite subsanar las *deficiencias estructurales* de la legislación y de otras fuentes, sobre todo cuando éstas son vagas, o presentan lagunas; así como el papel que el denominado *Inconsciente Adaptativo* juega en el desarrollo y compilación de ese conocimiento heurístico.<sup>1503</sup>

A continuación dirigiremos nuestra atención a las críticas que desde nuestra perspectiva, pueden esgrimirse al modelo teórico propuesto por Cáceres:

### **1. Cáceres y sus críticas a la teoría correspondentista de la verdad**

En la segunda versión del “*Mini-Foro sobre Epistemología Jurídica*” organizado por Larry Laudan,<sup>1504</sup> Cáceres presenta el *paper* titulado “Constructivismo Jurídico y Epistemología del derecho. Una propuesta de Epistemología Jurídica interdisciplinaria con bases empíricas”.

En el artículo referido,<sup>1505</sup> el autor en comento lanza una fuerte crítica a los proyectos de epistemología jurídica basados en una *teoría correspondentista de la verdad*. De hecho, Cáceres presenta su propuesta constructivista de epistemología jurídica como una posición que logra superar las debilidades identificadas en la teoría empirista-correspondentista mencionada.

La tesis principal de la crítica de Cáceres referida es la siguiente:

“No es cierto que los jueces determinen la verdad o falsedad de los diversos enunciados fácticos recurriendo a un *criterio de correspondencia* que implica mapear o contrastar *directamente*, por medio de la observación, el contenido del(los) enunciado(s) respectivo(s) con una realidad empírica externa, objetiva preestablecida (dada) e independiente del sujeto cognoscente” (tesis que denotaremos con ‘p’).

Las razones que el autor en comento ofrece en respaldo de ‘p’ son:

- A) Debido a que los enunciados fácticos correspondientes son generalmente, de carácter *expost*, es decir, pretenden hacer referencia a hechos irrepetibles que acontecieron en el pasado. De esta manera, el juez, confinado a su nicho de deliberación, no tiene la oportunidad de establecer el valor de verdad que corresponde a las aseveraciones respectivas mediante la constatación sensorial directa y personal del evento en cuestión. La situación epistémica del juez es diferente de aquella en la que alguien simplemente despliega

---

<sup>1502</sup> *Idem.*

<sup>1503</sup> *Idem.*

<sup>1504</sup> 2007, Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM.

<sup>1505</sup> Del cual existe una versión en inglés publicada en *Problema, Anuario de Teoría y Filosofía del Derecho*, III-UNAM, Vol. 2, en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/filotder/cont/2/pr/pr11.pdf>

sus facultades de *observación* para verificar si en efecto, el mundo se comporta como intenta reportarlo algún enunciado con pretensiones descriptivas de ese mundo (piénsese por ejemplo, en un caso en el que X se asoma por su ventana para corroborar-verificar que Y se encuentra esperando a la puerta tal y como lo reporta un enunciado del tipo “Y está tocando a la puerta” probablemente emitido por Z); es también diferente a los casos en que se pueden reproducir experimentalmente las condiciones bajo las cuales el mundo se comportaría de la forma en que lo reporta alguna “ley científica”, produciendo un evento específico que instancia dicha ley.

- B) Aún cuando supusiéramos que el juez corre con la suerte de presenciar el “hecho” en cuestión (o, haciendo uso de nuestra imaginación, supusiéramos que el juez pudo viajar al pasado para atestiguar la conducta correspondiente), un problema para el mapeo directo de los enunciados que instancian los elementos del tipo delictivo respectivo, con la realidad, es que buena parte de los “hechos” que el juez debe comprobar son de carácter *mental* o *interno* (tales como las intenciones, motivaciones o ánimos del agente, etc.). Los hechos referidos *no son sensorialmente perceptibles de manera directa* (o de primera mano), como si lo son (en algún sentido) por ejemplo, ciertas propiedades o cualidades de los objetos, tales como su color, textura, temperatura, etc. Otra forma en la que Cáceres se refiere a estas cuestiones es diciendo que en muchas ocasiones, los términos que constituyen los elementos de algún tipo delictivo, no tienen “*referente empírico*”.
- C) Del mismo modo que el apartado previo, aún cuando supusiéramos que el juez corre con la suerte de presenciar el “hecho” respectivo, la secuencia de eventos ante la que aquel se vería expuesto, no es suficiente en si misma para determinar que ha ocurrido una clase de delito particular, en la medida en que la secuencia de eventos referida constituye sólo un *activador-excitador* de múltiples esquemas cognitivos, algunos de ellos en competencia y/o contradictorios, en el espacio de búsqueda del juez. En este sentido, se requiere de mayor información para descartar algunos de esos esquemas y comprobar los elementos del que, en última instancia, se aplicará. Piénsese por ejemplo, en el caso en que el juez presencia que X está enterrando un cuchillo en el corazón de Y. La calificación del hecho como “*homicidio doloso*” sería en todo caso, preliminar, ya que es posible que X se encuentre obrando en legítima defensa, que se halle en estado de necesidad, que exista un error invencible de prohibición, que sea inimputable, etc. Es posible también que Y ya se encontrara muerto antes de las acciones de X, etc.
- D) Vinculado con el inciso anterior, el punto es que el hecho jurídicamente relevante no forma parte de una *realidad bruta*, objetiva, externa, preexistente e independiente de las operaciones cognitivas de los sujetos cognoscentes, susceptible de ser simplemente reflejada (reproducida o representada), con mayor o menor nitidez, en nuestro interior. Se trata en todo caso, de un *hecho institucional* a la manera de John Searle, lo cual presupone la *función constitutiva* de parte del derecho en términos de proveer a sus destinatarios, particularmente a los investigadores (ministerios públicos y policía judicial) y jueces, de *reglas constitutivas* (en contraste con la función regulativa de las reglas) del tipo “*X vale como Y en el contexto C*”. En este punto,

Cáceres pretende destacar el carácter contingente de los contenidos jurídicos, de modo que el valor representacional de ciertos hechos, por un lado, es función del esquema cognitivo activado, y por otro, podría ser de otro modo, o incluso dejar de ser (por ejemplo, como resultado de una regla que derogue el tipo delictivo en cuestión).

- E) Algunas expresiones contenidas en el discurso del derecho positivo están afectadas de vaguedad, de modo que en múltiples ocasiones, no es sino hasta que hay un pronunciamiento jurisdiccional en torno a la cuestión, que cierto evento o conducta se considera como una *modalidad de instanciación* del término vago respectivo. Antes de la actividad judicial, no se sabía si tal conducta era considerada delictiva o no. Esta aseveración refuerza el argumento de Cáceres de que no hay una realidad bruta, dada y preestructurada contra la cual simplemente se contrasten-mapeen los enunciados fácticos mediante la mera utilización de nuestras facultades sensoriales.

Sostenemos que el problema fundamental con esta crítica en términos generales, consiste en mezclar dominios de discusión que, aunque íntimamente relacionados, deben permanecer conceptualmente separados, dado que de lo contrario se producen confusiones que estancan la investigación. Los dominios referidos corresponden a las *teorías de la verdad*, al posicionamiento *ontológico* (o meta-físico) respecto de la “naturaleza” o forma de existencia de los hechos o entidades (“*truth-makers*”) en cuestión, y otro, a las *teorías de la justificación epistémica*.

En este trabajo no podemos detenernos en dar cuenta detallada de las múltiples versiones teóricas, sutilezas y discusiones complejas que caracterizan a los terrenos referidos. En lo que sigue daremos un muy somero repaso de algunas nociones clave, siempre teniendo en mente la crítica que posteriormente elaboraremos respecto del ataque de Cáceres a lo que entiende por “la teoría correspondentista” subyacente a proyectos alternos de Epistemología Jurídica:

En el terreno de las teorías de la verdad, las posturas tradicionalmente enfrentadas son de un lado, la teoría *correspondentista*,<sup>1506</sup> y de otro, la teoría *coherentista*.<sup>1507</sup> Ambas pretenden elucidar la “naturaleza” de la relación que se establece entre una proposición fáctica y *otra cosa*, de cuya obtención (o realización) resulta el *estatus verdadero* de la proposición en cuestión.<sup>1508</sup>

---

<sup>1506</sup> Véase para una buena introducción: David, Marian, "The Correspondence Theory of Truth", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2009 Edition)*, Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2009/entries/truth-correspondence/>>.

<sup>1507</sup> Véase para una buena introducción: Young, James O., "The Coherence Theory of Truth", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2008 Edition)*, Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/truth-coherence/>>.

Aunque cabe destacar que en la actualidad, existe un catálogo extenso de teorías de la verdad adicionales, tales como las teorías axiomáticas (véase <http://plato.stanford.edu/entries/truth-axiomatic/>), las teorías de la identidad (véase <http://plato.stanford.edu/entries/truth-identity/>), o las teorías deflacionistas (véase <http://plato.stanford.edu/entries/truth-deflationary/>).

<sup>1508</sup> Debemos aclarar que las etiquetas “teoría correspondentista” y “teoría coherentista” no denotan cada una, una sola teoría, sino una gama de ellas con diferencias sutiles, cuya complejidad desborda el propósito de esta investigación.

De este modo, para la teoría correspondentista, la relación referida se establece con entidades y/o hechos que conforman cierto dominio de *la realidad*, y dicha relación se define como una de “*correspondencia*”, de modo que el contenido proposicional de una creencia es verdadero si (y sólo si) existe (o existió) una entidad o hecho con las características que la creencia respectiva le atribuye.

Por su parte, para la teoría coherentista, la relación referida (entre la proposición fáctica y *otra cosa*) se establece con un conjunto de creencias, y dicha relación se define como una de “*coherencia*”, de modo que el contenido proposicional de una creencia es verdadero si (y sólo si) es coherente con un sistema de creencias previo.

Ahora bien, el marco anterior se encuentra íntimamente vinculada a (y se complementa con) discusiones ontológicas (o meta-físicas) relativas a la “*naturaleza*” de las entidades o hechos (también denominados “*truth-makers*”), cuya existencia (actual o pasada) y características, hacen verdaderas a las creencias respectivas.

En la literatura contemporánea, la discusión ontológica o metafísica sobre la naturaleza de los *truth-makers* aludidos se plantea en términos del grado de “*objetividad*” que puede predicarse de aquellos.<sup>1509</sup>

Por su parte, el grado de objetividad de los *truth-makers*, (entidades, estados de cosas, o hechos), como explica Brian Leiter,<sup>1510</sup> a su vez es planteada en función del *grado de independencia* que dichos *truth-makers* guardan con respecto de la actividad cognitiva (mental) de los sujetos cognoscentes.

Ahora bien, Leiter propone tres tipos de independencia cognitiva o mental: Por un lado, la denominada independencia causal (*causal independence*);<sup>1511</sup> la independencia constitutiva (*constitutive independence*);<sup>1512</sup> y la independencia cognitiva en estricto sentido (*cognitive independence*).<sup>1513</sup>

Una entidad, estado de cosas, evento o hecho es causalmente independiente de la mente siempre que en la trayectoria causal que lo produjo, no haya intervenido la mente humana. Un ejemplo de entidad causalmente dependiente que Leiter ofrece, es un par de zapatos. Éstos no existirían (con las características que resulten poseer) si alguien no hubiera experimentado un estado mental de carácter *intencional*, según el cual se propusiera diseñarlos y fabricarlos. Un ejemplo de entidad causalmente independiente, de acuerdo con Leiter, lo sería la Tierra.<sup>1514</sup>

Otro ejemplo similar al anterior de entidad, hecho, etc. causalmente dependiente de la mente lo constituye la conducta humana consciente en la medida en que presupone lo que la Psicología Cognitiva denomina “el *binomio cognitivo-conductual*”, según el cual ciertos estados mentales actúan como agentes causales del comportamiento.<sup>1515</sup>

---

<sup>1509</sup> Véase, Leiter, Brian, “Objectivity in Law”, en Shapiro, Scott, et. al. (Eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, 2004.

<sup>1510</sup> Idem.

<sup>1511</sup> Idem.

<sup>1512</sup> Idem.

<sup>1513</sup> Idem.

<sup>1514</sup> Claro, incluso los objetos naturales como las plantas, los planetas, etc., podrían ser considerados causalmente dependientes si se asume una postura creacionista del universo, según la cual, éste y todo lo que contiene, es el resultado de la voluntad de una mente superior (divina). Sin embargo, aún en esta postura, podría todavía sostenerse la independencia causal del universo respecto de la mente humana.

<sup>1515</sup> Leiter, Op. Cit., nota 1509.

Por otro lado, una entidad, objeto, estado de cosas, evento, o hecho es considerado *constitutivamente independiente* si su existencia y características no son constituidas por (idénticas con, o reductibles a) la mente humana.<sup>1516</sup>

Como explica Leiter, casos como el de las creencias, intenciones, emociones, dolores, y en general, los estados psicológicos, son claramente instancias de entidades constitutivamente dependientes, en tanto que constituyen meras *facetas de la mente*.<sup>1517</sup> Esta pues, sería la posición ontológica de un coherentista, en tanto sostiene que la verdad no es más que un asunto de coherencia entre creencias (es decir, entre entidades constituidas *en su totalidad*, sin espacio para admitir grados de intervención, por efecto del funcionamiento de la mente humana). No obstante, todavía hay oportunidad para que el coherentista pueda ser en alguna medida “objetivo” al emitir los juicios que predicen verdad o falsedad, siempre que suscriba alguna de las posiciones intermedias de independencia cognitiva que veremos en breve.

Ahora bien, dejando por el momento de lado la consideración de los estados psicológicos, el efecto constitutivo de la mente respecto de otras entidades, hechos, etc., como se ha dicho, admite grados. Sin embargo, algunos filósofos como Kant o biólogos como Uexkull, sostendrían que dicho efecto, aunque sea mínimamente, está *siempre presente*, no sólo en el caso de los seres humanos, sino en el reino animal en general, en la medida en que la realidad que “percibe” (en sentido amplio) cada organismo, está determinada por su equipamiento (u organización) psico-físico; de modo que, como afirmaba Kant, el *nóumeno* (o el dominio de las cosas como son *en si mismas*) es incognoscible; podemos conocer sólo cómo las cosas son para nosotros (es decir, estamos confinados al dominio de los *fenómenos*).

Para nosotros, la tesis de la presencia mínima del efecto constitutivo de la mente en todo aquello que “percibimos”, es plausible. En efecto, como se comentaba en la introducción de este trabajo, como especie humana, estamos constreñidos a procesar la energía que impacta nuestros receptores sensoriales de cierta forma y dentro de ciertos rangos. En este sentido, la “percepción” resultante (auditiva, táctil, olfativa, visual, etc.) constituye ya, una construcción de nuestro cerebro.<sup>1518</sup>

En este punto podría pensarse que contar con el equipamiento sensorial humano garantiza la *homogeneidad* en las construcciones perceptivas. Sin embargo, como también se hizo mención en la introducción, los estudios contemporáneos sobre el fenómeno de la *plasticidad neuronal* echan por tierra la suposición referida.<sup>1519</sup>

Por su parte, presuponiendo la tesis de la presencia permanente del efecto constitutivo de la mente en lo que respecta al dominio de impactos sensoriales (*sense data*) que como especie estamos condicionados a procesar para la ulterior construcción perceptiva (de primer nivel), Cáceres da un paso más en el espectro de la constitutividad ejercida

---

<sup>1516</sup> Idem.

<sup>1517</sup> Idem.

<sup>1518</sup> Véase la sección IV del Capítulo Primero de este trabajo.

<sup>1519</sup> Idem.

por la mente al considerar el efecto permanente que el lenguaje tiene como una especie de imposición de una segunda y ulteriores (y recursivas) capas de construcción-interpretación a las construcciones perceptivas de primer nivel.<sup>1520</sup>

En este sentido, las reglas del lenguaje constituirían reglas constitutivas que, como ya hemos mencionado, tienen una estructura del tipo “X vale como Y en el contexto C”, cuya aplicación da lugar a *hechos institucionales*.

Así mismo, Cáceres hace énfasis en las capas ulteriores de *institucionalidad* resultantes de reglas constitutivas en las que nuestra intervención consciente en su diseño, es más clara (en contraste con el grado de intervención consciente que tenemos respecto del diseño de las reglas de cualquier lenguaje natural). Tal es el caso de las reglas de los juegos (como el ajedrez, el fútbol, etc.), o de las reglas del derecho. En esta línea, de nuestra experiencia comunicativa cotidiana (principalmente, aunque no exclusivamente, de carácter lingüístico), logramos interiorizar *las reglas constitutivas jurídicas* a la manera de ciertos *esquemas cognitivos* que condicionan nuestra “percepción-comprensión” de, así como nuestra “participación” en, el complejo entramado de hechos sociales constitutivos de la realidad jurídica.

Sin embargo, pese a lo anterior, Cáceres no parece estar dispuesto a predicar una función constitutiva de la mente tipo *all the way* respecto del dominio correspondiente a los hechos jurídico-institucionales, tales como el hecho de que ciertas personas celebraron un contrato de compra-venta, que cierta pareja contrajo matrimonio, o que alguien es penalmente responsable por la comisión de un delito.

Ahora bien, por último, Leiter sostiene que una entidad, hecho, estado de cosas, o evento es cognitivamente independiente de la mente si su existencia (presente o pasada) no depende del hecho de que otros sujetos cognoscentes experimenten ciertos estados cognitivos (como creencias, percepciones sensoriales, juicios, evaluaciones, etc.), cuyo contenido proposicional equivalga a las entidades, hechos, etc., en cuestión.<sup>1521</sup>

La independencia cognitiva también admite grados, algunos de los cuales, para Leiter, son:

*Nula independencia cognitiva* (“*Subjectivism*”). Desde esta perspectiva, la existencia y características de una entidad, hecho, evento, etc., dependen totalmente de la experimentación de ciertos estados cognitivos de parte del sujeto cognoscente. En este sentido, lo que sea que “le parezca que es el caso” determina lo que es (o fue) el caso respectivo. En otras palabras, y desde el otro lado de la moneda, bajo esta postura el sujeto cognoscente jamás puede equivocarse, sus percepciones, creencias, juicios, etc. siempre determinan lo que sucede (o sucedió).<sup>1522</sup>

*Mínima independencia cognitiva* (“*Minimal objectivism*”). En esta posición, lo que al sujeto cognoscente le “parece que es el caso (como resultado de sus percepciones, creencias, juicios o evaluaciones)” no tiene la capacidad de determinar completamente lo que es (o fue) el caso. En última instancia, este poder de determinación lo tiene la *comunidad cognitiva de referencia*, considerada en su totalidad, de modo que un miembro de ella, o incluso algún(os) sector(es) de la misma, pueden errar, pero no la comunidad respectiva en su conjunto.<sup>1523</sup>

---

<sup>1520</sup> Leiter, Op. Cit., nota 1509.

<sup>1521</sup> Idem.

<sup>1522</sup> Idem.

<sup>1523</sup> Idem.



*Modesta independencia cognitiva* (“*Modest objectivism*”). Este grado de independencia implica que incluso lo que “le parece a la comunidad entera que es (o fue) el caso” no tiene el potencial de determinar lo que es (o fue) el caso concreto. No tiene pues, la capacidad de zanjar definitivamente la cuestión acerca de la existencia (actual o pasada) y características de una entidad, hecho, estado de cosas, etc. Por lo anterior, en esta postura, es concebible la posibilidad del *error comunitario* o masivo.<sup>1524</sup>

Sin embargo, de acuerdo con Leiter, en esta posición si habría un último criterio determinante del hecho en cuestión. Éste criterio corresponde a aquello que podrían creer (percibir, juzgar, etc.) los sujetos cognoscentes como resultado de la obtención-satisfacción de ciertas condiciones epistémicas ideales (tales como la disponibilidad de información completa, la presuposición de agentes enteramente racionales, observadores de las reglas de todas las lógicas aplicables al caso, la no incidencia de prejuicios y demás vicios personales que pudieran mancillar la averiguación, etc.).<sup>1525</sup>

Por último, *Total independencia cognitiva* (“*Strong objectivism*”). Desde esta posición, ni siquiera el consenso que una comunidad ideal de sujetos cognoscentes pudiera obtener en un escenario epistémico, también ideal, tiene el poder de determinar por sí mismo, la existencia y características de lo que es (o fue) el caso.<sup>1526</sup>

Ahora bien, en el terreno de las teorías de la justificación epistémica, las teorías tradicionalmente enfrentadas (aunque no necesariamente opuestas en todas sus versiones<sup>1527</sup>) son, de un lado la del *Fundacionismo* (Fundacionalismo o “*Foundationalism*”),<sup>1528</sup> y de otro, la del *Coherentismo* (“*Coherentism*”) como teoría de la justificación.<sup>1529</sup> Ambas abordan el problema de la estructura y características del razonamiento que tendría la propiedad de transferir un efecto de *justificación* a cierto sujeto en su acto de sostener cierta creencia empírica en un momento determinado.

Para el Fundacionismo, la estructura del razonamiento con aptitudes de proveer justificación es lineal, o mejor dicho, *uni-direccional*, en cuya base se encuentra cierto tipo de creencias que gozan de un *estatus privilegiado*, de modo que constituyen el fundamento, los cimientos, del sistema de justificación correspondiente. El contenido de estas creencias privilegiadas corresponde a la información que *directamente* nos proporcionan nuestros receptores sensoriales.

Por su parte, para el Coherentismo, la estructura del razonamiento con aptitudes justificativas es más bien *multi-direccional*; no requiere de predicar un estatus privilegiado respecto de cierto conjunto de creencias con contenido directamente sensorial; y admite diversas estipulaciones o criterios de coherencia entre creencias (diversas clases de conexiones lógicas, coherencia narrativa, completitud, etc.).

---

<sup>1524</sup> *Idem.*

<sup>1525</sup> *Idem.*

<sup>1526</sup> *Idem.*

<sup>1527</sup> Véase la propuesta de Haack en: Haack, Susan, *Evidence and Inquiry; Towards reconstruction in epistemology*, Wiley-Blackwell, 1994.

<sup>1528</sup> <http://plato.stanford.edu/entries/justep-foundational/>

<sup>1529</sup> <http://plato.stanford.edu/entries/justep-coherence/>

La discusión anterior nos proporciona un marco para detectar en forma más específica las debilidades de la crítica de Cáceres. El punto crucial es que el autor en comentario caricaturiza la postura *empirista-correspondentista* que parece atribuir a otros proyectos de Epistemología Jurídica (presumiblemente al de Laudan, y a los de los diversos autores de la TVRPJ). A continuación, presentamos las debilidades de la crítica referida:

En primer lugar, Cáceres no identifica plenamente a quién se encuentra lanzando el ataque expresado en ‘p’. Plausiblemente se refiere a autores como Taruffo, Ferrer, y al propio Laudan, ya que los trabajos de estos autores constituyen el *background* de discusión del mini-foro en el que el autor en comentario presentó su proyecto constructivista; además de que es en contraste con estos trabajos que adquiere sentido concebir su proyecto como una “alternativa” diferente al estado del arte.

En segundo lugar, Cáceres parece atribuir a este *oponente difuso* una postura según la cual, decretar la correspondencia entre una proposición fáctica y la entidad, hecho, evento o estado de cosas en cuestión, es algo que incurre en el ámbito de lo humanamente posible, cuando sabemos que, al menos como la conciben TVRPJ<sup>1530</sup> y Laudan,<sup>1531</sup> la correspondencia es una *noción límite*, de imposible satisfacción en términos de su obtención constante, sistemática y permanente. Dicha noción se desempeña, más bien, como un *ideal regulativo*, como una aspiración a cuya satisfacción tienden (y/o deberían tender) los diversos sistemas y modalidades *no dogmáticas* de investigación empírica. Por ejemplo, al respecto Taruffo sostiene lo siguiente:

“...La idea de una verdad absoluta puede ser una hipótesis abstracta en un contexto filosófico amplio, pero no se puede sostener racionalmente que una verdad absoluta pueda y deba ser establecida en ningún dominio del conocimiento humano, y ni qué decir tiene del contexto judicial. Ni siquiera las ciencias duras como la física y las matemáticas pretenden ya ser capaces de alcanzar verdades absolutas; de hecho, la idea de una verdad absoluta parece pertenecer sólo a los terrenos de la religión y la metafísica. En realidad, en todo contexto de conocimiento científico y empírico, incluido el de los procesos judiciales, *la verdad es relativa. En el mejor de los casos, la idea general de verdad se puede concebir como una especie de “ideal regulativo”, esto es como un punto de referencia teórico que se debe seguir a fin de orientar la empresa del conocimiento en la experiencia real del mundo...*”<sup>1532</sup>

Y en otra parte, el autor en comentario sostiene que:

“... En un procedimiento cognoscitivo de cualquier género, la verdad absoluta puede funcionar, precisamente, *como absoluto*, es decir, como *límite al que los conocimientos concretos tienden a aproximarse... aunque no alcanzan nunca a identificarse con él*. En otros términos: *La verdad como correspondencia absoluta de una descripción con el estado de cosas del mundo real no es alcanzable con procedimientos cognoscitivos concretos, ya que es sólo un valor-límite teórico de la verdad de la descripción. Pueden haber, sin embargo, distintos grados de aproximación al estado teórico de correspondencia absoluta*, partiendo de un grado 0 (ninguna correspondencia, lo que equivale a decir que no existen elementos que hagan creíble la aserción, o que ésta no es significativa, según el contexto) *y aumentando la aproximación a medida que aumentan los elementos de conocimiento a favor de la hipótesis de que la descripción se corresponde con la realidad. La referencia al valor teórico de la correspondencia absoluta, como el otro extremo de la no-correspondencia, es útil para distinguir los grados de aproximación y para establecer cuándo hay incrementos o*

<sup>1530</sup> Véanse los números 1 y 2 de la sección II del Capítulo Tercero de este trabajo.

<sup>1531</sup> Véase el número 1 de la sección I del Capítulo Segundo de este trabajo.

<sup>1532</sup> Véase Taruffo, Michele, *La Prueba*, España, Marcial Pons, 2008, p. 26.

*disminuciones en la aproximación y, también, para determinar el criterio de elección entre varias descripciones del mismo hecho...*<sup>1533</sup>

Esta noción de correspondencia a la manera de un *ideal regulativo* de imposible satisfacción, no es más que la otra cara de la *falibilidad epistémica* que fatalmente circunda a todo sistema de investigación sobre cuestiones empíricas de la que habla Laudan, la cual no puede erradicarse en su totalidad pese a *nuestros mejores esfuerzos*. Es decir, aún cuando el sistema de investigación en cuestión contara con el mejor perfil *Truth-Promoting* en que pudiera pensarse, la sombra del error epistémico permanece (aunque claro, con menores probabilidades que en sistemas *truth-thwarting*).<sup>1534</sup>

Lo anterior nos permite atribuir plausiblemente a Laudan y a TVRPJ la postura denominada “*Strong Objectivism*” de la que da cuenta Leiter, según la cual, la existencia del hecho o evento en cuestión es independiente incluso del *mejor juicio* que pudiera formularse por parte de agentes ideales en condiciones epistémicas, también ideales (posición a la que curiosamente, como veremos después, parece adherirse el propio Cáceres).

Ahora bien, en tercer lugar, de acuerdo con Cáceres, la determinación de que se obtiene o no una relación de correspondencia entre la proposición respectiva y la entidad, hecho, estado de cosas o evento en cuestión, es un asunto que se reduce a la mera constatación *directa y personal* de dicho evento, mediante el despliegue de nuestras *facultades de observación*.

En este punto puede detectarse una confusión de planos, de modo que Cáceres parece estar atacando más bien, cierto criterio (increíblemente ingenuo) de justificación epistémica, más que una teoría correspondentista de la verdad (entendida como ideal regulativo al que deberían tender los diversos sistemas de investigación empírica).

Más específicamente, el autor en comento se encuentra atacando una versión *extremista* de Fundacionismo, desde la cual, la información perceptiva-sensorial no sólo tiene un *estatus privilegiado* en el sentido de constituir la cimiento legítima de las demás creencias que pudieran seguirse (mediante la aplicación de diversas clases de lógica) de dicha información, sino en el sentido de conformar *la única y exclusiva base de la justificación*.

En efecto, desde una postura tan ingenua nadie podría tener creencias justificadas respecto de hechos ocurridos en el pasado, debido por un lado, a que no se presenciaron de primera mano, directa y personalmente, y de otro, dado que este modelo de justificación no autoriza la realización de ninguna inferencia a partir de cierta información sensorial, por ejemplo, un cuerpo sin vida, ciertas heridas en el mismo, sangre en la habitación, un arma de la que le sale humo, las declaraciones de ciertos testigos, o de cualquier caudal informativo (o conjunto de indicios) que pueda hallarse en lo que típicamente se conoce como una “*escena del crimen*” (profesiones tan comunes como las del historiador, el antropólogo, el investigador criminal, el juez, etc. no tendrían ningún fundamento racional, su actividad estaría basada, quizá en puros actos de fe).

---

<sup>1533</sup> Véase Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, 2ª. ed., trad. de Jordi Ferrer Beltrán, Italia, TROTTA, 2005, P. 542, p. 180.

<sup>1534</sup> Véase el número 2 de la sección I del Capítulo Segundo de este trabajo.

Así mismo, nadie podría realizar justificadamente atribuciones de intenciones, ánimos, planes, creencias, o de cualquier estado psicológico o interno, respecto de cualquier otra persona (incluso respecto del propio observador), en virtud de que los mencionados estados no pueden *observarse directamente* (nadie ha visto pasar una creencia o una emoción por la avenida Reforma), y debido a que, como se ha dicho, el modelo no admite la conformación y empleo del denominado “*conocimiento inferencial*” (“*Inferential knowledge*”).<sup>1535</sup>

De hecho, nadie podría tener creencias justificadas respecto de todo aquello que no presencia directamente (no podríamos por ejemplo, creer justificadamente cosas tan ordinarias como que nuestra casa permanece en pie en el mismo lugar cuando nos vamos a trabajar, que probablemente mañana saldrá el sol, que hay otros países, etc.).

La razón por la que este modelo extremo de Fundacionismo otorga dicho estatus a la información perceptiva-sensorial tiene que ver con el complemento que esta postura recibe de ciertas tesis ontológicas (o meta-físicas) relativas a la “naturaleza” o forma de existencia de los hechos, eventos, etc., que conforman la realidad.

En el marco de este Fundacionismo extremo, la realidad (y los hechos que la conforman) tiene las propiedades de ser externa al sujeto cognoscente, dada o preestructurada, e independiente de los procesos cognitivos de aquel. Se trata pues, de una postura que predica la total *independencia constitutiva* de todos los dominios de la realidad en el sentido de que su existencia y características no están determinadas en absoluto, por la actividad mental (de los seres humanos). El sujeto cognoscente se limita sólo a reproducir internamente, por medio de sus “percepciones” (con mayor o menor nitidez o fidelidad), las características de una realidad preestructurada.

La versión de *Realismo* previamente esbozada constituye la postura preferida por Cáceres en el sentido de que tradicionalmente la ha utilizado en otros trabajos<sup>1536</sup> como uno de los extremos (el otro sería el *Idealismo*) del espectro en el que eventualmente (mediante un distanciamiento elaborado respecto del *Fenomenalismo Kantiano*) ubica su propuesta constructivista. Por ejemplo, en su “*Constructivismo Jurídico y Meta-Teoría del Derecho*”,<sup>1537</sup> Cáceres alude a la versión de Realismo en comento, del modo que sigue:

“...El realismo es “aquella posición epistemológica según la cual hay cosas independientes de la conciencia.” Para ella, la relación entre el ente cognoscente y el objeto cognoscible (realidad externa) consiste en la simple reproducción mental de la segunda por parte del primero como función siguiente a la percepción sensorial. Desde esta perspectiva, el conocimiento humano de la realidad externa es equiparado a un espejo que refleja fielmente esa realidad, tal cual es...”<sup>1538</sup>

---

<sup>1535</sup> Véase para una buena introducción, el artículo correspondiente en la Stanford Encyclopedia of Philosophy, en: <http://plato.stanford.edu/entries/knowledge-acquaindescrip/>

<sup>1536</sup> Véase Cáceres, Enrique, “Las teorías jurídicas como realidades hermenéuticas”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 103, 2002; y Cáceres, Enrique, *Constructivismo jurídico y metateoría del derecho*, IJ-UNAM, 2007, Capítulo Primero.

<sup>1537</sup> <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2518>

<sup>1538</sup> El otro extremo del espectro referido, es conformado por el Idealismo. La postura intermedia que le sirve de punto de partida para la subsecuente elaboración de las tesis principales de su constructivismo jurídico es el Fenomenalismo Kantiano. Véase Cáceres, Op. Cit., nota 1536.

Sin embargo, como hemos visto, este realismo *hardcore* que complementa (y de hecho, está en la base de) la postura del Fundacionismo extremo que ataca Cáceres, no constituye la única opción por la que puede inclinarse quien suscribe la teoría de la correspondencia. Como muestra el análisis de Leiter, existe un amplio espectro de posibilidades conceptuales en el que pueden ubicarse las tesis relativas al grado de constitutividad que ejerce la mente en relación con el dominio de hechos que interesa,<sup>1539</sup> de modo que no hay razón para atribuir por *default* a cierto autor (o propuesta), la tesis de la independencia total y absoluta del dominio de hechos de que se trate, respecto de las operaciones cognitivas del agente, por el sólo hecho de suscribir la teoría de la correspondencia.

Por otra parte, aún cuando se sostenga un grado elevado de constitutividad ejercido por la mente, como por ejemplo en el caso de Cáceres, aún cuando se haga énfasis en el papel preponderante que tienen los esquemas cognitivos en cuya generación incide el discurso jurídico, en términos de constituir tanto condiciones de pensabilidad, comprensión y evaluación de ciertos hechos o conductas jurídicas (y anti-jurídicas), así como las condiciones que posibilitan la participación en ciertas interacciones sociales que en efecto, como cierta clase de prácticas o hechos jurídicos, no existirían si no contáramos con las categorías respectivas para realizar tales recortes en la realidad social, ello no implica necesariamente que se asuma que la existencia u ocurrencia pasada de instancias particulares de las clases de hechos y prácticas referidos esté determinada por lo que puedan creer ciertas personas (por ejemplo, los *triers of fact*) como resultado de la valoración que realizan de algún conjunto de indicios y de la consideración de ciertas razones, con base en lo cual emiten un juicio que expresa lo que consideran que sucedió en el mundo.

De hecho un grado alto de constitutividad mental, y hasta un grado extremo de ella (que implicaría la reducción a, o identificación del hecho en cuestión con un estado mental, por ejemplo, de creencia), es compatible con la postura del “*Strong Objectivism*”, siempre que se sostenga que la existencia de dicho hecho, no depende del juicio *ex post* al que pudieran arribar, incluso agentes ideales en condiciones epistémicas ideales. De modo que aún cuando se trata de *hechos institucionales* (como lo son por excelencia, los de carácter jurídico), puede sostenerse sin mayor problema, una teoría de la correspondencia como *ideal regulativo*.

La postura que termina asumiendo el propio Cáceres, la cual es presentada por este autor como una “*posible implicación de asumir el modelo constructivista*”, es congruente con lo anterior, de lo cual dan cuenta las siguientes citas:

**“... Desde luego, puede ocurrir que no haya correspondencia entre lo que ocurrió en términos de hecho institucional y la determinación de lo que fue al caso en el mundo por parte del juez.**

Puede ocurrir que alguien haya realizado deliberadamente una evasión fiscal perfectamente organizada, de tal suerte que resulte imposible determinar que ese fue el caso en el mundo. No obstante, debe recordarse que los hechos jurídico-institucionales (la evasión deliberadamente realizada) no tienen nada que ver con ninguna estructura del mundo dada, pues al derogarse la obligación de pagar dicho impuesto (regla

---

<sup>1539</sup> En efecto, no es necesario comprometerse con un mismo grado de constitutividad mental respecto de todo dominio de la realidad.

constitutiva), desaparecería también la posibilidad de identificar en el mundo conductas evasivas respecto del mismo impuesto...”<sup>1540</sup>

Y en otra parte, el autor en comento sostiene que:

**“...Evidentemente, *la relación entre hechos institucionales acontecidos y los procesos (cognitivos) orientados a determinar lo que fue el caso en el mundo, deben estar relacionados en el sentido de que la determinación de lo que fue al caso en el mundo busque, como ideal regulativo, la determinación de hechos jurídico-institucionales efectivamente acontecidos.***

A pesar de que el concepto de ideal regulativo suele asociarse a cierto tipo de especulación idealista, debe aclararse que obedece también a un proceso cognitivo relacionado con la función del cerebro como servomecanismo, es decir, como sistema de propósito definido. Al estado conforme al cual en el cerebro surge una representación mental correspondiente a un mundo posible al que se desea arribar se le conoce como “tendencia determinante”. La tendencia determinante cumple una función importante en la forma en que, autoorganizativamente, el sistema cognitivo generará esquemas acordes con dicha tendencia...”<sup>1541</sup>

Y por último, dentro del catálogo de sugerencias que debería tener presente una agenda de Epistemología Jurídica general, Cáceres menciona lo siguiente:

**“La teoría propuesta debe conducir a la generación de clausuras de operaciones que lleven a declarar lo que ha sido el caso en el mundo, con la mínima distancia posible respecto a los hechos jurídicos institucionales que efectivamente tienen lugar en el mundo.”<sup>1542</sup>**

En síntesis, Cáceres atribuye injustificadamente y de forma generalizada, el modelo compuesto por el *Realismo Hardcore* y el *Fundacionismo Extremo*, a las propuestas de epistemología jurídica de Taruffo, Ferrer, Laudan, etc. Se trata de una atribución a tal grado injustificada que ni siquiera hay que acudir a una reconstrucción-interpretación caritativa del pensamiento de los autores referidos para evitar la imputación del modelo en comento. De la lectura más superficial de sus obras puede inferirse su distanciamiento respecto de modelos tan burdos e ingenuos.<sup>1543</sup>

En nuestra opinión, el problema es que con base en esta estrategia de imputar posturas ingenuas y poco robustas a los proyectos de Epistemología Jurídica de los autores mencionados, para luego proponer la alternativa “constructivista” como superior al ser contrastada con dichas posturas, Cáceres pierde, al menos en esta ocasión, la

---

<sup>1540</sup> Véase Cáceres, Enrique, “Constructivismo Jurídico y Epistemología del derecho. Una propuesta de Epistemología Jurídica interdisciplinaria con bases empíricas”, presentada en el Segundo Mini-Foro de Epistemología Jurídica organizado por Larry Laudan, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 2007.

<sup>1541</sup> Idem.

<sup>1542</sup> Idem.

<sup>1543</sup> De hecho, la suscripción de un modelo como el que ataca Cáceres presupondría un desconocimiento tan descomunal y preocupante de la lógica más básica de las prácticas científicas, de los procedimientos jurisdiccionales, de las investigaciones criminales, etc., que el hecho de que gente que se dedica profesionalmente a campos como el de la filosofía de la ciencia, o la epistemología (como es el caso de Laudan), o que al menos puede presuponerse una formación mínima como abogado (en el caso de Ferrer, Taruffo, etc.), sobreviva al férreo debate académico que suele haber en estos ámbitos defendiendo tesis tan endeble, plantea un misterio de grandes proporciones.

oportunidad de presentar el conjunto de aportaciones, en efecto novedosas y sustantivas, que consideramos puede realizar su Constructivismo Jurídico Cognitivo.

## 2. Cáceres y su crítica a la tesis de la Exclusividad de la Verdad

Un ejemplo más del seguimiento de la estrategia aludida al final de la sección anterior es el caso del apartado que Cáceres titula “*Razones epistémicas, razones políticas y consecuencialismo*”,<sup>1544</sup> en el cual el autor en comentario plantea como un asunto novedoso, el que un programa de Epistemología Jurídica debería considerar el hecho de que otro tipo de valores u objetivos ajenos a (y en ocasiones contradictorios con) la averiguación falible de la verdad —a los que se refiere genéricamente con la expresión “*razones políticas*”— concurren también en, e impactan, tanto la estructura de los procesos jurisdiccionales, como el contenido de las reglas de procesamiento de la información que emplean los *triers of fact* (los propios jueces en la tradición del *Civil Law*). A continuación, las palabras de Cáceres en torno a esta cuestión:

“... Algunos de los puntos más discutidos durante los seminarios de epistemología han estado vinculados con los “obstáculos epistémicos para la determinación de la verdad”. Algunos de ellos han sido la presunción de inocencia, la exclusión de cierto tipo de testigos, la posibilidad de negociar las condenas a cambio de información, etc.

*La presencia de estos elementos apunta a una problemática particularmente interesante respecto a la determinación de las reglas de procesamiento de información por parte de los jueces. La pregunta en este aspecto sería: ¿dichas reglas habrán de considerar razones epistémicamente puras?, o ¿habrá de considerarse la posible interacción entre razones políticas y razones epistémicas?, ¿alguna de ellos tiene más peso que la otra y por qué?*

*La respuesta a este tipo de planteamientos puede tener implicaciones sumamente importantes en el esclarecimiento conceptual del aparato teórico de un programa de epistemología del derecho...*<sup>1545</sup>

Como puede observarse en la cita previa, Cáceres parece implícitamente sostener que las propuestas de Epistemología Jurídica realizadas por Laudan y compañía no han atinado en plantearse las preguntas que el autor en comentario si hace, y en consecuencia, que dichas propuestas se encuentran elaborando sus reflexiones partiendo de escenarios utópicos en los que el único y exclusivo objetivo legítimo que el derecho persigue a través de la función jurisdiccional es el de averiguar faliblemente la verdad en torno a las alegaciones fácticas realizadas por las partes

A la asunción previa nos referiremos como la “*tesis de la exclusividad de la verdad*” (‘q’), la cual puede tener al menos dos lecturas, una descriptiva y otra prescriptiva: De acuerdo con la primera, los procesos jurisdiccionales de hecho cuentan con una infraestructura normativa que refleja la preocupación exclusiva por averiguar la verdad. Por su parte, de acuerdo con la segunda, los procesos (y procedimientos) jurisdiccionales deberían estar orientados hacia la consecución exclusiva de este objetivo, de modo que si no sucede así en la práctica, deben tomarse las medidas necesarias (típicamente reformas legislativas) para lograrlo.

Algunas de las medidas referidas implicarían primero detectar los componentes *Truth-Thwarting* —u “*obstáculos epistémicos*”— que se hallan en los diversos sistemas de normas procesales, a efecto de proceder a su erradicación total —

---

<sup>1544</sup> Cáceres, Op. Cit., nota 1540.

<sup>1545</sup> Idem.

sin miramientos ni concesiones- del panorama normativo. A esta medida consistente en la *erradicación o destierro absoluto e inimpugnable de los obstáculos epistémicos para la determinación de la verdad* que pudieran localizarse, nos referiremos como la “*tesis de la erradicación total*” (‘r’), la cual complementa la lectura prescriptiva de ‘q’.<sup>1546</sup>

Ahora bien, sin acudir por el momento a la revisión particular de las propuestas de Laudan *et. al.*, a efecto de verificar si hay bases o no para atribuir a estos autores la tesis ‘q’, sino simplemente suponiendo que sostienen dicha tesis, es relativamente sencillo, incluso sin necesidad de suscribir el enfoque constructivista de Cáceres, concebir refutaciones para las claves descriptiva y prescriptiva en que puede decodificarse la tesis en comento.

Desde el plano descriptivo, ‘q’ es susceptible de refutación por simple contra-ejemplificación empírica en el sentido de que basta con señalar la pléyade de reglas *Truth-Thwarting* que *de hecho* forman parte de muchos ordenamientos procesales en diversas materias jurídicas. Específicamente en el ámbito penal y refiriéndonos al sistema de justicia norteamericano, puede mencionarse como ejemplo, el conjunto de reglas que permiten (e incluso demandan del funcionario respectivo) la exclusión de cierta evidencia relevante bajo ciertos supuestos, las reglas constitutivas de la doctrina del *Silent Defendant* de la que habla Laudan, según la cual el acusado tiene el derecho de negarse a cooperar en la investigación correspondiente, así como de no tomar el estrado para exponer su versión de los hechos durante el juicio respectivo, la vigencia de estándares excesivamente rigurosos como BARD, un sistema de impugnaciones que sólo permite preponderantemente la revisión de las sentencias condenatorias, etc..<sup>1547</sup>

Desde el plano prescriptivo, ‘q’ también es refutable en la medida en que, nuevamente haciendo alusión a la materia penal, hay fuertes argumentos para la necesaria consideración de objetivos ajenos a la verdad, e incluso contradictorios con aquel.

Como sabemos, uno de esos objetivos, intereses o valores que pese a que atenta contra el de averiguar la verdad debe ser seriamente considerado, consiste en proteger al acusado de la posibilidad de sufrir daños de parte del Estado en términos de un error judicial del tipo “*condena falsa*”. Dado que la posibilidad de esta clase de error no puede erradicarse del todo (salvo que se impongan restricciones que incapaciten al procedimiento penal para emitir sentencias condenatorias en cualquier caso que llegue a juicio, lo cual sería absurdo), la protección aludida se traduce en el interés de crear las condiciones que habiliten al sistema criminal a efecto de que si llegase a cometer, y cuando cometa errores, éstos sean preponderantemente *absoluciones falsas*.

Como también sabemos, el componente que naturalmente es modulado a los efectos de habilitar al sistema para reducir la frecuencia de condenas falsas (en contraste con la frecuencia en que ocurren las absoluciones falsas), es el estándar de prueba;<sup>1548</sup> y la modulación requerida para lograr lo esperado implica *incrementar su grado de severidad*, es decir, remover el estándar que aplicaría por *default* en un ambiente puramente epistémico (la exigencia de considerar

---

<sup>1546</sup> De hecho, si asumimos una postura instrumental de la racionalidad, ‘r’ incurriría en el dominio de los medios para obtener el objetivo o finalidad de maximizar el potencial epistémico de los diversos procesos y procedimientos jurisdiccionales.

<sup>1547</sup> Véase el número 1 de la sección I de este Capítulo Sexto.

<sup>1548</sup> Aunque claro, no siempre es el único componente que se modula para tales efectos.



racionalmente aceptable alguna hipótesis, en este caso, la de culpabilidad, siempre que pueda asignarse a ésta una probabilidad mayor al 0.5). Por esta razón, el interés de reducir la frecuencia de condenas falsas tiene implicaciones *Truth-Thwarting* para el sistema en cuestión.

El objetivo de reducir la frecuencia de condenas falsas –principalmente por medio de la instauración de estándares severos de prueba- recibe respaldo de argumentos procedentes tanto de la trinchera *consecuencialista*,<sup>1549</sup> como de la *deontologista*,<sup>1550</sup> en el ámbito de la moralidad política (“*Political Morality*”). Sin entrar en la cuestión de cómo decidir cuánto o hasta qué punto debemos intentar reducir la frecuencia mencionada, el punto es que ‘q’ se enfrenta, en el plano prescriptivo, con argumentos contundentes que la socavan, ya sea que aquellos estén basados en reflexiones relativas a las *consecuencias* que se seguirían de la no inclusión del interés de proteger al acusado (o al ciudadano en general) de una condena falsa (como la crisis de la racionalidad de suscribir el contrato social del que surge el Estado), o bien, que estén basados en reflexiones relativas a la(s) *regla(s) moral(es)* que se viola(n) al no ser tomada en cuenta la incorporación de la protección referida (como la regla moral que impondría la prohibición de condenar injustamente a alguien, o la que impondría la obligación, según algunos autores como Dworkin, de realizar el mejor esfuerzo humanamente posible para evitar que se condene erróneamente a una persona. La prohibición y la obligación mencionadas deben observarse en todo momento sin importar el bienestar colectivo que como consecuencia de su violación podría seguirse, ya que de lo contrario se incurriría en una acción objetivamente “mala” desde el punto de vista moral –sería un “*objective moral wrong*”).

Ahora bien, si tomamos en cuenta específicamente los proyectos de Laudan, Taruffo, Ferrer, etc., resulta claro que no sostienen ‘q’, ni a nivel descriptivo, ni a nivel prescriptivo (en consecuencia, tampoco ‘r’). En este sentido, aunque no estamos de acuerdo con Ferrer en cuanto a su caracterización de la manera en que valores distintos al de averiguar la verdad, ejercen su influencia en los distintos momentos en que divide el proceso de decisiones probatorias del juez (conformación del conjunto de elementos de juicio, valoración de dichos medios y adopción de la decisión probatoria final), la siguiente cita es un ejemplo del distanciamiento que TVRPJ asume respecto de ‘q’:

*“...En diversas ocasiones he señalado ya que la actividad probatoria en el derecho está informada por diversos valores u objetivos. El principal de ellos, porque de él depende la capacidad motivadora del derecho, es la averiguación de la verdad, pero no es el único.... vale la pena advertir que esos valores juegan también en momentos distintos. Y el momento pertinente en el que reina sin competencia el valor de la averiguación de la verdad es el de la valoración de la prueba, mientras que los demás valores rigen en el primero y en el tercero de los momentos...”*<sup>1551</sup>

Otro ejemplo es la siguiente cita de Taruffo, en la que reconoce también expresamente la incidencia de otros factores (adicionales al de la “racionalidad” en la determinación del hecho):

---

<sup>1549</sup> <http://plato.stanford.edu/entries/consequentialism/>

<sup>1550</sup> <http://plato.stanford.edu/entries/ethics-deontological/>

<sup>1551</sup> Véase Ferrer, Jordi, *La Valoración Racional de la Prueba*, España, Marcial Pons, 2008, p. 47.

“...Otro fenómeno importante está constituido por las normas en materia de prueba que no tienen vinculación genética con los criterios de razonabilidad común ni con los del conocimiento racional de los hechos y, es más, tienden a situarse en directa oposición con esos criterios. La razón de este fenómeno proviene del hecho de que se trata de normas que pretenden tutelar valores distintos del de la racionalidad del juicio de hecho y están específicamente dirigidos a hacer prevalecer aquellos valores sobre la racionalidad. Bajo ciertos aspectos, se trata de *collision norms* dirigidas a resolver el conflicto entre la racionalidad en la prueba de los hechos y otras exigencias consideradas merecedoras de tutela. Son de este tipo las reglas de exclusión de pruebas que serían lógicamente relevantes pero que violarían reglas de privacy o de defensa de secretos de distinta naturaleza como las que el *law of evidence* recoge en la categoría homogénea de los privilegios... Un ejemplo más: es un criterio de banal razonabilidad el que sostiene que quien quiera determinar un hecho puede investigar libremente y a su propia iniciativa todos los elementos cognoscitivos que le resulten útiles y esto es, en efecto, lo que se produce en todos los campos de la experiencia... excepto en el del proceso. Es conocido que normas y principios, basados en robustas ideologías del proceso civil y del papel que el juez debe desarrollar, inducen a limitar fuertemente y algunas veces a excluir de forma casi absoluta el poder del juez de hacer lo que cualquier otro haría en circunstancias análogas...”<sup>1552</sup>

Desde nuestra perspectiva, un caso mucho más claro y elaborado que los anteriores en que el proyecto de Epistemología Jurídica en cuestión toma seriamente en cuenta la necesaria convivencia que el valor de averiguar la verdad establece con otra clase de valores (epistémicamente neutros, y también contra-epistémicos), tanto a nivel descriptivo como prescriptivo, es el de la propuesta de Laudan.

El trabajo seminal del autor en comento –“*Truth, Error, and the Criminal Law*”<sup>1553</sup>– comienza por una caracterización general de los procedimientos penales en términos de tres grandes clases de consideraciones, preocupaciones, intereses, valores u objetivos implícitos en su diseño y subsecuente análisis: La primera clase de consideraciones tienen que ver precisamente con dotar al sistema en cuestión de la habilidad para producir en la mayoría de las ocasiones, como resultado de sus investigaciones, creencias verdaderas acerca del mundo (social), ya cuando éste condene, o cuando absuelva (se trata del objetivo de averiguar faliblemente la verdad, cuyo complemento consiste en el valor de reducir la frecuencia *conjunta* de ambas modalidades de error –condenas falsas y absoluciones falsas-);<sup>1554</sup> la segunda clase de consideraciones tiene que ver con el objetivo de incidir en la manera en que probablemente podrán distribuirse los errores que eventualmente el sistema llegue a cometer (la preferencia generalizada de parte de las sociedades occidentales es que los errores se distribuyan de modo tal que la frecuencia del error de *condena falsa* sea menor –y hasta mucho menor– que la frecuencia de las *absoluciones falsas*, preferencia que está basada en considerar a los errores del primer tipo como más *graves* que los del segundo, lo cual se traduce en el interés general de proteger a la clase genérica del acusado de una posible condena falsa);<sup>1555</sup> finalmente, la tercer clase de consideraciones constituye una *miscelánea* de preocupaciones que van desde el uso eficiente de los recursos disponibles, la resolución expedita de las causas penales, la protección de los derechos fundamentales de acusados y víctimas, la preservación de la institución familiar (por ello la regla que permite a los esposos no declarar en su contra), la preservación de relaciones cordiales con otros Estados (por ello la inmunidad general concedida a funcionarios

<sup>1552</sup> Véase Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, 2ª. ed., trad. de Jordi Ferrer Beltrán, Italia, TROTTA, 2005, P. 542, pp. 362-363.

<sup>1553</sup> Laudan, Larry, *Truth, Error and the Criminal Law; An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge, 2006.

<sup>1554</sup> Véase el número 1 de la sección I del Capítulo Segundo de este trabajo.

<sup>1555</sup> Véase el número 2 de la sección I del Capítulo Segundo de este trabajo.

diplomáticos), la preservación de la integridad y confianza depositada en ciertas profesiones u oficios (por ello la prohibición a los sacerdotes de revelar secretos de confesión, o el denominado privilegio abogado-cliente, etc.), la necesidad de controlar los posibles abusos de los cuerpos policíacos (por ello las reglas que no permiten al juez admitir evidencia resultante de cateos inconstitucionales), hasta la preservación de la integridad moral de las cortes (por ello las reglas constitutivas de la doctrina de la *Poison Fruit*, según la cual los jueces no deben admitir evidencia “*contaminada de raíz*”, es decir, aquella cuya identificación y/o recolección fue posible gracias a un cateo inconstitucional en contra de las posesiones y propiedades del acusado).<sup>1556</sup>

Como sabemos, la preeminencia –más no la exclusividad- de la primera clase de consideraciones está basada de acuerdo con Laudan, en argumentos que tienen que ver con la justicia del fallo,<sup>1557</sup> con la legitimidad de la función jurisdiccional,<sup>1558</sup> y en última instancia, con la racionalidad de suscribir el *pacto político* del que surge el Estado.<sup>1559</sup>

Asumiendo la tesis de la supremacía, repetimos, no la exclusividad, de averiguar la verdad (lo cual incluso es reconocido, al menos en el discurso oficial por parte de los propios operadores del sistema particular al que dirige su análisis), el propósito general de Laudan consiste precisamente en diseñar un andamiaje conceptual que nos permita determinar cuándo y cómo es válido desviar al sistema en cuestión, de su tendencia natural; cuándo y cómo está justificada la realización de actos vejatorios contra la verdad; cuál es la cuota o dosis de efectos *Truth-Thwarting* que el sistema de referencia puede *racionalmente admitir* y cómo incorporar dicha cuota de efectos contra-epistémicos en su estructura; o bien, cuándo, qué tantas y de qué manera la finalidad de averiguar (faliblemente) lo que sucedió puede hacer concesiones en términos de ceder terreno a otros valores, los cuales también presionan –unos más fuerte que otros- por obtener un lugar en el sistema traduciéndose en normas jurídicas que son entendidas como los medios que los promueven.<sup>1560</sup>

De este modo, en relación por ejemplo, con las denominadas *Rules of Evidence* y las *Rules of Procedure*, la idea básica consiste en que aquellas normalmente deben ajustarse a ciertos perfiles generales *epistémicamente óptimos*, salvo por aquellos casos en que, luego de una discusión seria de los argumentos en respaldo de la regla *Truth-Thwarting* en cuestión, y de la consideración escrupulosa de *formas alternativas* para la consecución-promoción del valor subyacente a dicha regla (las cuales no produzcan daños epistémicos o que permitan mantenerlos al mínimo), se determine que su presencia está justificada.

Como sabemos, Laudan ha podido detectar debilidades en cada uno de los argumentos que pretenden justificar la presencia de las reglas *Truth-Thwarting* (como las reglas de exclusión de evidencia relevante, las constitutivas de la doctrina del *Silent Defendant*, las que establecen un sistema asimétrico de apelaciones, etc.) vigentes en el ámbito

---

<sup>1556</sup> Véase el número 3 de la sección I del Capítulo Segundo de este trabajo.

<sup>1557</sup> Véase la sección II del Capítulo Segundo de este trabajo.

<sup>1558</sup> *Idem.*

<sup>1559</sup> *Idem.*

<sup>1560</sup> Véanse las secciones III y V del Capítulo Segundo de este trabajo.

del sistema de justicia criminal norteamericano.<sup>1561</sup> No obstante, ésto no quiere decir que la discusión se halle definitivamente zanjada en cada caso. En efecto, las razones que Laudan ofrece quizá no sean concluyentes y, en ese sentido, se trata de *cuestiones abiertas*. Sin embargo, el autor en comento ha propiciado el avance de la discusión en el sentido de que mediante su análisis, se ha podido disipar la confusión en torno a los efectos *Truth-Promoting* o *Truth-Thwarting* de ciertos componentes del sistema en cuestión,<sup>1562</sup> así como en el sentido de que la carga de la prueba (de un argumento sólido) ahora reside en los defensores de la presencia de reglas con efectos contra-epistémicos.

Así mismo, en relación con el interés legítimo de ofrecer salvoconductos a la clase genérica del acusado de modo que se encuentre protegido de una posible condena falsa en su contra, Laudan ofrece tanto argumentos en respaldo de la tesis de que la única vía legítima para la incorporación al sistema de la referida preocupación es a través del estándar de prueba,<sup>1563</sup> como un *procedimiento racional* (de corte consecuencialista-utilitarista) para la derivación del valor (o rango probabilístico) apropiado de los estándares que han de aplicarse en diversos momentos procesales hasta el de la emisión de una sentencia condenatoria.<sup>1564</sup>

El problema de la fijación del grado de severidad del estándar de prueba nos proporciona un ejemplo sumamente claro de una de las concesiones (quizá la más importante) que la búsqueda de la verdad realiza a favor de otros valores (en este caso, a favor del interés en reducir la frecuencia de las condenas falsas en contraste con la frecuencia de las absoluciones falsas), ya que si fuéramos indiferentes respecto del valor relativo de los errores respectivos, aplicaría por *default*, como se ha dicho, el estándar de la *preponderancia de la evidencia*.

Por su parte, el hecho de que Laudan asuma como parte integral de su proyecto la propuesta de un procedimiento racional para fijar el valor del estándar (de modo que dicho valor no se “*saque de la chistera*”), así mismo nos proporciona un ejemplo de una propuesta de Epistemología Jurídica cuyo aparataje conceptual toma en cuenta seriamente la consideración de valores políticos (tan es así que este problema incurre en el ámbito de lo que Laudan denomina el *Softcore* de la Epistemología Jurídica); tal y como Cáceres indica que debería suceder.<sup>1565</sup>

Pues bien, como recordará el lector, Cáceres sugiere que la consideración de que la verdad interactúa (y debe hacerlo) con valores de diversa índole (neutrales respecto de ella y contra-epistémicos) constituye una variable que debe formar parte del *explanans* que un proyecto de Epistemología Jurídica esté en condiciones de ofrecer. Sin embargo, como hemos podido constatar, esta acusación de falta de cobertura por defectos en la concepción del *explanandum*, no es legítima, lo cual es, desde nuestro punto de vista, mucho más claro en el caso de la propuesta de Laudan.

---

<sup>1561</sup> Véase el número 1 de la sección I de este Capítulo Sexto.

<sup>1562</sup> Véase la sección IV del Capítulo Segundo de este trabajo.

<sup>1563</sup> Véanse el inciso A del número 1 de la sección VII y el número 1 de la sección VIII del Capítulo Segundo de este trabajo.

<sup>1564</sup> Véase el número 3 de la sección VIII del Capítulo Segundo de este trabajo.

<sup>1565</sup> Véase la sección VIII del Capítulo Segundo de este trabajo.

### **3. Ausencia de crítica epistémica del conocimiento heurístico experto elicitado durante el desarrollo de EXPERTIUS**

Uno de los fenómenos respecto de los cuales Cáceres advierte puntualmente, consiste en la influencia perniciosa (e inconsciente) que puede ejercer la comunidad cognitivo-judicial de pertenencia, en las dinámicas de acoplamientos estructurales y clausuras de operación que conducen a la resolución de un caso particular.<sup>1566</sup>

Un caso específico de dicha clase de influencia puede hallarse en las peculiares prácticas judiciales mexicanas en materia penal,<sup>1567</sup> respecto de las cuales, el autor en comentario realiza las siguientes observaciones:

**A)** “... *Los jueces presentan esquemas sumamente rígidos, lo que se traduce en una sospechosa homogeneidad en las sentencias en materia penal.*

**B)** *Se observa un fenómeno de refracción cognoscitiva por parte de los jueces, al no integrar ni procesar más pruebas que las testimoniales y declaraciones.* De igual manera sucede con la falta de integración de insumos cognitivos provenientes de la jurisprudencia, doctrina y principios generales del derecho, necesarios para generar constructos normativos. Otra muestra de rigidez de los esquemas, se presenta en el peso atribuido al principio de inmediación.

**C)** El carácter retroproyectivo de los esquemas judiciales se manifiesta en *una profecía autocumplida consistente en la predeterminación de la sentencia por el auto de término constitucional, producido por el Ministerio Público.*

**D)** Los procesos de atención selectiva deficientes están presentes en la falta de consideración del estado de tentativa de los delitos cometidos, así como en el tratamiento deficiente de los elementos del cuerpo del delito y presunta responsabilidad.

**E)** *La falta de argumentación detallada y la práctica de "cortar " y "pegar" casi la totalidad del expediente, es muestra de la forma en que los jueces presentan supuestas justificaciones de su decisión, que nada tienen que ver con los procesos que efectivamente ha disparado su narrativa...*<sup>1568</sup>

Sin embargo, esta misma actitud crítica no parece haber sido asumida por Cáceres respecto del modelo de prácticas judiciales que emerge de la consideración conjunta de los consejos y sugerencias recabados del grupo correspondiente de jueces expertos, durante las actividades de elicitación que tuvieron lugar en el marco del desarrollo del sistema de apoyo a la toma de decisiones judiciales en materia de pensiones alimenticias, EXPERTIUS.<sup>1569</sup>

El modelo referido nos presenta un panorama de prácticas muy probablemente disfuncionales desde el punto de vista epistémico, las cuales surgen como resultado de la particular lectura pragmática que la comunidad de referencia realiza respecto de principios como el que establece que el juicio de alimentos es “*de orden público e interés social*”, el de la “*suplencia de la queja*”, el del “*supremo interés de los menores*”, el de “*la presunción de necesidad de los menores*”, etc.

Estos principios, en la práctica se traducen genéricamente en un desmesurado deseo de proteger al acreedor alimentista y de aventajarlo respecto de su deudor, el cual, por su parte, se manifiesta en diversos puntos o fases del proceso respectivo en términos por ejemplo, de una interpretación caritativa de los dichos del acreedor, en

---

<sup>1566</sup> Véase la sección VII del Capítulo Quinto de este trabajo.

<sup>1567</sup> Véanse los sub-incisos a-i del inciso B del número 8 de la sección I de este Capítulo Sexto.

<sup>1568</sup> Cáceres, Op. Cit., nota 928, pp. 72-73.

<sup>1569</sup> Véase el sub-inciso c, del inciso B, del número 1 de la sección VI del Capítulo Quinto de este trabajo.

proporcionarle asesoría respecto de los documentos y demás requisitos que requiere presentar para asegurar la fijación pronta de una pensión provisional a su favor, en pasar por alto defectos protocolarios relativos a las pruebas que el acreedor ofrece, en una especie de prejuicio ampliamente diseminado en contra del deudor que implica tomar como sospechosas sus aseveraciones sobre la base del supuesto de que probablemente está intentando cometer fraude para librarse injustificadamente de su obligación, y en restar eficacia a los argumentos y pruebas que en teoría, el deudor podría alegar en su defensa, de modo que sólo en casos extremos de imposibilidad física y/o mental, y de una pobreza paupérrima, el deudor es excusado de su obligación alimentaria.

En suma, más que como un engranaje epistémico orientado a determinar acertadamente si tuvieron lugar o no los hechos cuya ocurrencia las partes alegan, y con base en ello, tomar las decisiones correspondientes, el juicio de alimentos, al menos en la región referida, opera como *un mecanismo para la canalización casi inmediata e inevitable de ciertos recursos patrimoniales del deudor, hacia su acreedor*.

Estas prácticas también parecen ser objeto de críticas similares a las que Cáceres lanza para el caso del ámbito penal, en el sentido de que los esquemas cognitivos empleados por los jueces en el ramo de alimentos parecen ser sumamente *rígidos (o esclerotizados)*, produciéndose con ello una sospechosa homogeneidad en el contenido de las sentencias correspondientes. Así mismo, parece evidenciarse también el fenómeno de la refracción cognitiva de modo que los jueces no consideran, o restan eficacia, a la mayoría de los argumentos y pruebas del acreedor que teóricamente tendrían que ser válidos. Y por último, parece también que, a la manera de una profecía auto-cumplida, los jueces perfilan el sentido de su sentencia desde que fijan una pensión provisional a favor del acreedor alimentista (o quizá incluso desde antes).

No pretendemos que el análisis anterior sea definitivo. Se trata más bien, de observaciones preliminares que deberían llevarnos a una reflexión más profunda, la cual quizá incluso nos lleve a concluir que, en efecto, la sociedad mexicana, con base en la valoración de las utilidades y consecuencias respectivas de este modo de operar, está dispuesta a aceptar estas prácticas.

Sin embargo, y en esto consiste nuestra crítica principal, Cáceres no parece haber tomado en cuenta su propio consejo relativo a tener presente la influencia (en ocasiones perversa o disfuncional) de la comunidad cognitivo-judicial de referencia que se manifiesta en cierta forma de proceder a la *complementación pragmática* del andamiaje normativo respectivo, para el caso de las prácticas judiciales en materia de alimentos.

## V. LAS CRÍTICAS CONDENSADAS

Como sabemos, la reflexión general a la que nos invita Laudan consiste en identificar y corregir aquellos aspectos de la estructura normativa de un procedimiento penal que tienen el efecto previsible (y probable) de interferir de formas diversas, en la eventual conformación de *creencias verdaderas* acerca del mundo (aunque claro, falibles) en la mente de quienes desempeñan la función de juzgar las cuestiones de hecho (genéricamente denotados por la expresión “*triers of fact*”), y/o de obligarlos a absolver sistemáticamente pese a la posible posesión de una *creencia justificada* respecto de la culpabilidad de los acusados (como efecto de un estándar de exigibilidad probatoria demasiado severo que se aleja considerablemente del escenario ideal en el que rige el estándar de la *preponderancia de la evidencia* o 50%+).<sup>1570</sup>

Pese al avance que representa lo anterior, nuestra crítica al proyecto de Laudan consiste básicamente en lo siguiente:

- A) Debido a las restricciones metodológicas propias de su marco de análisis, éste no está preparado para vislumbrar y mucho menos, para contender con, las modalidades perversas de comportamiento contra-epistémico en las que plausiblemente, si ciertas condiciones son satisfechas, puede estar incurriendo la operación de algunos procedimientos penales, sobre todo aquellos, como el mexicano,<sup>1571</sup> pertenecientes a la tradición jurídica del *Civil Law* o del *derecho Romano-Germánico*, los cuales, al heredar y resguardar la influencia de los *procesos inquisitorios* de la Edad Media (carencia de oralidad, falta de intermediación, monitoreo insuficiente de las actividades indagatorias y de valoración probatoria, etc.), son propensos a exhibir un comportamiento muy similar al reportado por Douglas Walton en su análisis de los rasgos y características de un *Witch-Hunt* (sistemas que tienden a la fabricación *ad hoc* de la culpabilidad jurídica de los acusados, sin importar la debilidad, o incluso, la ausencia de evidencia en su contra).<sup>1572</sup>
- Sostenemos lo anterior debido a que el modelo de Laudan se encuentra limitado de un lado, a la detección preponderante de disfunciones epistémicas *de carácter normativo*, cuya identificación resulta de comparar las normas jurídico-procesales respectivas con la serie de perfiles ideales a los que aquellas deberían aspirar (o meta-reglas), propuestos por el autor en comentario; y de otro, al empleo de la *reforma legislativa* como recurso esencial para reorientar al procedimiento en cuestión hacia la ruta del establecimiento de la verdad como objetivo prioritario.
- B) En el caso del procedimiento penal mexicano (y tomando en cuenta el modelo plausible de su funcionamiento presentado con anterioridad), más que en las de carácter normativo, parece necesario hacer énfasis en las disfunciones epistémicas que se materializan en las *prácticas* específicas (y en el

---

<sup>1570</sup> Véase al Capítulo Segundo de este trabajo.

<sup>1571</sup> Véanse los sub-incisos a-i del inciso B del número 8 de la sección I de este Capítulo Sexto.

<sup>1572</sup> Véase el inciso B del número 9 de la sección I de este Capítulo Sexto.

respectivo *conocimiento heurístico* que las sustenta) de las *comunidades cognitivas* de referencia<sup>1573</sup> (las cuales incluso son independientes de las disfunciones epistémicas que se pueden detectar en el marco jurídico-procesal que supuestamente rige la materia), para lo cual se requiere de una metodología que complemente el análisis normativo con el levantamiento de modelos que permitan poner de relieve el *conocimiento heurístico* que subyace al despliegue particular de las prácticas correspondientes.<sup>1574</sup>

- C) Aunado a la complementación metodológica mencionada, el proyecto de epistemología jurídica de Laudan tendría que apoyarse en herramientas de control alternativas a la mera reforma legislativa, tales como el diseño de cursos de capacitación para la generación de habilidades adecuadas de ponderación probatoria en los operadores jurídicos (tomando en cuenta la histórica y sistemática falta de preparación en este rubro), el empleo de tecnologías como los sistemas para la representación visual del razonamiento probatorio propuestos por la comunidad de la *Artificial Intelligence and Law* (lo que contribuiría a la articulación de una motivación más transparente por parte de los jueces en sus sentencias, y mayormente susceptible de ser revisada por instancias superiores), así como la creación de mecanismos de monitoreo constante en los que la participación ciudadana sería crucial.

Todo ello en virtud de que la presunción de la observancia mínima del derecho (y particularmente de las normas procesales) por parte de los oficiales del sistema, no parece operar en el contexto de democracias insipientes (e incluso *patológicas*) como parece ser la mexicana, en las que la sistemática defraudación de lo que se espera de la actuación cotidiana de sus instituciones contribuye al ensanchamiento cada vez mayor de la brecha entre los estados de cosas ideales a los que aspiran las leyes del *Estado de Derecho* y la decepcionante realidad a la que los ciudadanos nos enfrentamos como resultado de las aberrantes (y escalofriantes) prácticas al interior de instituciones medulares como las encargadas de la función jurisdiccional en materia penal.<sup>1575</sup>

- D) Otra limitante del proyecto de Laudan se debe a que mantiene una estrecha conexión con características propias del procedimiento norteamericano, tales como la decisión de implementar un *mecanismo de jurados* en la mayoría de los casos de impartición de justicia penal. Lo anterior lo constriñe a hacer propuestas para lidiar con el problema de la subjetividad o falta de probidad en el tratamiento, reconstrucción y ponderación de la evidencia por parte del *trier of fact* que, no obstante a que son superiores a las que actualmente se privilegian en las discusiones de la academia norteamericana (como el estándar “*Beyond All Reasonable Doubt*” con sus múltiples interpretaciones subjetivas), siguen estando presionadas por el respeto a la libre manifestación de la sabiduría popular supuestamente encarnada en los miembros del jurado (y

---

<sup>1573</sup> Véase la sección VII del Capítulo Quinto de este trabajo.

<sup>1574</sup> Véanse los sub-incisos a-d del inciso B del número 1 de la sección VI del Capítulo Quinto de este trabajo.

<sup>1575</sup> Véase la sección VII del Capítulo Quinto de este trabajo.



por ello, están destinadas a la mínima intromisión regulativa en el recinto casi sagrado de sus deliberaciones).<sup>1576</sup>

En este sentido, estándares probatorios como los que en líneas generales Laudan propone, no ofrecen pauta alguna respecto de operaciones epistémico-cognitivas básicas, tales como determinar la relevancia de los medios de prueba, organizar cognitivamente –en una representación mental- la información probatoria desperdigada, fragmentada y dialógica,<sup>1577</sup> o determinar el grado de confiabilidad que corresponde a algún medio probatorio específico en el contexto inferencial en el que se ubique. De hecho, el despliegue homogéneo de dichas operaciones –basado en una especie de racionalidad universal- se presupone. En un escenario como el mexicano, parece deseable contar con un modelo ideal de dichas operaciones epistémico-cognitivas básicas a los efectos tanto de contar con un estándar para la crítica del conocimiento heurístico de los operadores jurídicos empleado en estos rubros, como de capacitarlos en el despliegue adecuado de las habilidades requeridas para el desempeño de tales operaciones básicas.<sup>1578</sup>

Por su parte, las críticas que hemos realizado respecto de *TVRPSJ* son las siguientes:

- A) La propuesta de emular esquemas de razonamiento supuestamente propios de la “*Epistemología General*” y particularmente de las “*Ciencias Naturales*” como medio para contribuir a que los operadores jurídicos tiendan a la realización de determinaciones fácticas probablemente acertadas en contextos jurisdiccionales, presupone una caricaturización de las dinámicas científicas según la cual, los investigadores de las diversas disciplinas empíricas despliegan en bloque, los mismos procesos de razonamiento al echar a andar sus pretensiones cognitivas respecto del mundo. La filosofía de la ciencia basada en prácticas, que a su vez se nutre de disciplinas como las ciencias cognitivas, la sociología del conocimiento científico, etc., echan por tierra tal caricaturización.<sup>1579</sup>
- B) Asumiendo que puede hablarse de cierta capa de procesos compartidos por las distintas comunidades y prácticas científicas de corte empírico, éstos resultarían demasiado abstractos e insensibles al contexto, de modo que proporcionan muy poca orientación concreta a los operadores del derecho.<sup>1580</sup>
- C) En todo caso, debe procederse con cautela cuando se propone la emulación de procesos de razonamiento científicos, como los implícitos en las dinámicas de *aceptación de teorías*, ya que al ubicarse en el ámbito de la *razón teórica*, se trata de modelos no afectados por consideraciones prácticas como las que típicamente caracterizan el diseño de procesos jurisdiccionales. Un ejemplo de lo anterior es el caso del modelo de la

---

<sup>1576</sup> Véanse los números 1 y 2 de la sección I de este Capítulo Sexto.

<sup>1577</sup> Véase la discusión en torno a las estructuras básicas (historias o narrativas, o argumentos complejos) que adquiere la representación mental de la evidencia (susceptible de ser ulteriormente representada de manera visual), a cuya construcción se entrega quien desempeña las funciones de *trier of fact* en una controversia: Véanse los números 1-4 de la sección IV del Capítulo Tercero, así como la sección IV del Capítulo Cuarto de este trabajo..

<sup>1578</sup> Véanse los números 4-6 de la sección I de este Capítulo Sexto.

<sup>1579</sup> Véase el número 1 de la sección II de este Capítulo Sexto.

<sup>1580</sup> *Idem*.

*Inferencia a la Mejor Explicación* (IME), el cual no incorpora en su estructura, las concesiones que en el caso de la mayoría de los procedimientos penales, la búsqueda de la verdad hace a otros intereses como el de proteger al posible acusado inocente de una condena falsa. Las concesiones referidas se manifiestan en tolerar que en ocasiones las decisiones, sobre todo, la de absolver, no se tomen sobre la base de la mejor explicación de los hechos (puede suceder que tanto fiscal y defensa ofrezcan buenas explicaciones de la evidencia recabada y que, en efecto, la del fiscal sea la “mejor” de acuerdo con los criterios propuestos por alguna de las diversas versiones de la IME, sin embargo, por el efecto de la vigencia de una modalidad severa de la presunción de inocencia, la cual exige la satisfacción de condiciones de derrotabilidad altamente demandantes, se requeriría de la absolución del acusado, dado que su explicación, pese a ser inferior que la del fiscal –es decir, pese a no ser la “mejor”- ha podido crear una “*duda razonable*” respecto de su culpabilidad).<sup>1581</sup>

- D) Antes de pretender importar modelos de razonamiento de otras disciplinas, se sugiere primero proceder al modelado de los procesos cognitivos efectivamente empleados por los jueces y demás operadores jurídicos que participan en el proceso o procedimiento que interesa analizar. En efecto, los modelos resultantes serían susceptibles de crítica epistémica, pero no una que simplemente sostenga que no corresponden a los procesos desplegados en otras áreas o ámbitos, como si la simple importación del razonamiento del que se vale un científico resolviera el complejo y sofisticado problema de hallar un equilibrio apropiado entre la verdad y los demás valores e intereses que convergen en la operación cotidiana de los procesos jurisdiccionales.<sup>1582</sup>
- E) Considerar que el problema de la subjetividad –e incluso arbitrariedad- de las determinaciones fácticas que el juez realiza se resolverá con la sugerencia de emular procesos abstractos de razonamiento de las Ciencias Naturales, o esperando que los operadores jurídicos eventualmente exhiban las virtudes morales y epistémicas especificadas (también de manera muy abstracta) en un modelo que presenta a un *fact-finder* ideal, es demasiado ingenuo.<sup>1583</sup>
- F) Decretar la ausencia de criterios *jurídicos* para la valoración de la evidencia respectiva con base en la simple verificación de si el principio de *Libre Valoración* aplica o no en el proceso o procedimiento de interés, es inadecuado, ya que ignora, de un lado, la compleja gama de modalidades de convivencia entre la técnica legislativa de la prueba tasada (que no necesariamente implica la atribución de pesos inamovibles a alguno(s) de los medios genéricos de prueba contemplados) y la vigencia simultánea del principio referido, que se materializa en sistemas procesales diversos; y de otro, ignora también la influencia de la comunidad cognitivo-judicial de referencia en términos del desarrollo progresivo del conocimiento

---

<sup>1581</sup> Idem.

<sup>1582</sup> Idem.

<sup>1583</sup> Véanse los números 4 y 5 de la sección II de este Capítulo Sexto.

heurístico que le permite a sus miembros resolver los problemas de la práctica cuando la norma no es suficiente.<sup>1584</sup>

- G) Autores como Ferrer consideran que existe un derecho fundamental de las personas a la *valoración racional* por parte del juez, de los medios de prueba que pueden ofrecerse en caso de hallarse participando en un proceso jurisdiccional. De acuerdo con este autor, dicho derecho deriva del más genérico conocido como “*derecho de audiencia o de defensa en juicio*”. Por su parte, “valoración racional” denota el empleo de los referidos métodos abstractos de razonamiento que supuestamente son propios de las Ciencias Naturales. Sin embargo, sostenemos que en todo caso, las personas que vivimos al amparo de cualquier Estado tenemos un derecho fundamental aún más básico, consistente en la especificación democrática del *rango óptimo* de desempeño en el que se espera incurran los distintos procesos jurisdiccionales, en términos del margen de error socialmente permitido en sus decisiones, así como en el derecho a que dicho estado de cosas se materialice y se mantenga mediante la toma de las medidas pertinentes que garanticen (claro no concluyentemente) que el proceso jurisdiccional de que se trate estará orientado a la consecución de dicho objetivo.<sup>1585</sup>

Las críticas a los *modelos dialéctico-procedurales de argumentación jurídica* propuestos por la *Artificial Intelligence and Law* son las siguientes:

- A) Resultado de la influencia de la *escuela pragma-dialéctica* de la argumentación, la comunidad en comento ha incurrido en una distorsión de los procesos y procedimientos jurídicos, ya que son genéricamente considerados como variaciones en torno al tema impuesto por el marco dialógico de discusión conocido como “*Critical Discussion*” o “*Persuasion Dialogues*”, cuyo objetivo determinante consiste en *resolver la diferencia de opiniones* que en el estado inicial del diálogo, dos personas (o grupos) tienen (una sostiene que es el caso que ‘p’ mientras la otra lo niega). La concepción referida ignora el hecho de que frecuentemente los procesos jurisdiccionales no constituyen escenarios ideales en los que sus participantes intercambian actos discursivos en un plano de igualdad y en los que el juzgador evalúa los argumentos respectivos de manera neutral como un observador externo, básicamente indiferente al conflicto. Al contrario, los procesos jurisdiccionales típicamente realizan ajustes en su estructura al efecto de favorecer a alguna de las partes, sobre todo en lo que atañe a la valoración de las pruebas ofrecidas por la parte aventajada como resultado de estas decisiones de diseño interno. En términos un poco más técnicos, en múltiples ocasiones el diseño de un proceso jurisdiccional incorpora la decisión de considerar a alguna de las hipótesis en juego, como la *hipótesis nula*, y de preservar su validez salvo en presencia de pruebas muy rigurosas. Como sabemos, la decisión de a quién favorecer (qué hipótesis será considerada la nula) está informada por consideraciones referentes a los costos relativos de las modalidades erróneas de la decisión o veredicto

---

<sup>1584</sup> Véase el número 3 de la sección II de este Capítulo Sexto.

<sup>1585</sup> Véase el número 2 de la sección II de este Capítulo Sexto.

final. En este sentido, se desea disminuir la frecuencia previsible del error considerado más grave o más costoso (en contraste con el otro). Con base en estas consideraciones, podemos sostener que el juez normalmente no constituye un decisor neutral de la controversia, sino una especie de guardian de la voluntad general en el sentido de procurar aplicar los criterios de valoración probatoria que probablemente tengan el efecto de disminuir el margen del error más costoso hasta el punto democráticamente avalado.<sup>1586</sup>

- B) En el caso del *Adjudication Dialogues* propuesto por Prakken, pese a que reconoce que los criterios para que el juez decrete la “*Internal Validity*”, así como la “*Dialogical Validity*” de un argumento probatorio, provienen de una política contextual provista por el derecho, no vislumbra que quizá dichos criterios pueden estar incorporando la decisión de favorecer (en ocasiones, en exceso) a alguna de las partes al efecto de evitar, dentro de ciertos parámetros, la posible comisión del error decisional más costoso. Es decir, no concibe que dichos criterios quizá no sean neutrales o equitativos.<sup>1587</sup>
- C) En el caso de Walton, éste no ofrece justificación alguna en torno a las características de los esquemas argumentales de razonamiento probatorio que propone. Las preguntas que surgen a este respecto son: ¿Cuál es el fundamento, base empírica, metodología o argumento para sostener que, por ejemplo, su “*Argument from Expert Opinion*” debe contener el número y tipo de “*Critical Questions*” que este autor le atribuye? ¿Qué hace a una versión de algún esquema argumental más válida o más completa que otra versión del mismo esquema?<sup>1588</sup>
- D) En lo relativo a la discusión de Walton en torno a si contar con una instancia de algún esquema argumental de razonamiento probatorio es suficiente para aceptar su conclusión, consideramos que es una cuestión que *no puede contestarse en lo abstracto*. Se trata de un asunto que depende del escenario en cuestión (constituido por factores contextuales como el tipo de partes que intervienen, el tipo de juicio de que se trate, etc.), así como de la política de suficiencia probatoria particularmente instaurada, la cual se manifiesta en cierta forma de modulación de los componentes de algún esquema argumental (qué tipo de factores de valoración serán relevantes, cuál de ellos será escrutado con mayor rigurosidad, a quién corresponde la carga de producir prueba cuando se quiera sostener que un factor de valoración no se ajusta al ideal esperado, etc.) y en la especificación de el o los esquemas argumentales cuya presencia adicional se requiere -a la manera de evidencia corroborativa- para considerar probada alguna proposición *probandum* particular.<sup>1589</sup>
- E) Pese a que los modelos dialéctico-procedurales de argumentación jurídica consideran algunas de las normas procesales propias del contexto jurisdiccional de que se trate, la *visión estrictamente lógica* de dichos

---

<sup>1586</sup> Véase el número 1 de la sección III de este Capítulo Sexto.

<sup>1587</sup> Idem.

<sup>1588</sup> Véase el número 2 de la sección III de este Capítulo Sexto.

<sup>1589</sup> Idem.

modelos no les permite a quienes los proponen, incorporar el universo de tareas cognitivas (también normativamente establecidas) de cuyo adecuado despliegue depende la conformación de la representación de la confrontación dialógica correspondiente, lo cual es importante si en efecto el objetivo eventual consiste en el desarrollo de herramientas informáticas tipo *Judicial-Decision-Support Systems*.<sup>1590</sup>

Por su parte, las críticas que hemos realizado respecto del *Constructivismo Jurídico-Cognitivo* de Cáceres son las siguientes:

- A) En su empeño por poner de relieve que el sujeto cognoscente en algún sentido “*construye su realidad*” (al hallarse en una dinámica constante que implica la detección de perturbaciones ambientales que producen disonancia cognoscitiva, la cual genera una serie de acoplamientos estructurales que culminan con ciertas clausuras de operación que permiten recuperar un estado de equilibrio cognitivo), nos parece que Cáceres lanza un ataque ineficaz a la teoría correspondentista de la verdad que suscriben Laudan y TVRPSJ. El ataque referido se expresa en la siguiente proposición: “No es cierto que los jueces mapeen directamente por observación, el contenido de las aseveraciones realizadas en un juicio por las partes, con una realidad externa y pre-estructurada, la cual es pasivamente reflejada en nuestra mente”.

Nos parece que ni Laudan, ni alguno de los autores representativos de TVRPSJ estarían dispuestos a sostener lo contrario (quizá ni siquiera los jueces). Para ellos, como para el propio Cáceres en las conclusiones a las que llega, la teoría correspondentista de la verdad es interpretada como un mero ideal regulativo al que deberían tender los procesos jurisdiccionales a efecto de lograr acortar la distancia entre lo que se declara probado y lo que en realidad sucedió en el mundo (aunque en efecto, eso que tal vez sucedió sea un “*hecho institucional*” y no un mero hecho bruto).

En última instancia, nos parece que Cáceres en su ataque, se encuentra denotando inadecuadamente con “teoría correspondentista de la verdad” una mezcla constituida por una versión extrema de una de las teorías de la justificación de creencias –*el Fundacionismo*– en la que la información sensorial no sólo tiene un lugar privilegiado en nuestros argumentos justificativos de alguna creencia, sino el único; y por una versión igualmente extrema de *Realismo* (según la cual, la realidad es totalmente independiente de las actividades cognitivas del individuo, ya se encuentra allá afuera y nuestra función es sólo reproducirla o reflejarla en nuestra mente mediante nuestras facultades generales de observación).<sup>1591</sup>

- B) Ubicándonos en el marco de la discusión de Brian Leiter sobre la posible objetividad de nuestros juicios, nos parece que, más que en las cuestiones relativas al grado de *independencia constitutiva* de los hechos o cosas respecto de la mente humana, la discusión debería centrarse en nuestro posicionamiento respecto del grado de *independencia cognitiva* de dichos hechos (que pueden ubicarse en cualquier punto del espectro para representar el efecto constitutivo de la mente) que se desea investigar en el marco de un proceso

---

<sup>1590</sup> Véase el número 3 de la sección III de este Capítulo Sexto.

<sup>1591</sup> Véase el número 1 de la sección IV de este Capítulo Sexto.

jurisdiccional, es decir, en la cuestión de qué tanto estamos dispuestos a sostener que las creencias a las que podrían llegar jueces o jurados, incluso en el marco de un escenario ideal de investigación, determinan la propia existencia (u ocurrencia) de los hechos institucionales que se investigan.<sup>1592</sup>

Laudan y TVRPSJ parecen suscribir la postura denominada por Leiter como “*Strong Objectivism*” en virtud de que la correspondencia absoluta entre lo que los *triers of fact* (jueces o jurados) declaran sistemáticamente como probado y lo que en realidad aconteció, constituye una situación límite, cuya satisfacción es prácticamente imposible de verificar dada la falibilidad humana siempre permanente. En este marco, ni siquiera las creencias a las que pudieran llegar agentes epistémicos ideales determinaría la existencia de los hechos a los que dichas creencias finales pretenden hacer referencia.<sup>1593</sup>

Sin embargo, en el caso de Cáceres, su posicionamiento en este terreno no parece tan claro. En algunas ocasiones parece asumir la postura de la “*Minimum Objectivity*”, según la cual las creencias formadas a partir del seguimiento de las reglas comunitariamente desarrolladas, si determinan la existencia del hecho en cuestión (el hecho no existe sino hasta después del pronunciamiento institucional o comunitario); y en otras parece asumir una postura tipo “*Modest*” o hasta “*Strong Objectivism*” (particularmente cuando converge con Laudan y TVRPSJ en considerar a la obtención de la verdad como un ideal regulativo). Una instancia del primer caso sucede cuando el autor referido aborda el problema del empleo de términos vagos en la construcción de los supuestos de hecho contemplados en la norma respectiva. De acuerdo con Cáceres, en estos casos, el hecho jurídico denotado por expresiones vagas (como “casta y honesta”, etc.) no se constituye (no existe) sino hasta que las cortes se pronuncian en términos de la fijación paulatina de las modalidades de instanciación de la expresión en cuestión. Nuestra crítica al respecto es que, en el caso del empleo de frases vagas por parte del legislador, que otorgan la estafeta a la judicatura para que, mediante el empleo de su discreción vaya fijando progresivamente la extensión del término, lo que queda pendiente hasta no haber una decisión es si ciertos actos o conductas incurrir en el ámbito de denotación de las expresiones vagas conducentes. Volviendo a nuestro ejemplo, lo que queda pendiente de consideración judicial es si ciertas conductas de María (como usar mini-falda, grandes escotes, maquillaje abundante, salir con múltiples parejas, etc.) hacen que su comportamiento sea o no denotado por la frase “casta y honesta” a efecto de que procedan las consecuencias jurídicas propias del contexto en el que el precepto en cuestión es invocado. Es decir, lo que queda pendiente es la *clasificación jurídica* de ciertos actos desplegados por María, pero esto no quiere decir que hasta que hay pronunciamiento judicial al respecto existen las conductas anteriormente mencionadas (debe haber algo que intentar clasificar). En todo caso, el empleo de expresiones vagas por parte del legislador y el desarrollo progresivo de su extensión por parte de la judicatura, plantea un problema de *conocimiento del derecho*, es decir, un problema

---

<sup>1592</sup> Idem.

<sup>1593</sup> Idem.

para el destinatario de las normas, quien en estos casos es desprovisto de la opción de ajustar o no su conducta al requerimiento normativo, precisamente debido a que no está claro lo que se exige o prohíbe de su parte, con lo cual parece generarse un entorno de incertidumbre jurídica (claro, mucho menor al que podría existir si ni siquiera se contara con la existencia de tipos penales con expresiones vagas). Sin embargo, no plantea un problema probatorio, ni de existencia independiente de acciones o conductas previas, en el sentido de que el hecho de que María vistió como lo hizo y salió con quien quiso es objeto de prueba (y sucedió o no) con independencia de cómo sea valorado posteriormente por un tribunal (aunque claro está que si es valorado-clasificado como instancia de actos no castos, procederán las consecuencias jurídicas vinculadas a estos supuestos).<sup>1594</sup>

- C) Cáceres parece sostener injustificadamente, que Laudan y TVRPSJ no consideran que el objetivo de averiguar la verdad es sólo uno de los muchos valores, fines e intereses que convergen en el diseño de algún proceso jurisdiccional y en la toma de decisiones judiciales. En este sentido, parece criticarlos por pretender orientar a los procesos jurisdiccionales exclusivamente hacia la obtención de la verdad. Sin embargo, nos parece haber demostrado que éste no es el caso.<sup>1595</sup>
- D) Por último, Cáceres no parece haber realizado ninguna reflexión crítica desde el punto de vista epistémico, del conocimiento heurístico modelado durante las actividades de elicitación y representación del proyecto EXPERTIUS, no obstante a que, desde nuestro punto de vista, es blanco de fuertes críticas en este terreno.<sup>1596</sup>

Ahora bien, la pregunta que en este punto surge es la siguiente: ¿Cómo elaborar un modelo teórico integral de Epistemología Jurídica que, de un lado sea capaz de superar las críticas esgrimidas, y que de otro, condense de manera coherente las innegables y valiosas aportaciones que cada uno de los proyectos considerados en este trabajo ha realizado al campo? La siguiente sección la dedicamos a un intento de sentar las bases para responder esta interrogante.

---

<sup>1594</sup> *Idem.*

<sup>1595</sup> Véase el número 2 de la sección IV de este Capítulo Sexto.

<sup>1596</sup> Véase el número 3 de la sección IV de este Capítulo Sexto.

## VI. HACIA UN MODELO INTEGRAL DE EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA

### 1. *La función jurisdiccional como un intento falible de verificación de “hechos”*

Es plausible sostener que, en términos generales, la función jurisdiccional consiste en un intento (falible) de verificación de la ocurrencia o no de cierta clase de hechos (naturales y/o humanos) con alguna *significación jurídica* en el sentido de que al considerarse probados por el juzgador respectivo, éste declara la procedencia de las consecuencias que las normas jurídicas del ordenamiento en cuestión previamente establecen para ellos.

Obviando, por ahora, las debilidades de una descripción tan abstracta de la jurisdicción, nos parece oportuno que nuestro modelo de epistemología jurídica comience por posicionarse respecto del tipo de hechos que pretenden ser comprobados en sede judicial (antes de la intervención de las cortes, ¿qué papel desempeña la mente humana en términos de determinar la existencia y características de dichos hechos?).

### 2. *El efecto “constitutivo” de la mente, “hechos institucionales” y la construcción colectiva de la realidad social*

Como sabemos, Leiter nos proporciona una noción que consideramos apropiada para discutir estas cuestiones. Se trata de la noción de “*independencia constitutiva*”, según la cual, un hecho, entidad, evento, estado de cosas, etc., es independiente de la mente humana si su existencia y características no son idénticas, o no pueden reducirse, al contenido de ciertos estados (incluidos procesos) mentales experimentados por ciertos sujetos.<sup>1597</sup>

Para los efectos de nuestra discusión proponemos considerar a la noción de independencia constitutiva como representando un espectro o continuo flanqueado de un lado, por la *independencia absoluta*, y de otro, por la *dependencia absoluta*.

En lo que sigue, articularemos una posición general y moderada, ubicada en algún punto intermedio del espectro, según la cual se considera que los “*hechos institucionales*” cuya ocurrencia o no pretende ser verificada en sede judicial, constituyen una especie de “cluster” o agregado de inputs perceptivos, de actividad cognitiva individual consistente en la recuperación de esquemas previos adquiridos por socialización, adecuados para la interpeetación preliminar de dichos inputs en cierto sentido, y de actividad cognitiva colectiva en términos del control inter-subjetivo de las interpretaciones referidas, en términos de la compleja red de reglas y convenciones constitutivas que a la manera de presupuestos básicos se requiere asumir para la *comprensión* del evento, conducta, actividad, o estado de cosas en cuestión, así como en términos de la expectativa social de mantener y perpetuar la comprensión-interpretación del evento en los términos *contingentes* establecidos en la red pertinente de convenciones constitutivas.

---

<sup>1597</sup> Véase el número 1 de la sección IV de este Capítulo Sexto.



Como lo demuestran estudios recientes en el ámbito de las ciencias cognitivas, incluso la información que podemos captar del entorno por medio de nuestros órganos sensoriales (“*sense data*”),<sup>1598</sup> constituye ya el producto de una especie de construcción cerebral –de primer nivel- basada en un procesamiento peculiar de los diversos tipos de energía que nos circundan, al cual nos encontramos condicionados por las características del equipamiento psicofisiológico con el que contamos como especie. En este sentido, salvo por la propia gama de diversos tipos de energía que procesamos (que algunos como Kant denominaban el “*nóumeno*”),<sup>1599</sup> nuestra mente parece desempeñar un papel constitutivo, incluso respecto de las percepciones y sensaciones más neutras o puras (como las que experimentan los recién nacidos).<sup>1600</sup> En este sentido, considérese lo que el fisiólogo Francisco Rubia nos dice al respecto:

“... (existe algo que llamamos) realidad externa, lo “ahí afuera”, que suponemos idéntico a lo que percibimos, pero que sabemos que *no es así*, ya que **muchos tipos de energía se escapan a nuestros receptores por no poder ser captarlos. Pero es que, además, lo que percibimos está influenciado por nuestro propio cerebro, de forma que el resultado no es lo que existe “ahí afuera”, sino una mezcla de estímulos externos y construcción cerebral. Esto lo vemos muy claro en las ilusiones ópticas que no reflejan fielmente la realidad...**”<sup>1601</sup>

De hecho, de acuerdo con las investigaciones procedentes de uno de los más novedosos campos de las referidas ciencias cognitivas, la denominada “*neurociencia socio-cognitiva*” (“*socio-cognitive neuroscience*”),<sup>1602</sup> esa realidad que experimentamos como yaciendo “fuera de nosotros” (incluidos los complejos contextos sociales por los que navegamos cotidianamente) es el resultado en cascada o global de la *relativa estabilidad* que mantienen las distintas predicciones que desde el nivel más básico (predicciones perceptivas-sensoriales, predicciones sobre cómo ciertos eventos, incluidos la conducta propia y la de otros, afectarán tanto el entorno como nuestras sensaciones), hasta niveles más sofisticados (como las predicciones acerca de los estados mentales de quienes nos rodean, incluidas las predicciones relativas a las expectativas que aquellos pudieran tener respecto de nuestros estados mentales y conducta), son realizadas por nuestra mente (preponderantemente de modo inconsciente) en cualquier momento dado.

---

<sup>1598</sup> Véase Huemer, Michael, "Sense-Data", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2011 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2011/entries/sense-data/>>.

<sup>1599</sup> Véase, rook, Andrew, "Kant's View of the Mind and Consciousness of Self", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2008 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <http://plato.stanford.edu/archives/win2008/entries/kant-mind/>; Pereboom, Derk, "Kant's Transcendental Arguments", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2009 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/win2009/entries/kant-transcendental/>>.

<sup>1600</sup> Véase para una visión similar, Cáceres, Enrique, “Constructivismo Jurídico, Verdad y Prueba”, en Cáceres, Enrique, Flores, Imer, Saldaña, Javier, Villanueva, Enrique, *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, UNAM-IIIJ, 2005, pp. 113-131.

<sup>1601</sup> Véase Rubio, Francisco, *La experiencia mística y la neurobiología*, Drakontos, 2009, pp. 10-11.

<sup>1602</sup> Para una introducción a este novedoso campo, véase Lieberman, Mathew, “Social Cognitive Neuroscience; A Review of Core Processes”, *Annual Review of Psychology*, Vol. 58, January 2007; Blakemore, Sarah, Winston, Joel, Frith, Uta, “Social Cognitive Neuroscience; Where are we heading?”, *Trends in Cognitive Science*, Vol. 8, No. 5, Mayo, 2004; Frith, Chris, Frith, Uta, “Implicit and Explicit Processes in Social Cognition”, *Neuron*, 2008; Ochsner, Kevin, Lieberman, Mathew, “The emergence of social cognitive neuroscience”, en [http://dept.psych.columbia.edu/~kochsner/pdf/Ochsner\\_Soc-Cog-Neuro.pdf](http://dept.psych.columbia.edu/~kochsner/pdf/Ochsner_Soc-Cog-Neuro.pdf).

La relativa estabilidad de las predicciones aludidas se obtiene como resultado de un proceso permanente de *ensayo-error* que, de forma abstracta, comienza por la detección en el entorno de algún suceso que adquiere en nuestro interior un *valor* positivo o placentero (como recibir alimento), o negativo (como el dolor que produce un machucón). Experimentado el evento positivo o negativo se dispara un proceso retrospectivo orientado a tratar de determinar la causa(s) o cadena causal más probable que lo produjo, el cual comienza por intentar aislar el conjunto de candidatos causales posible (incluida nuestra conducta, la de otros, etc.), continúa con la puesta a prueba de dichos candidatos (de lo cual se aprende cuáles no producen el efecto deseado), y culmina con el registro en memoria del candidato o subconjunto de ellos que más se ajusta a los efectos de producir el estímulo positivo (lo mismo sucede con los estímulos negativos, sólo que el proceso está orientado a evitarlos).<sup>1603</sup>

Pese a la relativa estabilidad que ciertas predicciones pueden adquirir, no están exentas de sufrir modificaciones posteriores cuando el entorno deja de ajustarse a ellas, de modo que, como explica el neurocientífico socio-cognitivo Chris Frith, es plausible caracterizar a la mente humana en términos generales como un *procesador bayesiano*, cuya interacción con el mundo en cualquier momento dado, es posible a partir de la recuperación preliminar de alguna hipótesis predictiva, y del simultáneo monitoreo de distintas fuentes que pueden aportar información contradictoria con lo predicho. Si alguna clase de información, proveniente de cierta fuente sobrepasa cierto umbral (ya que no toda la información es igualmente *confiable*), se activa una alerta que advierte sobre el fallo o error (que también admite grados) de la hipótesis predictiva empleada para la interacción particular con el mundo. Disparada la alerta, se repite el ciclo de ensayo-error anteriormente referido que comienza con el aislamiento de las causas probables del error, y que culmina con una hipótesis actualizada, depurada por las múltiples pruebas a que fue sometida, pero no obstante, siempre sujeta a nuevos ajustes ulteriores.<sup>1604</sup>

En última instancia, podemos decir que la sensación de una realidad estable (“fuera de nosotros”) no es más que el efecto general al que en un momento determinado (y de hecho, en cada momento), conduce la satisfacción (en diversos grados) de expectativas convergentes de distintos tipos (referidas al mundo físico, al contexto social, a lo que otras personas creen, etc.), las cuales, por su parte, se sustentan en la realización y monitoreo constante de múltiples predicciones, realizadas sobre la base de experiencias y creencias previas. Dichas predicciones se encuentran en alguno de los diversos estados de lo que podemos considerar como un continuo o espectro de estabilidad (o protección contra la refutación) al que han accedido con base en las diversas estrategias de ensayo-error por las que continuamente se perfeccionan. Las interacciones posteriores con el ambiente pueden tener el efecto de consolidar las predicciones (aunque nunca, de manera definitiva), o bien de restarles confiabilidad, hasta el punto incluso, de ser dadas de baja (para algún caso particular, ya que pueden resurgir o ser válidas en otro contexto). Considérense las siguientes citas de Frith:

---

<sup>1603</sup> Véase Frith, Chris, *Making up the mind; how the brain creates our mental world*, Blackwell, 2007, pp. 86-100.

<sup>1604</sup> *Ibidem*, pp. 118-125.

“... For my brain, perception is a loop... when we perceive something, we actually start on the inside; a prior belief which is a *model of the world* in which there are objects in certain positions in space. **Using this model my brain can predict what signals my eyes and ears should be receiving.** These predictions are compared with the actual signals and, of course, there will be errors. My brain welcomes these errors. These errors teach my brain to perceive. The existence of the errors tells my brain that its model of the world is not good enough. **The nature of the errors tells the brain how to make a better model of the world. And so we go around the loop again and again until the errors are too small to worry about. Usually only a few cycles of the loop are sufficient, which might take a brain only 100 milliseconds.** A system that constructs models of the outside world in this way will use any information it can get to help it make better models. No preference is given to vision or sound or touch as long as they are informative. **And the system will make predictions about how the signals coming from all the senses will change when I act on the world...**”<sup>1605</sup>

Esos modelos mentales del mundo físico —y del mundo mental de otras personas- (sobre los que se realizan las predicciones referidas) se ajustan y se depuran mediante el empleo de lo que anteriormente se ha aprendido en términos de cómo nuestra acción afecta y transforma ese mundo. En cada momento, el cerebro se encuentra realizando conjeturas (y preparativos para la acción) acerca de cómo ciertas conductas nuestras modificarán el entorno, lo cual también puede ser puesto a prueba. Nuevamente Frith nos dice:

“... For the brain perception and action are intimately linked. We use our bodies to learn about the world. We do things to the world with our bodies and see what happens. Simple movements help our perception. But movements with goals, which I shall call actions, help our perception even more. If there is a glass of wine in front of me, I am aware of its shape and color. *I am not aware that my brain has already worked out how to shape my hand to grasp the stem, anticipating the feel of the glass on my fingers. This preparation and anticipation happens even when I have no intention of picking up the glass. Part of my brain represents the world around me in terms of actions; the action needed to get from here to the exit, the action needed to pick up the bottle on the table. My brain is continuously and automatically predicting the best movements for the actions I might need to perform. Whenever I perform an action, these predictions are tested and my model of the world is refined on the basis of the prediction errors. Through my experience of handling the wine glass, I have a better idea of its shape. In the future I will be better able to “see” its shape through the imperfect and ambiguous medium of vision.*

**My brain discovers what is out there in the world by constructing models of the world. These models are not arbitrary. They are adjusted to give the best possible predictions of my sensations as I act upon the world. But I am not aware of this complex mechanism. So what is it that I am aware of? ... My perception is a prediction of what ought to be out there in the world. And this prediction is constantly tested by action...**”<sup>1606</sup>

Ahora bien, las predicciones referidas (de efectos y causas) son inferencias que se realizan sobre la base de estructuras cognitivas tipo generalización (las generalizaciones de *sentido común* que tanto preocupan a TVRPSJ<sup>1607</sup> y cuyo análisis es empleado para fundar sobre éste un razonamiento distinto al deductivo y al inductivo, denominado “*plausibilista*” o “*presuntivo*”, en el cual se basa la teoría de los esquemas argumentales de razonamiento presuntivo propuesta por Walton et. al.).<sup>1608</sup> Dichas generalizaciones son el resultado de lo que Pawel Lewicki llama la facultad

<sup>1605</sup> Ibidem, pp. 126-127.

<sup>1606</sup> Ibidem, 130-131.

<sup>1607</sup> Véase el inciso B, del número 2, de la sección III del Capítulo Tercero de este trabajo.

<sup>1608</sup> Véanse los números 4-7 de la sección II, del Capítulo Cuarto de este trabajo.

para el “*procesamiento no-consciente de covariaciones*” que puede haber, en el caso más simple, entre dos variables x e y, las cuales pueden ser instanciadas por cualquier hecho, acontecimiento, evento, estado de cosas, etc.<sup>1609</sup>

La consideración del lenguaje en este punto es muy importante, ya que por sus raíces convencionales, su uso implica la segmentación y estructuración contingente (influenciada por la cultura y el entorno específicos) de los inputs perceptivos en sistemas categoriales o conceptuales con relaciones diversas y complejas entre sí (básicamente asociativas), de modo que los hechos, eventos, conductas, acontecimientos, etc., que instancian las variables cuyas covariaciones se registran en memoria en términos de la creación de la generalización correspondiente, están cargados ya, del efecto constitutivo que ejerce el lenguaje. Podemos decir entonces que las generalizaciones inconscientemente generadas, asocian siempre “*hechos institucionales*” en la medida en que el lenguaje (una serie de reglas del tipo “X vale como Y en el contexto C”), media nuestra “observación” del modo en el que el mundo se desenvuelve “ante nosotros”.

Hasta aquí podemos decir que la mente humana desempeña su efecto constitutivo respecto de los hechos, situaciones, estados de cosas, etc. en los que constantemente nos encontramos (y experimentamos) en al menos dos niveles, al establecer la posibilidad de la percepción de inputs sensoriales, y al segmentarlos, procesarlos y estructurarlos de cierto modo (influenciado por la cultura y el entorno) mediante el filtro del lenguaje.

Sin embargo, el lenguaje mismo puede ser empleado para generar lo que Searle denominaba “*reglas constitutivas*” (en contraste con las de carácter regulativo), las cuales constituyen una manifestación crucial de la facultad del pensamiento asociativo y simbólico del hombre consistente en hacer que algo (un evento, actividad, conducta, situación, hecho, etc.) *cuenta como* (represente, o tenga el *estatus* de) cualquier otra cosa. De ahí que su forma lógica básica sea la de “X vale como Y en el contexto C”.<sup>1610</sup>

Por su parte, las reglas constitutivas generalmente conforman sistemas, a los cuales Searle se refiere con el término “*instituciones*”. Precisamente son estos sistemas de reglas constitutivas (instituciones) los que, a la manera de un *telón de fondo*, son presupuestos tanto por los actores que se conducen llevando a cabo conductas cuya pensabilidad está determinada por las reglas referidas (piénsese en las acciones o conductas características de cualquier juego, como anotar un gol, poner en jaque, realizar un saque, resolver un crucigrama, etc.), como por quienes observan, perciben o comprenden las interacciones sociales constituidas por dichas reglas (hechos institucionales).

Con base en lo anterior, podemos decir que la mayoría de las actividades e interacciones sociales que somos capaces de comprender y en las que podemos participar, o en que nos encontramos participando (incluso sin poner mucha atención en ello) son posibles, y en ese sentido su existencia está determinada, por cierto modo de procesar los inputs perceptivos pertinentes (personas comportándose de cierto modo, emitiendo ciertos sonidos, siguiendo ciertos

---

<sup>1609</sup> Véase el número 1 de la sección II del Capítulo Quinto de este trabajo.

<sup>1610</sup> Véase el ya clásico, Searle, John, *The construction of social reality*, Free Press, 1997, capítulo 1, “The building blocks of social reality”, y capítulo 3, “Language and social reality”; así como la reciente continuación de sus investigaciones en: Searle, John, *Making the social world; The structure of human civilization*, Oxford University Press, 2010, capítulo 3 “Collective intentionality and the assignment of function”, y el capítulo 5, “The general theory of institutions and institutional facts; Language and social reality”.

rituales, etc.) de acuerdo con una especie de *intención o voluntad colectiva* de que así –como esa compleja gama de actores con objetivos diversos tratando de materializarlos mediante ciertas conductas- sean procesados o interpretados, y de que se continúe con la segmentación de la realidad social en los términos de los sistemas de reglas constitutivas conducentes.<sup>1611</sup>

Pese a que generalmente se ha hecho énfasis en el aspecto regulativo de sus normas, el discurso del derecho positivo es extensamente usado como instrumento por excelencia para la superposición de más y más capas de significación a hechos y conductas ya de por sí institucionales, de modo que sus reglas constitutivas aportan la base para la pensabilidad, existencia, comprensión de y participación en, múltiples y más complejos hechos institucionales (piénsese por ejemplo en el asentamiento de una firma, lo cual presupone ya las reglas constitutivas del lenguaje y de la escritura, pero además puede tener el significado de, o contar o valer como, la expresión de la aceptación de las cláusulas de un contrato, la expresión de una voluntad libre de actos coercitivos de que los bienes patrimoniales se distribuyan de cierto modo después de la muerte, indicio de la presencia de quien firma como testigo de algún acto, etc., conductas que a su vez, presuponen las reglas constitutivas características de instituciones jurídicas tales como el derecho civil o el derecho sucesorio).

Son estos hechos institucionales jurídicos (generalmente en términos de modalidades de violación a ciertas obligaciones, incumplimiento de la obligación alimentaria, falta de pago de algún título de crédito, promoción ilegal de un candidato, difusión no permitida de información considerada secreto industrial, o en términos de la realización de conductas prohibidas, como daño en propiedad ajena, robo de vehículos, negligencias médicas, homicidios, etc.), los que pretenden ser verificados en las cortes, tribunales y juzgados respectivos mediante el despliegue de la función jurisdiccional, la cual, consiste también en un acto colectivo institucional en la medida en que presupone el entramado de reglas constitutivas conducente.

### **3. *Función jurisdiccional e independencia cognitiva de los hechos institucionales a ser verificados***

¿Pueden las creencias (o aceptaciones proposicionales) de quienes desempeñan la función de juzgar las cuestiones de hecho alegadas por las partes (*triers of fact*, jueces o miembros del jurado) determinar la existencia pasada de los hechos *institucionales* que se pretenden comprobar en las diversas sedes procesales en que se despliega la función jurisdiccional?

Nuestra respuesta general es negativa, la verdad de la proposición (con pretensiones descriptivas del hecho institucional en cuestión) que se declara probada en sede procesal es un asunto que depende exclusivamente de si en efecto, tal hecho institucional ocurrió o no, incluso cuando las creencias respectivas hayan sido el resultado de una cautelosa apreciación de la evidencia disponible.

---

<sup>1611</sup> Idem.

En este sentido, nos encontramos adhiriéndonos a la postura “*Strong objectivism*” que Leiter propone dentro de un espectro compuesto por otras posturas graduales como la de “*Total Subjectivity*”, “*Minimal Objectivity*” y “*Modest Objectivity*”.<sup>1612</sup>

Sostenemos que la adhesión a la postura referida no es más que el resultado al que conduce tomar seriamente en cuenta factores como la *falta de representatividad* del conjunto de ítems evidenciarios que pudo recabarse (la identificación y recolección de la totalidad de rastros, vestigios, pistas, etc. que cierta conducta pudo haber provocado en el entorno físico y en las percepciones de otras personas, es una situación límite o ideal), y la falibilidad humana (incluso contándose con el más robusto conjunto de ítems evidenciarios, la posibilidad de cometer errores en su apreciación es permanente).

Hay sin embargo, un caso en el que la adhesión al “*Strong Objectivism*” merece al menos revisarse. El caso referido lo constituye el empleo de expresiones vagas por parte del legislador cuando se da a la tarea de construir los elementos constitutivos de los supuestos normativos a los que le vincula ciertas consecuencias jurídicas.

En efecto, en estas ocasiones, la estafeta es cedida a la judicatura al efecto de determinar si ciertas conductas merecen ser o no consideradas dentro del ámbito de denotación de las expresiones empleadas en el o los supuestos normativos de que se trate, considerando el contexto del caso en cuestión.

Piénsese por ejemplo, en frases como la de “*injuria grave*” que puede invocarse como *causal de divorcio* o como un caso de *exención de la pensión alimenticia*. Para regular estas situaciones no parece apropiado aventurarse en la construcción de una definición por denotación que ofrezca un catálogo exhaustivo de las conductas que podrían constituir casos de injuria grave entre dos personas (las variables contextuales pueden ser infinitas). En este sentido, se entiende que se confíe en la discreción del juzgador para fijar la extensión del término (al menos para el caso del que conoce).<sup>1613</sup>

En este punto, la adhesión de una postura tipo “*Total Subjectivity*” parece plantearse como una opción, sin embargo suscribirla implicaría no tomar en cuenta que un juez se encuentra inmerso en una comunidad específica con jerarquías establecidas, y que en todo caso, está obligado a la sujeción al precedente (jurisprudencia). En este sentido, la declaración de algo como instancia de ‘injuria grave’ no parece depender de una sola persona, sino de la comunidad judicial e historia institucional pertinentes, de modo que una postura tipo “*Minimum Objectivity*” es más adecuada.

Si se concede como plausible la noción de una “*moralidad positiva*” (aquella que impera en un tiempo y espacio determinados en una sociedad específica),<sup>1614</sup> puede decirse que la comunidad judicial podría errar si sus determinaciones no correspondieran con los contenidos de dicho sistema moral, en cuyo caso se abre el espacio para suscribir una postura tipo “*Modest Objectivity*”.

---

<sup>1612</sup> Véase el número 1 de la sección IV del Capítulo Sexto de este trabajo.

<sup>1613</sup> Véase por ejemplo, Waluchow, Will, “A common-law theory of judicial review”, en *PROBLEMA, Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho* del IJ-UNAM, Núm. 1, 2007, pp. 117-139.

<sup>1614</sup> Véase, MacCormick, Neil, *H.L.A. Hart*, London: Edward Arnold Ltd., 1981, p. 50.

Sin embargo, si se asume como punto de partida la posición del “*realismo moral*”,<sup>1615</sup> incluso lo que pudieran concluir jueces ideales podría estar equivocado, ya que desde esta perspectiva algo sería una injuria grave si corresponde o no con una realidad moral supra-sensible. En este caso, parece haber cabida para un “*Strong Objectivism*”.

Lo que podemos decir es que, independientemente de la suscripción de alguna de las posturas previas, lo que se pretende clasificar como “injuria grave”, ciertas conductas llevadas a cabo por cierta persona, es susceptible de prueba, y su existencia, pese a tratarse de un hecho institucional, es independiente de lo que el juzgador pueda llegar a creer en el marco del proceso con base en la apreciación de la evidencia correspondiente. En este sentido, podemos seguir suscribiendo un “*Strong Objectivism*” respecto de la amplia gama de hechos institucionales acontecidos fuera de las cortes y decir que en ciertos casos, cuando el legislador emplea expresiones vagas, lo que queda pendiente hasta no haber actividad jurisdiccional, es si ciertos hechos o conductas son correctamente merecedores de una capa institucional de significado adicional, pero las creencias acerca de cómo deben ser clasificados dichos hechos y conductas no determina la existencia pasada del hecho receptor de la clasificación (Juan se burló o no públicamente de Ana en una fiesta de la compañía en que trabaja, independientemente de si un juez llega a clasificar dicha conducta como una injuria grave en contra de Ana).

#### ***4. Función jurisdiccional y el ideal de la correspondencia absoluta: El papel veritativo-promotor de la Epistemología Jurídica***

Pese a que la existencia de los hechos institucionales que se pretenden comprobar en el marco de un proceso o procedimiento jurisdiccional, no depende de las creencias (o aceptaciones proposicionales) del juzgador, ello no significa que no deba haber un esfuerzo por orientar al proceso en cuestión hacia la obtención (falible) de la verdad, es decir, hacia el distanciamiento mínimo entre lo que se declara probado o no probado, y la ocurrencia o no de algún hecho institucional.

El esfuerzo referido sería materializado por una especie de ingeniería institucional-jurisdiccional de corte epistémico (y cognitivo como se verá después), o en breve, por la *Epistemología Jurídica*.

Antes de proceder, proponemos responder primero a la siguiente pregunta: ¿Por qué se debe procurar que los procesos y procedimientos jurisdiccionales exhiban un perfil de desempeño *veritativo-promotor*, según el cual las decisiones pertinentes que resuelven las diversas controversias, se tomen sobre la base de la generación frecuente de creencias verdaderas acerca de lo que ocurrió o no en el mundo en términos de hechos institucionales?

Nuestra respuesta es básicamente la siguiente: Debido a que ello contribuye a la propia legitimidad de la función jurisdiccional ante los ciudadanos, así como a la justificación de la autoridad política materializada en el

---

<sup>1615</sup> Véase, Sayre-McCord, Geoff, "Moral Realism", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2011 Edition)*, Edward N. Zalta (ed.), URL <<http://plato.stanford.edu/archives/sum2011/entries/moral-realism/>>.

Estado (esto último, en términos de delimitar una contra-prestación adecuada que, entre otras, hace racional la suscripción del pacto o contrato social).

A continuación profundizaremos en esta respuesta comenzando primero por la identificación de un esfuerzo similar en el trabajo de Luigi Ferrajoli:

## **5. Orientación veritativo-promotora de los procesos jurisdiccionales, legitimidad de la jurisdicción y racionalidad del contrato social**

### **A. Ferrajoli y su proyecto de refundación garantista de la jurisdicción penal**

Desde las primeras páginas del prólogo a la edición española de su gran obra *Derecho y Razón*,<sup>1616</sup> puede percibirse uno de los principales factores que motivaron al profesor Ferrajoli a proponer, como él la califica, una “*refundación garantista de la jurisdicción penal*”.<sup>1617</sup>

El factor referido alude a la *crisis de legitimidad* que, desde su perspectiva, en mayor o menor medida experimenta el poder público en la mayoría de las democracias occidentales. De acuerdo con el análisis de Ferrajoli, dicha crisis deriva de las siguientes causas:

- A) Una creciente “*inflación legislativa*” (que incluye la implementación de regímenes de excepción en materia penal para combatir fenómenos como el terrorismo o la delincuencia organizada), la cual genera excesivos espacios de *discreción* que la autoridad tiende a ejercer de manera arbitraria y abusiva;
- B) La reducción progresiva de la *capacidad regulativa* del derecho;
- C) Inadecuación e ineficacia de las técnicas jurídicas de garantía de derechos fundamentales;
- D) La tendencia del poder (al menos formalmente institucionalizado) a liberarse de cualquier clase de control jurídico; y
- E) La generalización de prácticas de corrupción en la mayoría de los ámbitos del poder público y de la sociedad.

Ferrajoli hace especial énfasis en el problema de la generalización de las prácticas corruptas, ya que si se encuentra arraigado fuertemente en la forma cotidiana de operar de una comunidad, puede dar lugar a lo que denomina un “*Infra-Estado clandestino*”. A esta situación, el autor en comento se refiere en los siguientes términos:

“... Así (como efecto de la generalización de prácticas de corrupción), ***tras la fachada del Estado de Derecho se ha desarrollado un infraestado clandestino, con sus propios códigos y sus propios impuestos, organizado en centros de poder ocultos y a menudo en convivencia con los poderes mafiosos, y, por consiguiente, en contradicción con todos los principios de la democracia; desde el de***

---

<sup>1616</sup> Véase Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón; Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 9ª ed. 2009, 1019 pp.

<sup>1617</sup> *Ibidem*, p. 10.



***legalidad al de publicidad y transparencia, del de representatividad a los de responsabilidad política y de control popular del funcionamiento del poder...***<sup>1618</sup>

Ahora bien, en su proyecto de refundación garantista de la jurisdicción penal (que, en última instancia constituye una propuesta para contender con la crisis de legitimidad del poder público), Ferrajoli concede a la *reorientación cognoscitiva del procedimiento* (en contraste con la tendencia decisionista y discrecional), un papel crucial (al menos en principio).

Sostenemos que Ferrajoli fracasa en su intento por sentar las bases para reorientar los procedimientos penales hacia la obtención frecuente de la verdad (lo cual abordaremos con mayor detalle en un momento posterior). Sin embargo, consideramos que ubicar la discusión de las condiciones que orientarían a un procedimiento penal (o como propondremos después, a cualquier proceso jurisdiccional) hacia un estado *veritativo-promotor*, de producción frecuente de determinaciones fácticas acertadas (probablemente verdaderas), en el contexto más general de la *justificación y legitimidad de la autoridad política* (del Estado), constituye una ruta apropiada para fundar y orientar el rumbo de cualquier proyecto de Epistemología Jurídica; y en ese sentido, es el camino que seguiremos para fundamentar y encaminar nuestra propuesta.

**B. Liberalismo político y justificación de la autoridad estatal**

Como explican Gaus y Courtland, en términos generales el Liberalismo constituye una doctrina multi-facética de filosofía política que busca ofrecer una justificación teórica al fenómeno de la presencia de la autoridad política como un dato persistente en la organización de las sociedades contemporáneas.<sup>1619</sup>

Independientemente de su contenido sustantivo (que en ocasiones las hace incompatibles entre sí), las teorías liberales propuestas a lo largo de la historia (desde Hobbes, pasando por Locke, Rousseau, hasta Rawls, etc.), convergen en términos metodológicos al proponer, como mecanismo de justificación de la autoridad política, un *escenario hipotético* en el que los miembros de la sociedad otorgan su consentimiento para la celebración de un contrato (con los futuros funcionarios estatales), de acuerdo con el cual, los ciudadanos se comprometen a ceder porciones significativas (en mayor o menor grado) de su *libertad*, a cambio de un servicio genérico de proporcionar *bienestar* por parte del Estado.<sup>1620</sup>

De acuerdo con autores como Rawls, el bienestar proporcionado por el Estado se traduce en la creación de una *infraestructura institucional básica* que hace posible la distribución más “justa” de las ventajas o beneficios, así como de los costos o desventajas, de la vida social, entre los miembros de la comunidad que se adhieren al contrato hipotético aludido.<sup>1621</sup>

---

<sup>1618</sup> Ibidem, p. 9.

<sup>1619</sup> Gaus, Gerald and Courtland, Shane D., "Liberalism", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2011 Edition)*, Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2011/entries/liberalism/>>.

<sup>1620</sup> Idem.

<sup>1621</sup> Véase, Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, México, FCE, 2 ed. En Español, 6ª reimpresión, 2006, p. 19, 23.

Como sabemos, los estados distributivos “justos” a cuya consecución las instituciones específicas deberían tender, son calificados como tales si (y sólo si) son el resultado de la satisfacción de ciertos principios fundamentales por parte de la autoridad, tales como el que prescribe que la acción institucional debe tender a la implementación del mayor esquema de libertades posible para cada individuo, que sea compatible con un esquema similar de libertades para todos,<sup>1622</sup> o el principio que establece que el diseño de dichas instituciones básicas debe promover la protección y beneficio a largo plazo de los grupos menos aventajados que en un momento dado pueden existir en una sociedad (como resultado de las desigualdades fácticas e históricas que no pueden ignorarse), al efecto de garantizar que ningún grupo prospere a expensas de otro.<sup>1623</sup>

Los principios referidos supuestamente derivan de una posición inicial también hipotética –el *velo de la ignorancia*– en la que los negociantes del contrato social no saben qué papel desempeñarán una vez echado a andar el pacto referido, por lo que tienen un incentivo fundamental que los motiva a procurar el establecimiento de las cláusulas más benéficas para todos (ya que *al pugnar por el beneficio de la colectividad en general, pugnan por sus propios intereses*).<sup>1624</sup>

Por su parte, algunos exponentes de la filosofía del derecho han contribuido a este gran proyecto de justificación de la autoridad política iniciado en el marco de la tradición liberal. Un ejemplo clásico de lo anterior, lo constituye el análisis de la “naturaleza del derecho” que ofrece Joseph Raz.

Para Raz, la emisión de directivas (como ejemplo paradigmático del tipo de normas constitutivas de los sistemas jurídicos), constituye una manifestación justificada del derecho siempre que (aunado a otros factores) quienes las emiten reúnan las condiciones que Raz identifica a los efectos de considerarlos una “*autoridad práctica legítima*” (con derecho a gobernar o mandar).<sup>1625</sup>

Raz articula las condiciones previas en lo que ha dado en llamarse la “*service conception of authority*”, según la cual los destinatarios de las directivas jurídicas están en mejores condiciones (tienen mayores probabilidades) de actuar sobre la base de las razones correctas que se aplicarían en cada caso particular, si se conducen de conformidad con lo que dichas directivas requieren de ellos (“*The Normal Justification Thesis*”, NJT), ya que, en teoría, los emisores de las directivas respectivas constituyen profesionales de la actividad consistente en “detectar” –claro faliblemente– lo que

---

<sup>1622</sup> *Ibidem*, pp. 67-118.

<sup>1623</sup> *Idem*.

<sup>1624</sup> *Ibidem*, pp. 29-33, 119-184.

<sup>1625</sup> Para una buena introducción a las ideas de Raz acerca de la autoridad práctica legítima véase: Shapiro, Scott, “Authority”, en Coleman, Jules, Shapiro, Scott, *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, 2004, pp. 382-439; Bautista Etcheverry, Juan, *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente; Un estado de la cuestión*, México, UNAM, 2006, pp. 32-37; Vega Gómez, Juan, “El positivismo excluyente de Raz”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Núm. 110, 2004; Vega Gómez, Juan, “En torno al debate Raz/Coleman ¿Excluyente o incluyente?”, en Cáceres, Enrique, Flores, Imer, Saldaña, Javier, Villanueva, Enrique (Coords.), *Problemas Contemporáneos de la Filosofía del Derecho*, México, UNAM, 2005, pp. 893-915. Y por supuesto, véase: Raz, Joseph, *The authority of Law*, Oxford University Press, 1979, 2ª ed. 2009; Raz, Joseph, *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, 1986; Raz, Joseph, *Practical Reason and Norms*, Oxford University Press, 1999; y Raz, Joseph, “The Problem of Authority: Revisiting the Service Conception”, disponible en línea en: <http://ssrn.com/abstract=999849>.

diversos órdenes normativos (como la moral, consideraciones costo-beneficio, etc.) requieren de los sujetos bajo su yugo (en teoría, todos), y por tanto, (también en teoría) suelen acertar en sus deliberaciones;<sup>1626</sup>

Otra tesis fundamental de esta concepción de la autoridad práctica legítima predica de los emisores de directivas (jurídicas) la capacidad epistémica consistente de un lado, en elucidar, generalmente de manera acertada, la serie de razones y consideraciones (denominadas “razones dependientes”) que convergen en cierto escenario de decisión práctica; y de otro, en realizar las ponderaciones adecuadas de dichas razones y consideraciones, de modo que la conducta prescrita refleja el despliegue apropiado de las capacidades referidas y no un mero capricho de decretar que alguien haga algo (“*Dependence Thesis*” DT).<sup>1627</sup>

La conjunción de NJT y DT ofrece razones de peso al destinatario de la directiva al efecto de que éste modifique su proceder habitual cuando se enfrenta con la pregunta de qué hacer en un contexto específico (si es que ese contexto está contemplado en alguna directiva del ordenamiento). En lugar de entregarse a la tarea él mismo, de elucidar y ponderar las razones (a favor y en contra de las diversas opciones de conducta) que se aplican al caso concreto, cuando existe una directiva que pretende orientarlo en la decisión práctica respectiva, el destinatario tendría que dar un *voto de confianza* al servicio previo prestado por la autoridad (y reflejado en la directiva emitida) en el sentido de tomar en consideración que la directiva no es el fruto de un acto caprichoso de voluntad, sino un intento, en efecto heterónomo, no obstante, bienintencionado, de incrementar las probabilidades de que el destinatario obre de conformidad con las razones adecuadas. En este sentido, el destinatario tendría que ajustarse a lo requerido por la directiva específica, ya que en teoría, su esfuerzo individual de elucidar las razones conducentes y de realizar el balance que proceda, podría pasar por alto, y minimizar, el esfuerzo precedente de lo que generalmente se constituye como un cuerpo colegiado, y, en última instancia, podría conducirlo a actuar inadecuadamente (“*Preemption Thesis*” PT).<sup>1628</sup>

Con base en la conjunción de NJT, DT y PT, Raz elabora su tesis de que las directivas jurídicas constituyen razones “protegidas” para la acción. Son protegidas en el sentido de que presentan la doble faceta de constituir ellas mismas una razón de *primer orden* para actuar conforme a lo que prescriben, y así mismo, una razón de *segundo orden* para no actuar conforme al balance individual de ciertas razones (las razones dependientes previamente consideradas y sopesadas por la autoridad).<sup>1629</sup>

La teoría de Raz pretende establecer, en términos generales, que la autoridad legítima de la que supuestamente deberían emanar las directivas jurídicas, está ahí para reemplazar o sustituir a sus destinatarios, *parcialmente*, en la tarea de elucidar y sopesar por cuenta propia, *algunas* de las razones que aplicarían en diversos escenarios de decisión práctica.

En efecto, dada la imposibilidad de las autoridades de anticipar y prever todos los factores contextuales que podrían incidir como razones en los escenarios prácticos particulares, respecto de los cuales aquellas sólo tienen un

---

<sup>1626</sup> Idem.

<sup>1627</sup> Idem.

<sup>1628</sup> Idem.

<sup>1629</sup> Idem.

*acceso epistémico limitado* vía el ejercicio de sus facultades de razonamiento hipotético, el destinatario debe complementar el avance en las deliberaciones representado por (y encapsulado o empaquetado en) la directiva de la autoridad, confinándose a sopesar las razones contextuales (*no-dependientes*) que sería razonable suponer que no fueron tomadas en cuenta por la autoridad en cuestión.

En este sentido, las conductas requeridas de sus destinatarios por las autoridades legítimas mediante la emisión de directivas, gozarían de la *presunción de validez* en el razonamiento práctico. Sin embargo, la presunción referida es derrotable, y el argumento refutatorio correspondiente tendría que articularse sobre la base de la presencia de ciertas razones contextuales que inclinan la balanza a favor de una conducta diferente (incluso opuesta) a la prescrita por la directiva en cuestión.

Se trata en todo caso, de un intento conjunto, de una actividad cooperativa, entre autoridades y gobernados, de generar un ambiente en el que en la mayoría de las ocasiones, las personas puedan ajustar su comportamiento a las exigencias normativas de las razones correctas.<sup>1630</sup>

De acuerdo con el panorama planteado por las teorías de vena liberal aquí esbozadas, conceder restricciones o limitaciones a nuestra libertad se torna una actividad *racional* en virtud de los beneficios colectivos que supuestamente provendrán de la *contra-prestación* a la que el Estado (o autoridad política) se compromete en términos de crear una infraestructura institucional básica que tenderá, si su diseño y operación satisface ciertos principios, a la consecución de estados distributivos justos en los que todo grupo social (incluidas las minorías) encontrará un acomodo; así como en términos de promover comportamientos con mayores oportunidades de ajustarse a los requerimientos normativos de las razones correctas que en cada caso se aplicarían, mediante el *servicio* que ciertas personas (si satisfacen las condiciones de una autoridad legítima práctica) nos brindan consistente en identificar previamente el cúmulo de razones dependientes que aplicarían a los sujetos de hallarse en los escenarios que la autoridad contempla, y en balancear adecuadamente dichas razones al efecto de emitir directivas que requieren conductas cuya presunción de validez (*juris tantum*) se funda en las supuestas deliberaciones y consideraciones -escrupulosas y sensatas- que antecedieron a su promulgación.

Sin embargo, queda pendiente la siguiente pregunta: ¿Cómo se justifica el renunciar a otra manifestación de nuestra libertad consistente en resolver *por cuenta propia* los conflictos resultantes de la probable violación de las normas primarias de obligación (emitidas por la autoridad) en la que pueden incurrir nuestros congéneres? ¿Qué hace racional que los ciudadanos desistan de ejercer actos de autotutela a favor de un mecanismo heterónimo que implica la implementación de instituciones jurisdiccionales y de un aparato coercitivo-coactivo para hacer valer sus decisiones?

Para responder dicha interrogante procederemos a revisar la propuesta “garantista” de Ferrajoli y a contrastarla con la propuesta de Laudan basada en lo que denomina la obligación Laplace-Nozick:

---

<sup>1630</sup> Idem.

### **C. Ferrajoli y su propuesta de criterio de legitimidad de la función jurisdiccional penal**

En el modelo de Ferrajoli, la jurisdicción (penal) se encuentra justificada, y por ende, sería racional suscribir el pacto-contrato social del que supuestamente el Estado surge, si (y sólo si) se nos ofrece a los ciudadanos una contra-prestación consistente en que la operación del sistema de procuración e impartición de justicia (condicionada en buena medida por la estructura normativa que lo crea y rige) tienda a la maximización de estados de cosas pacíficos (no violentos), es decir, si tiende a la reducción o disminución más extrema posible de actos violentos, tanto de parte de los ciudadanos, como de parte del propio Estado.<sup>1631</sup> ¿Cómo entiende Ferrajoli dicha condición?

Para el autor en comento, el Estado debe prevenir y controlar la comisión de delitos en la sociedad (y en ese sentido, debe brindar seguridad a los gobernados) mediante acciones generales de *desincentivación* de la conducta criminal que implican básicamente promulgar leyes que dan a conocer las acciones y omisiones *específicamente prohibidas* (con base en ciertas técnicas de definición de delitos), investigar las noticias que recibe respecto de la probable comisión de delitos (poniendo en práctica ciertas técnicas de comprobación), y castigar a los declarados culpables como resultado del procedimiento seguido en su contra (mediante ciertas técnicas punitivas que encarnan la política criminal respectiva).

Sin embargo, pese a que concede que el Estado debe tender a la desincentivación de conductas criminales, Ferrajoli se muestra escéptico ante la posibilidad de que los medios de que dispone el derecho penal (el establecimiento genérico de penas en las leyes como advertencia de lo que podría pasar si se incurre en su infracción, y la aplicación concreta de dichas penas en casos particulares), sean eficaces para tales efectos (la comprobación de la ocurrencia de cualquier delito, así como la persistencia del fenómeno delictivo pese a la aplicación de los castigos correspondientes a los declarados culpables, constituyen argumentos que, para este autor, ponen en duda la capacidad del derecho penal, a través del esquema de penalidades –previstas y efectivamente aplicadas- de desincentivar la conducta criminal).<sup>1632</sup>

Cabe aclarar que para el autor en comento, no es que el Estado renuncie a la finalidad de prevenir y desincentivar el comportamiento criminal, o que ésta sea poco importante, sino simplemente que dicho objetivo debe procurarse mediante la complementación de los medios limitados de los que dispone el derecho penal, con otro tipo de estrategias potencialmente más eficaces, como la implementación de políticas adecuadas de educación, la creación de empleos, el combate a la pobreza y a la desigualdad, etc.

Ahora bien, la postura escéptica previa respecto de la eficacia del derecho penal para prevenir-desincentivar la comisión de conductas delictivas en la sociedad, conduce a Ferrajoli a enfocarse preponderantemente en tratar de minimizar otro tipo de violencia social y estatal (a la que a continuación nos referiremos), cuya prevención-desincentivación, desde su perspectiva, es más probable alcanzar mediante el empleo del derecho penal (sustantivo y adjetivo).

---

<sup>1631</sup> Ferrajoli, pp. 331-337.

<sup>1632</sup> Ibidem, pp. 335-336.

El tipo de violencia que este autor tiene en mente se manifiesta en tres supuestos:<sup>1633</sup>

- A) Aquella que de manera *injustificada y desproporcionada*, las víctimas de algún delito (individualmente o con el apoyo de ciertos grupos) podrían ejercer en contra de algún sospechoso (materialmente inocente);
- B) La violencia *desproporcionada* que en venganza, las víctimas o grupos sociales podrían así mismo ejercer en contra de alguien, en efecto culpable.
- C) La violencia injustificada y desproporcionada que el propio Estado podría ejercer en contra de sospechosos o condenados materialmente inocentes, es decir, la que resultaría del error epistémico consistente en condenar equivocadamente a alguien (incluyendo el error más general de considerar jurídicamente culpable a algún inocente en decisiones previas a la decisión final, aunque eventualmente el sospechoso inocente sea liberado).

De este modo, Ferrajoli perfila las bases de lo que llama un “*derecho penal mínimo y garantista*” orientado preponderantemente a la disminución extrema de los abusos en que podrían incurrir tanto la sociedad, como el mismo Estado en contra de los sospechosos de la comisión de conductas delictivas (materialmente culpables o no), valiéndose para ello de estrategias tales como la construcción más clara y objetiva posible de los tipos penales correspondientes (procurando evitar el empleo de términos afectados de polisemia o vaguedad a efecto de no generar espacios para el ejercicio arbitrario de la discreción estatal),<sup>1634</sup> la implementación de un esquema rígido de garantías procesales para el acusado (que podría incluir las que suelen hallarse en sistemas de justicia del *Common Law*, como el derecho a la exclusión de evidencia cuando se dan ciertas condiciones, el derecho a no cooperar con la policía, a guardar silencio durante el juicio y a que ese silencio no sea tomado en cuenta negativamente por el juzgador, el derecho a la presunción de inocencia, a la carga ministerial de la prueba, y a no ser declarado culpable salvo en presencia de pruebas inculpatorias muy contundentes, etc.),<sup>1635</sup> así como la implementación de una política criminal benéfica (no retributiva, sino orientada a la reinserción social efectiva del condenado).<sup>1636</sup>

Otra forma de caracterizar (y comprender) el proyecto de derecho penal mínimo y garantista de Ferrajoli consiste en sostener que aquel se encuentra preponderantemente orientado a disminuir lo más posible la denominada “*cifra de la injusticia*”, dejando sin tratar, al menos dentro del ámbito de lo asequible por el derecho penal, a la llamada “*cifra de la ineficiencia*”. A continuación procedemos a explicar esta afirmación:

Ferrajoli divide a las cargas y costos derivados de contar con un sistema de procuración e impartición de justicia en lo que llama “*costos de la justicia*” y “*costos de la injusticia*”:<sup>1637</sup>

Los primeros incluyen la carga que para los ciudadanos representa el ver restringida su libertad al contemplar que el ordenamiento jurídico-penal establece ciertas prohibiciones de conducta (mediante la construcción de tipos

---

<sup>1633</sup> Ibidem, pp. 331-337, 209-211.

<sup>1634</sup> Ibidem, pp. 45-69, 120-128.

<sup>1635</sup> Ibidem, pp. 537-623.

<sup>1636</sup> Ibidem, pp. 247-280, 385-420.

<sup>1637</sup> Ibidem, pp. 209-211.

penales); incluye también el costo de tolerar la operación cotidiana del sistema en términos de cooperar con las investigaciones en curso, el ser llamados a juicio, etc; e incluye la carga para el declarado culpable de soportar la pena correspondiente.<sup>1638</sup>

El segundo grupo de costos (costos de la injusticia) incluye de un lado, los casos en que el sistema ignora al criminal, dejando el delito impune (debido a que no es denunciado, no es capturado por la policía, o debido a que el sospechoso se sustrae de la acción de la justicia); y de otro, los casos en que un inocente es tratado como sospechoso, sometiéndosele a los actos de molestia que llevar un proceso en su contra implican, y más importantemente, los casos en que el inocente sospechoso es declarado culpable (condenas falsas).<sup>1639</sup>

A la cifra concreta de casos que se ubican en el primer supuesto de los costos de la injusticia, en un periodo determinado, Ferrajoli la denomina la “*cifra de la ineficiencia*”, mientras que a la cifra concreta de casos que se ubican en el segundo supuesto la llama precisamente la “*cifra de la injusticia*”, y es a la reducción de esta última a la que, de acuerdo con Ferrajoli, debe tender el contenido de las normas sustantivas y adjetivas del derecho penal en vista de que ello se encuentra en el ámbito de lo que es más asequible mediante el empleo del derecho penal sustantivo y procesal.<sup>1640</sup>

Desde nuestra perspectiva, el proyecto de derecho penal mínimo y garantista que Ferrajoli propone presenta los siguientes problemas íntimamente relacionados:

- A) Pese al explícito compromiso que dice tener con el ideal regulativo de la verdad como correspondencia, y con una epistemología jurídica “cognoscitiva” (en contraste con modelos decisionistas y arbitrarios) que debería sentar las bases estructurales para que las decisiones judiciales en materia penal tengan más probabilidades de aproximarse el ideal regulativo de correspondencia referido, Ferrajoli termina proponiendo una epistemología jurídica cuyas sugerencias implican la implementación de lo que Laudan ha llamado un “*acquittal-friendly system of justice*” prioritariamente preocupado por disminuir excesivamente la frecuencia de condenas falsas (habilitado para absolver en la mayoría de los casos, como el sistema de justicia norteamericano).<sup>1641</sup>
- B) Descarta apresuradamente la posibilidad de emplear al derecho penal como medio eficaz para contribuir a la prevención-desincentivación del delito en términos de intentar controlar la producción de *absoluciones falsas*, cuya tasa puede ser muy grande (y su costo social insospechado) en ambientes tipo “*acquittal-friendly*”.

Para ahondar en B) realizaremos las siguientes preguntas: ¿Por qué un procedimiento tipo “*acquittal-friendly*” establece las condiciones para la previsible producción excesiva de absoluciones falsas, no obstante válidas desde el

---

<sup>1638</sup> Idem.

<sup>1639</sup> Idem.

<sup>1640</sup> Idem.

<sup>1641</sup> Véase el Capítulo Segundo, así como el número 1 de la sección I del Capítulo Sexto de este trabajo.

punto de vista jurídico? ¿Cuáles son los costos que podemos atribuir a la clase de error epistémico referida en la pregunta anterior?

Un procedimiento orientado casi exclusivamente (como propone Ferrajoli) a la disminución de la frecuencia de condenas falsas acarrea simultáneamente la producción previsible de más errores epistémicos en total, en donde las absoluciones falsas son preponderantes, debido a que se emplean dispositivos estructurales (normas procesales) cuya modulación excesiva tiene precisamente esos efectos.

Uno de esos dispositivos es el estándar de prueba, es decir, el grado de exigencia probatoria que rige la evaluación de la evidencia (o lo que es lo mismo, la especificación de las condiciones probatorias de derrotabilidad de la presunción de inocencia). Como ha demostrado Laudan, pese a que en efecto, el margen para condenar erróneamente a alguien se reduce fuertemente, mientras más severo sea este grado de exigencia de cuya satisfacción depende la emisión justificada de una condena, mayor será la cuota de personas probablemente culpables que absolveremos *legalmente* (respecto de quienes, no obstante a que las evidencias en su contra no son suficientes para superar el estándar excesivamente severo que quizá impone la obligación al *trier of fact* de verificar si la hipótesis inculpatoria tiene 90% de probabilidades de ser verdadera, todavía se encuentra *justificada* la *creencia racional* en su culpabilidad en virtud de que puede estar basada en una atribución de probabilidades que se ubica en el rango entre 50%+ y 89.99%),<sup>1642</sup>

Por otra parte, Laudan nos ofrece algunas consideraciones en torno a los costos atribuibles a las absoluciones falsas que, no obstante a que están basadas en estudios empíricos llevados a cabo en Estados Unidos e Inglaterra, al menos son suficientes para tomar en cuenta seriamente si queremos implementar las condiciones para su producción sistemática.<sup>1643</sup>

En su esfuerzo por elucidar los costos de las absoluciones falsas, Laudan considera la investigación sobre reincidencia delictiva de Logan y Levin (el estudio más ambicioso en Estados Unidos).<sup>1644</sup> La investigación referida toma como muestra 275,000 personas liberadas de las prisiones estatales de aquel país en el año de 1994. A continuación, algunas observaciones preliminares:

- 93% de los liberados había sido arrestado previamente por la probable comisión de delitos, mientras que 80% de ellos había purgado sentencias anteriormente.
- En promedio, las personas de la muestra habían sido arrestadas 9 veces y habían sido condenadas en 4 ocasiones, previo a su reciente liberación.
- Un cuarto de la población estudiada había sido arrestada 25 veces anteriormente.

---

<sup>1642</sup> Véase el número 2 de la sección I, y el número 3 de la sección VIII, del Capítulo Segundo de este trabajo.

<sup>1643</sup> Véase, Laudan, Larry, "The Rules of Trial, Political Morality and the Costs of Error: Or, Is Proof Beyond a Reasonable Doubt Doing More Harm than Good?", en prensa.

<sup>1644</sup> Véase, Patrick A. Langan and David J. Levin, *Recidivism of Prisoners Released in 1994* (NCJ-193427), citado por Laudan en Laudan, Larry, "The Rules of Trial, Political Morality and the Costs of Error: Or, Is Proof Beyond a Reasonable Doubt Doing More Harm than Good?", en prensa.



- El 6% de la muestra fue arrestada 45 veces previamente a su más reciente estancia en prisión.

Logan y Levin dieron seguimiento a la muestra durante tres años después de haber sido liberados, y obtuvieron los siguientes resultados:<sup>1645</sup>

- 67% de la muestra fue arrestada nuevamente por haber cometido alguna ofensa menor (“felony”). El 30% de ellos cometió la ofensa respectiva sólo 6 meses después de su liberación.
- La mitad de los liberados fue sentenciada por la comisión de un nuevo delito.
- Los 275,000 sujetos de la muestra fueron procesados por más de 750,000 crímenes durante el periodo de 3 años en el que se les dio seguimiento.

Otro de los estudios empíricos considerados por Laudan es el de Alfred Blumstein sobre los denominados “*criminales de carrera*”, en el cual se estima que un delincuente profesional promedio comete entre 10 y 15 delitos anualmente, entre los cuales 2-4 son crímenes graves o violentos.<sup>1646</sup>

Tomando en cuenta los valores menores del estimado proporcionado por el estudio en comento, Laudan infiere que, en promedio, la persona que es falsamente absuelta de un crimen o delito violento (como resultado de los dispositivos estructurales orientados a beneficiar a la categoría del acusado) continuará cometiendo un par de esta clase de delitos por un periodo de 9 años (lo que normalmente dura una carrera delictiva). Dado que el tiempo promedio que una persona pasa en prisión por delitos violentos es de 3.6 años, Laudan concluye también que cada absolución falsa, de manera indirecta, fomenta la comisión de 36 delitos (incluyendo 7 delitos violentos) durante el tiempo (3.6 años) que el delincuente liberado debió haber permanecido en prisión (durante este periodo, no se produjo el *efecto incapacitante* que es racional esperar de una condena, sobre todo respecto de delincuentes reincidentes).<sup>1647</sup>

Ahora bien, el problema esencial con la propuesta de Ferrajoli es que no percibe —o está dispuesto a aceptar— el *desbalance epistémico* que resulta de modular ciertos componentes estructurales del procedimiento penal hacia la concesión de una excesiva protección a la categoría genérica del “acusado” (de la cual se benefician tanto personas materialmente inocentes como materialmente culpables, ya que no podemos diferenciarlos previamente).

En este sentido, en aras de proteger al posible acusado inocente, haciendo más y más difícil la emisión de una condena y, por tanto, reduciendo al mínimo el margen para la emisión de condenas falsas, invariablemente se habilita al procedimiento para absolver preponderantemente (salvo en los casos de la presencia de pruebas muy contundentes de culpabilidad), pero al hacerlo, por la puerta trasera se cuele el crecimiento desproporcionado del margen para

---

<sup>1645</sup> *Idem.*

<sup>1646</sup> Véase, Alfred Blumstein et al., *Criminal Careers and “Career Criminals”*. National Research Council (1986), citado por Laudan en, Laudan, Larry, “The Rules of Trial, Political Morality and the Costs of Error: Or, Is Proof Beyond a Reasonable Doubt Doing More Harm than Good?”, en prensa.

<sup>1647</sup> Véase, Laudan, Larry, “The Rules of Trial, Political Morality and the Costs of Error: Or, Is Proof Beyond a Reasonable Doubt Doing More Harm than Good?”, en prensa.

producir absoluciones falsas (de cuyos costos, sobre todo en el caso de ofensores reincidentes, hemos podido hacernos una idea con los estudios citados por Laudan).

En efecto, el fenómeno delictivo no puede ser erradicado del todo mediante el derecho penal. El efecto disuasorio que se espera sea producido por la tipificación de ciertas conductas como delictivas, la asociación de un esquema de penas a las mismas, así como por el derivado de la aplicación de dichas penas a quienes son encontrados culpables, es en todo caso, parcial.

Sin embargo, pese a la desilusión que lo anterior puede producir, no es razón suficiente para abandonar prácticamente el empleo de este instrumento (sobre todo, el derecho procesal) en lo que atañe a tratar de incidir en la prevención y control del delito (dejando el asunto a herramientas todavía más difusas en términos de la medición de su eficiencia, tales como la implementación de políticas y programas de educación, creación de empleos, combate a la desigualdad, etc.), ni para reorientar al procedimiento casi exclusivamente a la protección del acusado en términos de procurar disminuir *lo más posible* la comisión de condenas falsas. Al hacerlo, cerramos los ojos y actuamos con indiferencia respecto de otros daños que son previsibles y evitables (en mayor o menor grado), resultantes de la probable producción sistemática de absoluciones falsas a la que tiende un sistema como el que propone Ferrajoli. Algunos de estos daños previsibles son:

- A) Los hechos a las víctimas en términos de violar su derecho al establecimiento de la verdad, a la reparación del daño y a la no impunidad de los delitos que sufrieron, así como en términos de propiciar quizá su revictimización (piénsese en el caso de delincuentes seriales). Esta situación puede dar pie a escenarios que Ferrajoli supuestamente trata de evitar al proponer su modelo garantista, como el caso de linchamientos o actividades tipo “vigilante” por parte de una sociedad que se percata de que el sistema de impartición de justicia propicia la impunidad (por la propia estructura normativa que posee).
- B) Los hechos a la sociedad en general al liberar erróneamente –desde el punto de vista epistémico, aunque no del jurídico- a personas que probablemente reincidirán cometiendo una serie de delitos, incluidos los graves y violentos, que pudieron haber sido evitados si el sistema estuviera habilitado estructuralmente para la emisión de una condena, con los esperados efectos incapacitantes (al menos durante el tiempo de encarcelamiento).
- C) Los consistentes en generar un ambiente generalizado de impunidad que proporciona incentivos para delinquir.

Paradójicamente, el tipo de sistema que Ferrajoli propone puede hallarse contribuyendo a generar más violencia social y estatal que la que supuestamente quiere minimizar.

Esto se podría evitar si Ferrajoli reconociera que la producción de condenas falsas y la producción de absoluciones falsas se encuentran ligadas por una relación co-dependiente e inversamente proporcional: Menor frecuencia de condenas falsas, mayor frecuencia de absoluciones falsas y viceversa; o en otras palabras, mientras el

riesgo de cometer una de estas clases de error epistémico disminuye como resultado de nuestras actividades de diseño procedimental, el riesgo de cometer la otra clase, crece.

La percepción del carácter co-dependiente de las variables evita que desperdiciemos nuestro esfuerzo en pretender disminuir lo más posible *sólo uno de los errores*, como si fuera una actividad aislada que no genera repercusiones respecto del otro error (y respecto de la comisión total de errores epistémicos); y permite entonces comprender que se trata de un escenario complejo de política pública caracterizado por concesiones recíprocas entre las variables mencionadas, y de un problema consistente en diseñar un criterio racional para encontrar un balance adecuado en las concesiones referidas. ¿Cuál podría ser ese criterio?

#### **D. Laudan y su propuesta de criterio de legitimidad de la función jurisdiccional penal**

Como sabemos, Laudan recurre a la versión del contrato social de Hobbes al efecto de introducir su propuesta de criterio de legitimidad de la jurisdicción penal, y de racionalidad de la suscripción del pacto político del que el Estado supuestamente surge.<sup>1648</sup>

En este marco, la función primordial del Estado sería ofrecer a sus ciudadanos un manto de seguridad en términos de *reducir el riesgo de ser victimizados* por sus congéneres, quienes en el estado de naturaleza de Hobbes buscan, si su fuerza y poder se los permite, imponer su voluntad y dañar a los más débiles.

Sin embargo, dada la permanente falibilidad humana, la cual, como en todos los ámbitos, se manifiesta también en la operación del sistema de procuración e impartición de justicia que el Estado implementaría como parte de las medidas para ofrecer protección y seguridad a sus gobernados, y dado también el déficit de representatividad de la evidencia que pudo recabarse en cada caso concreto, el esfuerzo por disminuir el riesgo que tenemos de ser victimizados acarrea necesariamente la creación de otro que no figuraba en el referido estado de naturaleza, a saber, el *riesgo de ser erróneamente condenados*, que siempre circunda la operación de la jurisdicción penal.

Otra característica fundamental de este escenario es que, como sabemos ya, las medidas procedimentales que tomemos para tratar de disminuir uno de los riesgos, generará el crecimiento del otro. Mientras más severo sea el estándar de prueba impuesto, mayores serán las probabilidades de que el sistema produzca un mayor número de absoluciones falsas, las cuales, sobre todo en el caso de los ofensores reincidentes, generan costos que se traducen en el crecimiento del riesgo que los ciudadanos en general tienen de ser victimizados. Y viceversa, mientras mayor sea nuestro empeño en reducir la previsible cuota de absoluciones falsas, se generan las condiciones para incrementar el riesgo de condenas falsas en virtud de que el estándar de prueba se acerca más al que aplicaría por *default* si nuestros intereses fueran sólo epistémicos (el estándar de la Preponderancia de la Evidencia que establece que es racional considerar como verdadera a la hipótesis 50%~ probable que su negación).

¿Qué hacer entonces en términos de política pública ante esta situación?

---

<sup>1648</sup> Véase el número 3 de la sección VIII, del Capítulo Segundo, así como el número 1 y el inciso A del número 9 de la sección I de este Capítulo Sexto.

Laudan propone considerar ambos riesgos (de ser victimizados y de ser erróneamente condenados) que corre la población en general, como un riesgo agregado o compuesto, como una unidad. En este sentido, el Estado tendría la obligación de dotar al procedimiento penal del perfil estructural-normativo adecuado para habilitarlo en términos de contribuir a la reducción, a un rango socialmente aceptable, del valor de este riesgo unitario o compuesto (la obligación Laplace-Nozick).

Ahora bien, el valor del riesgo compuesto, podría reducirse mediante la toma de medidas para reducir alguno de los riesgos desagregados. La pregunta que surge es: ¿Cuál de los dos riesgos hay que intentar reducir?

Laudan advierte que la respuesta a la pregunta previa depende del valor que en un momento histórico determinado es atribuible a cada una de los riesgos considerados, con base en el análisis de los estudios empíricos y cifras pertinentes para la realización de dichos cálculos, es decir, con base en evidencia confiable, y no meramente basados en nuestras percepciones de riesgo, las cuales pueden ser dogmáticas o verse manipuladas a conveniencia de ciertos gobiernos en busca de recuperar legitimidad.

En este sentido, el Estado contribuiría a la reducción del valor del riesgo compuesto enfocándose en la disminución del riesgo individual con el valor más alto.

Por ejemplo, para el caso de Estados Unidos, Laudan realiza los cálculos respectivos que lo conducen a sostener que:

El ciudadano norteamericano promedio corre un riesgo vitalicio (*lifetime risk*) de ser víctima de un homicidio del 0.4%, mientras que el riesgo de ser erróneamente condenado por homicidio es de 0.0145% (este último es 25 veces menor).<sup>1649</sup>

Asimismo, el riesgo que se corre en aquel país de ser falsamente condenado de un delito serio es de 0.25%, mientras que el riesgo de ser víctima de un delito serio es de 5/6. Es decir, 33,000% más que el anterior.<sup>1650</sup>

Ante este panorama, no parece adecuado ni racional seguir sosteniendo, como lo hace en términos generales la academia norteamericana, que el estándar de prueba debería ser todavía más riguroso que lo que ya es (*Beyond All Reasonable Doubt*, que generalmente se lee como exigiendo al *trier of fact* determinar que la hipótesis inculpatoria tiene alrededor de 90% de probabilidades de ser verdadera como requisito para condenar).

Al contrario, se debe procurar disminuir la rigurosidad de tal exigencia probatoria al punto en que una sociedad estaría dispuesta a conceder sobre la base de la atribución cuidadosa de las utilidades (y desventajas o costos) que se espera que cada una de las cuatro modalidades de la decisión final reporte (condena y absolución verdaderas, y condena y absolución falsas). Como sabemos, en el estudio de Saunders y Laudan, el valor de probabilidad que los participantes favorecieron como el punto al que debería establecerse el grado de exigencia

---

<sup>1649</sup> Idem.

<sup>1650</sup> Idem.

probatoria es de alrededor del 70% (en este sentido, el estándar exigiría al *trier of fact* que condenara sólo cuando determine que la hipótesis inculpatoria tiene el 70% de probabilidades de ser verdadera).<sup>1651</sup>

Dicha atribución de utilidades, y por tanto, el grado de exigibilidad del estándar probatorio, variaría de contexto en contexto, y quizá de delito en delito.<sup>1652</sup>

Sin embargo, puede suceder, por ejemplo, que no existan las condiciones para la atribución de valores a los riesgos con base en evidencia confiable (tal vez se trata de un Estado en el que ni la sociedad civil ni los funcionarios públicos están interesados en generar la información empírica relevante, o en el que las cifras ofrecidas por las dependencias pertinentes no sea suficiente, poco confiable y contradictoria). ¿Cómo proceder en estas situaciones?

Para afrontar lo anterior, podemos hacer uso de un argumento que Laudan ofrece a favor de la modulación *truth-promoting* de los componentes epistémicos cruciales de un procedimiento penal (las reglas de admisibilidad probatoria y de exclusión, así como el estándar de prueba):

La propuesta consiste básicamente en orientar al procedimiento en cuestión hacia la producción de un mayor número de condenas probablemente verdaderas disminuyendo el grado de exigibilidad del estándar probatorio (quizá al 70% obtenido en los estudios piloto de Laudan y Saunders) y permitiendo la menor cantidad de reglas de exclusión posible (salvo que su justificación venza a la tendencia epistémica).<sup>1653</sup>

Más condenas verdaderas (en efecto con menos probabilidades de serlo que en un ambiente que exige condenar sólo en presencia de evidencia que permita atribuir un 90% de probabilidades a la hipótesis inculpatoria, no obstante, *todavía basadas en creencias racionalmente justificadas con base en la evidencia respectiva*), por su efecto incapacitante respecto de los ofensores reincidentes (o de carrera), pueden disminuir el índice de delitos en un periodo determinado (el periodo en que el delincuente se encuentra encerrado). Si la incidencia delictiva es menor, menor es también el riesgo que corren los ciudadanos de ser victimizados. Así mismo, si se cometen menos delitos, la ciudadanía tiene menos necesidad de acudir a las instancias pertinentes a denunciar. Si se denuncia menos, el sistema de procuración e impartición de justicia es echado a andar también menos veces (menos consignaciones y menos juicios) y, por tanto, disminuye el riesgo para la población en general de ser condenado erróneamente (ya que son expuestos en menor medida a la situación que hace esto probable).<sup>1654</sup>

Como puede observarse, un procedimiento tendencialmente orientado a la producción de creencias verdaderas respecto de los hechos alegados, como la base para condenar o absolver (aunque claro, con cierta tendencia a absolver dado que en efecto, las condenas falsas siguen siendo errores epistémicos más graves que las absoluciones falsas), contribuye a la disminución de los dos riesgos constitutivos del riesgo compuesto: Contribuye a la reducción del riesgo que tiene el ciudadano de ser victimizado, así como a la disminución del riesgo que también corre la población en general de ser erróneamente condenados.

---

<sup>1651</sup> Idem.

<sup>1652</sup> Idem.

<sup>1653</sup> Idem.

<sup>1654</sup> Idem.

Es momento ahora de retornar a la pregunta que hicimos previamente: ¿Qué razones pueden ofrecerse para justificar la limitación a nuestra libertad que el Estado impone al exigir que los ciudadanos desistan de resolver por cuenta propia los conflictos resultantes de la probable violación de alguna(s) regla primaria de obligación por parte de algún congénere a favor de un mecanismo jurisdiccional heterónomo y de un aparato coercitivo-coactivo para respaldar sus decisiones?

Una respuesta liberal que estamos en condiciones ya de ofrecer, por ahora en la materia penal, es que acceder a esta limitación sería racional si ocurre en el marco hipotético de un contrato social en el que los ciudadanos, como contra-prestación, reciben un desempeño del sistema de procuración e impartición de justicia tal que contribuya a la generación de un ambiente de equilibrio socialmente avalado entre el riesgo de ser victimizados y el de ser erróneamente condenados.

La cuestión crucial para el tipo de Epistemología Jurídica que estamos presentando es que el ajuste estructural del procedimiento penal hacia la generación frecuente de creencias verdaderas respecto de los hechos (institucionales) alegados por las partes, en el *trier of fact* (juez o jurado), como la base preponderante para condenar o absolver, contribuye de un modo crucial a la generación del estado de equilibrio previamente aludido, y por tanto, contribuye a la legitimidad de la función jurisdiccional penal, así como a la racionalidad de suscribir el pacto político del que el Estado hipotéticamente surge.

Esta tendencia *veritativo-promotora*, hacia la obtención de la verdad, es el estado que el procedimiento penal debería exhibir por *default*.

Un contra-argumento a la propuesta hecha podría ser que estamos asumiendo una postura excesivamente utilitarista o consecuencialista en el sentido de que el proponer la vigencia de un estándar probatorio *moderado* (más próximo al de la preponderancia de la evidencia o 50%+) implica sacrificar a un grupo –el de los acusados- para el beneficio de la mayoría, sin embargo este no es el caso. Si recurrimos a la estrategia metodológica de Rawls en el sentido de postular una situación tipo “velo de la ignorancia” para elucidar los principios que hacen racional la suscripción del contrato social, podemos decir que al encontrarnos bajo este velo, no estamos pugnando por los intereses de la mayoría relegando el individual o el de ciertos grupos, al contrario, nos encontramos pugnando por una situación que beneficiaría a cualquiera independientemente del grupo al que las contingencias de la vida social podrían hacerlo pertenecer. Es en beneficio de cada uno de los eventuales suscriptores del contrato, el proponer una cláusula que les permitirá gozar de un ambiente de equilibrio entre los riesgos mencionados.

Ahora bien, si en un momento dado, estando en marcha la vida social histórica de alguna comunidad particular, se pretenden hacer ajustes a esta tendencia estructural del procedimiento, éstos deben estar basados en *evidencia confiable* que demuestre que alguno de los dos riesgos, en efecto se ha elevado desproporcionadamente, y en última instancia, es la sociedad, a través de sus representantes legítimos, quien tendría que decidir el nivel o grado de exigencia probatoria que desea sea implementado (con base en la respectiva atribución de utilidades respecto de las cuatro modalidades de la decisión final).

La condición previa es sumamente importante sobre todo si tomamos seriamente en cuenta la propensión de algunos gobiernos, cuando su detentación del poder se ve amenazada (quizá por una insurrección popular o por la eventual derrota en las urnas) como consecuencia del contexto de déficit de legitimidad en el que surgen, o de la caída drástica de su popularidad, consistente en crear (o aprovecharse de) la *percepción social* de un peligro supuestamente inminente y de dimensiones catastróficas que pone en riesgo la “seguridad nacional”.<sup>1655</sup>

Como lo muestran los estudios multi-disciplinarios recientes que analizan el fenómeno de la *criminalidad sistémica y estatal* (“*System criminality*” y “*State criminality*”),<sup>1656</sup> la creación de la percepción social del riesgo anteriormente referido (por ejemplo, de ser en cualquier momento victimizados violentamente) es parte de una *política de Estado*, cuyo éxito depende de lograr atemorizar lo suficiente a los miembros de la sociedad a efecto de que consientan a la implementación de *regímenes de excepción* para combatir la supuesta amenaza.<sup>1657</sup>

Estos regímenes suelen implicar el empleo de “la mano dura” (supuestamente justificado en términos de *proteger* a la población) en contra de ciertas categorías de personas que son considerados, por definición, como “*enemigos del Estado, del orden y de la seguridad*”.

Las categorías referidas pueden hacer referencia a ciertos grupos o sectores sociales minoritarios contra quienes se librará la lucha, y respecto de quienes se presume de antemano su culpabilidad genérica. Pero en ocasiones, las categorías son tan abstractas –como los casos de “delincuente” o “criminal”- que la sociedad en general corre un gran riesgo de ser destinataria de esta reacción estatal contra el peligro inminente que representa la supuesta presencia diseminada de “individuos moralmente desviados”, quienes por definición, sólo buscan herir y dañar a la comunidad (por ello, no merecen el trato moral ni jurídico que se daría a cualquier persona).<sup>1658</sup>

Por su parte, la mano dura se instrumenta a través del despliegue de las fuerzas del orden (policíacas y armadas), algunas de las cuales, como el ejército, de antemano se basan en un esquema de socialización de sus miembros tal que son entrenados para seguir órdenes con la menor resistencia posible. Pero además, suelen ser sometidas a procesos ulteriores de adoctrinamiento orientados de un lado, a que consideren como autorizado, esperado, permitido o tolerado el uso indiscriminado de técnicas violentas y abusivas como la tortura, las detenciones ilegales, las desapariciones forzadas, las violaciones sexuales, etc.; y de otro, a sentirse parte del cumplimiento de una misión trascendental en beneficio de la preservación del orden. Los procesos referidos pueden ser, de acuerdo con Kelman, “*procesos de autorización de la violencia*” (en el que “autorización” no denota necesariamente órdenes explícitas),

---

<sup>1655</sup> Véase, Nollkaemper, André, Van der Witt Harmen, *System criminality in international law*, Cambridge University Press, 2009; Green, Penny & Ward, Tony, *State Crime: Governments, Violence and Corruption*. London: Pluto Press, 2004.

<sup>1656</sup> Idem.

<sup>1657</sup> Idem.

<sup>1658</sup> Idem.

“procesos de rutinización de la violencia”, y “procesos de deshumanización de las víctimas de la violencia estatal”.<sup>1659</sup> El autor en comentario se refiere a dichos procesos complejos del modo que sigue:

“... *authorization* helps to define the situation in a way that makes standard moral principles inapplicable; the individual is not acting as an independent moral agent, and therefore feels absolved of the responsibility to make personal moral choices... authorization is strengthened by the fact that torturers typically are not just acting within a hierarchy in which they are expected to obey –and have indeed been trained to obey without question- but they are participating in an action that represents a transcendent mission. They have come to share the view of the authorities that the task they are engaged in serves a higher purpose that *transcends any moral scruples that might bring to the situation*. They have come to see themselves as playing an important part in an effort to protect the state, to ensure its security and continued integrity, to maintain law and order, or to keep alive the fundamental values of the state that are being subjected to a merciless onslaught by ruthless enemies who are intent on destroying it. *This view of the purpose of the torture project as part of a noble effort in which the perpetrators are prepared to play their role despite any moral reservations and feelings of repugnance they might have, greatly enhances the legitimacy of the enterprise...*

Through *routinization*, the action becomes organized in a way that eliminates the opportunity to raise moral questions and make moral decisions; the action is divided among many individuals and sub-units of the organization; each individual carries out routine tasks without having to think of the overall products to which these tasks contribute; euphemisms further enable individuals to ignore the overall meaning of the tasks they are performing altogether; the actions come to be seen as part of a normal job rather than participation in massacre or genocide...

*Dehumanization of the victim* makes it unnecessary for perpetrators to relate to them in moral terms, since it excludes the victim from the perpetrator’s moral community...<sup>1660</sup>

La política de Estado (y los regímenes de excepción resultantes) dirigida al combate del peligro inminente a la seguridad nacional, suele complementarse con la creación de un sistema alternativo de procuración e impartición de justicia para investigar y procesar a los “*enemigos del Estado*” que en líneas generales opera a la manera de un marco tipo “*Witch-Hunt*” (“Cacería de Brujas”), cuya dinámica se caracteriza por mantenerse en secreto, por la implementación pragmática de la presunción de culpabilidad antes incluso de la consideración de cualquier evidencia, por una simulación institucional que, en apariencia, otorga al acusado el derecho a defenderse, y por el blindaje del caso presentado por el fiscal o acusación, de modo que, para todo efecto práctico, hace que su teoría se vuelva irrefutable (el acusado tiene la carga de la prueba, las pruebas que ofrece son por *default* consideradas poco confiables, etc.).<sup>1661</sup>

Por las razones previas, sostenemos que el Estado debe basar sus pretensiones de desviar al procedimiento penal de su tendencia a la averiguación de la verdad, en evidencia confiable del incremento de alguno de los riesgos, sobre todo, del riesgo de ser victimizados.

Sin embargo, aún y cuando el incremento de este último riesgo se encuentre soportado en evidencia confiable, el procedimiento penal no debe mutar hacia prácticas tipo *Witch-Hunt*, en virtud de que ello acarrearía, si la categoría en contra de quien supuestamente se lucha es tan abstracta que puede abarcar a cualquier miembro de la sociedad (y si

---

<sup>1659</sup> *Idem.*

<sup>1660</sup> Kelman, Herbert, “The policy context of international crimes”, Nollkaemper, André, Van der Witt Harmen, *System criminality in international law*, Cambridge University Press, 2009, pp. 36-40.

<sup>1661</sup> Véase el inciso B, del número 9, de la sección I de este Capítulo Sexto.



la sociedad y sus actores cruciales exigen cifras altas de condenas como indicadores adecuados y exclusivos para juzgar el desempeño del Estado en términos de proveer de seguridad), el crecimiento desproporcionado del riesgo que como ciudadanos tenemos de ser *erróneamente condenados*, pero además, si ocurren prácticas como las mexicanas, que al no haber capacidades ni despliegue de investigación genuina y al hallarse en las calles un ejército acostumbrado a la impunidad (que carga a costas las atrocidades de la guerra sucia y otras represiones sociales), puede estarse contribuyendo al crecimiento simultáneo del otro riesgo: El de ser victimizados, tanto por civiles como por militares.<sup>1662</sup>

En última instancia, las altas cúpulas en las que se fraguan las políticas de Estado referidas (que generalmente incluyen un Presidente con funciones de “*comandante supremo de las fuerzas armadas*”) -queriéndolo o no- pueden encontrarse lanzando un *ataque sistemático en contra de la sociedad civil*, cuyo manto constituye el caldo de cultivo de la comisión masiva de *crímenes contra la humanidad (o de lesa humanidad)*.<sup>1663</sup>

### ***E. Extendiendo el criterio de legitimidad de la jurisdicción penal a la función jurisdiccional en general***

Sostenemos que es plausible extender el criterio de legitimidad en materia penal a todas las ramas en que el Estado ejerce la función jurisdiccional (civil, mercantil, laboral, familiar, etc.), del siguiente modo:

En términos generales puede decirse que todo proceso o procedimiento materialmente jurisdiccional tiende a la verificación de ciertos actos ilícitos en sentido *lato* (más amplio que los ilícitos penales o delitos) resultantes de la violación de obligaciones que nacen de diversas fuentes (de la ley, de convenios o contratos, de manifestaciones unilaterales de la voluntad, como las promesas de recompensa, de la gestión de negocios, etc.). En otras palabras, la función jurisdiccional suele operar sobre la base del presupuesto de que el proceso o procedimiento en cuestión, se comporta, al menos mínimamente, como un sistema de investigación de las cuestiones empíricas alegadas por las partes (independientemente de si la recabación y el suministro de evidencia es totalmente delegado a las partes, o si algún operador jurídico, incluyendo el juez, puede incidir en esta cuestión), a efecto de determinar, con cierto grado de probabilidad, si tuvo verificativo o no el supuesto, o cúmulo de supuestos, cuya comprobación es necesaria para establecer que se incumplió con la obligación respectiva.

Al operar en esta modalidad de sistema de investigación de cuestiones empíricas (SICE), la función jurisdiccional puede cometer errores de corte epistémico: Declarar erróneamente que alguien hizo o dejó de hacer cosas que constituyen el incumplimiento de sus obligaciones; y declarar erróneamente que alguien hizo o dejó de hacer ciertas cosas o actos que constituyen el cumplimiento de sus obligaciones (o más brevemente, declarar erróneamente que alguien incumplió la obligación reclamada y declarar erróneamente que alguien cumplió con la misma). En el primer caso, se somete injustamente a alguien a las consecuencias jurídicas normalmente aversivas (por ejemplo, en

---

<sup>1662</sup> Véase el inciso A del número 9 de la sección I de este Capítulo Sexto.

<sup>1663</sup> Véase el Artículo 7, los incisos b)-f) del número 3 del Artículo 25, así como el Artículo 28, todos ellos del *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*.

términos del pago de daños y perjuicios, sanciones administrativas, etc.) que el ordenamiento previamente contempla para el tipo de casos en que la conducta particular incurre; mientras que en el segundo, dejan de proceder las consecuencias negativas que tendrían que haber sucedido.

Ahora bien, es plausible sostener que la segunda clase de error epistémico puede tener el efecto, si es lo suficientemente generalizado, de que se incremente un riesgo similar al que los ciudadanos corremos de ser victimizados (por conductas delictivas), es decir, el riesgo que tenemos de no percibir las ventajas y beneficios que se habrían materializado si acaso hubiera ocurrido la conducta (comisiva u omisiva) que extingue la obligación respectiva. Puede incluso decirse que se trata también de una victimización, aunque en efecto, menos lesiva si se la compara con algún delito grave.

Tenemos entonces una situación similar al problema que se presenta en la jurisdicción penal: Por un lado se encuentra el riesgo de ser dañados o perjudicados por la no materialización de un estado de cosas legítimamente esperable (el correspondiente al cumplimiento de alguna obligación). En este sentido, la misión fundamental de la función jurisdiccional, si es que ha de ser racional ceder nuestra libertad en términos de desistimos de la auto-tutela, sería contribuir a la disminución de este riesgo. Sin embargo, la otra parte de la historia -análogo a lo que sucede en materia penal- es que el propio esfuerzo desplegado por el Estado de protegernos de estos actos ilícitos de nuestros congéneres, y materializado en la implementación de diversos procesos jurisdiccionales, crea el riesgo de ser “condenados” erróneamente a experimentar las consecuencias de ser declarado “deudor” cuando no es el caso (consecuencias que normalmente son negativas en la medida en que pretenden inhibir el incumplimiento de obligaciones).

Si la situación es semejante, parece plausible emplear un criterio semejante de legitimidad de la función jurisdiccional en otras ramas: La función referida sería legítima –y la suscripción del contrato social, racional- si se crean las condiciones estructurales-normativas para que los distintos procesos jurisdiccionales incurran en un desempeño capaz de contribuir a la generación de un estado de equilibrio, socialmente avalado, entre los riesgos de ser “victimizados” y de ser erróneamente declarados “deudores” (los cuales constituyen un riesgo agregado).

Como sabemos, para disminuir el valor del riesgo agregado referido, podemos optar por tratar de disminuir alguno de los riesgos individuales. ¿Cuál? El que resulte ser mayor con base en la consideración de la información empírica relevante.

En todo caso, por *default* se tendría que dotar a los procesos jurisdiccionales respectivos de un perfil orientado a la generación de creencias verdaderas como base frecuente de las decisiones judiciales, en el que si se decide privilegiar a alguna de las partes (con base en la consideración de que el error epistémico que lo perjudicaría es más grave), por ejemplo, al acreedor en materia de alimentos, o al poseedor de un título de crédito en materia mercantil, éste no sea excesivo, de modo que el estándar de prueba imperante no se aleje en demasía del de la preponderancia de la evidencia. Como sabemos, un estándar probatorio más próximo a este estado (menos exigente que estándares como BARD o la convicción íntima) incrementa la cuota de “condenas” verdaderas (la cuota de casos en que válidamente

proceden las consecuencias generalmente negativas asociadas al incumplimiento de obligaciones), lo cual reduce por desincentivación (en este caso, no por incapacitación), el índice de actos ilícitos. Si hay menos actos ilícitos que reclamar, menos demandas. Si hay menos demandas, menos veces se echa a andar la maquinaria procesal y, por ende, se disminuye el riesgo del ciudadano, de ser erróneamente “condenado”.

#### **F. Derecho subjetivo público a una jurisdicción legítima: Hacia un constitucionalismo epistémicamente orientado**

Siempre un adelantado a su época, desde 1974, en su obra “*Constitución y Proceso Civil en Latinoamérica*”,<sup>1664</sup> el Profesor Héctor Fix-Zamudio propone distinguir entre un “*derecho procesal constitucional*” y un “*derecho constitucional procesal*”.

El primero estaría constituido por los instrumentos procesales –como el amparo o el *Habeas Corpus*– implementados al efecto de lograr la efectividad de las normas constitucionales, particularmente de las que consagran los derechos fundamentales de las personas.<sup>1665</sup>

El segundo, por su parte, se refiere a un derecho subjetivo público (oponible al Estado) que todos los gobernados tenemos (y en ese sentido, se trata de un derecho fundamental) “a la obtención de las *condiciones necesarias* para la resolución *justa y eficaz* de las controversias en que podemos intervenir.”<sup>1666</sup> A este derecho subjetivo público, Fix-Zamudio se refiere con las siguientes expresiones: “Derecho de justicia a través del proceso”, “Derecho justicial-material-constitucional”, o “Garantías constitucionales del proceso”.<sup>1667</sup>

Como puede observarse, se trata de un derecho a cierto *estado de cosas* (en el que se han obtenido las condiciones necesarias para la resolución justa y eficaz de las controversias en que podemos intervenir), que como tal, requiere de que diversos actores estatales, dentro del ámbito de su competencia, realicen ciertas acciones e implementen ciertas políticas, programas, iniciativas, etc., a los efectos de la (probable) obtención de dicho estado (como sucede con la mayoría de los llamados “*derechos económicos, sociales y culturales*”, DESC).

Algunas de esas acciones (a cuya realización también tenemos derecho de acuerdo con Fix-Zamudio) estarían orientadas a conseguir la independencia y autonomía de los juzgadores (lo cual implica diseñar e implementar un sistema adecuado de designación de jueces, dotar a la profesión judicial de cierto grado de estabilidad, asegurando por ejemplo la inamovilidad de sus miembros, que obtendrán una remuneración decorosa, que su mérito puede hacerlos ascender en la jerarquía judicial, asegurar que sus decisiones tendrán altas probabilidades de ser cumplidas mediante el respaldo de la fuerza pública y otros medios de ejecución de sus sentencias, crear un órgano encargado de supervisar las funciones de la comunidad, como el Consejo de la Judicatura, etc.);<sup>1668</sup> otras estarían orientadas a garantizar que los

---

<sup>1664</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *Constitución y Proceso Civil en Latinoamérica*, México, UNAM, 1ª ed. 1974, 122 pp.

<sup>1665</sup> pp. 26-27.

<sup>1666</sup> p. 30.

<sup>1667</sup> Idem.

<sup>1668</sup> Ibidem, Capítulo III, pp. 35-53.

procesos jurisdiccionales en general, tendrán una estructura apropiada para que las partes ofrezcan, en igualdad de oportunidades, los argumentos y pruebas en que sustenten sus pretensiones, en la que los jueces hagan uso de un sistema apropiado de criterios de apreciación y valoración probatoria, cuya aplicación expliquen en sus sentencias (motivación), la cual cuente con un adecuado sistema de notificaciones e implemente el principio de publicidad de sus audiencias, etc.<sup>1669</sup>

Es en este contexto del derecho subjetivo público a la obtención de las condiciones necesarias para la resolución justa y eficaz de controversias que proponemos incluir el derecho de los ciudadanos a que la función jurisdiccional contribuya a la generación de un estado de equilibrio entre los riesgos que surgen en cada ramo o tipo de controversias. Como sabemos, en materia penal, dichos riesgos son el de ser victimizados y el de ser erróneamente condenados, los cuales en las demás ramas de la actividad jurisdiccional corresponderían respectivamente al riesgo de ser dañado o perjudicado por la falta de cumplimentación de las obligaciones respectivas, y el riesgo de ser erróneamente declarado “deudor” del actor.

## **6. A modo de conclusión: Bases para una Epistemología Jurídica Cognitiva**

Para delinear los contornos del tipo de epistemología jurídica cognitiva que se propone, comenzaremos por esclarecer nuestro compromiso con cierta terminología (y con la carga teórica que la acompaña):

‘*Modelo Mental*’: Suscribimos la propuesta de Cáceres, quien emplea esta expresión para denotar a todo sistema complejo de representaciones simbólicas, así como a las reglas cognitivas que los producen, en el que se sustenta –y cuya dinámica determina– la realización de actividades, el desempeño de tareas, o la resolución de problemas, en contextos específicos<sup>1670</sup> (suscribimos también la tesis teórica de que dichos modelos son generados, preponderantemente de modo inconsciente, como manifestación de nuestras habilidades adaptativas y de supervivencia, por lo que Cáceres ha propuesto denotar con la expresión “*Sistema Generador de Procesos Estructurantes Simbólicos*”; así como la tesis de los *principios cognitivos* –formación y seguimiento de tendencias determinantes, individualización cognitiva, economía y refracción cognitiva, profecías auto-cumplidas, etc.– que rigen la operación de dicho SGPEs).<sup>1671</sup>

Así mismo, suscribimos la propuesta de Cáceres en lo relativo al contenido representacional de un modelo mental (imágenes, representaciones proposicionales, mapas conceptuales, arborescencias semánticas, conocimiento teórico, declarativo, procedimental, conocimiento heurístico, referido tanto a hechos naturales o brutos, como a hechos socialmente contruidos o institucionales, reales o contrafácticos, acontecidos en el pasado o proyectados a futuro, etc.); así como la metáfora *neuronal-conexionista* para explicar la dinámica de interacción de los objetos mentales

---

<sup>1669</sup> Ibidem, Capítulo V, pp. 77-87, y el Capítulo VIII, pp. 95-103.

<sup>1670</sup> Véase el número 2 de la sección VI, del Capítulo Quinto de este trabajo.

<sup>1671</sup> Véanse los números 1-3 de la sección III del Capítulo Quinto de este trabajo.

contenidos en dichos modelos (capa de entrada, de salida, capas intermedias ocultas, patrones de conectividad, dinámica de activación, dinámica de aprendizaje, conexiones inhibitorias y conexiones excitativas).<sup>1672</sup>

*‘Entorno Operativo de un Modelo Mental’*: Los modelos mentales, materializados en personas concretas (como los funcionarios u operadores jurídicos) no operan de manera aislada o en el vacío. En este sentido, la expresión en comento denota a la totalidad de los miembros de una comunidad cognitiva de referencia (por ejemplo, la comunidad judicial, cuyas prácticas de entrada son posibles por el efecto performativo-constitutivo del discurso del derecho positivo),<sup>1673</sup> así como a las dinámicas de interacción al interior de dichas comunidades, a cuya conformación contribuyen factores endógenos como el marco normativo-jurídico que establece los objetivos de la institución en cuestión, los actores relevantes, así como las funciones y atribuciones de aquellos (que pueden analizarse en términos de tareas, sub-tareas, sub-sub-tareas, etc.), otros factores también endógenos como el tipo y cantidad de recursos materiales disponibles, los cursos de capacitación y demás estrategias de socialización o inducción a la comunidad pertinente, las cargas de trabajo, los indicadores de desempeño aceptable que se construyen comunitariamente con base en los constreñimientos anteriores, la herencia de vicios o corruptelas, la presencia o no, y el tipo de monitoreo de las actividades realizadas por cada miembro; así como factores exógenos, como las presiones políticas y sociales de coyuntura, y hasta el estado de madurez del régimen democrático en que la comunidad de referencia realiza sus funciones.

Con base en lo anterior, estamos en condiciones de hacer la siguiente estipulación:

*‘Epistemología Jurídica Cognitiva’*: Denota al conjunto de conocimientos teóricos, metodológicos y técnicos cuyo fin consiste en promover el empleo de modelos mentales epistémicamente eficaces, que sirvan como el sustento cognitivo de un desempeño comunitario global o en cascada (en términos de comportamiento emergente o superveniente de múltiples variables) susceptible de ser calificado como *veritativo-promotor*, según el cual, los diversos participantes en un proceso o procedimiento jurisdiccional (aunque principalmente los funcionarios estatales, como el juez y/o el fiscal), al realizar sus respectivas tareas y resolver los problemas que en la práctica se presentan, contribuyan a la eventual conformación de creencias *probablemente verdaderas* respecto de los hechos institucionales cuya ocurrencia o no se alega por las partes, como la base frecuente sobre la que se tomen las decisiones que resuelven los diversos tipos de controversias jurídicas.

Como se ha defendido previamente, el desempeño veritativo-promotor de los procesos o procedimientos jurisdiccionales contribuiría (junto con otras estrategias, claro) a la generación de un estado de equilibrio entre el riesgo que corremos todos como ciudadanos, de ser erróneamente considerados, en términos generales, como el autor de un hecho ilícito *lato sensu* (como un delito en materia penal, o el incumplimiento de alguna obligación en otras ramas), y el

---

<sup>1672</sup> Para mayores detalles, véase el número 2 de la sección VI, del Capítulo Quinto de este trabajo.

<sup>1673</sup> Véase la sección VII del Capítulo Quinto de este trabajo.

riesgo de ser, también en términos generales, “victimizado” *lato sensu* en el sentido de receptor la comisión de hechos ilícitos.<sup>1674</sup>

Como sabemos, el Estado, a través de la operación de sus procesos y procedimientos jurisdiccionales puede contribuir al crecimiento de ambos riesgos:

Al crecimiento del primer riesgo (que en materia penal se manifiesta en el de ser falsamente condenado por la comisión de un delito), el procedimiento puede contribuir, por ejemplo, si opera con un estándar de prueba más próximo al de la *preponderancia de la evidencia* (50%+), es decir, si opera generando un ambiente más próximo a aquel en el que ambas partes corren por igual el riesgo de una decisión errónea en su perjuicio (en el que no hay beneficios procesales, ni de apreciación o valoración probatoria para ninguna de ellas); y más si el procedimiento adquiere tintes inquisitorios materializados en dinámicas tipo *Witch-Hunt* en las que la evidencia de culpabilidad y su apreciación en conciencia, es lo que menos importa.<sup>1675</sup>

El proceso o procedimiento contribuye al crecimiento del segundo riesgo general (de ser victimizados *lato sensu* por la comisión de hechos ilícitos) si aquellos producen sistemáticamente errores epistémicos (aunque no jurídicos) consistentes en librar de las consecuencias jurídicas respectivas (generalmente negativas o aversivas) a autores “materiales” de los hechos ilícitos *lato sensu* referidos previamente (lo cual, como se ha dicho, constituye un efecto inevitable de implementar estándares de prueba más rigurosos o exigentes para alguna de las partes, como en el caso penal, en el que el fiscal tiene la carga de producir una prueba muy contundente de la culpabilidad del acusado, con lo que éste último —materialmente inocente o culpable— se beneficia enormemente).<sup>1676</sup>

Con base en lo anterior, podemos decir que una *distribución equilibrada* de las dos clases de errores epistémicos que pueden cometerse (como las condenas falsas y las absoluciones falsas en materia penal), contribuye al mantenimiento del equilibrio entre los dos riesgos generales que corre la ciudadanía por el mero efecto de consentir en la implementación de procesos y procedimientos jurisdiccionales.

Por otra parte, como también se ha defendido anteriormente, el desempeño veritativo-promotor de un proceso o procedimiento jurisdiccional puede emplearse como un criterio adecuado de su legitimidad. En todo caso, como así mismo hemos sostenido, los ciudadanos tenemos un *derecho fundamental* a que la función jurisdiccional tenga esta orientación veritativo-promotora, en virtud de que constituye una prestación estatal crucial que hace racional (junto con otras cosas) la suscripción del contrato social del que el Estado hipotéticamente surge.<sup>1677</sup>

La obtención de un estado veritativo-promotor depende fuertemente de la especificación adecuada del grado de exigencia probatoria implementado. A continuación, procederemos a realizar algunas estipulaciones en torno a esta noción (las cuales, por el enfoque cognitivo que se ha asumido, difieren de manera importante de las propuestas tradicionales).

---

<sup>1674</sup> Véanse los incisos D-E del número 5, correspondiente a la sección VI de este Capítulo Sexto.

<sup>1675</sup> *Idem*, y véase también el inciso B del número 9, correspondiente a la sección I de este Capítulo Sexto.

<sup>1676</sup> *Idem*.

<sup>1677</sup> Véase el inciso F del número 5, correspondiente a la sección VI de este Capítulo Sexto.

‘*Estándar de Prueba*’: Denota al sistema complejo de criterios de suficiencia probatoria que permite al juzgador determinar si las diversas proposiciones que conforman la representación mental argumentativo-narrativa resultante de la organización o sistematización cognitiva de la evidencia ofrecida por las partes (o incluso gestionada por él cuando el ordenamiento respectivo se lo permite), en presencia o no de confrontación dialógica, pueden considerarse probadas a los efectos de declarar la procedencia de las consecuencias jurídicas conducentes. Constituye pues, desde un punto de vista más abstracto, el conjunto de reglas cognitivas que determinan la dinámica de acoplamientos estructurales y de clausuras de operación orientada a obtener conclusiones acerca de lo que se considera probado o no.<sup>1678</sup>

‘*Estándar de Prueba Ideal*’: Denota al estándar de prueba (en los términos estipulados previamente) que incrementa las probabilidades de que el desempeño del proceso o procedimiento jurisdiccional de referencia distribuya los errores epistémicos previsibles de acuerdo con el perfil distributivo socialmente avalado (resultante de la atribución racional de las utilidades que reportarían las cuatro modalidades de una decisión jurisdiccional final). Por su parte, el perfil distributivo en comento, idealmente tendría que propiciar que el proceso o procedimiento en cuestión, mediante su operar cotidiano, contribuyera al surgimiento de un estado de equilibrio entre los riesgos resultantes de consentir a la implementación de la maquinaria institucional jurisdiccional: El riesgo de ser erróneamente declarados autores de un hecho ilícito *lato sensu* (penales, civiles, mercantiles, laborales, etc.), y el de ser “victimizadas” en términos de receptor la comisión de hechos ilícitos por parte de nuestros congéneres (resultantes de la violación de la amplia gama de reglas primarias de obligación).

Como se ha sostenido, un estándar o sistema de criterios de suficiencia probatoria *moderado* (en efecto más alto o exigente que la “*preponderancia de la evidencia*” o 50%+, pero menos riguroso que estándares como “*más allá de toda duda razonable*” que se interpretan como exigiendo que la hipótesis en cuestión exhiba 90% de probabilidades de ser verdadera o más), el cual se implementa cuando se desea conceder beneficios de la duda a la parte que resultaría más perjudicada por una decisión epistémicamente errónea, contribuye al surgimiento de un estado de equilibrio entre los dos riesgos referidos, de modo que, otra forma de definir a nuestro estándar ideal es diciendo que debe tener un perfil veritativo-promotor (que propicie o bien una distribución equitativa de los errores epistémicos previsibles, o bien, una distribución *moderadamente favorecedora* de alguno de ellos en caso de que la consideración de los costos respectivos demande reducir la frecuencia de uno en detrimento de la del otro).

Puede verse entonces, la íntima relación que existe entre el ajuste adecuado del sistema de criterios de suficiencia probatoria y la obtención y mantenimiento de un estado de equilibrio entre los riesgos referidos; es decir, entre un adecuado estándar de prueba y la racionalidad de suscribir el contrato social del que el Estado hipotéticamente surge. En otras palabras, la implementación de un estándar de prueba adecuado forma parte de las condiciones de eficacia del derecho humano fundamental a que la función jurisdiccional se desempeñe adecuadamente (procurando la producción frecuente de determinaciones fácticas probablemente acertadas).

---

<sup>1678</sup> Véase la sección VII del Capítulo Quinto de este trabajo.

La pregunta que surge en este punto es la siguiente: ¿Cómo especificar el sistema de criterios de suficiencia probatoria a emplearse en cada dominio de controversias jurídicas? A continuación articularemos una respuesta en líneas generales con base en una propuesta de combinación de las contribuciones que al respecto pueden hacer las investigaciones del *Constructivismo Jurídico Cognitivo de Cáceres* (CJC), así como las investigaciones sobre modelos dialéctico-procedurales de argumentación jurídica de la *Artificial Intelligence and Law* (AI and Law).

La propuesta (que no debe considerarse como la presentación de una metodología rigurosa) a la que hemos hecho referencia anteriormente,<sup>1679</sup> consiste en emplear la herramienta teórica de la *Supra-Regla* (S-R) de Cáceres a los efectos de establecer el andamiaje normativo básico y más abstracto que se halla en la base de un determinado tipo de controversia jurídica o de juicio.<sup>1680</sup> Esto nos permitiría sistematizar, con base en las categorías de la S-R, al conjunto de supuestos de hechos institucionales, que las partes intentarían comprobar (con cierto grado de probabilidad) mediante el empleo de diversas modalidades de argumentación, y cuya verificación determina el surgimiento de la obligación del juez de declarar la procedencia de las consecuencias jurídicas respectivas.

Posteriormente tendría que realizarse una investigación mixta que tome en cuenta las leyes conducentes, así como la información procedente de análisis de expedientes a los efectos de diseñar el universo más exhaustivo posible de *escenarios* en términos de las diferentes combinatorias que puede haber entre variables como el tipo de partes involucradas en la controversia, las modalidades técnicas que la controversia puede revestir, las aseveraciones pertinentes que cada una de las partes tendría que probar, etc.<sup>1681</sup>

Identificado el universo de escenarios, tendría que procederse a la detección de patrones argumentativo-narrativos que las partes suelen (o podrían) seguir para intentar probar sus aseveraciones básicas. Dichos patrones podrían ser representados de manera gráfica o visual con las herramientas de diagramación argumentativo-narrativa que se han generado en la comunidad de la *AI and Law*.<sup>1682</sup>

Las representaciones gráficas o visuales de cada escenario de confrontación dialógica servirían como punto de partida para realizar reflexiones en torno a la manera en que podrían distribuirse presunciones y cargas de producir prueba, así como en torno al tipo de medio o medios de prueba que se esperaría idealmente para cada una de las aseveraciones básicas de la estructura compleja de proposiciones (siempre teniendo en mente crear las condiciones para una distribución equitativa de los errores epistémicos previsible, o moderadamente favorecedora de alguno de ellos).

Tendría que especificarse también el *grado de confiabilidad* que se espera sea satisfecho por el o los medios de prueba asociados a alguna proposición crucial, que resultaría tanto de la especificación de los factores o *Critical Questions* (CQ's) asociados al esquema argumental del cual el medio de prueba sería instancia (por ejemplo un

---

<sup>1679</sup> Véanse los números 4-6 de la sección I, de este Capítulo Sexto.

<sup>1680</sup> Véase la sección IV del Capítulo Quinto de este trabajo.

<sup>1681</sup> Véase el sub-inciso b, del inciso B, correspondiente al número 1 de la sección VI, del Capítulo Quinto de este trabajo.

<sup>1682</sup> Véase la sección IV del Capítulo Cuarto de este trabajo.



“*Argument from Expert Opinion*” o un “*Argument from Position to Know*”); así como del tipo de respuestas (que pueden consistir en ciertos rangos) apropiadas para cada una de ellas.

Como se ha dicho, la modulación del número, y tipo de CQ's, de su *estatus* en términos de calificarlas como una *Ordinary Premise* (que debe ser respaldada por evidencia), *Assumption* (cuando su respuesta positiva se asume salvo cuando alguien la pone en duda) o *Exception* (en donde la carga de producir prueba en contra corresponde a quien ataca el factor en cuestión), así como del rango de respuestas válidas para cada una de ellas, constituye una oportunidad que puede ser aprovechada para incorporar beneficios a alguna de las partes (por ello es que a este conjunto de nociones la hemos denominado anteriormente el *Toolkit* para introducir y dosificar el beneficio de la duda, o *BdeD Toolkit*).<sup>1683</sup>

La idea crucial consiste en modular de este modo los componentes de los diversos escenarios de confrontación dialógica, de modo que en última instancia se cuente con una especie de *secuencia o sistema de filtros de calidad probatoria* a aplicarse en los puntos básicos de las estructuras argumentativo-narrativas identificadas.<sup>1684</sup>

Como se ha dicho, la especificación del sistema de criterios de suficiencia para algún escenario de confrontación dialógica en el dominio de alguna clase de controversia jurídica o de juicio, estaría sujeta a revisión constante al efecto de realizar los ajustes conducentes que le permitan, al ser seguido por el juzgador, crear las condiciones para la distribución equilibrada de los errores epistémicos conducentes.<sup>1685</sup>

‘*Estándar de Prueba Legislativamente Implementado*’: Denota al conjunto de normas jurídico-procesales que incide en la valoración de la evidencia respectiva, tanto a nivel individual (o micro), como a nivel global (o macro). Con base en la expectativa de que sea desarrollado posteriormente por la judicatura en sus prácticas, el contenido de dichas normas suele ser muy vago (además de que está expresado en términos abstractos sin hacer referencia a escenarios específicos de confrontación dialógica), de modo que está muy lejos de constituir una instancia del sistema de criterios de suficiencia probatoria que venimos proponiendo. Como sabemos, algunas de esas reglas establecen requisitos imprecisos y poco orientadores como que el juzgador debe estar íntimamente convencido de la culpabilidad del acusado, o bien, que su convencimiento debe ser tal que haya superado toda duda razonable.

‘*Estándar de Prueba Pragmáticamente Implementado*’: Denota al sistema de criterios de suficiencia probatoria que generalmente de manera auto-organizativa, mediante la cotidiana resolución de casos y las interacciones de socialización respectivas, sustenta las determinaciones fácticas (orientadas a establecer qué ocurrió o qué no ocurrió) en las prácticas judiciales.<sup>1686</sup> Este estándar (pragmáticamente implementado) puede desarrollar de manera excesiva algunos principios legislativos (como el de la *presunción de inocencia*, el *in dubio pro reo*, la *carga ministerial de la prueba*, o el de *más allá de toda duda razonable*), de modo que en la práctica se implementa un sistema en extremo “*Acquittal-Friendly*”

---

<sup>1683</sup> *Idem.*

<sup>1684</sup> Agradezco al Doctor Cáceres el haber sido orientado hacia el empleo de esta noción de “secuencia o sistema de filtros de calidad” de la evidencia.

<sup>1685</sup> Véase el número 6 de la sección I del Capítulo Sexto de este trabajo.

<sup>1686</sup> Véase la sección VII del Capítulo Quinto de este trabajo.

como el sistema de justicia norteamericano (de acuerdo con el análisis de Laudan).<sup>1687</sup> Pero puede suceder también, que los modelos mentales que cognitivamente implementan el estándar seguido en la práctica, sustenten un modo de desempeño tipo “*Witch-Hunt*” (totalmente contrario a la teleología subyacente en el estándar legislativo), como parece ser el caso de la operación del procedimiento penal mexicano en materia común.<sup>1688</sup>

Es momento ahora de realizar una estipulación más:

‘*Operación Epistémicamente Disfuncional de Modelos Mentales*’: Denota a cualquier modalidad de operación particular de los patrones de conectividad, dinámicas de activación y dinámicas de aprendizaje de los modelos mentales (preponderantemente judiciales) tal, que no contribuye a (e incluso puede impedir), la generación del estado *veritativo-promotor* al que idealmente aspira el desempeño de un proceso o procedimiento jurisdiccional. En todo caso, la característica común a las diversas modalidades de disfuncionalidad epistémica de los modelos mentales consiste en no corresponder con, o en alejarse del, estándar de prueba ideal para el tipo de controversia jurídica o de juicio de que se trate. En efecto, la falta de correspondencia o el alejamiento del estándar ideal, constituye una *cuestión gradual*.

La pregunta que surge en este momento es: ¿Cómo pueden detectarse las diversas modalidades de operación epistémicamente disfuncional de los modelos mentales de una comunidad (generalmente judicial) de referencia?

La respuesta no puede consistir, por ahora, más que en una articulación en líneas generales (precisamente esto constituye un dominio prometedor de investigación futura):

La propuesta básicamente implica complementar el tipo de análisis preponderantemente legislativo que propone Laudan, y el meramente conceptual de TVRPJ, con un enfoque multidisciplinario que combine armónicamente estudios empírico-estadísticos (como los de Zepeda Lecuona),<sup>1689</sup> estudios cualitativos como el análisis de sentencias (Pásara, Guillén, etc.),<sup>1690</sup> estudios etnográficos (como los de Pérez Correa orientados a la descripción del entorno situacional en el que efectivamente operan los funcionarios encargados de procurar e impartir justicia)<sup>1691</sup> y metodologías de elicitación y representación del conocimiento heurístico experto (como la propuesta de “*Legal Cognitive Task Analysis*” de Cáceres).<sup>1692</sup>

El estudio del entorno situacional y sistémico (que hemos denominado “*el entorno operativo de los modelos mentales*”) es sumamente importante, ya que su adecuada comprensión permitiría vislumbrar tanto las raíces (incluso culturales) de las modalidades epistémico-disfuncionales de operación de los modelos mentales de la comunidad de

---

<sup>1687</sup> Véanse las secciones VII y VIII del Capítulo Segundo de este trabajo.

<sup>1688</sup> Véase el inciso B del número 8, así como el número 9, ambos de la sección I de este Capítulo Sexto.

<sup>1689</sup> Véase, Zepeda Lecuona, Guillermo, *Crimen sin castigo; Procuración de justicia penal y ministerio público en México*, México, FCE, 2005.

<sup>1690</sup> Véase, Pásara, Luis, *Cómo sentencias los jueces del Distrito Federal en materia penal*, México, III-UNAM, 2006; y Guillén López, Raúl, “La justicia penal en Sonora”, *Reforma Judicial, Revista Mexicana de Justicia*, Núm. 14, julio-diciembre, 2009, 131-144.

<sup>1691</sup> Véase, Pérez Correa, Catalina, “Front-Desk Justice; Inside and Outside Criminal Procedure in Mexico”, *Mexican Law Review*, New Series, Volume 1, Number 1, 2008; y Pérez Correa, Catalina, “Investigación del delito en la Ciudad de México; Peritos y médicos legistas”, *Reforma Judicial, Revista Mexicana de Justicia*, Núm. 15-16, enero-diciembre, 2010, 81-99.

<sup>1692</sup> Véase el sub-inciso c, del inciso B, del número 1 de la sección VI, del Capítulo Quinto de este trabajo.

referencia, como las posibilidades reales de cambio y las estrategias de acción necesarias para su corrección (que no pueden limitarse, sobre todo en el caso del funcionamiento práctico del procedimiento penal mexicano en materia común,<sup>1693</sup> a la mera reforma legislativa como si fuera la panacea promotora de transformaciones; y mucho menos cuando las reformas están orientadas a la implementación de un sistema de procuración e impartición de justicia ajeno a la realidad nacional, tan fuertemente criticado desde el punto de vista epistémico).

Por ejemplo, y a la manera de una hipótesis plausible, el estado deplorable en que se encuentra la procuración e impartición de justicia penal en nuestro país puede explicarse en parte, como una instancia más de los servicios de pésima calidad (educación, salud, seguridad social, etc.) a los que el ejercicio sistemáticamente inapropiado del presupuesto público tiene acostumbrados a los mexicanos. Como lo explican análisis recientes,<sup>1694</sup> el gasto público está cooptado por un corporativismo político asfixiante, más interesado en la defensa del privilegio, que en la creación de un piso común de derechos humanos disfrutados por todos. Este corporativismo acostumbrado a la opacidad, a la falta de transparencia y a la no rendición de cuentas, aunado a las nulas o muy pocas actividades de monitoreo por parte de la sociedad civil, genera una sociedad cautiva, cuyos miembros (salvo los pertenecientes a élites cada vez más pequeñas) han sido desprovistos de cualquier oportunidad real para exigir un desempeño profesional y ético por parte de la burocracia y de las instituciones en su operar cotidiano.

Este es el telón generalizado, de instituciones débiles y poco eficientes, pero en materia de procuración e impartición de justicia la situación es aún más alarmante: Para justificar la guerra (lucha, cruzada, o cualquiera que sea el nombre que se le pretenda dar actualmente) contra “la delincuencia organizada”, el discurso oficial ha reconocido que las distintas corporaciones de policía (judiciales, municipales, de tránsito, etc.) son corruptas y poco confiables, tan es así, que han tenido que ser sustituidas por las fuerzas armadas (paradójicamente menos confiables por su poca capacitación en investigación de delitos y por su tendencia a la violación de derechos humanos ampliamente protegida por el empeñamiento en mantener vigente la figura arcaica del “fuero militar”). Este reconocimiento es preocupante, ya que es en estas corporaciones corruptas y poco confiables en las que, en la práctica, recae el peso de “investigar” delitos; es en los frutos de su trabajo deficiente en los que supuestamente se sustenta gran parte de las consignaciones de los ministerios públicos, quienes por su parte, operan en un entorno de cargas excesivas de trabajo y con la tendencia a desplegar lo menos posible alguna investigación genuina (*justicia de escritorio*). Como corolario, los jueces (por diversas presiones como los criterios con los que son evaluados por las instancias superiores, los cuales se traducen en cifras altas de condenas) sistemáticamente admiten consignaciones con bases probatorias endebles y participan del blindaje del caso de los ministerios públicos (mediante diversas estratagemas de “*razonamiento jurídico*”,

---

<sup>1693</sup> Véanse los números 8-9 de la sección I del Capítulo Sexto de este trabajo.

<sup>1694</sup> Véase, Elizondo, Carlos, *Por eso estamos como estamos; la economía política de un crecimiento mediocre*, México, Debate, 2011, 347 pp.: Véase también el “Informe sobre desarrollo humano México 2011”, *Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo* (PNUD), disponible en línea en: [http://www.undp.org.mx/IMG/pdf/Informe\\_sobre\\_Desarrollo\\_Humano\\_en\\_Mexico\\_2011-2.pdf](http://www.undp.org.mx/IMG/pdf/Informe_sobre_Desarrollo_Humano_en_Mexico_2011-2.pdf)

las cuales pierden de vista el aspecto toral de la cuestión: la determinación del grado de confiabilidad que las distintas evidencias ameritan).<sup>1695</sup>

Es precisamente este contexto a cuya transformación hemos pretendido contribuir desde la trinchera académica, con la propuesta de una *Epistemología Jurídica Cognitiva*; y es con la esperanza de que la sociedad mexicana se vuelva cada vez más escrutadora de sus instituciones, que damos por concluido este trabajo.

---

<sup>1695</sup> Además de la investigación de corte empírico con base en la cual se generó anteriormente un modelo integral del funcionamiento en la práctica del sistema de procuración e impartición de justicia penal en México (Véanse los números 8-9 de la sección I de este Capítulo Sexto), recientemente salió a la luz un multi-premiado documental cinematográfico sin precedentes en nuestra historia que abre la “caja de pandora” de la operación real de dicho sistema. Este trabajo plasma la historia de “Toño”, quien es culpado y sentenciado (dos veces) por el delito de homicidio doloso. El documental exhibe las prácticas irregulares de la policía judicial en términos de influenciar perniciosamente en la supuesta identificación de “sospechosos”, y así mismo muestra la persistencia sistemática de los jueces a condenar pese a las endebles bases probatorias que normalmente acompañan a las consignaciones de los ministerios públicos. En el caso particular, el juez respectivo mantiene su decisión de condenar pese a la evidencia del actuar irregular de la policía, pese a que las pruebas para detectar residuos de pólvora practicadas en el sospechoso resultaron negativas, pese a la existencia de testigos de descargo que sostienen que el sospechoso se encontraba con ellos el día de los hechos, pese a que el único testigo “ocular” –un menor de edad que no fue asesorado por abogado alguno- reconociera que no fue sino hasta haber sostenido reuniones con los judiciales que pudo “reconocer” a Toño, pese a que en el segundo juicio (videograbado) dicho testigo ocular no pudiera ofrecer los detalles mínimos de la “media-filiación” del sospechoso, etc. Véase “Presunto Culpable”, dirección y producción de Roberto Hernández, disponible en línea en: <http://www.presuntoculpable.org/>.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

### 1. De Consulta General

Aguilera García, Edgar, *Inteligencia Artificial Aplicada al Derecho*, México, UNAM-IIIJ, 2007.

\_\_\_\_\_, “La teoría del derecho de Ronald Dworkin”, *Revista EL SIETE*, Febrero, 2008, pp. 23-27.

\_\_\_\_\_, “El concepto de Estándar de Prueba” en *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, 2008.

\_\_\_\_\_, “Crítica a la convicción íntima como estándar de prueba en materia penal”, *Reforma Judicial: Revista Mexicana de Justicia*, del IIJ-UNAM, núm. 12, Julio-Diciembre, 2008.

\_\_\_\_\_, “On soft epistemic propositions of law,” *Mexican Law Review*, Nueva Serie, Vol. I, Núm. 1, Julio-diciembre, 2008, 93-106.

Alchourrón, Méndez, Orayen, “Lógica”, *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, Trotta, 2005.

Andrés Ibáñez, Perfecto, *Los hechos en la sentencia penal*, México, Fontamara, 2005.

Atienza, Manuel, *Las razones del derecho; Teoría de la argumentación jurídica*, México, UNAM, 2003.

Balkin, Jack, *Cultural Software; A Theory of Ideology*, Yale University Press, 2003.

Bateson, G., “Steps to an Ecology of Mind”, *Collected Essays in Anthropology, Psychiatry, Evolution, and Epistemology*. University Of Chicago Press, 1972.

Bateson, G., *Mind and Nature: A Necessary Unity (Advances in Systems Theory, Complexity, and the Human Sciences)*. Hampton Press, 1979.

Bix, Brian, *Filosofía Del Derecho; Ubicación de los problemas en su contexto*, Vega, Juan, Flores, Imer, Totonicaguena, Rodrigo (Trad.), UNAM-IIIJ, 2011.

- Bloor, David, *Conocimiento e imaginario social*, España, Gedisa, 2003.
- Bobbio, Norberto, *El problema del Positivismo Jurídico*, trad. de E. Garzón Valdez, Buenos Aires, 1965.
- Cárdenas, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, IJ-UNAM, 2005.
- Carrió, Genaro, *Dworkin y el Positivismo Jurídico*, México, UNAM-IJ, 1981.
- Clark, Andy, *Supersizing the mind; embodiment, action, and cognitive extension*, Oxford University Press, 2008.
- Cohen, Jonathan, *An Essay on Belief and Acceptance*, Clarendon Press, 1992.
- Cornman, J., Pappas, G., Lehrer, K., *Introducción a los problemas y argumentos filosóficos*, México, UNAM, 2006.
- Couture, Eduardo, “Las garantías constitucionales del proceso civil”, en *Estudios de derecho procesal en honor de Hugo Alsina*, Buenos Aires, 1946, pp. 153-213.
- Craik, K.J.W. *The Nature of Explanation*. Cambridge UK: Cambridge University Press, 1943.
- D’ Agostini, Franca, *Analíticos y continentales; Guía de la filosofía de los últimos treinta años*, Cátedra, 2ª ed., 2009.
- De Vega, Manuel, *Introducción a la Psicología Cognitiva*, Madrid, España, Alianza, 1985.
- Dickson, Julie, *Evaluación en la Teoría del derecho*, UNAM-IJ, 2006.
- Doidge, Norma, *The brain that changes itself; Stories of personal triumph from the frontiers of brain science*, Penguin, 2007.
- Endicott, Timothy, *Palabras y Reglas; Ensayos en Filosofía del Derecho*, México, Fontamara, 2004.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*, TROTTA, 9ª Ed., 2009.
- Fix-Zamudio, Héctor, *Constitución y Proceso Civil en Latinoamérica*, México, UNAM, 1974.

Frith, Chris, *Making up the mind; how the brain creates our mental world*, Blackwell, 2007.

Guastini, Ricardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, UNAM-IIJ, 1999.

\_\_\_\_\_, *Distinguiendo; Estudios de teoría y metateoría del derecho*, España, Gedisa, 1999.

Haack, Susan, *Evidence and inquiry. Towards reconstruction in Epistemology*, Blackwell, 1ª ed. 1993, 8va. reimpresión 2001, 259 pp.

Hacking, Ian, *El surgimiento de la probabilidad; Un estudio filosófico de las ideas tempranas acerca de la probabilidad, la inducción y la inferencia*, España, Gedisa, 2005.

Hart, H.L.A.; *The Concept of Law*, Clarendon Press, 1981.

Hassin, Ran, Uleman, James, Bargh, John, (Eds.), *The new unconscious (Social cognition and social neuroscience)*, Oxford University Press, 2006.

Hastie, Reid, Pennington, Nancy, "Implications of the Story Model for the Trial Judge's Behavior", in M. T. MacCrimmon and M. Ouellette: *Filtering and Analyzing Evidence in an Age of Diversity*. Montréal: Éditions Thémis, 1994.

Hurtado, Guillermo, Nudler, Oscar, (Comps.), *El mobiliario del mundo; Ensayos de ontología y metafísica*, México, UNAM, 2007.

Johnson-Laird, P.N. *Mental Models - Towards a Cognitive Science of Language, Inference and Consciousness*. Cambridge MA: Harvard University Press, 1983.

Kelsen, Hans, Vermengo, Roberto (Trad.), *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 2ª Ed., 1982.

Kitcher, Philip, *El avance de la ciencia*, IIF-UNAM, 2001.

Kuhn, Thomas, *The Structure of Scientific Revolutions*, University of Chicago Press, 1996.

Leiter, Brian, *Naturalizing Jurisprudence; Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford University Press, 2007.

\_\_\_\_\_, “The demarcation problem in Jurisprudence; A new case for skepticism”, presentado en la 1<sup>ra</sup> *Conference of Philosophy and Law: Neutrality and Theory of Law*, Girona, 2010; y disponible en línea en: [http://www.trife.org.mx/ccje/Archivos/brian\\_leiter.pdf](http://www.trife.org.mx/ccje/Archivos/brian_leiter.pdf)

\_\_\_\_\_, “Objectivity in Law”, en Shapiro, Scott, et. al. (Eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, 2004.

Lewicki, Pawel, et, al., “Nonconscious Acquisition of Information”, *American Psychologist*, 47, 796-801, disponible en línea en: <http://www.personal.utulsa.edu/~pawel-lewicki/lewicki01.html>

Lucy, William, “Adjudication”, Coleman, Jules, Shapiro, Scott (Eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, 2004.

Martínez, Sergio, *Geografía de las prácticas científicas: Racionalidad, heurística y normatividad*, 1a. ed., IIFs-UNAM, México, 2003, 206 pp.

\_\_\_\_\_, “La cognición corporizada en prácticas: Implicaciones para la Filosofía de la Ciencia”, en Martínez, Huang, Guillaumin (Comps.), *Historia, prácticas y estilos en la Filosofía de la Ciencia; Hacia una Epistemología plural*, UAM, 2008, en prensa.

\_\_\_\_\_, “La geografía de la razón científica; dependencia epistémica y estructura social de la cognición”, en Martínez y Guillaumin (Comp.), *Historia, Filosofía y Enseñanza de la Ciencia*, México, UNAM-IIF, 2005.

\_\_\_\_\_, “Un lugar para las prácticas en una Filosofía de la Ciencia Naturalizada”, en Esteban y Martínez (Comp.), *Normas y Prácticas en la Ciencia*, UNAM-IIF, 2008, pp. 151-167.

\_\_\_\_\_, “Science as evolution of technologies of cognition”, Instituto Max Planck, en prensa.

MATURANA, Humberto, *Biología de la Cognición y Epistemología*. Ed. Universidad de la Frontera. Temuco, Chile. 1990.



\_\_\_\_\_, *La realidad: ¿objetiva o construida? I: Fundamentos biológicos de la realidad*. Barcelona: Editorial Anthropos, 1996<sup>a</sup>.

\_\_\_\_\_, *La realidad: ¿objetiva o construida? II: Fundamentos biológicos del conocimiento*. Barcelona: Editorial Anthropos, 1996b.

\_\_\_\_\_, “Autopoiesis”, in: *Autopoiesis: A theory of the living organization*. M. Zeleny. (ed.) Westview press, Boulder. 1981.

\_\_\_\_\_, y VARELA, Francisco, *Autopoiesis and Cognition: The Realization of the Living (Boston Studies in the Philosophy of Science)*, 1991.

Mayo, Deborah, *Error and the Growth of Experimental Knowledge*, University of Chicago Press, 1996.

Morales, Francisco, et. al. *Psicología Social*, Madrid, España, McGrawHill, 1998.

Moreno, Rafael, *Los indicios biológicos del delito*, México, INACIPE, 2007.

Natt Gantt, Larry, “Deconstructing thinking like a lawyer: Analyzing the Cognitive Components of the Analytical Mind”, *Campbell Law Review* Vol. 29:413, 2007.

Nino, Carlos, *Los límites de la responsabilidad penal; una teoría liberal del delito*, Astrea-IIJ-UNAM, 1<sup>a</sup> reimpresión, 2006.

Nollkaemper, André, Van der Witt, Herman (eds.), *System Criminality in International Law*, Cambridge University Press, 2009, 364 pp.

Olivé, León, (Comp.), *La explicación social del conocimiento*, UNAM, 2<sup>a</sup> ed., 1994.

Pazos, María Inés, “La semántica de la derrotabilidad”, disponible en línea en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1650/31.pdf>

Pintore, Ana, *Law without truth*, Giapichelli, 1996.

Rissinger, Michael, "Innocents Convicted: An Empirically Justified Factual Wrongful Conviction Rate", en *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 97, no. 3, 2007.

Roberts, Paul, Redmayne, Mike, *Innovations in evidence and proof; Integrating theory, research, and teaching*, Hart Publishing, 2007.

Rubio, Francisco, *La experiencia mística y la neurobiología*, Drakontos, 2009.

Solé, Ricard, *Redes complejas; Del genoma a internet*, Tusquets, 2009, 240 pp.

Vadantam, Shankar, *The hidden brain; How our unconscious minds elect presidents, control markets, wage wars, and save our lives*, Spiegel and Grau, 2010.

Varela, Francisco, *Conocer. Las ciencias cognitivas: tendencias y perspectivas. Cartografía de las ideas actuales*, Barcelona, Gedisa, 1990, 120 pp.

Velasco, Ambrosio, "Pluralismo de Tradiciones, Racionalidad y Hermenéutica", en *Progreso, Pluralismo y Racionalidad en la Ciencia*, UNAM, 1999.

Vygotsky, L. S., *Mind in society*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1978.

Vygotsky, L. S., *Pensamiento y Lenguaje*, Madrid: Paidós, 1978.

Willson, Timothy, *Strangers to Ourselves; discovering the adaptive unconscious*, EUA, Belknap Press of Harvard University Press, 2002.

Zimbardo, Philip, *The Lucifer Effect; Understanding How Good People Turn Evil*, Random House Trade, 2008.

## **2. *Stanford Encyclopedia of Philosophy***

Young, James O., "The Coherence Theory of Truth", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2008 Edition)*, Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/truth-coherence/>>.

David, Marian, "The Correspondence Theory of Truth", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2009 Edition)*, Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2009/entries/truth-correspondence/>>.

Halbach, Volker, "Axiomatic Theories of Truth", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2009 Edition)*, Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/win2009/entries/truth-axiomatic/>>.

Stoljar, Daniel and Damnjanovic, Nic, "The Deflationary Theory of Truth", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2010 Edition)*, Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/win2010/entries/truth-deflationary/>>.

Candlish, Stewart and Damnjanovic, Nic, "The Identity Theory of Truth", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2011 Edition)*, Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2011/entries/truth-identity/>>.

Fumerton, Richard, "Foundationalist Theories of Epistemic Justification", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2010 Edition)*, Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/sum2010/entries/justep-foundational/>>.

Pappas, George, "Internalist vs. Externalist Conceptions of Epistemic Justification", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2008 Edition)*, Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/justep-intext/>>.

Kvanvig, Jonathan, "Coherentist Theories of Epistemic Justification", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2011 Edition)*, Edward N. Zalta (ed.), forthcoming URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/sum2011/entries/justep-coherence/>>.

Steup, Matthias, "The Analysis of Knowledge", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2008 Edition)*, Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/knowledge-analysis/>>.

Steup, Matthias, "Epistemology", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2010 Edition)*, Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2010/entries/epistemology/>>.

Kelly, Thomas, "Evidence", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2008 Edition)*, Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/evidence/>>.

Longino, Helen, "The Social Dimensions of Scientific Knowledge", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2011 Edition)*, Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2011/entries/scientific-knowledge-social/>>.

Sinnott-Armstrong, Walter, "Consequentialism", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2008 Edition)*, Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/consequentialism/>>.

Hooker, Brad, "Rule Consequentialism", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2011 Edition)*, Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2011/entries/consequentialism-rule/>>.

Alexander, Larry and Moore, Michael, "Deontological Ethics", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2008 Edition)*, Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/ethics-deontological/>>.

Wallace, R. Jay, "Practical Reason", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2009 Edition)*, Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/sum2009/entries/practical-reason/>>.

Ridge, Michael, "Reasons for Action: Agent-Neutral vs. Agent-Relative", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2008 Edition)*, Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/reasons-agent/>>.

Driver, Julia, "The History of Utilitarianism", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2009 Edition)*, Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/sum2009/entries/utilitarianism-history/>>.

Marmor, Andrei, "The Nature of Law", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2011 Edition)*, Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2011/entries/lawphil-nature/>>.

Green, Leslie, "Legal Positivism", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2009 Edition)*, Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2009/entries/legal-positivism/>>.

Finnis, John, "Natural Law Theories", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2008 Edition)*, Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/natural-law-theories/>>.

Dickson, Julie, "Interpretation and Coherence in Legal Reasoning", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2010 Edition)*, Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2010/entries/legal-reas-interpret/>>.

Leiter, Brian, "Naturalism in Legal Philosophy", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2008 Edition)*, Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/lawphil-naturalism/>>.

Stavropoulos, Nicos, "Interpretivist Theories of Law", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2008 Edition)*, Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/law-interpretivist/>>.

Endiott, Timothy, "Law and Language", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2010 Edition)*, Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2010/entries/law-language/>>.

Green, Leslie, "Legal Obligation and Authority", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2010 Edition)*, Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2010/entries/legal-obligation/>>.

Duff, Antony, "Theories of Criminal Law", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2008 Edition)*, Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/criminal-law/>>.

Sypnowich, Christine, "Law and Ideology", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2010 Edition)*, Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2010/entries/law-ideology/>>.

### ***3. Sobre el procedimiento penal mexicano y la participación del ejército en labores de Seguridad Pública***

Carbonell, Miguel, "Corrupción Judicial e Impunidad: El Caso de México", en Méndez Silva, Ricardo, *Lo que todos sabemos sobre la corrupción y algo más*, México, UNAM-IIJ, 1ª ed. 2010.

Devalpo, Alaine, *Fábrica de culpables y otros casos de la injusticia mexicana*, México, Grijalbo, 2010, 300 pp.

Fondevila, Gustavo, Mejía, Alberto, “Reforma procesal penal; Sistema acusatorio y delincuencia organizada”, *Reforma Judicial, Revista Mexicana de Justicia*, Núm. 15-16, enero-diciembre, 2010, 19-50.

Guillén López, Raúl, “La justicia penal en Sonora”, *Reforma Judicial, Revista Mexicana de Justicia*, Núm. 14, julio-diciembre, 2009, 131-144.

Ortega Sánchez, José Antonio, *México; ¿Rumbo al estado fallido?*, México, Planeta, 2010, 199 pp.

Pásara, Luis, *Cómo sentencias los jueces del Distrito Federal en materia penal*, México, IIJ-UNAM, 2006.

Pérez Correa, Catalina, “Front-Desk Justice; Inside and Outside Criminal Procedure in Mexico”, *Mexican Law Review*, New Series, Volume 1, Number 1, 2008.

\_\_\_\_\_, “Investigación del delito en la Ciudad de México; Peritos y médicos legistas”, *Reforma Judicial, Revista Mexicana de Justicia*, Núm. 15-16, enero-diciembre, 2010, 81-99.

Reveles, José, *El cártel incómodo; El fin de los Beltrán Leyva y la hegemonía del capo Guzmán*, Grijalbo, 2010.

Rodríguez Castañeda, Rafael, *Los generales; La militarización del país en el sexenio de Felipe Calderón*, México, Planeta, 2010.

Ronquillo, Victor, *Saldos de guerra; Las víctimas civiles en la lucha contra el narco*, México, Planeta, 2011.

Shirk, David, “Criminal justice reform in Mexico; An overview”, *Mexican Law Review*, Nueva Serie, Vol. III, Núm. 2, enero-junio, 2011, 189-228.

Special Report “Presumed Guilty? Criminal Justice and Human Rights in Mexico” *Report of the Joseph R. Crowley Program in International Human Rights/Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez, Joint 2000 Mission in Mexico*, Fordham International Law Journal, Vol 24, 801.

Turatti, Marcela, *Fuego cruzado; Las víctimas colaterales de una guerra*, México, Grijalbo-Mondadori, 2011, 264 pp.

Velediaz, Juan, *El general sin memoria*, México, Debate, 2010.

Vera, Rodrigo, “La carcelización”, *Semanario PROCESO*, No. 1701, junio de 2009.

Zepeda Lecuona, Guillermo, *Crimen sin castigo; Procuración de justicia penal y ministerio público en México*, México, FCE, 2005.

#### **4. Por Programa-Proyecto de Investigación**

##### **A. El proyecto de Epistemología Jurídica de Larry Laudan (EJ)**

Laudan, Larry, *Truth, Error, and the Criminal Law; An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge, 2006;

Los siguientes papers están disponibles en:

[http://papers.ssrn.com/sol3/cf\\_dev/AbsByAuth.cfm?per\\_id=603402](http://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=603402)

\_\_\_\_\_, “The Social Contract and the Rules of Trial: Re-Thinking Procedural Rules”.

\_\_\_\_\_, “Deadly Dilemmas”, *U of Texas Law, Public Law Research Paper No. 141*, Working Paper Series.

\_\_\_\_\_, “Is Reasonable Doubt Reasonable?”, *U of Texas Law, Public Law Research Paper No. 144*, Working Paper Series.

\_\_\_\_\_, “The Elementary Epistemic Arithmetic of Criminal Justice”, Working Paper Series.

\_\_\_\_\_, “The Devastating Impact of Prior Crimes Evidence – And Other Myths of the Criminal Justice Process”, *U of Texas Law, Public Law Research Paper No. 183, Northwestern Public Law Research Paper No. 10-74*, Working Paper Series.

\_\_\_\_\_, “Strange Bedfellows: Inference to the Best Explanation and the Criminal Standard of Proof”, *U of Texas Law, Public Law Research Paper No. 143*, Working Paper Series.

\_\_\_\_\_, “Legal Epistemology: The Anomaly of Affirmative Defenses”, Working Paper Series; “The Presumption of Innocence: Material or Probatory?”, Working Paper Series.

\_\_\_\_\_, “Deadly Dilemmas II: Bail and Crime”, *Northwestern Public Law Research Paper No. 08-44*, Working Paper Series.

\_\_\_\_\_, “Deadly Dilemmas III: Some Kind Words for Preventive Detention”, *Northwestern Public Law Research, Paper No. 11-24, U of Texas Law, Public Law Research Paper No. 187*, Working Paper Series.

\_\_\_\_\_, “Need Verdicts Come in Pairs?”, Working Paper Series.

\_\_\_\_\_, “Re-Thinking the Criminal Standard of Proof: Seeking Consensus About the Utilities of Trial Outcomes”, Working Paper Series.

\_\_\_\_\_, “Taking the Ratio of Differences Seriously: The Multiple Offender and the Standard of Proof”, or, Different Strokes for Serial Folks, Working Paper Series.

### **B. La Teoría de la Valoración Racional de la Prueba en sede Judicial (TVRPSJ)**

Ferrer, Jordi, *Prueba y Verdad en el Derecho*, 2ª ed., España, Marcial Pons, 2005, 111 pp.,

\_\_\_\_\_, *La Valoración Racional de la Prueba*, España, Marcial Pons, 2008.

Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, 2ª. ed., trad. de Jordi Ferrer Beltrán, Italia, TROTTA, 2005, P. 542.

\_\_\_\_\_, *La motivación de la sentencia civil*, trad. de Lorenzo Córdova Vianello, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, p. 430.

\_\_\_\_\_, *La Prueba*, España, Marcial Pons, 2008.

Gascón Abellán, Marina, *Los Hechos en el Derecho*, 3ª ed. España, Marcial Pons, 2010.

Amaya, Amalia, *The tapestry of Reason; An Inquiry into the Nature of Coherence and its Role in Legal Argument*, Hart Publishing, en prensa.



Twining, William, *Rethinking Evidence; Explanatory Essays*, Cambridge University Press, 2006, 532 pp.

\_\_\_\_\_, Anderson, Terence, *Analysis of Evidence*, Cambridge University Press, 2005, 436 pp.

### ***C. Los Modelos Dialéctico-Procedurales de la Artificial Intelligence and Law***

Walton, Douglas, “Enthymemes, Common Knowledge, and Plausible Inference”, *Philosophy and Rhetoric*, Vol. 34, 2001. pp. 93-11.

\_\_\_\_\_, “Applications of Argument Schemes”, Douglas Walton and Chris Reed, *Proceedings of the 4th Conference of the Ontario Society for the Study of Argumentation (OSSA2001)*, ed. H. V. Hansen, C. W. Tindale, J. A. Blair, and R. H. Johnson, 2001, Windsor, Canada, CD ROM.

\_\_\_\_\_, “Argumentation Schemes and Defeasible Inferences”, Douglas Walton and Chris Reed, *Workshop on Computational Models of Natural Argument*, ed. Giuseppe Carenini, Floriana Grasso and Chris Reed, ECAI 2002, *15th European Conference on AI*, 2002.

\_\_\_\_\_, “Diagramming, Argumentation Schemes and Critical Questions” Chris Reed and Douglas Walton, *Anyone Who Has a View: Theoretical Contributions to the Study of Argumentation*, ed. Frans H. van Eemeren, J. Anthony Blair, Charles A. Willard and A. Francisca Snoek Henkemans, Dordrecht, Kluwer, 2003. pp. 195-21.

\_\_\_\_\_, “Argumentation Schemes in Argument-as-Process and Argument-as-Product” Chris Reed and Douglas Walton, *Proceedings of the Conference Celebrating Informal Logic @25*, Windsor, Ontario, 2003.

\_\_\_\_\_, “Is there a Burden of Questioning?”, *Artificial Intelligence and Law*, Vol. 11, 2003. pp. 1-43.

\_\_\_\_\_, “The Nature and Status of Critical Questions in Argumentation Schemes”, Douglas Walton and David M. Godden, *The Uses of Argument: Proceedings of a Conference at McMaster University*, 18-21 May 2005, ed. David Hitchcock, Hamilton, ON, OSSA, 2005 pp. 476-484.

\_\_\_\_\_, “Justification of Argumentation Schemes” *The Australasian Journal of Logic*, 3, 2005, 13 pages.

\_\_\_\_\_, “Critical Questions in Computational Models of Legal Argument”, Douglas Walton and Thomas F. Gordon, IAAIL Workshop Series, *International Workshop on Argumentation in Artificial Intelligence and Law*, ed. Paul E. Dunne and Trevor Bench-Capon, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2005, 103-111.

\_\_\_\_\_, “Common Knowledge in Legal Reasoning about Evidence”, Douglas Walton and Fabrizio Macagno, *International Commentary on Evidence*, 3, 2005, 1-42.

\_\_\_\_\_, “The Impact of Argumentation on Artificial Intelligence”, Douglas Walton and David M. Godden, in *Considering Pragma-Dialectics*, ed. Peter Houtlosser and Agnes van Rees, Mahwah, New Jersey, Erlbaum, 2006, 287-299.

\_\_\_\_\_, “Araucaria as a Tool for Diagramming Arguments in Teaching and Studying Philosophy”, Glenn Rowe, Fabrizio Macagno, Chris Reed and Douglas Walton, *Teaching Philosophy*, 29, 2006, 111-124.

\_\_\_\_\_, “Evaluating Corroborative Evidence”, Douglas Walton and Chris Reed, *Proceedings of the Conference of the International Society for the Study of Argumentation (ISSA)*, Amsterdam, SicSat, 2006, 881-885.

\_\_\_\_\_, “Argument from Expert Opinion as Legal Evidence: Critical Questions and Admissibility Criteria of Expert Testimony in the American Legal System”, David M. Godden and Douglas Walton, *Ratio Juris*, 19, 2006, 261-286.

\_\_\_\_\_, “Argument Diagramming in Logic, Law and Artificial Intelligence”; Chris Reed, Douglas Walton and Fabrizio Macagno, *Knowledge Engineering Review*, 22, 2007, 87-109.

\_\_\_\_\_, “Visualization Tools, Argumentation Schemes and Expert Opinion Evidence in Law”, *Law, Probability and Risk*, 6, 2007, 119-140.

\_\_\_\_\_, “Informal Logic and the Dialectical Approach to Argument”, Douglas Walton and David M. Godden, *Reason Reclaimed*, ed. H. V. Hansen and R. C. Pinto, Newport News, Virginia, Vale Press, 2007, 3-17.

\_\_\_\_\_, “A Dialogical Theory of Presumption”, *Artificial Intelligence and Law*, 16, 2008, 209-243.

\_\_\_\_\_, “Legal Reasoning with Argumentation Schemes”, Thomas F. Gordon and Douglas Walton, *12th International Conference on Artificial Intelligence and Law*, ed. Carole D. Hafner, New York, Association for Computing Machinery, 2009, 137-146.

Prakken, Henry, With G. Sartor, “A dialectical model of assessing conflicting arguments in legal reasoning.” *Artificial Intelligence and Law* 4 (1996) 331-368.

\_\_\_\_\_, “Modelling defeasibility in law: logic or procedure?” *Fundamenta Informaticae* 48, 253-271 (2001).

\_\_\_\_\_, “Relating Protocols for Dynamic Dispute with Logics for Defeasible Argumentation.” *Synthese* 127, 187-219 (2001). *special issue* on *New Perspectives in Dialogical Logic*, eds. S. Rahman & H. Rückert; With G. Sartor.

\_\_\_\_\_, “The role of logic in computational models of legal argument: a critical survey.” In A. Kakas and F. Sadri (eds.), *Computational Logic: Logic Programming and Beyond. Essays In Honour of Robert A. Kowalski, Part II*. Springer Lecture Notes in Computer Science 2048, Berlin 2002, 342-380.

\_\_\_\_\_, F.J. Bex, H. Prakken, C. Reed & D.N. Walton, “Towards a formal account of reasoning about evidence: argumentation schemes and generalisations.” *Artificial Intelligence and Law* 11 (2003), 125-165.

\_\_\_\_\_, With G. Sartor, “The three faces of defeasibility in the law.” *Ratio Juris* 17:1 (2004), 118-139; “Analysing reasoning about evidence with formal models of argumentation.” *Law, Probability & Risk* 3:1 (2004), 33-50.

\_\_\_\_\_, T.J.M. Bench-Capon, J.B. Freeman, H. Hohmann and H. Prakken, "Computational models, argumentation theories and legal practice." In C. Reed and T.J. Norman (eds.): *Argumentation Machines. New Frontiers in Argument and Computation*. Kluwer Argumentation Library, Kluwer Academic Publishers, Boston/Dordrecht/London 2004, 85-120.

\_\_\_\_\_, "AI & Law, logic and argument schemes." *Argumentation* 19 (2005): 303-320. (special issue on *The Toulmin model today*).

\_\_\_\_\_, "Formal systems for persuasion dialogue." *The Knowledge Engineering Review* 21 (2006): 163-188.

\_\_\_\_\_, T.J.M. Bench-Capon & H. Prakken, "Argumentation." In A.R. Lodder & A. Oskamp (eds.): *Information Technology & Lawyers: Advanced technology in the legal domain, from challenges to daily routine*. Berlin: Springer Verlag, 2006, 61-80.

\_\_\_\_\_, G. Sartor, "Presumptions and burdens of proof," In T.M. van Engers (ed.), *Legal Knowledge and Information Systems. JURIX 2006: The Nineteenth Annual Conference*. Amsterdam etc, IOS Press (2006), 21-30).

H. Prakken & G. Sartor, "Formalising arguments about the burden of persuasion." *Proceedings of the 11th International Conference on Artificial Intelligence and Law*, Stanford, 2007. New York: ACM Press 2007, 97-106.

H. Prakken, "Formalising ordinary legal disputes: a case study." *Artificial Intelligence and Law* 16 (2008): 333-359

H. Prakken, "A Formal Model of Adjudication Dialogues." *Artificial Intelligence and Law* 16 (2008): 305-328.

H. Prakken & G. Sartor, "More on presumptions and burdens of proof." In E. Francesconi, G. Sartor & D. Tiscornia (eds.), *Legal Knowledge and Information Systems. JURIX 2008: The Twenty-First Annual Conference*. Amsterdam etc, IOS Press (2008), 176-185).

H. Prakken & G. Sartor, "A logical analysis of burdens of proof." In H. Kaptein, H. Prakken & B. Verheij (eds.) *Legal Evidence and Proof: Statistics, Stories, Logic*, pp. 223-253. Farnham: Ashgate Publishing, Applied Legal Philosophy Series, 2009.

H. Prakken, "On the nature of argument schemes." In C.A. Reed & C. Tindale (eds.) *Dialectics, Dialogue and Argumentation. An Examination of Douglas Walton's Theories of Reasoning and Argument*, pp. 167-185. London: College Publications, 2010.

\_\_\_\_\_, "AI & Law on legal argument: research trends and application prospects." Editorial for *ScriptEd, A Journal of Law, Technology & Society*, 5:3(2008), 449-454.

#### **D. El Constructivismo Jurídico Cognitivo de Enrique Cáceres**

Cáceres, Enrique, "Pasos hacia una teoría jurídica comunicativa", *Crítica Jurídica*, México, núm. 16, 1995, pp. 27-51.

\_\_\_\_\_, *Estudio para la elaboración de un manual para la calificación de hechos violatorios de los derechos humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2005, pp. 573.

\_\_\_\_\_, "Institucionalismo Jurídico y Constructivismo Social", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Núm. 100, 2001.

\_\_\_\_\_, *¿Qué es el derecho? Iniciación a una concepción lingüística*, 2ª. ed., México, Cámara de Diputados LVIII Legislatura, UNAM, 2001, p. 71.

\_\_\_\_\_, *Lenguaje y derecho*, 2ª. ed., México, Cámara de Diputados LVIII Legislatura, UNAM, 2001, p. 79.

\_\_\_\_\_, "Las teorías jurídicas como realidades hermenéuticas", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Núm. 103, 2002.

\_\_\_\_\_, "Psicología y constructivismo jurídico; Apuntes para una transición paradigmática interdisciplinaria", en De Alba Medrano, Marcia (coord.), *Violencia Social*, México, UNAM, 2002, pp. 7-37.

\_\_\_\_\_, “Ius-neocognitrón (Consideraciones constructivistas sobre la aplicación de las redes neuronales en la reingeniería de las instituciones jurídicas)”, en Becerra Ramírez, Manuel y Ovilla Bueno, Rocío (coord.), *El desarrollo tecnológico y la propiedad intelectual*, México, UNAM, 2004, pp. 183-207.

\_\_\_\_\_, “Constructivismo Jurídico, Verdad y Prueba”, en Cáceres Nieto, Enrique, Flores, Imer, Saldaña, Javier y Villanueva, Enrique (Coords.), *Problemas contemporáneos de la Filosofía del Derecho*, México, UNAM-IJ, 2005.

\_\_\_\_\_, “Sobre la Utilidad del Estudio de la Jurisprudencia” *Revista Jurídica Estudiantil del Departamento de Derecho de la Universidad de Sonora*, “El Siete”, año 2, número 12, 2008.

\_\_\_\_\_, “Constructivismo Jurídico e Inteligencia Artificial en el Proyecto CONACYT-IJ-CCADET-TSJT”, *Revista Jurídica Estudiantil del Departamento de Derecho de la Universidad de Sonora*, “El Siete”, año 2, número 8, 2006.

\_\_\_\_\_, “Inteligencia Artificial, Derecho y E-Justice (El proyecto IJ-CONACYT)”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Núm. 116, 2006.

\_\_\_\_\_, “A constructivist model for the judicial determination of facts”, en las memorias de la *11ª Conferencia Internacional sobre Inteligencia Artificial Aplicada al Derecho (ICAAIL)*, California, Estados Unidos, 2007

\_\_\_\_\_, *Hacia un modelo de institución nacional para la protección y promoción de los derechos humanos del siglo XXI*, México, Comisión Nacional de Los Derechos Humanos, 2007, p. 174.

\_\_\_\_\_, *Justiniano; Un prototipo de sistema experto en materia de derechos humanos, elaborado con base en una concepción constructivista del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 88.

\_\_\_\_\_, *Constructivismo jurídico y metateoría del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 287.

Cáceres, Enrique y Rodríguez Ortega, Graciela (Coords.), *Bases psicológicas del comportamiento jurídico en México*, México, UNAM-IIJ, 2008, 182 pp.

\_\_\_\_\_, “Constructivismo Jurídico Fáctico y Elicitación del Conocimiento en el proyecto CONACYT-IIJ-CCADET-TSJT”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldivar, Arturo (Coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM-IIJ, 2008.

\_\_\_\_\_, “EXPERTIUS, A Mexican Judicial Decision-Support System in the Field of Family Law”, publicado en las memorias de la 21ª Conferencia Internacional de la Fundación Internacional de Sistemas Jurídicos Basados en el Conocimiento (JURIX), 2008.

\_\_\_\_\_, “Cognition, Epistemology, and Reasoning about Evidence within the Legal Domain”, trad. de Edgar R. Aguilera, en *PROBLEMA, Anuario de Teoría y Filosofía del Derecho del IIJ-UNAM*, Núm. 2, 2008.

\_\_\_\_\_, “Pasos hacia una teoría constructivista y conexionista del razonamiento judicial en la tradición del derecho romano-germánico”, en *PROBLEMA, Anuario de Teoría y Filosofía del Derecho del IIJ-UNAM*, Núm. 3, 2009.

\_\_\_\_\_, “Sociología jurídica y constructivismo; hacia una metodología para la determinación de la pensión alimenticia en el estado de Tabasco”, en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, Núm. 9, 2009.

\_\_\_\_\_, *Técnicas Ericksonianas para la Elicitación del Conocimiento Judicial en un Proyecto de Inteligencia Artificial Aplicada al Derecho, México*, IIJ-UNAM, en prensa.

\_\_\_\_\_, “La Filosofía del Derecho en México en el Siglo XXI; Situación y Perspectivas”, México, IIJ-UNAM, Bicentenario, obra colectiva, en prensa.