

DISCUSIONES XVIII

2 | 2016

Estándares
de prueba



Director

Hernán G. Bouvier (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)

Secretarías de redacción

Daniela Domeniconi (UNC), Samanta Funes (UNC)

Comité Editorial

Macario Alemany (Universidad de Alicante, España)

Federico José Arena (CONICET)

Andrés Bouzat (Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca)

Damiano Canale (Universidad Bocconi, Milán, Italia)

Laura Clérico (Universidad de Buenos Aires, CONICET)

Sebastián Elías (Universidad de San Andrés, Buenos Aires)

Rafael Escudero Alday (Universidad Carlos III, Madrid, España)

Horacio Etchichury (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)

Paula Gaido (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)

Paul Hathazy (CONICET)

Giulio Itzcovich (Universidad de Brescia, Italia)

Juan Iosa (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)

Matías Irigoyen Testa (Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca)

Guillermo Lariguét (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)

Laura Manrique (CONICET)

Giorgio Maniaci (Universidad de Palermo, Italia)

Diego Papayannis (Universidad de Girona, Cataluña, España)

José Peralta (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)

Francesca Poggi (Universidad de Milán, Italia)

Giovanni B. Ratti (Universidad de Génova, Italia)

Andrés Rosler (Universidad de Buenos Aires, CONICET)

Rodrigo Sánchez Brígido (Universidad Nacional de Córdoba)

Hugo Seleme (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)

Aldo Schiavello (Universidad de Palermo, Italia)

Tobías Schleider (Universidad Nacional de Mar del Plata)

Sebastián Torres (Universidad Nacional de Córdoba)

Giovanni Tuzet (Universidad Bocconi, Milán)

Sección *Discusiones: Cortes*

Responsables: Sebastián Elías, Paula Gaido, Rodrigo Sánchez Brígido

Sección *Discusiones: Libros*

Responsable: Pau Luque Sánchez

Sección *Discusiones: Balance*

Responsable: Diego Dei Vecchi

Diagramación interior y tapa: Fabián Luzi

DISCUSIONES XVIII
“Estándares de prueba”
Andrés Páez (Editor)

ÍNDICE

SECCIÓN I: DISCUSIÓN

Umbrales y prototipos: introducción al debate en torno a los estándares de prueba. <i>Thresholds and Prototypes. An Introduction to the Debate on the Standards of Proof</i>	7
ANDRÉS PÁEZ (<i>Universidad de los Andes – Colombia</i>)	
Los usos de los estándares de prueba: entre umbrales y prototipos. <i>The Uses of Standards of Proof: Between Prototypes and Thresholds ...</i>	23
RODRIGO COLOMA CORREA (<i>Universidad Alberto Hurtado</i>)	
A propósito de umbrales, prototipos y usos de estándares de prueba. <i>On thresholds, Prototypes and Uses of the Standard of Proof</i>	59
RAYMUNDO GAMA (<i>ITAM</i>)	
Los estándares de prueba y el <i>boom</i> editorial del discurso probatorio en castellano. <i>The Standards of Proof and the Editorial Boom of the Evidence Discourse in Spanish</i>	81
CLAUDIO AGÜERO SAN JUAN (<i>Universidad Alberto Hurtado</i>)	
Algo más sobre umbrales y prototipos. <i>More about Thresholds and Prototypes</i>	107
RODRIGO COLOMA CORREA (<i>Universidad Alberto Hurtado</i>)	

SECCIÓN II: **DISCUSIONES: CORTES**

Una versión racionalizada de la doctrina del margen de apreciación estatal. *A Rationalized Version of the Doctrine of the Margin of Appreciation of the State* 137
MARISA IGLESIAS VILA (*Universidad Pompeu Fabra*)

SECCIÓN III: **DISCUSIONES: LIBROS**

Lenguaje y derecho: cuando la filosofía del derecho no es suficiente. *Language and Law: When the Philosophy of Law is Not Enough* 177
ISMAEL MARTÍNEZ (*Universidad de Edimburgo*)

SECCIÓN IV: **BALANCE DE UNA DISCUSIÓN**

Relaciones jurídicas dinámicas entre necesitados e intolerantes. Balance de la discusión. *Dynamic Legal Relations Between Needy and Intolerants. Balance of the Discussion* 209
SEBASTIÁN FIGUEROA RUBIO (*Universidad Adolfo Ibáñez*)

Instrucciones para los autores 259

Sección I
Discusión

Umbrales y prototipos: introducción al debate en torno a los estándares de prueba

*Thresholds and Prototypes
An Introduction to the Debate on the Standards of Proof*

Andrés Páez*

Recepción y evaluación de propuesta: 1/10/2016

Aceptación: 1/12/2016

Recepción y aceptación final: 4/7/2017

Resumen: Existen diversas perspectivas acerca de cómo se deben entender los estándares de prueba en el derecho. En el trabajo central de este número, Rodrigo Coloma sugiere que estos pueden ser entendidos como umbrales o como prototipos. Además, Coloma hace una taxonomía de los diferentes usos de los estándares de prueba que trasciende su simple función como distribuidores de errores. En sus réplicas al artículo, Raymundo Gama y Claudio Agüero hacen valiosas precisiones y serias críticas a esta forma de entender los estándares de prueba. Algunas de estas críticas dan en el blanco mientras que otras van dirigidas más a los presupuestos teóricos que a las tesis mismas de Coloma. En este artículo ofrezco un contexto más amplio para evaluar sus desacuerdos. **Palabras clave:** estándares de prueba, umbrales, prototipos, probabilidad subjetiva

Abstract: There are several approaches to the way in which standards of proof in law should be understood. In the central article in this issue, Ro-

* Departamento de Filosofía, Universidad de los Andes (Colombia).

Correo electrónico: apaez@uniandes.edu.co

drigo Coloma suggests that they should be conceived either as thresholds either as prototypes. He also offers a taxonomy of the different uses of standards of proof, which transcends their function as error distributors. In their comments on the paper, Raymundo Gama and Claudio Agüero clarify and challenge this way of understanding standards of proof. Some of their criticisms are right on target, but many others are directed more at Coloma's theoretical presuppositions than at his substantial contributions. In this paper I offer a wider context to evaluate their disagreements.

Keywords: standards of proof, thresholds, prototypes, subjective probability

I. Introducción

El razonamiento probatorio en el derecho es una variedad del razonamiento inductivo, entendido este de la manera más general posible como razonamiento ampliativo. A partir de una serie de hechos básicos se formula una hipótesis que los trasciende. Los diferentes análisis del razonamiento inductivo se dividen en aquellos que poseen una regla de separación¹ (*detachment rule*) y los que carecen de ella. A partir de los hechos recogidos empíricamente, dicha regla nos permite no solo formular una hipótesis sino también afirmar su verdad. Cuando existen varias hipótesis en competencia, la regla de separación también nos permite escoger una de ellas debido a que es la que cumple en el más alto grado alguna propiedad epistémica preestablecida. La regla requiere el uso de criterios, estándares o umbrales que nos indiquen el grado de apoyo que la información le debe proporcionar a la generalización o a la hipótesis para poder aceptarla como verdadera. Entre los análisis del razonamiento inductivo que cuentan con una regla de separación están la inducción por enumeración, la Inferencia a la Mejor Explicación² y la teoría de la utilidad esperada³, mientras que el

¹ La regla de separación de los sistemas inductivos no debe ser confundida con la llamada "ley de separación", nombre que es usado en algunos contextos para hacer referencia al *modus ponens*.

² Lipton, P., *Inference to the best explanation*, segunda edición, London: Routledge, 2004.

³ Levi, I., *The enterprise of knowledge*, Cambridge: MIT Press, 1980; *Hard choices*, Cam-

análisis bayesiano tradicional⁴ y la teoría de la confirmación de hipótesis de Hempel⁵ carecen de ella. Estas últimas no aceptan decisiones finales sobre la verdad de una hipótesis. Se limitan a rastrear los cambios en la relación de confirmación entre la hipótesis y la evidencia sin decirnos qué hacer o creer a medida que el apoyo proporcionado por la evidencia aumenta o disminuye.

Parece evidente que el razonamiento probatorio en el derecho debe corresponder al tipo de razonamiento inductivo que posee una regla de separación. Consideremos un par de ejemplos de aproximaciones teóricas que poseen una regla de este tipo. Pardo y Allen⁶ han adoptado la Inferencia a la Mejor Explicación como el modelo más adecuado para el razonamiento probatorio. En su opinión, la aceptación de una explicación potencial de los hechos del caso depende de criterios tales como la simplicidad, la consiliencia, la coherencia, entre otros. No hay una fórmula para combinar los criterios; más bien, “cada uno de estos criterios es un *estándar* que debe ser sopesado frente a los otros”⁷ a la luz de consideraciones teóricas y prácticas. Por su parte, Eleonora Cresto⁸ ha combinado la Inferencia a la Mejor Explicación con funciones de utilidad epistémica para justificar las decisiones judiciales. Los estándares de prueba tradicionales son reinterpretados en términos de la utilidad esperada de la hipótesis aceptada sobre los hechos, frente a la utilidad de sus rivales. Cresto no se compromete con un umbral probabilístico único porque la utilidad epistémica y práctica de una

bridge: Cambridge University Press, 1985; Van Fraassen, B., *Laws and Symmetry*, Oxford: Clarendon Press, 1989; Maher, P., *Betting on theories*, Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

⁴ Howson, C., Urbach, P., *Scientific reasoning: the Bayesian approach*, Chicago: Open Court, 1993; Earman, J., *Bayes or bust? A critical examination of bayesian confirmation theory*, Cambridge: MIT Press, 1992.

⁵ Hempel, C. G., “Studies in the logic of confirmation”, *Mind*, 1945, p. 54, 1-26, 97-121.

⁶ Pardo, M. S., Allen, R. J. “Juridical proof and the best explanation”, *Law and Philosophy*, 2008, p. 27, 223-268.

⁷ *Ibid.*, p. 230.

⁸ Cresto, E., “Una teoría de la prueba para el ámbito jurídico: probabilidades inciertas, decisiones y explicación”, en Páez, A. (ed.), *Hechos, evidencia y estándares de prueba*, Bogotá: Ediciones Uniandes, 2015, pp. 89-119.

hipótesis es altamente dependiente del contexto probatorio. En ambas aproximaciones es claro que existen criterios, umbrales y estándares para dar por verdadera una hipótesis sobre los hechos, aunque estos no son absolutos —como lo serían, por ejemplo, en el caso de la prueba clínica de un medicamento— sino altamente sensibles a las particularidades del contexto probatorio.

Ambos análisis del razonamiento probatorio, sin embargo, están enmarcados en la tradición teórica que se desarrolló en torno al *common law*. Cuando examinamos lo que ha ocurrido en el derecho continental, la situación es bastante diferente. Durante mucho tiempo este operó como si la relación de confirmación entre las pruebas y la hipótesis de culpabilidad o responsabilidad en un proceso tuviera un carácter absoluto y como si el juez tuviera la capacidad intuitiva de detectar la existencia o no de dicha confirmación. No existía la conciencia de que la confirmación de una hipótesis es una cuestión de grado, ni se tenía en cuenta que hay factores epistémicos, como el poder explicativo, que pueden ser integrados a las virtudes que buscamos en las hipótesis que aceptamos en un proceso judicial.

Esta situación ha comenzado a cambiar durante los últimos años como lo revela la larga lista de libros y artículos recientes sobre el tema que nos presenta Claudio Agüero en su contribución a este número. A este “boom”, como lo llama Agüero, de literatura sobre razonamiento probatorio en español se suma ahora el artículo “Los usos de los estándares de prueba”, de Rodrigo Coloma. Consciente de que este nuevo enfoque en la filosofía del derecho aún tiene mucho trecho por recorrer, Coloma arguye que el bajo nivel de influencia que han ejercido los estándares de prueba en el razonamiento probatorio se debe, por una parte, a que los teóricos no han clarificado suficientemente los aspectos más importantes de sus usos, y por otra, a que existe un escepticismo, derivado de las críticas de Laudan⁹, en torno a la posibilidad de alcanzar estándares de prueba objetivos y precisos. Su objetivo, en consecuencia, es contribuir a la clarificación del sentido del concepto

⁹ Laudan, L., *Truth, error and criminal law: An essay in legal epistemology*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

y mostrar que su uso y su importancia no se limitan a la distribución de errores en las decisiones probatorias, como parecen creerlo muchos teóricos que se ocupan del tema.

En este escrito presentaré las tesis principales de Coloma y algunas de las críticas de Gama y Agüero. Parte de mi objetivo es sopesar y matizar dichas críticas para poder ofrecer un panorama más equilibrado de las propuestas de Coloma y del contexto teórico en el que son presentadas.

II. El punto de partida: el lenguaje ordinario

El punto de partida de Coloma es el análisis del uso del concepto de estándar en el lenguaje ordinario. A su juicio, este análisis puede ayudar a clarificar el sentido de “estándar de prueba” en el derecho. Coloma distingue dos sentidos predominantes: los estándares como umbrales y como prototipos. En el primer sentido, un estándar tiene un sentido puramente cuantitativo. Define un valor mínimo que se debe alcanzar para poder pertenecer a una categoría. Así, por ejemplo, uno de los estándares para clasificar un aceite de oliva como extra virgen es que tenga un nivel de acidez inferior a 1%; y el estándar para que un licor sea considerado tequila es que debe contener al menos 51% de agave azul. El segundo sentido coloquial de “estándar” es utilizado cuando queremos comparar un ejemplar no clasificado con una muestra, modelo o patrón. Coloma utiliza el ejemplo de la calidad de un libro frente al cual la calidad de todos los demás libros debe ser juzgada. Este uso requiere de un juicio de semejanza que es puramente cualitativo.

Coloma no afirma que no existan más usos comunes del término. Se me ocurre, por ejemplo, un uso que combina los dos sentidos anteriores: el famoso metro estándar de platino localizado en las afueras de París, y que Wittgenstein volvió famoso en las *Investigaciones filosóficas*. Es un estándar cuantitativo, pero a la vez es un patrón o modelo. Existen además otros usos, señalados por Raymundo Gama en su comentario al artículo de Coloma, que se acercan al concepto de umbral sin ser cuantitativos. Por ejemplo, el estándar de calidad de vida tiene en

cuenta factores no numéricos como el nivel de desarrollo personal, el grado de goce de derechos, entre otros. Los pares umbral-cualitativo y prototipo-cualitativo no parecen, por tanto, ser categorías enteramente independientes.

Aparte de las precisiones que se pueden hacer acerca del uso del término “estándar” en el lenguaje ordinario, es muy pertinente la pregunta que hace Gama acerca de la utilidad de comenzar el análisis de un concepto técnico como el de estándar de prueba en el derecho con una taxonomía de su uso no técnico. No hay ninguna garantía previa de que el sentido en el que es usada una expresión en un contexto se pueda trasladar automáticamente a otro. Yo añadiría un problema adicional. Ya sea que se entienda como umbral o como prototipo, el concepto de estándar en el uso cotidiano asume la existencia de criterios preexistentes bien definidos a partir de los cuales se hace la medición o la comparación de similitud. El contenido de agave azul, el grado de acidez, e incluso la calidad de un texto a juicio de los expertos son criterios con los que se cuenta de antemano. En contraste, en el caso de los estándares de prueba en el derecho lo que está en juego es justamente la definición de los criterios apropiados para darle contenido a dicho concepto. El desacuerdo teórico acerca de la mejor manera de analizar el razonamiento inductivo, y acerca de cómo incluir el razonamiento probatorio dentro de alguno de los modelos inductivos, es en gran parte un desacuerdo acerca de cuáles deben ser los criterios que rigen la aplicación de la regla de separación mencionada al comienzo. ¿Debemos usar el carácter explicativo como criterio para escoger una hipótesis? ¿O quizás utilizar un filtro numérico que represente la probabilidad subjetiva del determinador de los hechos? ¿O quizás la utilidad epistémica de la hipótesis? Es necesario responder estas preguntas antes de poder establecer puentes entre el concepto técnico y el concepto coloquial. En otras palabras, si queremos entender el problemático concepto de estándar de prueba en el derecho, quizás no sea buena idea comparar contextos en donde la aplicación de estándares ya cuenta con criterios y protocolos bien definidos con otros en los que no existe un consenso acerca de cuáles son los criterios más adecuados.

III. ¿Umbrales cuantitativos?

Agüero señala un problema adicional acerca del uso no jurídico de la palabra “umbral”. El término denota un límite, el valor mínimo de una magnitud. Al ser un sentido importado de contextos científicos y técnicos, viene cargado con el presupuesto de que en el contexto probatorio en el derecho también va a ser posible cuantificar, medir la magnitud de alguna propiedad otorgada a una hipótesis por las pruebas. En su opinión, sin embargo, el término “umbral” solo puede ser usado metafóricamente, y la metáfora no es suficiente para llenar el vacío conceptual detectado inicialmente por Coloma. Lo mismo ocurre, según Agüero, con el uso corriente de la palabra “prototipo”. La palabra denota un ejemplar perfecto, un patrón cuyas medidas sirven de base para la elaboración de objetos semejantes. Pero para que la semejanza sea efectiva, es necesario, una vez más, poseer magnitudes precisas, cantidades medibles, y es esto justamente lo que se pone en duda en el contexto probatorio.

Agüero no ofrece una alternativa no metafórica para entender y explicar la relación entre los medios de prueba y la aceptación de un hecho probado. Su intención en este escrito es llamar poderosamente la atención acerca de la fragilidad conceptual de las discusiones en torno a los estándares de prueba. Me parece, sin embargo, que es necesario señalar que las rupturas entre el razonamiento jurídico, el científico e incluso el cotidiano no son tan profundas como lo sugiere Agüero. Como lo indiqué al comienzo, el razonamiento inductivo hace parte fundamental de cualquier actividad donde sea necesario comprometerse con una hipótesis y tomar decisiones en situaciones de incertidumbre. Existe una continuidad entre todos estos contextos. El problema no es que no existan conceptos para entender cómo funciona el razonamiento inductivo, ni tampoco que no sea posible pensar en magnitudes o grados de prueba. Tanto los grados de creencia como las utilidades epistémicas son ejemplos de formas de conceptualizar el razonamiento inductivo cuantitativamente. El problema de fondo es más bien determinar cuál de las teorías preexistentes acerca del razonamiento inductivo se ajusta mejor a las exigencias del ejercicio pro-

batorio en el derecho. Es válido que a Agüero no lo convenza ninguna de las teorías inductivas cuantitativas existentes, pero esa discusión trasciende los límites del derecho y se tiene que plantear como una objeción epistemológica mucho más general.

Ahora bien, cabe preguntarse si Coloma está realmente comprometido con una concepción cuantitativa de los estándares de prueba al plantear la posibilidad de concebirlas como umbrales. Ni Gama ni Agüero se atreven a atribuir esta posición a Coloma. Para Gama, Coloma “parece titubear con la posibilidad de emplear el cálculo numérico de probabilidades”. Si bien Coloma encuentra problemas en su aplicación, al mismo tiempo el uso mismo del concepto parece presuponer un *quantum* mínimo de probabilidad. Al respecto afirma Gama: “En relación con este punto, me parece que no hay margen para titubear al respecto pues nos encontramos ante una disyuntiva que no admite matices”. Ante la disyuntiva, Gama claramente adopta una posición de rechazo frente al empleo del cálculo de probabilidades y respalda su posición con el aparente consenso que existe entre muchos de los autores más conocidos en Hispanoamérica (Allen, Haack, Gascón, Ferrer, Bayón, entre otros) acerca de la inadecuación del cálculo de probabilidades para entender el estándar de prueba. El argumento no parece muy convincente, pues aunque en nuestro medio son más los que rechazan que los que aceptan una concepción probabilística de los umbrales de prueba, en otras latitudes dicha tradición persiste y goza de buena salud¹⁰.

Agüero, por su parte, describe la posición de Coloma como la de un “optimista epistémico desconfiado”. Su desconfianza radica justamente en no tener demasiada fe en las herramientas conceptuales que

¹⁰ Para una revisión de la literatura más reciente sobre el uso de herramientas estadísticas y bayesianas en el razonamiento probatorio, véase Fenton, N., Neil, M. y Lagnado, D., “A general structure for legal arguments about evidence using Bayesian networks”, *Cognitive Science*, 2013, p. 37, 61-102; Fenton, N., Neil, M. y Berger, D., “Bayes and the law”, *Annual Review of Statistics and Its Application*, 2016, p. 3, 51-77. En español se puede consultar Lillquist, E., “Teoría de la utilidad esperada y variabilidad en el estándar de prueba más allá de toda duda razonable”, en Cruz Parceró, J. A. y Laudan, L. (eds.), *Prueba y estándares de prueba en el derecho*, México: UNAM, 2010, pp. 141-165; Páez, A., “Estándares múltiples de prueba en medicina y derecho”, en Páez, A., (ed.), *Hechos, evidencia y estándares de prueba*, Bogotá: Ediciones Uniandes, 2015, pp. 123-152 y Cresto, E., *op. cit.*

utiliza para dilucidar qué es un estándar de prueba. Es decir, Agüero tampoco logra identificar un compromiso evidente por parte de Coloma con el uso del cálculo de probabilidades. Al igual que Gama, Agüero rechaza ese uso. Su argumentación hace una ingeniosa comparación entre la invención de las escalas cuantitativas para medir la temperatura y la formulación de un estándar cuantitativo en el derecho con el fin de sacar a la luz las diferencias esenciales que existen entre los dos casos. Una vez más, Agüero expresa su incredulidad de que sea posible generar un “termómetro probatorio” que mida alguna magnitud cuantificable. Sin embargo, la comparación adecuada no es realmente entre el contexto científico y el jurídico; es más bien entre el científico y el epistemológico, porque el “termómetro probatorio” tendría que funcionar en cualquier contexto en el que se use el razonamiento inductivo, no solamente en el jurídico.

A mi modo de ver, Coloma ni titubea ni desconfía. Su propósito es plantear posibilidades de interpretación y mostrar las implicaciones de cada una de esas posibilidades. Así, por ejemplo, al final del artículo Coloma muestra las consecuencias jurídicas de entender los estándares como umbrales o como prototipos, sin que esto implique un titubeo o una falta de compromiso con alguna tesis sustancial. En cuanto a su compromiso o no con el cálculo de probabilidades, es claro que la manera más común de asignarle contenido a la noción de umbral es concibiéndolo como un límite cuantitativo. Un umbral implica un “valor mínimo”, nos dice Coloma, y “la posibilidad de construir escalas de medición”. Y más adelante añade que “el cálculo probabilístico, pese a todas sus dificultades, resulta prometedor para esta perspectiva”. Coloma no ofrece detalles de cómo se debe aplicar el cálculo de probabilidades a la concepción de estándar como umbral, pero creo que deja claro que admite esa posibilidad.

IV. Los usos de los estándares de prueba

La contribución de Coloma no se limita a clarificar el sentido de “estándar de prueba”. El cuerpo central del artículo está dedicado a hacerle ver al lector que el uso de estándares de prueba, especialmente en el *civil law*, tiene consecuencias e implicaciones que no son nada evidentes, pero que tienen una importancia capital dentro de los procesos judiciales. Generalmente, se afirma que los estándares de prueba sirven esencialmente para determinar la distribución de errores en los procesos judiciales. Un estándar muy alto generará muchos falsos negativos, mientras que un estándar muy bajo tendrá el efecto contrario. La fijación del estándar de prueba sirve entonces para decidir la proporción de falsos positivos y falsos negativos que una sociedad está dispuesta a aceptar. Coloma nos muestra que limitar el uso de los estándares de prueba a ese fin es empobrecer el concepto. A continuación discutiré algunos de los usos señalados por Coloma.

Los usos de los estándares de prueba son clasificados por Coloma en tres grandes modalidades: i) la determinación de la cantidad de errores esperables del sistema de adjudicación, II) la distribución entre las partes de los errores que produce el sistema, y iii) la forma que adoptan los hechos probados.

La primera modalidad corresponde al uso más comúnmente aceptado de los estándares de prueba mencionado anteriormente: la distribución general de errores. Coloma incluye bajo esta primera categoría la influencia que tiene el estándar de prueba en el momento de decidir si es conveniente participar, o retirarse anticipadamente de un litigio. Las partes hacen un cálculo de sus probabilidades de éxito a partir del estándar utilizado, y deciden si es conveniente proseguir. El estándar también sirve como guía para que las partes decidan cuánta prueba es necesario producir sin incurrir en costos excesivos y desproporcionados. Finalmente, Coloma también incluye aquí la influencia que puede tener el estándar sobre la clase de inferencias que es válido realizar, sobre “los saltos argumentales que resultan tolerables”. Sin embargo, como señala Gama, no es clara la relación entre el estándar de prueba y el estándar argumentativo, por llamarlo de alguna manera. ¿Por qué pensar que un

estándar de prueba bajo me otorga una cierta licencia argumentativa? Es cierto que si el estándar de prueba es, por ejemplo, la preponderancia de la prueba, las pruebas solo deberán otorgarle a la hipótesis un grado de confirmación superior al 50%, pero eso no significa que para llegar a *ese* grado de confirmación sea admisible violar reglas lógicas o argumentativas. Como afirma Gama, “el hecho de que haya un salto argumental en alguno de los tramos de la inferencia convertiría a esta en inaceptable”. En síntesis, creo que existe una confusión entre la firmeza de la hipótesis y la firmeza de los argumentos que fijan ese grado de firmeza. Asociado con lo anterior, también resulta problemática la afirmación de Coloma según la cual un estándar de prueba exigente “favorece que las decisiones adoptadas por los tribunales de justicia sean, en términos generales, más fiables que las que resultan de la utilización de estándares de prueba menos exigentes”. Un tribunal civil que se rija por un estándar de prueba bajo, como la preponderancia de la prueba, puede ser altamente fiable en las decisiones que toma debido, por ejemplo, a las bondades del diseño institucional. No existe ningún tipo de incompatibilidad entre las dos cosas.

La segunda modalidad de uso de los estándares de prueba consiste en la distribución entre las partes de los errores que produce el sistema. Aquí se incluye la distribución entre las partes de falsos positivos y falsos negativos. Coloma, al igual que la gran mayoría de los teóricos, es un poco escéptico acerca de este uso de los estándares de prueba debido a nuestra ignorancia acerca de la distribución real de errores. Otro uso que cae bajo esta modalidad es el de determinar los opuestos que compiten en la decisión probatoria. Los opuestos a los que se refiere Coloma son: i) dar por probado/no probado un hecho x , y ii) dar por probado un hecho x o su contrario. Si el estándar de prueba es muy alto, se trata del primer caso. Cuando el estándar no es alcanzado, simplemente se declara como no probado el hecho en cuestión. Pero cuando el estándar es la preponderancia de la prueba, se trata del segundo caso, pues la no prueba del hecho x implica la prueba de su contrario.

La última modalidad de uso de los estándares de prueba es la de determinar la forma de los hechos probados. Por una parte, Coloma afirma que el estándar influye en la clase de razonamiento que adoptan

las partes y los jueces. Este puede ser atomista u holista. En el primer caso se divide la hipótesis a probar en sus proposiciones constitutivas y estas se ponen a prueba independientemente, mientras que en el segundo caso se analiza la hipótesis globalmente sin entrar a considerar individualmente la fortaleza de sus componentes. Según Coloma, si el estándar es muy alto, por ejemplo, si es “más allá de toda duda razonable”, se favorece la primera aproximación porque cada proposición debe cumplir dicho estándar. La que no lo haga dará pie para una duda razonable. Gama objeta que aquí ocurre algo similar a lo que se señaló en el caso de la relación entre el estándar de prueba y la calidad de la argumentación. Así el estándar sea muy bajo, la existencia de una proposición atómica implausible o increíble tiene un efecto devastador sobre la hipótesis general. La fortaleza de las demás proposiciones no puede apalancar proposiciones carentes de todo sustento. Además, como señala Gama, no es claro que el órgano decisor en realidad tenga la opción de adoptar un enfoque u otro. La relación entre ambos enfoques es un asunto que ha sido discutido en la literatura y la pregunta es si los estándares de racionalidad del derecho probatorio permiten abandonar el enfoque atomista¹¹.

El segundo uso de los estándares de prueba que cae bajo esta última modalidad es el de determinar el estatus doxástico de los hechos probados. Estos pueden ser concebidos o bien como creencias o bien como la aceptación de un proceso de validación. En este caso la correspondencia sería entre el cumplimiento de un estándar de prueba alto y la generación de creencias en el determinador de los hechos, y un estándar bajo y la mera aceptación del cumplimiento de los requisitos legales. Coloma deja apenas planteado el asunto, sobre el que, por lo demás, existe una amplia literatura y una falta notoria de consenso. Faltaría aclarar qué se entiende exactamente por aceptación, por creencia, y además lidiar con la diferencia entre una concepción filosófica y una psicológica de la creencia. Hay aquí, pues, una veta lista para ser explotada en futuros trabajos.

¹¹ Véase Accatino, D., “Atomismo y holismo en la justificación probatoria”, *Isonomía*, 40, 2014, pp. 17-59.

V. Consideraciones finales

El artículo de Coloma termina con un interesante ejercicio en el que se analizan los diferentes pasos del razonamiento probatorio teniendo en cuenta si se trata de un estándar alto o bajo. El tipo de estándar determina, a su vez, el tipo de razonamiento, la forma de los hechos, la actitud doxástica, etc., según lo que se explicó en el apartado anterior. El análisis también toma en cuenta si el estándar es entendido como umbral o como prototipo. No entraré a analizar en detalle los pasos explicados por Coloma. Me interesa, más bien, terminar con una breve reflexión sobre la idea de prototipo, que es un concepto sobre el que hubiera sido deseable mayor claridad y profundidad.

Un primer problema al que se enfrenta esta forma de concebir el estándar de prueba es que no es en absoluto claro qué es lo que estamos buscando cuando queremos adoptar un prototipo. ¿Se trata de una decisión judicial que posea virtudes argumentativas, procesales y probatorias que la hagan sobresaliente? En tal caso, ¿qué características y virtudes debe tener? ¿Cuál debe ser la relación entre las pruebas y el hecho a probar? Dado que existen límites a la posibilidad de generalizar un caso particular, ¿qué criterios se deben seguir para no excedernos en dichas generalizaciones? Y si solo tomamos en cuenta las características más generales del prototipo, ¿no se corre el riesgo de que este resulte inservible como base para tomar una decisión?

En los sistemas que utilizan jurados se ha detectado que estos utilizan sus propios prototipos o esquemas de un crimen a la hora de juzgar la culpabilidad del imputado. Así, el acusado es juzgado culpable por un miembro del jurado cuando existe un traslape significativo entre las circunstancias del crimen y el caso prototípico que tiene en su cabeza¹². No hay razón para pensar que algo similar no ocurra en los sistemas continentales en los que el juez se puede haber formado, como resultado de su práctica profesional, un prototipo altamente subjetivo de

¹² Ogloff, J. R. P., "Jury decision making and the insanity defense", en Castellan, N. J., (ed.), *Individual and group decision making. Current issues*, Hillsdale: Lawrence Earlbaum, 1993, pp. 167-202.

cada tipo de crimen. Si lo que se pretende al formular el estándar de prueba en términos de prototipos es eliminar el uso de probabilidades subjetivas, hay que tener en cuenta que los prototipos individuales y subjetivos también entran en juego en el momento de la decisión.

Finalmente, si existe un continuo en el razonamiento inductivo en la vida cotidiana, en la ciencia y en el derecho, como lo he planteado en esta introducción, para darle contenido a la idea de estándar de prueba debemos buscar aquellos elementos en común al razonamiento en todas estas esferas. La idea de umbral parece mucho más cercana a una práctica que se puede identificar en todas ellas. En cambio, la idea de prototipo solo es utilizada en contextos muy específicos y es menos propicia a la generalización. Es quizás por esta razón que la idea de estándar de prueba como umbral se niega a desaparecer de la literatura sobre razonamiento probatorio.

Bibliografía

- Accatino, D., “Atomismo y holismo en la justificación probatoria”, *Isonomía*, 40, 2014, pp. 17-59.
- Cresto, E., “Una teoría de la prueba para el ámbito jurídico: probabilidades inciertas, decisiones y explicación”, en Páez, A. (ed.), *Hechos, evidencia y estándares de prueba*, Bogotá: Ediciones Uniandes, 2015, pp. 89-119.
- Earman, J., *Bayes or bust? A critical examination of bayesian confirmation theory*, Cambridge: MIT Press, 1992.
- Fenton, N., Neil, M. y Lagnado, D., “A general structure for legal arguments about evidence using Bayesian networks”, *Cognitive Science*, 2013, p. 37, 61-102.
- Fenton, N., Neil, M. y Berger, D., “Bayes and the law”, *Annual Review of Statistics and Its Application*, 2016, p. 3, 51-77.
- Hempel, C. G., “Studies in the logic of confirmation”, *Mind*, 1945, p. 54, 1-26, 97-121.
- Howson, C. y Urbach, P., *Scientific reasoning: the Bayesian approach*, Chicago: Open Court, 1993.

- Laudan, L., *Truth, error and criminal law: An essay in legal epistemology*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- Levi, I., *The enterprise of knowledge*, Cambridge: MIT Press, 1980.
- Levi, I., *Hard choices*, Cambridge: Cambridge University Press, 1985.
- Lillquist, E., “Teoría de la utilidad esperada y variabilidad en el estándar de prueba más allá de toda duda razonable”, en Cruz Parceró, J. A. y Laudan, L. (eds.), *Prueba y estándares de prueba en el derecho*, México: UNAM, 2010, pp. 141-165
- Lipton, P., *Inference to the best explanation*, segunda edición, London: Routledge, 2004.
- Maher, P., *Betting on theories*, Cambridge: Cambridge University Press, 1993.
- Ogloff, J. R. P., “Jury decision making and the insanity defense”, en Castellan, N. J. (ed.), *Individual and group decision making. Current issues*, Hillsdale: Lawrence Earlbaum, 1993, pp. 167-202.
- Páez, A., “Estándares múltiples de prueba en medicina y derecho”, en Páez, A. (ed.), *Hechos, evidencia y estándares de prueba*, Bogotá: Ediciones Uniandes. 2015, pp. 123-152.
- Pardo, M. S. y Allen, R. J., “Juridical proof and the best explanation”, *Law and Philosophy*, 2008, p. 27, 223-268.
- Van Fraassen, B., *Laws and Symmetry*, Oxford: Clarendon Press, 1989.

Los usos de los estándares de prueba: entre umbrales y prototipos¹

*The Uses of Standards of Proof: Between
Prototypes and Thresholds*

Rodrigo Coloma Correa*

*“Pero la certeza, generalmente, es una ilusión
y el reposo no es el destino del hombre”*

O. W. Holmes
La senda del Derecho

Recepción y evaluación de propuesta: 15/04/2016

Aceptación: 15/7/2016

Recepción y aceptación final: 4/7/2017

Resumen: Este texto analiza la estructura lógica y los usos de los estándares de prueba (EdP). En cuanto a lo primero, sostiene que los EdP admiten reconstruirse como umbrales o prototipos. En cuanto a lo segundo, indica que los EdP no solo se usan para distribuir falsos positivos y falsos negativos —como sostiene una posición bastante difundida—,

* Profesor de la Universidad Alberto Hurtado, doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid, Santiago de Chile.
Correo electrónico: rcoloma@uahurtado.cl

¹ Esta investigación es parte de proyecto financiado por el Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico, FONDECYT 1170872, “Prueba de los hechos. Coordinación entre el lenguaje de la teoría y el lenguaje de la práctica”. Este texto se ha visto beneficiado por las observaciones de varios lectores generosos que me hicieron ver distintos problemas en las versiones preliminares. En especial, agradezco los minuciosos y certeros comentarios de Daniela Accatino, Claudio Agüero y Flavia Carbonell.

sino también, influyen en la cantidad de errores totales que produce el sistema de adjudicación, e incluso modelan la forma que adoptan los hechos probados. La operatividad de los EdP se ilustra con un ejercicio que muestra su condición tanto de prototipo como de umbral.

Palabras clave: decisiones probatorias, estándar de prueba, significados de la locución estándar

Abstract: This paper examines both the logic structure and the uses of standards of proof (SoP). On the first matter, the paper argues that SoP can be reconfigured as thresholds or prototypes. On the second matter, it states that SoP are not only used to distribute false positive and false negative type of errors —as the mainstream literature affirms—, but also can influence in the amount of total errors generated in the adjudication system, and they even can shape the way that proven facts are adopted. The functionality of SoP is illustrated with an exercise that shows their status as prototypes and thresholds.

Keywords: evidentiary decisions, standard of proof, meanings on the notion of standard

I. Introducción

De los problemas que aquejan a la decisión de los hechos, el concierne a cómo deben usarse² los estándares de prueba es de los más difíciles y, a la vez, de los que más amenazan la operatividad de los sistemas de adjudicación. En consonancia con su dimensión normativa, existen expectativas de que los estándares de prueba (en adelante, los

² En este texto se habla recurrentemente de los «usos» de los estándares de prueba. Con ello refiero a que los estándares de prueba influyen, en distinta medida, en la elección de cursos de acción. La noción de aplicación —que indudablemente parece más familiar en el ámbito normativo— me ha parecido demasiado fuerte para los propósitos de lo que aquí presento. Para entender que un estándar de prueba ha sido usado bastará con que haya constituido una razón auxiliar para la adopción de un cierto curso de acción.

EdP³ cumplan una función de *guía/control* sobre la toma de decisiones a cargo del adjudicador. La manera en que tradicionalmente se espera que lo hagan es por la vía de dirimir la suficiencia de las pruebas rendidas y de las argumentaciones vertidas por las partes (los EdP fijan las cargas de persuasión). En términos simples, aquello implica que si las exigencias establecidas por el EdP son superadas, los hechos debatidos en una cierta clase de procedimiento judicial debieran darse por probados; en caso contrario, no⁴.

Según una visión más o menos extendida, un EdP plenamente operativo⁵ mantiene suficientemente controlada una cierta *ratio* de falsos positivos y de falsos negativos. Así, los EdP resultan claves para zanjar el problema de la distribución de errores inherentes a las decisiones probatorias⁶. Existe, sin embargo, la sospecha de que *en la realidad* la distribución de los errores en la fase probatoria no es un asunto que

³ Para no resultar fatigoso, en ciertas ocasiones con la sigla EdP estaré también refiriendo al uso de los estándares de prueba. En relación a lo último, el contexto permitirá identificar los casos en que así ocurre.

⁴ Los EdP fijan un parámetro de suficiencia probatoria. Si no hay claridad en ello la discrecionalidad judicial será de una amplitud tal que hará implausible sostener que el análisis de las pruebas es una tarea regulada por reglas. El problema es advertido —en términos más generales— por Allen, al indicar: “Para que el derecho probatorio pueda ser realmente regulatorio, debe normar la interacción entre lo que se aduce en el juicio y el consiguiente proceso inferencial que depende del conocimiento y de las creencias del juzgador” (Allen, R., “Los estándares de prueba y los límites del análisis jurídico”, en Vásquez, C. (ed.), *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*, Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 58). En un sentido algo distinto, pero enfatizando, de todas formas, los requerimientos de precisión mínima, dice Ferrer: “La importancia de definir con claridad todos estos estándares de prueba es crucial, puesto que sin ellos no puede pretenderse una valoración racional de la prueba ni un control de la valoración realizada” (Ferrer, J., *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 152).

⁵ La operatividad de los EdP supone una labor relevante de especificación previa de parte de una comunidad interpretativa. Las formas en que suelen ser formulados suelen ser, en extremo, abstractas.

⁶ Según Clermont, la reducción de los costos del error es una expectativa presente en los sistemas del *common law*. En los sistemas del *civil law*, en cambio, se busca proteger a la parte que no debe soportar la carga de persuasión: así, el problema que realmente le preocupa tiene más bien que ver con la legitimación de la decisión. Clermont, K., *Standards of Decision in Law*, Durham: Carolina Academic Press, 2013, p. 274.

dependa, en términos fuertes, de la utilización de los EdP y, en consecuencia, de poco o nada sirven⁷. En lo que sigue, sugeriré que los EdP son más operativos de lo que *prima facie* se les hace aparecer y que el juicio adverso que sobre ellos recae es consecuencia de una visión reduccionista de sus distintos usos.

Lo que sigue se divide en dos partes. La primera parte corresponde a un ejercicio de depuración conceptual de la locución EdP. En ella se presta especial atención a lo que se quiere decir con la partícula «estándar». Según se indicará, con la palabra «estándar» se puede referir tanto a umbrales como a prototipos. La segunda parte consiste en un ejercicio de identificación de los posibles usos de aquellos umbrales o prototipos que reconocemos como EdP. Dado que son utilizados en un contexto decisional complejo, sus repercusiones no se limitan a una función puntual, sino que inciden en variadas decisiones adoptadas durante los procesos judiciales, e involucran a distintos intervinientes. Para los efectos de controlar una lectura difusa respecto de las posibilidades de uso de los EdP, se incluye en la parte final un ejercicio que muestra cómo se puede operar con ellos, tanto si se les entiende como umbrales o bien, como prototipos.

I. 1. Dos significados para la partícula «estándar»

Del análisis del lenguaje ordinario, cabe, a lo menos, extraer dos significados para la palabra estándar:

⁷ En nuestro medio, las críticas de Larry Laudan —cuyo foco es el EdP del «más allá de toda duda razonable»— han ejercido una importante influencia en la actitud de sospecha que a nivel teórico se tiene de los EdP. Su principal preocupación radica en que las exigencias de los EdP se reducen a la producción de un cierto nivel de convicción en el adjudicador. Aquello, unido a la falta de precisión respecto de su significado, conspira en que se pueda hablar con propiedad de la aplicación de un EdP. Para esto último, se requeriría que los EdP fuesen objetivos y exigentes. Laudan, L., “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, *Doxa*, 28, 2005, especialmente p. 104 y ss. Sobre la brecha que se produce entre la teoría y la práctica en lo que concierne a los EdP, ver Dei Vecchi, D., “Tres discusiones acerca de la relación entre prueba y verdad”, *Discusiones*, XIII, 2013, pp. 252-260.

a) *Umbral que reduce⁸ los problemas extensionales de una categoría.* Un acto de lenguaje constituye un estándar si define un valor mínimo (punto de quiebre) de pertenencia a una categoría⁹. Si en un caso concreto se iguala o supera lo que se determina en el umbral¹⁰, entonces todo ejemplar que antes habría sido calificado como dudoso, pasa a pertenecer a la categoría; en caso contrario, queda fuera. El ideal de un estándar, entendido como umbral, implica que el análisis que dirime si un ejemplar dudoso pertenece o no a la categoría, será puramente cuantitativo.

b) *Prototipo que reduce los problemas de extensión de una categoría.* La existencia de un estándar en este sentido, supone la construcción de un ejemplar que indubitadamente pertenece a una categoría y cuya función es la de resolver (algunos de) los problemas de pertenencia que afecta a casos que se sitúan en la zona de penumbra. El *modus operandi* de los estándares entendidos en este sentido se diferencia del precedente ya que el agente debe llevar a cabo un análisis de semejanzas y/o diferencias de los casos dudosos respecto del prototipo. La semejanza implica pertenencia y la diferencia implica no pertenencia. El análisis que se lleva a cabo cuando se entiende un estándar como prototipo es cualitativo.

⁸ Es importante tener en cuenta que de los estándares se espera una reducción (no una eliminación) de los problemas extensionales. En razón de ello, son admisibles formulaciones que no operen bajo una lógica binaria (sí/no) y que, por tanto, se satisfagan con la reducción de la penumbra que afecta a las categorías sobre las que se aplica. Así, se entiende que los estándares ilustren acerca de las categorías, tal como ocurre con las definiciones ostensivas.

⁹ La palabra categoría será utilizada con frecuencia en lo que sigue. Con ella pretendo comunicar que los significados de la partícula estándar que aquí interesan no son reducibles a escenarios puramente jurídicos. La búsqueda de estándares tiene sentido en cualquier contexto en que se aspire a alcanzar precisión o consenso en lo que debiera entenderse denotado por palabras que sirven para clasificar sujetos, objetos o fenómenos, derivándose de ello ciertas consecuencias.

¹⁰ La expresión «umbral» es usada por autores que refieren al EdP. Así, por ejemplo, Páez, A., “Estándares múltiples de prueba en medicina y derecho”, en Páez, A. (coord.), *Hechos, evidencia y estándares de prueba*, Bogotá: Universidad de los Andes, 2015, p. 140 y ss. Según el Diccionario de la Lengua Española de la RAE, una de las acepciones de «umbral» es “valor mínimo de una magnitud a partir del cual se produce un efecto determinado.”

Para ilustrar lo anterior, me valdré de dos ejemplos sencillos tomados del diccionario Merriam Webster mediante los cuales se da cuenta del uso de la palabra estándar (*standard*), entendida esta como sustantivo (no adjetivo). Dice el aludido diccionario: a) “De acuerdo a los estándares modernos, la casa es demasiado pequeña”; b) “Este libro es el estándar respecto del cual todos los demás deberán ser juzgados”. Conforme al primero de los ejemplos, de un estándar se espera la elección de una serie de variables determinantes de lo que es una casa pequeña o no pequeña (por ejemplo, metros cuadrados construidos, cantidad de piezas, etc.) y la estipulación de un nivel básico de satisfacción (por ejemplo, 60 m² construidos, dos piezas, etc.). Conforme al segundo ejemplo, el estándar opera como un prototipo desde el cual es posible hacer comparaciones. A partir de cómo es “este libro”¹¹ (estilo, problemática abordada, complejidad, extensión, etc.) otros libros serán calificados como «buenos», «malos» o «regulares», «novedosos», «breves», «deficientemente escritos», o con otros calificativos por el estilo.

En los párrafos sucesivos, se demostrará que ambos significados son útiles para explicar los EdP.

I. 2. ¿Qué implica la partícula «estándar» en los contextos jurídicos?

La discusión acerca de lo que se quiere decir con «estándares» es escasa. Aquello se explica por la circunstancia de que hasta hace algunos años, resultaba una expresión casi ausente en los discursos de jueces y abogados del *civil law*. La escasez de discusión —y, en consecuencia, de teoría— incide en que las diferencias que separan los estándares del resto de las directivas jurídicas son poco nítidas.¹² A continuación indicaré

¹¹ El prototipo puede expresarse mediante la identificación de un ejemplar concreto que pertenece a la categoría (como ocurre cuando se señala un libro concreto para aludir a la categoría de los libros deseados), pero también mediante el señalamiento de un ejemplar ideal como lo sería cuando se alude al “hombre medio”.

¹² La irrupción de los estándares de prueba en el *civil law* —podría pensarse— se debe fundamentalmente a la influencia que ha sido ejercida por el *common law* en el que, a diferencia nuestra, sí se contaba con una larga tradición en su uso. Sobre esto último, ver Clermont, K., *op. cit.*, p. 256-257.

algunas de las características más sobresalientes del uso de estándares en el mundo del derecho:

a) *El uso de estándares se produce (normalmente) en contextos en que uno o más agentes deben adoptar decisiones justificadas.* Los estándares sirven para dirimir conflictos acerca de si un caso cualquiera forma o no parte de una categoría a la que, por anticipado, se vincula una determinada reacción. De los estándares se espera, por una parte, la eliminación (o reducción al mínimo) de potenciales respuestas que no calcen con estructuras de comunicación propias de una lógica binaria¹³, esto es, en que solo se opera con las opciones: «este es un caso de X» y «este no es un caso de X»¹⁴. La lógica binaria excluye matices que en otros escenarios son fundamentales para enriquecer las explicaciones. Aquella merma se entiende compensada por su contribución a la disposición oportuna de respuestas para enfrentar problemas prácticos.

En contextos en que un agente no se vea forzado a tomar decisiones sino en que simplemente se espera que exteriorice sus creencias, no resulta incómodo, ni tampoco desaconsejable el uso de debilitadores discursivos como «quizás», «probablemente» u otros similares. El uso de estos permite introducir matices a las muy reducidas opciones ofrecidas por los códigos binarios¹⁵. Al contrario, en contextos que podrían llamarse

¹³ Los estándares excluyen respuestas que, en una importante medida, propenden a que las discusiones respecto a la pertenencia a una categoría permanezcan abiertas, como ocurre cuando se recurre a expresiones tales como, «probablemente» o «quizás». La eliminación de los matices es objeto de crítica. La lógica borrosa se ha propuesto como una forma alternativa de dar cuenta del razonamiento que asuma su carácter “aproximado”, antes que preciso. Zadeh, L., “Fuzzy logic and approximate reasoning”, *Synthese* 30, 1975, p. 407.

¹⁴ La aparente inevitabilidad de la lógica binaria en el campo jurídico se deriva, en gran medida, de que no se está dispuesto a graduar las penas o las indemnizaciones dependiendo del valor que sea asignado a la masa de prueba disponible.

¹⁵ Los códigos binarios imponen un mayor nivel de responsabilidad sobre el agente que los usa. Al moverse solo entre opciones sí/no, se ponen en juego las competencias de razonamiento del agente. Al contrario, aun cuando no se acierte en un juicio, si se matizó con la expresión «probablemente», las eventuales críticas se suavizan. Ver Austin, J. L., “Otras mentes”, en Urmson, J. O. y Warnock, G. J. (coomp.), *Ensayos filosóficos*, Madrid, Alianza, 1989, p. 103-108. Toulmin, S., *Los usos de la argumentación*,

decisionales (y también, en contextos tecnológicos), es indispensable simplificar la realidad por la vía de declarar relevantes algunos asuntos e irrelevantes otros.

Por otra parte, los estándares son usados bajo el entendido de que la decisión que se tome habrá de ser justificada. En ese sentido, la clausura a la que propenden es decisional y no discursiva. La aplicación del estándar no inhibe, entonces, la justificación del curso de acción adoptado.

b) *La utilidad de los estándares concierne a asuntos que prima facie se sitúan en la zona de penumbra de una categoría.* Resultan, entonces, innecesarios respecto de asuntos que tempranamente admitan ubicarse en las zonas de claridad o de obscuridad de la categoría que interesa. En estos últimos casos, basta con tener en cuenta las propiedades definitorias de la respectiva categoría.

Ante el abandono total de un encargo por parte de un mandatario —sin que se cuente con un sustituto y habiéndose derivado graves perjuicios por su falta de atención— la remisión a un estándar de diligencia, como lo es el del «buen padre de familia», no pasa de constituir una mera formalidad. Las propiedades definitorias de diligencia resultan más que suficientes para resolver el problema en términos de que «el agente ha sido negligente».

Para los efectos de hacer desaparecer (o, al menos, reducir) la penumbra en una categoría es necesario simplificar los problemas de indeterminación que aquejan la tarea interpretativa. Aquello supone declarar irrelevantes algunas de las posibilidades de uso que ofrece la categoría que interesa y/o estipular niveles de logro en otras.

Barcelona, Península, 2007, pp. 73-79. Respecto de la importancia del estándar de prueba “más allá de toda duda razonable” a los efectos de disminuir la angustia moral que históricamente se producía en los juzgadores que debían tomar decisiones de condena en contextos de incertidumbre, ver Whitman, J., *The origins of reasonable doubt. Theological roots of the criminal trial*, New Haven & London: Yale University Press, 2008, p. 10 y ss.

El problema de la responsabilidad del constructor que se encuentra obligado a operar conforme a ciertas expectativas de diligencia se zanja —por ejemplo— mediante la revisión de si cumplió o no con los estándares exigidos para la construcción de viviendas. Los estándares sustituyen el análisis de la diligencia a partir de las propiedades que ordinariamente la definen.

c) *Los estándares requieren conservar un nivel razonable de la complejidad de cada caso que se evalúa.* Para ello, los estándares toman en cuenta simultáneamente varios criterios que dirimen la pertenencia o no pertenencia a una categoría. Los objetos o conductas sometidas a evaluación pueden resultar muy satisfactorios en una cierta dimensión y escasamente en otras, lo que es relevante a los efectos de decidir su pertenencia a la categoría que interesa¹⁶.

La decisión de si un automóvil será considerado como un «automóvil seguro» debe tener en consideración variables tales como su capacidad de frenado, el nivel de deformación que se produce ante impactos a distintas velocidades, la *performance* alcanzada en situaciones de conducción anormales como ocurre cuando hay nieve en las calles, el nivel de iluminación de sus focos, etcétera. Un estándar bien formulado admite simplificarse (menos variables), bajo la condición de que no haya pérdida en ello.

d) *Los estándares consideran variables contextuales.* La diferente manera de formular e interpretar un estándar depende de las posibilidades que ofrezca el entorno (por ejemplo, tecnología disponible) y de las posibilidades de producción de prueba que tengan los sujetos concretos¹⁷.

¹⁶ Esta expectativa sobre los estándares enfatiza su diferencia respecto de las reglas. En lo que atañe a estas últimas, se opta por simplificar las categorías relevantes para el otorgamiento de beneficios o imposición de cargas. Ver Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995 (2.ª reimpresión de la 2.ª edición), pp. 155-159. En el sentido indicado, los estándares propenden a que se opere desde un subsistema normativo en que es posible identificar varios casos.

¹⁷ A propósito de los «estándares de coherencia» de la justificación jurídica, Amalia Amaya destaca la variación que experimentan según el contexto en que se apliquen.

Aquello da lugar a que se hable de estándares modernos o tradicionales, de estándares exigentes o poco exigentes (relajados). Los estándares exigentes son especialmente útiles si se quieren evitar los riesgos de que se cuele un ejemplar indeseable en una categoría respecto de la que se discute. A la vez, son problemáticos por los altos costes en que debe incurrirse para satisfacerlos y porque dejan fuera ejemplares dudosos ubicados cerca de la zona de claridad. Su problema es la infrainclusión. Los estándares no exigentes, como contrapartida, son ineficientes para eliminar ejemplares que no cuentan con suficientes credenciales de pertenencia a la categoría y, a la vez, no generan incentivos para mejorar procesos de producción (sin necesidad de esfuerzo es muy probable que los ejemplares dudosos se acepten en la categoría). Su problema es la sobreinclusión.

Lo señalado incide, por ejemplo, en que la calificación de determinadas conductas como «diligentes» (o no) variará según si el estándar es el del «buen padre de familia» o «de las personas negligentes y de poca prudencia». Lo mismo es lo que lleva a que el carácter de probado o no probado de una cierta conducta varíe según si el estándar aplicado es el de la justicia penal o de la civil.

I. 3. ¿Qué es un estándar de prueba?

La decisión de dar por probado (o por no probado) un hecho en contextos judiciales supone la coordinación entre un contenido (lo afirmado), una actitud (aceptación o rechazo), y un conjunto de razones que sirven

Como variables determinantes del contexto refiere, entre otras, a la importancia de las consecuencias, a las restricciones metodológicas, a los recursos disponibles e, incluso, a rasgos dialécticos. Amaya, A., “Diez tesis acerca de la coherencia en el derecho” *Discusiones X*, 2011, pp. 38-43. Respecto de los EdP, hay buenas razones para considerar las posibilidades que las partes del juicio tienen de producir prueba. Ver Larroucau, J., “Hacia un estándar de prueba civil”, *Revista Chilena de Derecho*, 39 (3), p. 797 y ss.; Coloma, R., “Estándares de prueba y juicios por violaciones a los derechos humanos”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, XXII (2), 2009, p. 225 y ss.

de soporte a la actitud que se adopta frente al contenido en cuestión¹⁸. En otras palabras, en sistemas jurídicos como los nuestros, para lograr que la conjetura formulada en la fase inicial del proceso adquiera el estatus de probado o no probado, no basta la actitud de aceptación o de rechazo, respectivamente. Se requiere también de la construcción de una narrativa que se haga cargo de la prueba rendida y de los argumentos vertidos por las partes, en términos consistentes con lo decidido.

Los contenidos posibles de un hecho probado/no probado se encuentran más o menos limitados por lo estipulado en la condición de aplicación de una o más normas jurídicas. Son las partes en un juicio las que —por regla general— soportan la carga de alegar una determinada forma de vinculación entre un pretendido episodio de la vida y aquello prescrito en el sistema jurídico. La discusión resulta más fructífera en la medida en que — en una fase temprana del proceso— se fije una conjetura definitiva de los hechos a probar. Quedarán, así, delimitados los contornos de la fase del proceso judicial conducente tanto a producir pruebas como, argumentaciones (¿de qué vamos a discutir en sede probatoria?). Para construir esa conjetura se requiere un esfuerzo interpretativo importante acerca de las relaciones posibles entre las disposiciones y los relatos ofrecidos por las partes. Al momento de definir el contenido de los hechos que se espera sean probados, los EdP no parecieran jugar un rol relevante.

Los EdP juegan un rol clave y directo para la adopción de actitudes. La manera en que operan es dirimiendo si los casos dudosos deben o no ser situados en la categoría de hechos probados en un proceso judicial. Dicho en otras palabras, los EdP contribuyen a la toma de decisiones en todos aquellos casos que se sitúan en la zona de penumbra de la conjetura. Los EdP, además, hacen posible que ante la misma conjetura —pero de la que se derivarán soluciones distintas (una pena, una indemnización)— se puedan tomar decisiones diferentes¹⁹. Así las cosas, los

¹⁸ Lo expresado da cuenta de lo que ocurre con cualquier aserción que aspire a ser considerada como justificada. Pepper, S., *World Hypotheses*, Berkeley: University of California Press (impresión según demanda, año publicación 1942), pp. 11 y 12.

¹⁹ La dependencia del contexto en lo que concierne a lo que llegarán a ser nuestras actitudes no es, por cierto, un asunto que se produce solo en el espacio de lo jurídico.

EdP deben dar indicaciones útiles acerca de las condiciones de las cuales se hará depender la actitud «hecho p probado: sí»; o su opuesta, «hecho p probado: no». Los EdP son construidos, entonces, con la pretensión de que operen como reglas determinativas o definatorias.

Las razones que pueden esgrimirse para calificar los hechos como probados o no probados son muy variadas. Las pruebas disponibles admiten múltiples formas de valoración y, por tanto, las razones dependen, en una importante medida, de lo que plantee cada una de las partes. Por cierto, hay razones más atendibles que otras. Las posibilidades de uso de los EdP en lo que concierne a las razones son indirectas. En otras palabras, los EdP no determinan las razones a esgrimir en un caso concreto, pero sí orientan a las partes respecto de si vale o no la pena invocar un conjunto de razones y no otro, según la actitud que se espera provocar en los juzgadores²⁰. Se recurre para ello a las posibilidades que ofrecen los umbrales o prototipos.

Las formulaciones más consolidadas de los EdP son las de: «preponderancia de la prueba» (PP), prueba «clara y convincente» (CC) y «más allá de toda duda razonable» (MADR), siendo imaginables, por cierto, algunas otras. En principio, podría entenderse que la PP busca determinar si los hechos discutidos en un proceso judicial admiten calificarse como hechos probados, por la vía de ubicarlos en una cierta posición dentro de una escala de grados de prueba (aproximación a un umbral). En el caso del CC, la pertenencia a una categoría (de los hechos probados) pareciera lograrse por la vía de un juicio de semejanzas (aproximación a un prototipo). El MADR es más discutible ya que admite una lectura en ambas direcciones²¹.

Ver, por ejemplo, Nozick, R., *The nature of the rationality*, tercera edición, Princeton: Princeton University Press, 1995, p. 98.

²⁰ Esto también refiere a las razones que los jueces darán a los lectores de sus sentencias. Así, la argumentación de las sentencias está determinada, en parte, por lo que exigen los EdP. Todo esto se desarrolla a continuación al referirse a los usos de los EdP.

²¹ Larry Laudan sostiene que es usual hallar dos clases de aproximación respecto del MADR. Por una parte, los tribunales de justicia suelen privilegiar una aproximación cualitativa (la preocupación, es por ejemplo, la clase de convicción que produce la prueba rendida) y, por la otra, los académicos están preocupados de fijar un umbral de probabilidad (bayesiana) que debe alcanzar la parte sobre la que recae la carga

Entendidos como umbrales, los EdP suponen la posibilidad de construir escalas de medición. Así, las interpretaciones buscan —a través de cifras o conceptos— reducir las variables relevantes del caso y, de esa manera, provocar consensos metodológicos. El cálculo probabilístico, pese a todas sus dificultades, resulta prometedor para esta perspectiva. Entendidos como prototipos, los EdP alientan las comparaciones con un caso cuya pertenencia a la categoría «hecho probado» no resulta dudosa. Así, por ejemplo, podría entenderse que a través del CC se busca representar un tipo de justificación que implica el uso de una narrativa que no abusa de distinciones ni del lenguaje rebuscado (clara) y, a la vez, que es apta para provocar en el interlocutor adhesión respecto de la estructura argumental utilizada (convinciente)²². La inferencia de la mejor explicación podría funcionar bien en esta sede.

de la prueba (Laudan, L., “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, *Doxa*, 28, 2005, pp. 98-99. Ver también Laudan, L., *Verdad, error y proceso penal*, Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 66-83). Aun cuando lo que preocupa a Laudan es la subjetividad y ambigüedad que puede detectarse en ambas aproximaciones redundando en que —a su juicio— el MADR no sea un EdP genuino, la distinción referida es ilustrativa de que el MADR admite ser reconstruido tanto como un prototipo (*debes estar tan convencido como en aquellos casos en que...*), o bien como umbral (*habiéndose probado un 90%, entonces...*).

Las fronteras son difíciles de delinear. Ferrer pareciera simpatizar con la concepción de los EdP como umbrales. Así, él sugiere que “es imprescindible fijar el umbral a partir del cual aceptaremos una hipótesis como probada” aclarando a continuación que no es posible una “cuantificación numérica”. Sin embargo, cuando hace una propuesta de cómo usar el MADR señala que: “1) La hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas...” aparece mucho más comprometido con una perspectiva propia de un prototipo. (Ferrer, J., *op. cit.*, p. 139, 147).

²² A diferencia de lo que ocurre con el ejemplo del libro, el prototipo aquí referido tiene un alto nivel de abstracción. En rigor, un prototipo muy abstracto presenta problemas importantes para su identificación pues da amplio espacio al desacuerdo en la comunidad de intérpretes.

II. ¿Cuáles son los usos de los estándares de prueba?

Los EdP admiten usos variados: algunos de ellos son directos y otros, indirectos. En lo que sigue se considerará, especialmente, lo que ocurre en el *civil law*, sin perjuicio de que la mayoría de los usos que se sugieren se aplican también en el *common law*²³. Los EdP adquieren protagonismo no solo en la fase de la decisión probatoria, sino también en las etapas previas y posteriores de un juicio. La razón es aparentemente de Perogrullo: tanto las partes como el tribunal adaptan sus actuaciones según el impacto que, estiman, llegarán a tener en la decisión que da o no por probadas las acciones u omisiones²⁴ sobre las que se discute. La enumeración de los usos de los EdP que a continuación se hace no es exhaustiva²⁵ (no se agotan sus distintas posibilidades) y, a la vez, en varios de los casos presentados tiene un carácter meramente exploratorio (algunos de las propuestas podrían reformularse o fusionarse):

²³ Las diferencias obedecen, principalmente, a que en el *civil law* la decisión probatoria corresponde a jueces profesionales, y a que esta debe motivarse (Taruffo, M., “Tres observaciones sobre ‘Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar de Larry Laudan’”, *Doxa*, 28, 2005, pp. 119-122). Según Laudan, ni la participación de jueces profesionales, ni la obligación de motivar cambia mayormente la situación respecto al MADR (Laudan, L., “Una breve réplica”, *Doxa*, 28, 2005, pp. 152-155). Al observar el comportamiento de los tribunales, Laudan pareciera llevar la razón. Hay, sin embargo, algunas diferencias que es útil no diluir respecto del papel de los EdP. En el listado que se propone en este trabajo, habrá que prestar atención a las letras c) y f).

²⁴ En rigor, también se dan por probados *estados de cosas*, sobre todo, en casos en los que se persigue la responsabilidad objetiva de un sujeto. El foco en la prueba de acciones u omisiones se explica dado que a nivel de uso de EdP se pone mayor atención en el *probandum* final que en los intermedios. Anderson, T., Schum, D. y Twining, W., *Análisis de la prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 409.

²⁵ Un análisis interesante que amplía las posibilidades de uso de los EdP —tal como aquí se promueve— puede verse en Ho, H. L., *A Philosophy of Evidence Law*, Oxford: Oxford University Press, 2010 (reimpresión), p. 185 y ss. Ho llama la atención acerca de la conveniencia de adoptar una forma de análisis de los EdP, desde una perspectiva interna. Aquello implica considerar su dimensión en cuanto estándares de precaución, es decir de una actitud de resistencia a ser persuadido de la verdad de la conjetura de la que judicialmente se discute. Lo expresado redundaría en que en el EdP de la PP (aplicable para materias civiles) promueva la actitud de imparcialidad del juzgador; en cambio, el EdP del MADR (aplicable en el ámbito penal,) lo que promueve es una actitud de protección en favor del acusado.

a) *Orientan a las partes respecto de la conveniencia de participar o de retirarse anticipadamente en un litigio.* Por una parte, los EdP dan señales al demandante o al acusador acerca de cuándo conviene iniciar un proceso judicial y, a la vez, de cuándo es preferible abstenerse de hacerlo. Por la otra, los EdP estimulan o desincentivan a la demandada o acusada a transigir, a perseverar o a rendirse tempranamente. Acorde a lo indicado, un estándar poco exigente estimula la interposición de demandas y, a la vez, hace aconsejable a la parte demandada transigir para salvar parte de lo disputado, e incluso, reconocer sus responsabilidades para ahorrarse los costes de la litigación. Al contrario, un estándar altamente exigente desincentiva la interposición de demandas, insta a los demandantes a estar más llanos a negociar en caso de desacuerdo, como también, da señales a los demandantes en orden a no ser propensos a aceptar transacciones²⁶.

b) *Orientan a las partes acerca de cuánta prueba conviene producir en un proceso judicial.* Un buen manejo de los EdP disminuye los problemas de hiper racionalidad (producción y/o análisis de prueba sobreabundante) o de irracionalidad (producción y/o análisis de prueba escasa)²⁷. Si las demás variables se mantienen constantes, un EdP altamente exigente implica que el demandante deberá asumir elevados costos para salir victorioso y, al contrario, que la demandada no debiese invertir demasiados recursos en la producción de pruebas, ni en la construcción de argumentos. A su vez, un EdP poco exigente implica para el demandante costes reducidos de producción de pruebas y de argumentos. A la vez, para la demandada implica un esfuerzo equiparable al de este, si no quiere ser derrotada.

En la realidad, las otras variables relevantes que inciden en la cantidad de prueba a producir no permanecen inalteradas. Un EdP altamente exigente se asocia a decisiones que impactan de manera importante en la vida del acusado o demandado, por lo que este no se

²⁶ Ver Allen, R., *op. cit.*, pp. 49-50; Anderson, T., Schum, D. y Twining, W., *Análisis de la prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 284 y ss

²⁷ Elster, J., *Juicios salomónicos. Las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión*, Barcelona: Gedisa, 1991, p. 19.

arriesgará a producir poca prueba. La parte acusadora o demandante, que sabe aquello, se preocupará de producir aún mejores pruebas y argumentos si no quiere fracasar en su intento probatorio. Un EdP poco exigente no lleva necesariamente a una producción moderada o baja de pruebas y argumentos: la cuantía de lo que se encuentra en juego podría implicar un gran esfuerzo de ambas partes conducente a una producción alta de pruebas y argumentos.

c) *Modelan la clase de inferencias que es válido realizar desde las pruebas disponibles hacia las conjeturas a probar.* Los EdP definen la magnitud de los saltos argumentales que resultan tolerables, ya sea en los alegatos de las partes o en el texto de las sentencias²⁸. Los saltos intolerables —podría decirse— son aquellos que van mucho más allá de lo que sus premisas permiten. Por cierto, las premisas en sí no fijan sus alcances, sino la respectiva comunidad de intérpretes. Los EdP asumen dicha tarea por la vía de indicar autoritativamente cuán arriesgadas (o conservadoras) se espera que sean las inferencias probatorias que se proponen, tanto en los alegatos de los abogados como en las sentencias de los jueces²⁹.

Un EdP exigente es escasamente tolerante a la realización de inferencias arriesgadas a partir de la prueba disponible (no hay espacios para realizar saltos argumentales muy amplios). Un EdP poco exigente, en cambio, está abierto a la inclusión de inferencias que no eliminen explicaciones alternativas plausibles (las cadenas de argumentos admiten una mayor separación entre sus eslabones). Conforme a lo indicado, el texto de una sentencia condenatoria en casos que corres-

²⁸ En términos generales, los EdP se usan para evaluar la legitimidad de una red de argumentos completa, más que de distintos tramos de argumentos. Dado que las inferencias representan múltiples conexiones entre los eslabones que forman parte de la red argumental, podría pensarse que los EdP no actúan a un nivel micro como el que se sugiere. Esta objeción no vendría al caso. La red argumental puede perder mucha fuerza por solo una inferencia dudosa (como no es de extrañar que ocurra con la duda razonable). A ello se suma la circunstancia de que los EdP orientan a los participantes acerca de la rigurosidad con la que deben operar en cada paso argumental que realicen si se asume una perspectiva más atomista que holística (piénsese, por ejemplo, en el *chart method* de Wigmore).

²⁹ Coloma, R.; Agüero, C., “Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, N°2, 2014, pp. 681 – 685.

ponda aplicar un EdP altamente exigente debiese ser exhaustivo en orden a reducir, en la mayor medida de lo posible, ya sea las lagunas explicativas, o bien las contradicciones entre las distintas partes del discurso. Especial cuidado deberá tenerse en la eliminación de explicaciones alternativas que se encuentren dotadas de plausibilidad y que apunten en una dirección opuesta a la elegida. El texto de la sentencia condenatoria en que se aplique un EdP poco exigente puede no ocuparse de destruir cualquier explicación alternativa, salvo que exista prueba que fortalezca alguna de tales explicaciones alternativas. Al contrario, en sentencias absolutorias en que se aplique un estándar exigente podrá bastar con mostrar cualquier fisura argumental que haga plausible una explicación diferente a la sostenida por la parte demandante o acusadora. Por su parte, en sentencias absolutorias en que se aplique un estándar poco exigente habrá que preocuparse por dejar asentadas lagunas o contradicciones importantes en las explicaciones de la demandante o acusadora; ello en términos de que el curso alternativo que ofrece aparezca como tan plausible como el que se desecha.

d) *Distribuyen riesgos de falsos positivos y falsos negativos*. La concepción hegemónica de los usos de los EdP se focaliza en el problema de la distribución de los falsos positivos y de los falsos negativos. Se trata de una versión fuerte, ya que de lo que aparentemente se hace cargo es de la zona de discrepancia habida entre lo que se da o no se da por probado, por una parte, y aquello que realmente ocurrió en el mundo, por la otra³⁰.

Según la formulación recién anunciada, este uso de los EdP se anticipa como inservible pues —como es de sobra sabido— no nos encontramos en la posición del “Ojo de Dios” respecto de lo que *realmente*³¹ ha ocurrido en el mundo y, por tanto, la referida comparación parece

³⁰ La crítica de Juan Carlos Bayón en cuanto a que los EdP se limitan a establecer relaciones ordinales, siendo impotentes, en cambio, para comparaciones cardinales, es una observación que da cuenta de lleno de los problemas que aquejan a la versión fuerte de la distribución de falsos positivos y falsos negativos. Bayón, J. C., “Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano”, *Analisi e Diritto*, 2008, p. 31, 32.

³¹ La locución “ocurrió realmente” es extraña. Aparece como una tautología, pero si analizamos cómo usamos el lenguaje no lo es. En una cierta medida, de lo que se trata es de fijar una posición de poder.

imposible de realizar. Una posible salida pasa por resignificar los términos «falso positivo» y «falso negativo» (versión débil). De lo que se trata es de exigir una determinada posición epistémica³² (más/menos fuerte), ya sea en el momento de la decisión o posteriormente³³. Así, por ejemplo, si habiéndose ya condenado a los acusados por un delito de homicidio aparece viva la presunta víctima, nos encontraremos en inmejorables condiciones para sostener que en la sentencia se incurrió en un falso positivo. Eso no es todo, también estaremos en una confortable posición epistémica para alegar un falso positivo, si con posterioridad a la condena se aprehende a otros sujetos respecto de los cuales se genera prueba mucho más apabullante acerca de su culpabilidad que la que, en su momento, estuvo disponible respecto de quienes fueron condenados.

Un EdP escasamente exigente establece un contexto propicio para el aumento de los falsos positivos (se dan por probados hechos respecto de los cuales las pruebas de cargo no han sido especialmente fuertes y, por tanto, no sería impensable que en el futuro se lleguen a producir pruebas que las desvirtúen), en cambio, un estándar altamente exigente establece un contexto en que no resultan infrecuentes los falsos negativos (no se dan por probados hechos respecto de los cuales las pruebas son fuertes, siendo previsible que en el futuro no sean desvirtuadas e, incluso, resulten fortalecidas). El primer escenario beneficia a los demandantes y el segundo, a los demandados.

e) *Determinan los opuestos que compiten en la decisión probatoria.* Las opciones en competición pueden ser: a) «probada la conducta *X*» v/s «no probada la conducta *X*»; o b) «probada la conducta *X*» v/s «probada la conducta *no X*». En el primero de los casos el opuesto a la decisión de dar por probada la conducta *X* es la suspensión de la deci-

³² Susan Haack habla a propósito de los EdP en términos de grados de aval, lo que es consistente con la versión débil aquí presentada. Haack, S., “El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica”, en Vásquez, Carmen (ed.), *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*, Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 75-89.

³³ Si se asume una versión débil de la distribución de falsos positivos y falsos negativos, la satisfacción de la expectativa de establecer relaciones ordinales entre los cursos de acción no constituye un mal resultado. Aquello, por lo demás calza bastante bien con la concepción de los EdP como prototipos.

sión dar por probado X (negación ilocucionaria). En el segundo de los casos, el opuesto a la decisión de dar los hechos por probados (X) es la decisión de dar por probada la conducta opuesta, es decir *no* X (negación locucionaria o proposicional). El asunto, por cierto, es relevante respecto de la forma en que se llevará a cabo el juicio³⁴. La primera perspectiva pareciera ser la propia del MADR; en cambio, la segunda es la que mejor representa a la PP.

Al no considerarse la lógica propia de una competición entre puntos de vista contrarios, sino solo una determinada forma de dar cuenta de la realidad (por ejemplo: Rodión mató a Aliona), en el caso del MADR la función de la defensa se reduce a debilitar las razones por las cuales habría que aceptar dicha reconstrucción. En el caso de la PP compiten dos reconstrucciones de un evento: Montgomery pagó el precio pactado / Montgomery no pagó el precio pactado. En vista de ello, la parte sobre la que no recae el EdP debe preocuparse no solo de desvirtuar lo afirmado por la contraparte, sino también de suscitar adhesión a la versión que defiende³⁵.

f) *Influyen en la clase de razonamiento que las partes y los jueces adoptan para conectar la prueba disponible y la conjetura que se somete a contrastación.* Los enfoques que compiten son, por una parte, de carácter atomista, lo que implica que el analista divida la conjetura en diferentes proposiciones (penúltimas) a demostrar. Cada una admite un análisis inde-

³⁴ La forma de participar en el juicio cambia considerablemente según los opuestos que compitan. En el primero de los casos presentados, a la parte sobre la que no recae la carga de la prueba le basta con debilitar la versión de la contraria en términos que no llegue a ser aceptada (actúa como un *aguafestas*: solo debe destruir); en el segundo de los casos, la parte que no soporta la carga de la prueba debe debilitar el punto de vista rival y, a la vez, construir un relato alternativo.

³⁵ Como hipótesis, cabría sostener que la PP admite reconstruirse desde la perspectiva del demandado, sin que ello provoque alteraciones en los procesos en que esta se aplica. Una fórmula podría ser la de que la demandada debe soportar un EdP de «al menos una prueba que resulte equiparable a la que presente el demandante». En la práctica sería difícil que funcione algo así, ya que la PP suele entenderse asociada a la exigencia de que la parte que debe soportar el EdP tiene la obligación de presentar un nivel de prueba que haga al menos plausible lo que sostiene. Ver Schauer, F., *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, Cambridge & London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006, p. 79 y ss.

pendiente. Cuando aquello ocurre, la cadena argumental resulta tan delgada como lo sea su eslabón más delgado. En el MARD al excluirse del estatus de probado las conjeturas respecto de las cuales se entiende que persiste una duda razonable, se favorece el desglose del análisis en tantas variables como resulte útil a la defensa a los efectos de identificar una duda razonable.

El razonamiento holístico se ocupa de abordar el problema como un todo. No importa la debilidad de algunas variables, sino lo que ocurre con el conjunto. Así, el caso no se analiza como un diagrama argumental en que se desglosan las diferentes variables, sino como una red en la que algunas partes débiles son sostenidas por las más fuertes. En la PP, en cambio, se favorecen formas de representación argumental que dejan de lado cuestiones de detalles, y el foco se dirige hacia la comparación de los distintos relatos en competición.

g) *Inciden en la elección entre una concepción de los hechos probados que los concibe como creencias, o bien como decisiones que han superado un proceso de validación.* Los EdP pueden formularse en términos de que la decisión de que un hecho está probado se haga depender de la adopción de una creencia en favor de su existencia (lo que antes era una conjetura pasa a ser una creencia que se estará dispuesto a defender) o bien, de que se le acepte como el resultado de un procedimiento de validación³⁶, independientemente que se crea en él (lo que antes era una conjetura pasa a ser un enunciado aceptado).

Las dos opciones recién indicadas se presentan también en la cotidianeidad. Así, respecto de una determinada aserción yo puedo creerla o no creerla, aceptarla o no aceptarla; y luego es de esperar que actúe en consecuencia. Creer algo no me releva de la obligación de dar razón de mis dichos y hacerme cargo de las refutaciones que se hagan; aceptar algo provoca efectos muy parecidos. Hay, sin embargo, una diferencia insoslayable entre ambas opciones al momento de asignarle un papel a la voluntad: *no se cree a voluntad*, incluso si se reconoce

³⁶ Esto supone una concepción de los hechos como conjeturas que habiendo sido sometidas a un proceso de validación, dejan de ser problematizadas por haberse desvanecido las razones para ello (*la última palabra ya fue dicha*).

que se puede voluntariamente llevar a cabo una serie de acciones que propenden a que yo llegue a creer o a descreer de algo. Cuando, en cambio, acepto una aserción que ha cumplido con ciertas condiciones de validación es porque he tomado una decisión en tal sentido³⁷. Las personas, por cierto, tendemos a que lo que creemos y lo que aceptamos sea coincidente, pero estamos dispuestos a hacer excepciones³⁸.

Un EdP como el de la PP calza bien con la concepción de los hechos como un acto de aceptación derivado de la concurrencia de distintas variables (cantidad de pruebas, relevancia de las pruebas, etc.), independientemente de cuales sean mis creencias. En casos en que las pruebas disponibles favorables a la versión de la demandante sean solo ligeramente superiores a aquellas que presenta la demandada, será frecuente que más que una creencia, se produzca solo una disposición favorable hacia una creencia³⁹ (aunque se esté en condiciones de sostener que probablemente los hechos debatidos ocurrieron, el adjudicador habitualmente dejará en suspenso las creencias que vayan en ese sentido). El MADR, en cambio, al menos en algunas de sus formulaciones⁴⁰, puede hacerse calzar perfectamente con la concepción de hechos probados como dependientes de la producción de una determinada creencia (creencia firme respecto de la cual no se tienen dudas razonables), pasando a un segundo plano la superación del proceso de validación

³⁷ Otra diferencia refiere a que cuando se trata de adoptar una creencia, el sujeto tiene como referente su sistema de creencias previas no teniendo que dar razones de aquello, a menos que le sea solicitado (ver Levi, I., “Pragmatism and Change of View”, en Levi, I., *Pragmatism and Inquiry, Selected Essays*, Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 30 y ss.). El sujeto considera sus creencias actuales como lo dado y el juicio sobre la potencial nueva creencia es básicamente de consistencia con dicho sistema. En el caso que lo que se pida al sujeto sea la aceptación de la creencia, se le está situando en una situación de indiferencia respecto de su sistema de creencias exigiéndole un mayor compromiso con aquello que culturalmente se acepta.

³⁸ Ver Cohen, L. J., “Belief and acceptance”, *Mind*, XCVIII, 1989, p. 368; Mosterín, J., *Lo mejor posible. Racionalidad y acción humana*, Madrid: Alianza, 2008, p. 191 y ss.

³⁹ La actitud que mejor representa ese estado de cosas será la de suspensión de creencias (¡es posible que P haya ocurrido, pero no descarto que no haya ocurrido!).

⁴⁰ El art. 340 del Código Procesal Penal chileno dice: “Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible”.

propriadamente tal. También es posible que simultáneamente concurren ambas aproximaciones. Aquello ocurre si para dar superado el MADR se requiere la producción de un estado de creencias (no basta la aceptación) y, en cambio, para entender que no ha sido superado basta con *aceptar* una duda razonable procedimentalmente validada, incluso si el juzgador persevera en su creencia de la culpabilidad.

II.1. Los macro-usos de los estándares de prueba

Los usos anunciados pueden agruparse en relación a tres macro-usos esperables de los EdP. Entenderé por macro-uso un conjunto de usos que presentan características comunes relevantes.

i) *Determinación de la cantidad de errores esperables del sistema de adjudicación*. Si se tienen en cuenta los usos de las letras a), b) y c), cabe sostener que un EdP exigente favorece decisiones más fiables que las esperables de la utilización de un EdP menos exigente. Aquello ocurre en razón de que con un EdP exigente, la parte demandante o acusadora elige solo «buenos casos»; es decir, aquellos en los que vislumbra posibilidades de éxito. Dado que en ellos se debe producir un mayor número de pruebas y argumentos de partes, los jueces están en mejor posición para evitar errores al momento de tomar la decisión⁴¹. El asunto no termina ahí, pues esa clase de EdP propende a una reducción de la magnitud de los saltos argumentales en el texto justificatorio. De esta manera, los EdP no tienen un uso que solo se relaciona con la distribución de errores, sino también con la cantidad de errores tolerables.

Las investigaciones que llevamos a cabo en diferentes contextos —incluido el de los procesos judiciales— propenden, por una parte, a aumentar los conocimientos; y por la otra, a reducir los errores, tanto

⁴¹ Ver Keynes, J. M., *A Treatise of Probability*, London: Macmillan and Co., 1921, pp. 78-79. Lo expresado explica una aparente paradoja que se produce en cuanto a que en juicios orales penales (en que se opera con el MADR), la proporción de casos en que se dan por probados los hechos suele ser más alta que en aquellos que se aplica la PP (los juicios civiles). No hay tal paradoja pues en los juicios penales orales hay filtros más exigentes que evitan el ingreso de casos con prueba escasa, a la vez que el esfuerzo por optimizar la prueba es mucho mayor.

en los que consideramos como nuestros saberes actuales, como en los potenciales⁴². Un EdP exigente afecta las pretensiones cuantitativas (habrá menor cantidad de hechos probados) pero es deferente con las cualitativas (se reconocerá que se saben menos cosas, pero serán más seguras)⁴³. Al contrario, un EdP menos exigente aumenta los saberes, pero se verán amenazados por un mayor número de errores.

ii) *Distribución entre las partes de los errores que produce el sistema de adjudicación*. Esta categoría está conformada por los usos indicados en las letras d) y e). Según lo ya señalado, al menos en el estado actual de desarrollo, entender los EdP como herramientas que permiten distribuir los riesgos de falsos positivos y de falsos negativos —entendidos en sus términos fuertes— constituye una meta que excede las posibilidades de los EdP. Una opción más viable pasa por entender los EdP, ya sea como mecanismos que fijan un umbral de resistencia a la falsación⁴⁴, o bien como prototipos discursivos que determinan cuanto soporte requiere el relato de la parte sobre la que recae la carga de persuasión.

El MADR es un EdP exigente pues implica la exclusión de cualquier duda razonable en las cadenas argumentales⁴⁵ que dan sustento a la acusación. Con ello se espera una menor proporción de falsos positivos que de falsos negativos, bajo la condición de que las partes

⁴² Ver Levi, I., *The fixation of belief and its undoing. Changing beliefs through inquiry*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, pp. 10-11.

⁴³ Lo expresado se produce en la medida en que la negación que acompaña al EdP sea ilocucionaria y no proposicional.

⁴⁴ Los esfuerzos de los tribunales de justicia por ocultar en sus sentencias condenatorias los espacios de incertidumbre que han dado por superados —pese a las lagunas de información que afectan al caso concreto— no constituye una estrategia que favorezca un genuino uso de los EdP. Mucho más interesante es la explicitación de las razones de por qué pese a esos fallos de información se decide adecuadamente dando los hechos por probados. Ver, en un sentido acorde al indicado, Gardner-Medwin, T., “Reasonable doubt: Uncertainty in Education, Science and Law”, en Dawid, Ph., Twining, W. y Vasilaki, M. (eds.), *Evidence, Inference and Enquiry*, Oxford: The British Academy, 2011, p. 466 y ss.

⁴⁵ Si se trata de argumentos coordinados (interdependientes), una duda razonable en cualquiera de las líneas de argumentación será suficiente para derribar los hechos afirmados por la parte acusadora. Si, en cambio, los argumentos son múltiples (independientes) habrá que analizar la red argumental completa para llegar a sostener que la duda razonable es un impedimento para dar por probados los hechos.

se encuentren en una posición simétrica en lo que concierne a las posibilidades de producir prueba o de persuadir (o bien, cuando habiendo asimetría no afecta al acusado)⁴⁶. Con un EdP menos exigente como la PP no se pretende, en cambio, provocar desequilibrios relevantes entre falsos positivos y falsos negativos, bajo condición de que las partes se encuentren en una posición simétrica.

Las opciones que se hacen competir conforme a lo planteado en la letra e) inciden en la distribución de los riesgos de error. Al operar en un sistema en que la negativa a dar por probado obedece a una suspensión del juicio (negación ilocucionaria) los falsos negativos aumentan proporcionalmente; en cambio si se opera en un sistema en que la negativa a dar por probado los hechos implica aceptar la conducta opuesta a la que se trataba de demostrar (está probado no X), entonces disminuye la proporción de falsos negativos.

iii) *Forma que adoptan los hechos probados*. Este macro-uso agrupa los usos ya indicados en las letras f) y g). Respecto de la letra g), los EdP dan espacio a concepciones en que las creencias de quienes se desempeñan en el rol de jueces son gravitantes; como también a aquellas en que lo relevante es la aceptación de una conjetura en consideración de la fortaleza de las conexiones establecidas respecto de las pruebas disponibles. Lo expresado no es obstáculo a que en el primero de los casos resultará muy difícil operar con estándares de revisión de los hechos que se han dado o no por probados, dado que lo que mediante ellos habría que poner en duda es la sinceridad de los adjudicadores. En el segundo de los casos, un tribunal superior no debiese tener dificultades —más allá de las propias de definir los alcances del estándar de revisión y del conocimiento del caso concreto— para llegar a modificar lo que fue resuelto. Sin perjuicio de lo señalado, en el primero de los casos conserva sentido sostener que los tribunales hacen depender su decisión de lo que estipulan los EdP⁴⁷.

⁴⁶ Ver Posner, R., "An Economic Approach to the Law of Evidence", *Stanford Law Review*, Vol. 51, 1998-1999, p. 1505.

⁴⁷ En los casos en que resulte absurdo afirmar que se ha alcanzado una cierta creencia, el sistema jurídico y social cuentan con resguardos, tales como sanciones disciplinarias, crítica abierta a las decisiones, etc.

Los EdP pueden ser usados en términos de privilegiar (o no) hechos consistentes con lo que se encuentra aceptado en espacios de discusión que excedan lo puramente jurídico. Si a los jueces se les pide aceptar hechos que puedan también usarse fuera del espacio del discurso de lo jurídico, es más fácil lograrlo si se recurre a una forma de razonamiento holística.

En rigor, varios de los usos de los EdP se vinculan a la inexistencia de disposiciones que aluden a lo que aquellos regulan. En ese sentido, tales usos son contingentes. Así, por ejemplo, los usos b), e), f) y g) podrían independizarse de los EdP si se introdujesen disposiciones que los traten directamente. De aquello resultaría que se restringirían los usos de los EdP a los más ineludibles, como sería el caso de d) y, en menor medida, de a) y c).

III. Un ejercicio de toma de decisiones con EdP

El desencanto aludido al comienzo de este trabajo se relaciona estrechamente con el fracaso en la reducción de los resultados del análisis probatorio a un guarismo («la conjetura X ha sido probada un 0,7 dentro de un rango de 0 a 1») o, al menos, en la construcción de textos justificantes de la decisión cuyos contornos sean muy precisos («la conjetura X ha sido sólidamente confirmada», donde «sólidamente confirmada» se diferencia de manera nítida de «medianamente confirmada» o de «levemente refutada»). Los problemas inherentes a las metodologías utilizadas y/o a las precariedades de la cultura jurídica para aplicar el cálculo probabilístico han redundado en que el uso de números no pase de ser una metáfora⁴⁸, salvo, tal vez, unos pocos casos que efectivamente han resultado provechosos⁴⁹.

⁴⁸ La dificultad para limar los contornos de los conceptos hace difícil no establecer relaciones con números si se quiere comunicar precisión. Gascón, M., “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos”, *Doxa*, 28, 2005, p. 135 y ss.

⁴⁹ Los intentos más evidentes en ese sentido han apuntado a la aplicación del Teorema de Bayes a los asuntos probatorios. Hay una literatura abundante tanto a favor como en contra. Hasta la fecha, hay problemas no resueltos en el cálculo probabilístico, en cuanto herramienta útil para la gestión de los problemas probatorios. Ver, entre otros,

A continuación, presentaré una secuencia de pasos que toma en cuenta los usos de los EdP previamente señalados. Las posibilidades de ordenación sugeridas pueden variar, como también se pueden añadir o eliminar pasos. Algunas de las formulaciones de los pasos se explican desde una comprensión de los EdP preferente comprometida con su dimensión de umbral y otras, con la de prototipos. En la columna de la izquierda se tendrán especialmente presentes algunas de las posibilidades que ofrece la PP y en la derecha, algunas lecturas posibles de lo que implica el MADR.

Fase 1. Determine cuál es la opción opuesta a la de «probada la conducta X». Luego de ello, siga los pasos señalados bajo la respectiva columna.

<i>Probada la conducta no X</i>	<i>No probada la conducta X</i>
i) Identifique las piezas de prueba (y argumentos) que fortalezcan la conjetura X.	i) Identifique las piezas de prueba (y argumentos) que fortalezcan la conjetura X.
ii) Identifique las piezas de prueba (y argumentos) que debiliten la conjetura X.	ii) Identifique las piezas de prueba (y argumentos) que debiliten la conjetura X.
iii) Identifique las piezas de prueba (y argumentos) que fortalezcan la conjetura no X.	iii) Identifique los argumentos que resulten consistentes con la suspensión de toma de posición respecto de la conjetura X*.
iv) Identifique las piezas de prueba (y argumentos) que debiliten la conjetura no X.	

* Esta situación puede darse en el caso de desacuerdo entre los juzgadores respecto de si la conjetura X ha sido probada (o no) a partir de la prueba disponible. La sola existencia de un desacuerdo constituye una razón para ser más cautos en la decisión, aun cuando no imposibilite considerar probada la conjetura X. Ver Coloma, R., “Dos es más que uno, pero menos que tres. El voto disidente en decisiones judiciales sometidas al estándar de prueba de la ‘duda razonable’”, *Política criminal*, 9 (18), 2014, pp. 400-427.

Haack, S., “El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica”, en Vásquez, C., (ed.), *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*, Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 83-94.

Fase 2. Identifique la estructura de razonamiento preferente para conectar la prueba disponible y la conjetura sometida a contrastación. Luego siga los pasos señalados bajo la respectiva columna.

<i>Razonamiento holístico</i>	<i>Razonamiento atomista</i>
i) Identifique distintos relatos posibles que articulen el material probatorio disponible en términos de fortalecer la conjetura a probar (X).	i) Desglose la conjetura a ser probada X en distintas proposiciones interdependientes que, a su vez, requieran ser demostradas (penúltima probanda)**.
ii) Elija aquella opción que se muestre más útil para la validación de la conjetura X.	ii) Establezca conexiones entre la penúltima probanda y la prueba disponible que ha seleccionado en la fase previa.
iii) Identifique distintos relatos posibles que articulen el material probatorio disponible en términos de fortalecer la conjetura a probar (no X*).	iii) Identifique en las distintas cadenas de argumentos, las partes que resultan más débiles.
iv) Elija aquella opción que se muestre más útil para la demostración de la conjetura no X.	

* Se operará de esta manera si el opuesto a «probado X» fuere «probado no X».

** Ver Anderson, T., Schum, D., Twining, W., *Análisis de la prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 409.

Fase 3. Determine si los hechos probados deben entenderse como creencias o como conjeturas que cuentan con credenciales para ser aceptadas. Luego siga los pasos que se indican más abajo.

<i>Hechos probados como creencias</i>	<i>Hechos probados como conjeturas con credenciales para su aceptación</i>
<p>i) Realice un ejercicio de introspección acerca de la información relevante producida en la audiencia de prueba que le parezca digna de ser tomada en cuenta (a su juicio, es prueba fiable).</p> <p>ii) Realice un ejercicio de introspección acerca de qué argumentos que toman en cuenta la información que Ud. ha considerado fiable establecen conexiones con las conjeturas rivales en términos de fortalecerlas o de debilitarlas.</p> <p>iii) Analice los resultados obtenidos de los pasos i) y ii) desde la perspectiva de si resistirán el escrutinio del auditorio al que se dirige la sentencia*.</p>	<p>i) Analice —desde la perspectiva de una comunidad racional— las piezas de información producida en la audiencia de prueba que sean aptas para soportar una decisión que da por probada la conjetura X.</p> <p>ii.) Analice —desde la perspectiva de una comunidad racional— la fiabilidad de las pruebas rendidas.</p> <p>iii.) Analice —desde la perspectiva de una comunidad racional— las fortalezas y debilidades de posibles conexiones entre las pruebas disponibles y la conjetura X.</p>

* Este paso tiene en cuenta que la decisión debe ser motivada en un texto.

Fase 4. Evalúe la suficiencia de la prueba y de los argumentos que ha identificado en las fases previas, a los efectos de construir un relato. Tenga en consideración tanto si el relato es más fuerte que el alternativo, o bien si es apto para superar la inercia de lo no probado.

<i>Fortaleza de relatos consistentes con «probado X» y los de «probado no X»</i>	<i>Fortaleza de relato de «probado X» en términos de superar la inercia de lo no probado</i>
--	--

Evalúe lo siguiente, tanto respecto de «probado X» como de «probado no X»:

i) Relevancia del relato (conexión suficiente con las normas abstractas que pretenden aplicarse); ii) Coherencia de la narración (compatibilidad entre sus distintas partes); iii) Completitud o cobertura del relato (magnitud de las lagunas de información habida cuenta del contexto ¿podrían haber sido menos?, ¿quién es responsable de que se hayan producido?, etc.); iv) Anclaje con un *background* de conocimientos prestigiosos; v) Anclaje con la información producida en la audiencia de prueba (extensión de los saltos inferenciales que se realizan para los efectos de hacer aparecer el relato como una derivación de las que han sido válidamente presentadas como pruebas)*.

Pregunta clave: ¿Cuál de los relatos es más satisfactorio respecto de las variables identificadas?

Evalúe lo siguiente respecto de «probado X» (realice los mismos pasos de la columna de la derecha)

Pregunta clave: ¿Es el relato suficiente como para superar la inercia que favorece al punto de vista de lo que no se encuentra probado?

* Coloma, R., “Las buenas y las malas historias. Criterios de validación del discurso de los hechos en las sentencias judiciales”, en Brunet, P. y Arena, F. (dirs.), *Cuestiones contemporáneas de teoría analítica del derecho*, Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 87 y ss.

Fase 5. Decida de una manera deferente con las mayores o menores exigencias asociadas al EdP⁵⁰.

En esta última fase no se distinguen dos columnas, pese a que hay efectos diversos según sea el EdP que se aplique. Se asumen los límites de los seres humanos para distinguir con un cierto nivel de precisión los niveles de logro de la actividad probatoria. Bajo una comprensión de los EdP que resulta más cercana a la de umbral que a la de prototipo, Kevin Clermont ha propuesto distinguir siete niveles de demostración de los hechos: los extremos están conformados por los enunciados *existe la más leve posibilidad*, hasta *es casi cierto*⁵¹. Operar bajo ese supuesto provee una adecuada dosis de realismo⁵². Hay *dificultades* evidentes para comparar casos con diferentes soportes probatorios, salvo aquellos en que se persigan responsabilidades equiparables y se cuente con pruebas similares.

Ante un caso cualquiera, el tribunal que decide los hechos se pregunta si las pruebas y las argumentaciones disponibles sitúan (o no) el caso en la zona de penumbra de la locución «hecho probado». Si tanto las pruebas como los argumentos resultan apabullantes en favor de que la conjetura ha de darse por probada (zona de claridad) —o bien, si pruebas y argumentos son ínfimos como para tomar en serio la opción de que los hechos están probados (zona de obscuridad)— no será nece-

⁵⁰ Esta fase puede realizarse: i) además de la fase 4; ii) en lugar de la fase 4; o bien iii) omitirse si la fase 4 ha sido suficientemente satisfactoria y la concepción de EdP que se utiliza es la de prototipos.

⁵¹ Clermont, K., *op. cit.*, p. 35 y ss. Con los siete niveles habrá tres sobre un estado de equilibrio y tres bajo aquel.

⁵² Los médicos, con frecuencia, preguntan a los pacientes acerca de la intensidad de un dolor, pese a que no les resulta posible conocer de antemano su tolerancia al dolor (y eso puede variar en cada paciente). Usan, generalmente, una escala 1 a 10 y dan algunas pistas de lo que implica situarse en uno de los extremos (“1 es un dolor que si bien Ud. advierte resulta fácilmente soportable, no provocándole mayores problemas para seguir ejecutando sus labores cotidianas; 10 es un dolor extremo que Ud. considera que no podrá seguir soportando o con el que Ud. prefiere no seguir viviendo”). Los resultados que obtienen les permiten evaluar la progresión de este síntoma en un mismo paciente y así tomar decisiones acerca de los cursos a seguir.

sario siquiera plantearse el problema de la utilización de un EdP⁵³. Si, en cambio, tanto las pruebas como los argumentos disponibles llevan al adjudicador a situar el caso concreto en la zona de penumbra de la locución «hechos probados», el tribunal debe tomar posición respecto a cuál de las siguientes tres categorías representa mejor el caso concreto:

<i>Conjetura escasamente demostrada</i>	<i>Conjetura medianamente demostrada</i>	<i>Conjetura altamente demostrada*</i>
---	--	--

* Operar con tres niveles se asemeja a la elección de prendas de vestir: S/M/L. A ellas se van agregando XS, XL.

Luego de tomar posición, será preciso determinar si el caso queda mejor situado, ya sea en la parte inferior o bien en la superior de la categoría elegida.

<i>Conjetura escasamente demostrada</i>	<i>Conjetura medianamente demostrada</i>	<i>Conjetura altamente demostrada</i>
- +	- +	- +

Una vez que se ha situado el caso en una de las seis posiciones hay que considerar un EdP en concreto. Por ejemplo, si se trata del MADR se exige operar en el umbral Alto (-) o Alto (+). A su vez desde la perspectiva de la refutación se exigiría no operar en una categoría superior a escasa (+), ya que en caso contrario habría una duda razonable. Así, la combinación confirmación Alta (-) y refutación baja (+) constituye el mínimo requerido para superar el MADR. Respecto de la PP, en principio, la decisión se tomará caso a caso, pues dependerá de la posición que ocupe «probado X» v/s «no probado X». La posición vencedora será la que alcance la posición más alta, con la salvedad que —según se ha dicho— en la práctica a la posición «probado X» se le

⁵³ Las fases anteriores podrían ser omitidas.

exige un mínimo (no relacional) para que sea seriamente considerada: por ejemplo, conjetura medianamente demostrada (-).

Lo recién expresado se puede ajustar, sin grandes dificultades, a la concepción de los EdP como prototipos teniéndose en consideración la cercanía o lejanía respecto del prototipo que en concreto se defina. Un EdP exigente requerirá que en el caso concreto haya un alto nivel de aproximación al prototipo, en cambio, uno escasamente exigente hace posible una mayor distancia.

IV. Conclusiones

Los EdP son una clase de directivas de las cuales se espera que cumplan un papel clave en la configuración del razonamiento probatorio. Se sospecha —sin embargo— que aquellas expectativas no han sido, hasta ahora, suficientemente logradas. La influencia aparentemente escasa que ejercen los EdP en la toma de decisiones probatorias se debería —en una importante medida— a que la labor teórica no ha logrado clarificar algunos aspectos relevantes de su uso.

En este texto se ha sostenido que los estándares pueden reconstruirse ya sea como umbrales o como prototipos. El asunto no es menor ya que dependiendo de si se entienden en uno u otro sentido, las operaciones que deberán llevarse a cabo con los EdP serán diferentes. Concebir los EdP como umbrales privilegia formas de análisis de carácter cuantitativo. Estas suelen provocar bastantes complicaciones a los juristas, ya que —al menos por el momento— no ha podido resolverse el problema de cómo realizar mediciones. Concebir a los EdP como prototipos privilegia, en cambio, aproximaciones de carácter cualitativo. Aquellas se traducen en una evaluación de las conjeturas problematizadas desde la perspectiva de sus semejanzas y diferencias respecto a uno o más casos indubitados: habrá así un límite de que las comparaciones resultantes serán solo ordinales.

Además de la distinción conceptual precedente, se han hecho visibles distintos usos de los EdP. De esta manera, se refuerza la idea de

que si bien la distribución de los errores constituye un uso importante (aunque dudoso) de los EdP, no sería el único. Los EdP son los responsables de una serie de decisiones que adoptan las partes y los jueces en el decurso de los procesos judiciales. Así —a fin de cuentas— el principal problema de los EdP no sería su falta de operatividad, al menos en el sentido fuerte de la locución.

Bibliografía

- Allen, R., “Los estándares de prueba y los límites del análisis jurídico”, en Vásquez, Carmen (ed.), *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*, Madrid: Marcial Pons, 2013.
- Amaya, A., “Diez tesis acerca de la coherencia en el derecho” *Discusiones X*, 2011, pp. 21-64.
- Anderson, T., Schum, D. y Twining, W., *Análisis de la prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2015.
- Arnau, J., *Arte de probar. Ironía y lógica en India Antigua*, Madrid: FCE, 2008.
- Austin, J. L., “Otras mentes”, en Urmson, J. O. y Warnock, G. J. (coomp.), *Ensayos filosóficos*, Madrid: Alianza, 1989.
- Bayón, J. C., “Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano”, *Analisi e Diritto*, 2008.
- Clermont, K., *Standards of Decision in Law*, Durham: Carolina Academic Press, 2013.
- Cohen, L. J., “Belief and acceptance”, *Mind*, XCVIII, 1989.
- Coloma, R., “Dos es más que uno, pero menos que tres. El voto disidente en decisiones judiciales sometidas al estándar de prueba de la «duda razonable»”, *Política criminal*, 9 (18), 2014, pp. 400-427.
- Coloma, R., “Estándares de prueba y juicios por violaciones a los derechos humanos”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, XXII (2), 2009, pp. 205-229.
- Coloma, R., “Las buenas y las malas historias. Criterios de validación del discurso de los hechos en las sentencias judiciales”, en Brunet,

- P. y Arena, F. (dirs.), *Cuestiones contemporáneas de teoría analítica del derecho*, Madrid: Marcial Pons, 2011.
- Coloma, R. y Agüero, C., “Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba”, *Revista Chilena de Derecho*, 41 (2), 2014, pp. 673-703.
- Dei Vecchi, D., “Tres discusiones acerca de la relación entre prueba y verdad”, *Discusiones*, XIII, 2013, pp. 233-264.
- Elster, J., *Juicios salomónicos. Las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión*, Barcelona: Gedisa, 1991.
- Ferrer, J., *La valoración racional de la prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2007.
- Gardner-Medwin, T., “Reasonable doubt: Uncertainty in Education, Science and Law”, en Dawid, Ph., Twining, W. y Vasilaki, M. (eds.), *Evidence, Inference and Enquiry*, Oxford: The British Academy, 2011.
- Gascón, M., “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos”, *Doxa* 28, 2005.
- Haack, S., “El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica”, en Vásquez, C. (ed.), *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*, Madrid: Marcial Pons, 2013.
- Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995 (segunda edición).
- Ho, H. L., *A Philosophy of Evidence Law*, Oxford: Oxford University Press, 2010 (reimpresión).
- Keynes, J. M., *A Treatise of Probability*, London: Macmillan and Co., 1921.
- Larroucau, J., “Hacia un estándar de prueba civil”, *Revista Chilena de Derecho*, 39 (3), pp. 783-808.
- Laudan, L., “Una breve réplica”, *Doxa*, 28, 2005.
- Laudan, L., “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, *Doxa*, 28, 2005.
- Laudan, L., *Verdad, error y proceso penal*, Madrid: Marcial Pons, 2013.
- Levi, I., “Pragmatism and Change of View”, en Levi, I., *Pragmatism and Inquiry, Selected Essays*, Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Levi, I., *The fixation of belief and its undoing. Changing beliefs through inquiry*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

- Mosterín, J., *Lo mejor posible. Racionalidad y acción humana*, Madrid: Alianza, 2008.
- Nozick, R., *The nature of the rationality*, tercera edición, Princeton: Princeton University Press, 1995.
- Páez, A., “Estándares múltiples de prueba en medicina y derecho”, en Páez, A. (coord.), *Hechos, evidencia y estándares de prueba*, Bogotá: Universidad de los Andes, 2015.
- Pepper, S., *World Hypotheses*, Berkeley: University of California Press (impresión según demanda), 1942.
- Posner, R., “An Economic Approach to the Law of Evidence”, *Stanford Law Review*, 51, 1998-1999.
- Schauer, F., *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, Cambridge & London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006.
- Taruffo, M., “Tres observaciones sobre 'Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar' de Larry Laudan”, *Doxa*, 28, 2005.
- Toulmin, S., *Los usos de la argumentación*, Barcelona: Península.
- Whitman, J., *The origins of reasonable doubt. Theological roots of the criminal trial*, New Haven & London: Yale University Press, 2008.
- Williams, B. y Nagel, Th., *La suerte moral*, Oviedo: KRK, 2013.
- Zadeh, L., “Fuzzy logic and approximate reasoning”, *Synthese* 30, 1975.

A propósito de umbrales, prototipos y usos de los estándares prueba

*On Thresholds, Prototypes and Uses
of the Standard of Proof*

Raymundo Gama*

Recepción y evaluación de propuesta: 15/04/2016

Aceptación: 15/7/2016

Recepción y aceptación final: 4/7/2017

Resumen: En este trabajo se plantean algunos comentarios a “Los usos de los estándares de prueba” de Rodrigo Coloma. El análisis del término «estándar» en el lenguaje ordinario y en el lenguaje jurídico puede arrojar luz sobre la noción de estándar de prueba. Sin embargo, resulta problemática la propuesta de entender el estándar de prueba en el derecho como un umbral de carácter cuantitativo o como un prototipo de carácter cualitativo que permite establecer relaciones de semejanza para considerar un hecho como probado. Por otra parte, es relevante la tarea de examinar los usos de los estándares de prueba, pero encuentro algunos problemas en la formulación de algunos de los usos que detecta Coloma. Finalmente, se plantea que la discusión sobre la posibilidad de formular un estándar de prueba realmente objetivo suele presentarse en términos dilemáticos: o bien el estándar de prueba es completamente objetivo o bien no es un estándar en absoluto. Frente a esta postura se destaca la tesis de Susan Haack en el sentido de que el estándar de prueba es en parte psicológico y en parte epistemológico.

Palabras clave: estándares, umbral, prototipo, estándar de prueba, probabilidad jurídica

* ITAM. Departamento de Derecho. Ciudad de México, México.
Correo electrónico: raymundo.gama@itam.mx

Abstract: This paper examines Rodrigo Coloma's "The uses of the standards of proof". The analysis of the word «standard» in both ordinary and legal language may shed light on the concept of standard of proof. However, Coloma's distinction between a quantitative threshold or a qualitative prototype is problematic. I also find problematic some of the uses of the standards of proof formulated by Coloma. Legal scholars traditionally argue that a subjective standard is not a standard at all. Against this view the paper stresses Susan Haack's view that the legal standard of proof is in part psychological and in part epistemological.

Keywords: Standards, thresholds, prototypes, standard of proof, legal probabilism

I. Introducción

En su artículo "Los usos de los estándares de prueba", Coloma se enfoca en el estándar de prueba, uno de los temas que más discusión ha suscitado entre quienes se ocupan del tema de la prueba¹. En dicho trabajo, Coloma persigue dos propósitos. Por un lado, propone llevar a cabo una precisión conceptual de la noción de estándar de prueba en la que, junto al habitual sentido de «estándar» como umbral, identifica un segundo sentido de «estándar» como prototipo. A su modo de ver, estos dos sentidos servirían para entender mejor el estándar de prueba y los problemas prácticos que involucra su utilización en el derecho.

¹ Véase, entre otros, Laudan, L., "Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar", *Doxa*, 28, 2005, pp. 95-13; Gascón, M., "Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos", *Doxa*, 28, 2005, pp. 127-139; Igartua, J., "Prolongaciones a partir de Laudan", *Doxa*, 28, 2005, pp. 1412-1150; Fernández, M., "La valoración de la prueba y el estándar de duda razonable", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2007, 15; Ferrer, J., *La valoración racional de la prueba*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2005; Bayón, J. C., "Epistemología, moral y prueba de los Hechos: hacia un enfoque no benthamiano", *Análisis e Derecho*, 2008, pp. 15-34.; Accatino, D. "Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2011, pp. 483-511 e Igartua, J., "Tomando en serio la duda razonable: enseñanzas de un controvertido caso judicial", en *Derecho procesal: dilemas sobre la verdad en el proceso judicial*, 2014, Medellín: Editorial Universidad Pontificia Bolivariana, pp. 135-162.

Por otra parte, Coloma detecta una visión reduccionista en el análisis tradicional del estándar de prueba que se limita a considerarlo como un mecanismo para la distribución de errores². A su modo de ver, el estándar de prueba tendría otros usos o funciones que sería importante identificar y examinar.

En este trabajo formularé algunas observaciones a las tesis planteadas por Coloma. Para ello presentaré brevemente las tesis que sostiene el autor y formularé algunos comentarios al respecto. Siguiendo una estructura análoga a la de Coloma, me ocuparé en primer lugar de su tesis sobre los dos sentidos de la noción de estándares de prueba. Posteriormente, me centraré en sus planteamientos sobre los usos de los estándares de prueba. Al igual que Coloma, considero que el análisis de la noción de estándar en el lenguaje ordinario y en el derecho puede arrojar luz sobre la noción de estándar de prueba. Sin embargo, soy escéptico respecto de su propuesta de entender el estándar de prueba como un umbral de carácter cuantitativo o como un prototipo de carácter cualitativo. Por otra parte, al igual que Coloma, me parece relevante examinar los usos de los estándares de prueba. No obstante, la formulación que lleva a cabo Coloma de los usos del estándar de prueba plantea algunos problemas.

II. La noción de estándar en el lenguaje ordinario

El trabajo de Coloma parte de la base de que el análisis del término «estándar» en el lenguaje ordinario puede contribuir a clarificar la noción de estándar de prueba en el derecho. Siguiendo esta metodología, Coloma plantea que habría dos sentidos de «estándar» que resultarían relevantes para este propósito.

En un primer sentido, Coloma señala que «estándar» es entendido como un umbral que establece el valor mínimo de pertenencia a una

² Cfr. Coloma, p. 26: “En lo que sigue, sugeriré que los estándares de prueba son más operativos de lo que *prima facie* se les hace aparecer y que el juicio adverso que sobre ellos recae es consecuencia de una visión reduccionista de sus distintos usos”.

determinada categoría. De acuerdo con el autor, en esta primera acepción el estándar tendría un carácter “puramente cuantitativo”, por lo que si se iguala o supera la cifra indicada en el estándar se resuelve positivamente la pertenencia de un caso a una determinada categoría³. Por el contrario, cualquier ejemplar que se ubique por debajo del indicador establecido por el estándar quedaría excluido de una determinada categoría.

En un segundo sentido, Coloma afirma que «estándar» puede ser definido como un “prototipo que reduce los problemas de extensión de una categoría”⁴. En esta segunda acepción, la noción de estándar supone que se cuenta con un ejemplar o prototipo que indudablemente se considera que pertenece a una determinada categoría. De este modo, la pertenencia o exclusión a una determinada categoría se resuelve mediante un análisis de carácter cualitativo en el que se examinan las semejanzas o diferencias del caso dudoso con el prototipo.

Al respecto, Coloma parte de un presupuesto metodológico acertado al advertir que el análisis de la noción de «estándar» en el lenguaje ordinario puede arrojar luz sobre la noción de «estándar de prueba» en el derecho. En efecto, es posible que entre el uso de esa expresión en uno y otro contexto haya algún tipo de conexión que resulte ilustrativa y que permita comprender mejor el estándar de prueba en el derecho. Sin embargo, conviene advertir que del hecho de que se utilice la misma expresión en dos contextos no se sigue que en cada uno de ellos se utilice dicha expresión con el mismo significado, ni que un sentido que esté presente en un determinado contexto pueda trasladarse automáticamente a otro. Una importación de este tipo no siempre es viable y no está garantizado que conduzca, en todos los casos, a buenos resultados⁵.

Ciertamente, la noción de estándar en el lenguaje ordinario puede estar relacionada de algún modo con los distintos estándares utilizados en el derecho, pero esto es precisamente lo que habría que mostrar. Habría que analizar de qué modo y en qué sentido podría haber

³ Vid. Coloma, *Los usos de los estándares de prueba: entre umbrales y prototipos*, artículo correspondiente a esta *Discusión*.

⁴ Vid. Coloma, *op. cit.*

⁵ Para una crítica en este sentido Vid. Allen, R. J., “Burdens of proof”, *Law, Probability and Risk*, 2015, 3 (3-4), pp. 195-219.

una relación o relaciones entre las nociones de estándar en el lenguaje ordinario, la noción de estándar en el lenguaje jurídico y por último la noción de estándar de prueba en el derecho.

Pero esta no es la vía que toma Coloma. Él identifica dos sentidos de «estándar» en el lenguaje ordinario para trasladarlos directamente a la noción de estándar de prueba en el derecho. Esta estrategia resulta problemática desde el inicio. Para mostrar por qué, es conveniente examinar brevemente y sin ningún ánimo de exhaustividad algunos de los significados más relevantes de los términos «estándar», «umbral» y «prototipo» en el lenguaje ordinario.

En relación con el término «estándar» en español es posible advertir un primer sentido que alude a lo que se considera que es común, habitual, usual o corriente⁶. Por ejemplo, cuando hablamos de la altura estándar de una mesa o un techo, del tamaño estándar de un tornillo o de la medida estándar de un póster o cartel. En un segundo sentido, «estándar» alude a algo que sirve de patrón, modelo o punto de referencia para medir o valorar cosas. En este segundo sentido se hace referencia, por ejemplo, al estándar de calidad del aire, al estándar de calidad de vida o al estándar de criminalidad. En relación con este segundo sentido, conviene advertir que los parámetros o indicadores utilizados pueden ser numéricos, pero no necesariamente es así en todos los casos. Para evaluar el estándar de vida, por ejemplo, se pueden tomar en cuenta factores numéricos como el nivel de ingreso y de gastos, pero también factores no numéricos como el nivel de bienestar personal y físico, el nivel de desarrollo personal, el grado del goce de derechos, la capacidad de autodeterminación, etc.

A su vez, el término «*standard*» en inglés es definido como “Un nivel de cualidad o de realización” y en el sentido de “Algo utilizado como medida, norma o modelo en comparaciones evaluativas”⁷.

⁶ *Diccionario Anaya de la Lengua*, Madrid, Anaya, 1991; *Diccionario de la Lengua Española*, España, La Academia, 2001.

⁷ «Standard», *Oxford English Dictionary Online*, junio 2017, Oxford University Press. “1. A level of quality or attainment” y “2. Something used as a measure, norm, or model in comparative evaluations”.

Por su parte, entre los significados del término «umbral» se encuentran los siguientes: 1) “la parte inferior en el vano de una puerta”, 2) “entrada a cualquier cosa” y 3) “valor mínimo de un agente físico o estímulo capaz de producir un efecto”. Finalmente, el término «prototipo» es definido como el primer molde o modelo y como el “mejor ejemplar de una cualidad o vicio”.

Esta descripción de algunos de los significados de las expresiones anteriores no pretende ser exhaustiva, pero al menos permite poner de relieve que no hay una relación clara entre las nociones de estándar y umbral, por un lado, y las nociones de estándar y prototipo, por el otro, o al menos no hay una relación en los términos que presenta Coloma.

Coloma pone como ejemplo del uso de la noción de estándar en el sentido de umbral el siguiente enunciado: “*De acuerdo con los estándares modernos, la casa es demasiado pequeña*”. En palabras del autor:

de un estándar se espera la elección entre una serie de variables determinantes de lo que es una casa pequeña o no pequeña (por ejemplo, metros cuadrados construidos, cantidad de piezas, etc.) y la estipulación de un nivel básico de satisfacción (por ejemplo, 60 m² construidos, dos piezas, etc.)⁸.

Sin embargo, a diferencia de lo que señala Coloma, me parece que en este caso se está aludiendo más bien a la noción de estándar en el sentido de ciertos criterios o parámetros común o usualmente aceptados de lo que se considera una vivienda pequeña (o no), que a un valor mínimo de carácter numérico que indica la pertenencia a una determinada categoría.

Por otro lado, Coloma pone como ejemplo del uso de la noción de estándar en el sentido de prototipo el siguiente enunciado: “Este libro es el estándar respecto del cual todos los demás deberán ser juzgados”. Este segundo ejemplo me parece menos problemático, pero en este caso la noción de estándar sería más próxima a las nociones de modelo o patrón que a la noción de prototipo.

Hay, con todo, una razón adicional por la que me parece problemática la tesis de Coloma. Del hecho de que la noción de estándar de prueba en el derecho sea entendida y definida en términos de un umbral no se sigue que el término estándar en el lenguaje ordinario esté asociado también con la noción de umbral, ni mucho menos que este tenga un carácter cuantitativo⁹. Y a su vez, del hecho de que el término estándar sea entendido como modelo o patrón, o inclusive como prototipo como sugiere Coloma, no se sigue que el estándar de prueba pueda ser entendido como prototipo de carácter cualitativo.

Habiendo planteado estas primeras observaciones, sigamos examinando las tesis de Coloma.

III. La noción de estándar en el lenguaje jurídico

Tras examinar el término estándar en el lenguaje ordinario, Rodrigo Coloma dedica un apartado a examinar los estándares en el derecho. La pregunta específica que se plantea es “¿qué implica la partícula «estándar» en los contextos jurídicos?”. Coloma señala que a diferencia de lo que ocurre en el *Common Law*, en el derecho continental se ha reflexionado poco sobre los estándares en el derecho. A su juicio, esta falta de atención puede atribuirse al hecho de que hasta hace algunos años el término «estándar» estaba prácticamente ausente en el discurso de los jueces y abogados de nuestra tradición jurídica.

Adicionalmente, Coloma identifica cinco razones que impulsan el uso de estándares en distintos escenarios jurídicos: 1) los estándares se utilizan en contextos de toma de decisión; 2) la función de los estándares es resolver conflictos de pertenencia a una determinada

⁹ Un ejemplo de un umbral que no se presenta necesariamente en términos cuantitativos es el denominado umbral del dolor, el cual es entendido como la intensidad mínima de un estímulo que genera la sensación de dolor o la capacidad que tenemos los seres humanos de soportar la sensación de dolor. En algunos contextos (como en el de las pruebas aplicadas a neonatos, por ejemplo) se habla de “medir el dolor”, pero más que medirlo, como se mediría el tamaño de un techo, se estaría evaluando el dolor a partir de ciertos signos o de la práctica de ciertas pruebas o técnicas utilizadas.

categoría; 3) los estándares son útiles para resolver problemas de pertenencia de casos que se encuentran en la zona de penumbra, siendo poco útiles respecto de casos que se encuentran en la zona de claridad; 4) los estándares contribuyen a la conservación de un nivel razonable de complejidad de los casos que se evalúan y 5) los estándares consideran variables contextuales¹⁰.

En relación con este punto, el análisis que lleva a cabo Coloma se enfrenta a dos dificultades. En primer lugar, en el trabajo de Coloma se puede advertir una ambigüedad en el tratamiento de la noción de estándar en el lenguaje jurídico. En segundo lugar, Coloma parece limitar la función de los estándares a la de una herramienta que nos permite resolver problemas de pertenencia a una determinada categoría.

Respecto del primer punto, resulta pacífico que en el derecho recurrimos frecuentemente a estándares y que se trata de una noción que está presente en el lenguaje jurídico. Sin embargo, en el derecho hablamos de estándares en distintos tipos de situaciones y contextos. En algunas ocasiones hablamos de estándar en un sentido análogo al de principio, en tanto enunciados jurídicos distintos de las reglas, como cuando se contrapone la prohibición de circular a una velocidad excesiva con la prohibición de circular a más de ciento veinte kilómetros por hora¹¹. En otras ocasiones, hablamos de estándares para aludir a ciertos parámetros jurídicos. Tal es el caso, por ejemplo, del estándar de “real malicia” o “malicia efectiva” utilizado para examinar si ciertas expresiones o discursos pueden considerarse difamatorios¹². También se utiliza la noción de estándar en el sentido de un *test* o instrumento

¹⁰ *Vid.* Coloma, *op. cit.*

¹¹ No puedo ocuparme en este punto de la distinción entre reglas y estándares ni de la discusión relativa a si los estándares son un enunciado jurídico distinto de los principios o un tipo de principio. Simplemente quiero llamar la atención de que en algunos contextos, especialmente en el *common law*, se suele hablar de «estándares» como enunciados distintos de las reglas. Al respecto, *Vid.* Kaplow, L. “Rules versus standards: an economic analysis”, 1992, 43, *Duke Law Journal* y Schauer, F. “The convergence of rules and standards”, *New Zealand Law Review*, 2003, p. 3.

¹² El estándar de malicia efectiva plantea que la imposición de sanciones civiles derivada de la emisión de opiniones, ideas o juicios está condicionada a que la información difundida se haya emitido con intención de dañar o a sabiendas de que la información era falsa.

para controlar la regularidad de las normas y que varía en función de su intensidad; tal es el caso, por ejemplo, de los estándares de escrutinio estricto (o intenso) o intermedio. Y en fin, entre estos y muchos otros estándares que se emplean en el derecho se encontrarían los estándares de prueba.

No pretendo ofrecer una presentación exhaustiva de los distintos contextos en los que operan estándares en el derecho. Tampoco pretendo sostener que la noción de estándar no esté (o pueda estar) relacionada de algún modo con alguna noción de estándar en el derecho. Al contrario, mi impresión es que la noción de estándar de prueba puede estar conectada de algún modo con la noción de estándar en el derecho y que el análisis de esta última puede arrojar luz sobre la primera. Sin embargo, me parece que habría que explorar más esta eventual conexión y mostrar los resultados a los que conduce. El planteamiento de Coloma puede ser entendido como una invitación más que bienvenida para reflexionar más sobre este punto.

Respecto del segundo punto, Coloma subraya en distintos momentos que los estándares (dentro y fuera del derecho) sirven para dirimir conflictos sobre la pertenencia de un caso dudoso a una determinada categoría. Sin embargo, al plantear de este modo la función de los estándares se corre el riesgo de perder de vista los distintos usos que se hacen de los estándares en los diferentes contextos en los que operan.

Coloma podría objetar que en muchas de estas situaciones nos encontramos precisamente con una discusión acerca de la pertenencia de un caso a una determinada categoría. Por ejemplo, si cierta información puede ser considerada calumniosa, si una norma es constitucional o no, si un hecho puede considerarse como probado. Pero, nuevamente, me parece que de este modo se obscurece la función que pueden llegar a desempeñar los estándares en distintos contextos, lo cual contrasta por cierto con su objetivo de identificar los potenciales usos de los estándares de prueba.

IV. La noción de estándar de prueba

En el apartado relativo a qué es un estándar de prueba Coloma plantea que la decisión de considerar un hecho como probado depende de tres elementos¹³: i) una proposición (por ejemplo, “Dagoberto privó de la vida a Oscar Emmanuel”; “Juan sabía que se transportaba droga en el interior del vehículo en el que viajaba”), ii) una actitud, que en el trabajo de Coloma se limita a una actitud de aceptación o rechazo y iii) un conjunto de razones que sustentan la actitud adoptada. Coloma señala que el contenido de la proposición que establece los hechos a probar está determinado por las normas jurídicas. En este contexto, Coloma indica que el estándar de prueba determina si ciertos casos dudosos deben o no ser situados en la categoría de hechos probados. Para este fin, el estándar de prueba tiene como cometido “dar indicaciones suficientes acerca de las condiciones de las cuales se hace depender la actitud ‘hechos probados’ sí, y su opuesta, ‘hechos probados’ no”.

Coloma proyecta a los estándares de prueba los sentidos de estándar como umbral y como prototipo. Su tesis es que el estándar de prueba puede ser entendido ya sea como umbral o como prototipo. El ejemplo paradigmático que ilustraría a su juicio la noción de estándar como umbral sería el estándar de «preponderancia de prueba» (PP). Siguiendo la noción de umbral que había planteado al analizar la noción de estándar en el lenguaje ordinario, Coloma sostiene el estándar de prueba en el sentido de umbral supone que se pueden construir escalas de medición y que el cálculo probabilístico resultaría adecuado para ese propósito¹⁴.

Respecto del estándar de prueba como prototipo, Coloma sostiene que su utilización supone contar con un caso no dudoso que permita establecer criterios de semejanza para determinar si entra o no en la categoría de hecho probado. El estándar que a su juicio ilustraría la noción de estándar de prueba como prototipo sería el estándar de pruebas «claras y convincentes» (CC). Finalmente, plantea que el estándar

¹³ Vid. Coloma, p. 34.

¹⁴ Vid. Coloma, pp. 35 y 47.

de prueba «más allá de toda duda razonable» (MADR) puede ser interpretado tanto como umbral y como prototipo.

Tras esta apretada síntesis de las tesis de Coloma, me gustaría formular dos observaciones.

(i) La primera observación tiene que ver con la reconstrucción del estándar de prueba como un umbral de carácter cuantitativo que presupone la posibilidad de establecer cuantitativamente la suficiencia de prueba. A pesar de que Coloma advierte que el empleo del cálculo numérico de probabilidades en el estándar de prueba plantea algunas dificultades, acaba aceptando la noción de estándar como un umbral que establece un *quantum* determinado de probabilidad. En relación con este punto, me parece que no hay margen para titubear al respecto pues nos encontramos ante una disyuntiva que no admite matices. Como plantea Juan Carlos Bayón: “o bien se sostiene que como resultado del razonamiento probatorio se puede expresar *numéricamente* el grado de probabilidad de que una hipótesis sobre los hechos sea verdadera, o bien se mantiene que tal cosa no es posible”¹⁵. La primera opción de la disyuntiva ha sido prácticamente descartada por la mayor parte de la comunidad jurídica, incluyendo a los autores que en nuestra tradición se han ocupado de la prueba. Todos estos autores coinciden en que el cálculo de probabilidades no es adecuado para el estándar de prueba¹⁶.

Susan Haack ha planteado también este punto cuando sostiene que “no se debe *asumir* solamente porque aparezcan palabras como ‘probable’, ‘probablemente’ y ‘probabilidad’ en contextos jurídicos, que se trata de probabilidades matemáticas, en lugar de epistemológicas”. Como sostiene Haack, el cálculo matemático de probabilidades resulta adecuado en aquellos ámbitos en los que resulta aplicable. El establecimiento del grado de suficiencia del estándar de prueba en el derecho no sería uno de ellos toda vez que “no es factible asignar números pre-

¹⁵ Bayón, J. C., *op. cit.*

¹⁶ Gascón, M., *op. cit.*; Ferrer, J., *op. cit.*; Bayón, J. C. *op. cit.*; González Lagier, D., “Presunción de inocencia, verdad y objetividad”, en García Amado, J. A. y Bonorino, P (coords.), *Prueba y razonamiento probatorio*, Granada, 2014, pp. 85-117.

cisos a los grados de prueba y tampoco sería necesariamente deseable hacerlo, incluso si esto fuese posible”¹⁷.

Habiendo dejado a un lado la posibilidad de formular el estándar de prueba en términos numéricos, la discusión se ha centrado en establecer si es posible formular un estándar de prueba objetivo¹⁸. Hay quienes se decantan por emprender esfuerzos para formular un estándar de prueba de este tipo (por ejemplo, Larry Laudan, Ronald Allen, Michael Pardo y Jordi Ferrer)¹⁹ y, por el contrario, quienes sostienen que tal empresa presenta varias dificultades (Mercedes Fernández, Juan Carlos Bayón y Daniel González Lagier). Frente a tales dificultades, los partidarios de esta última alternativa han planteado un cambio de enfoque en el que, según argumentan, debemos descartar por inviable el intento de formular un estándar de prueba completamente satisfactorio, debiendo optar más bien por el establecimiento de reglas sobre la prueba que incidan en la admisibilidad de los medios de prueba, en su valoración o en la carga de la prueba²⁰.

¹⁷ Haack, S., “El probabilismo jurídico. Una disensión epistemológica”, en Vázquez, C. (ed.), *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*, Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 65 y ss.; también publicado en Haack, S., *Evidence matters. Science, Proof and Truth in the Law*, New York: Cambridge, 2014, p. 58.

¹⁸ De acuerdo con Bayón, serían cuatro los requisitos que tendría que cumplir un estándar de prueba de estas características: 1. no debe tratarse de un estándar subjetivo, 2. el estándar de prueba tiene que estar formulado en términos que permitan un control intersubjetivo, 3. “su formulación debe ser tal que de su aplicación correcta resulte exactamente la distribución del riesgo que se reputa justificada” y 4. de su aplicación debe resultar la distribución del riesgo establecida”. *Vid.* Bayón, J. C., *op. cit.*, quien a su vez los retoma con alguna reelaboración de Laudan, L., *Verdad, error y proceso penal*, trad. Carmen Vázquez y Edgar Aguilera, Marcial Pons, 2013, p. 126 y ss. y de Ferrer, J., *La valoración racional de la prueba*, 2007, p. 146.

¹⁹ Allen, R., “Los estándares de prueba y los límites del análisis jurídico”, en Vázquez C. (ed.), *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*, Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 65 y ss.; Pardo, M., “Estándares de prueba y teoría de la prueba”, en Vázquez C. (ed.), *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*, Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 99 y ss. y Ferrer, J., *op. cit.*

²⁰ Mercedes Fernández considera que el estándar de prueba «más allá de toda duda razonable» no puede concretarse con una regla válida para todos los casos. No obstante, considera que puede alcanzarse una mayor concreción mediante el establecimiento de reglas que establezcan los requisitos con los que tienen que cumplir determinados medios de prueba para constituir prueba de cargo suficiente

Siendo pacífico que el cálculo probabilístico no resulta aplicable para establecer el estándar de prueba en el derecho, sería interesante que Coloma planteara de qué lado de la discusión se encuentra más cercano. Esto es, si considera viable formular un estándar de prueba objetivo e intersubjetivamente controlable que exprese exactamente la *ratio* de falsos positivos/falsos negativos que estamos dispuestos a aceptar, o más bien, como argumentan Mercedes Fernández, Juan Carlos Bayón y Daniel González, si considera que tal cuestión no resulta viable, por lo que lo que debemos mirar hacia otro lado; concretamente, al momento de conformación del material probatorio y al de la valoración de las pruebas para diseñar reglas legales o jurisprudenciales de prueba que controlen el tipo de pruebas admisibles y los requisitos con los que estas deben cumplir en el momento de su valoración.

No es oportuno desarrollar en este espacio una respuesta al respecto, pero quizá sí resulte útil manifestar mi impresión con la finalidad de suscitar un diálogo con la propuesta de Coloma. Y es que, a mi modo de ver, la discusión se suele plantear en términos dilemáticos: o bien somos capaces de formular un estándar realmente objetivo que exprese con exactitud la distribución del riesgo entre falsos positivos/falsos negativos, o bien esto no es posible y entonces conviene mirar hacia otro lado. Como he dicho antes, no puedo articular una respuesta completa al respecto en este trabajo, pero me parece que nos encontramos ante un falso dilema.

Como sostiene Susan Haack, se puede admitir que el lenguaje en el que se expresa el estándar de prueba es en parte psicológico, como cuando se habla de «duda» y de «clara y convincente», pero también

para condenar. Por su parte, Juan Carlos Bayón plantea que si el estándar de prueba no es capaz de distribuir adecuadamente el riesgo de error en la determinación de hechos probados habría que intentar hacerlo mediante reglas específicas de prueba. Finalmente, Daniel González Lagier plantea que la formulación de tales reglas debe satisfacer las siguientes condiciones: “(a) Deben tener suficiente flexibilidad como para no incurrir en un nuevo sistema de pruebas rígidamente tasadas”; (b) “deben evitar un lenguaje excesivamente vago e impreciso que, de nuevo, haga imposible el control intersubjetivo de la decisión y (c) deben ser algo más que meros criterios para determinar qué hipótesis está mejor fundada”. *Vid.* Fernández, M., *op. cit.*; Bayón, J. C., *op. cit.* y González Lagier, *op. cit.*

debemos admitir que el lenguaje en el que se formula el estándar es en parte epistemológico: hablamos de duda *razonable* y de pruebas *claras y convincentes*, lo que pone el acento en la calidad de las pruebas, y de manera secundaria en la creencia que se genera con base en las mismas²¹. Tengo la impresión de que en este punto hemos aceptado sin más la tesis de Larry Laudan de descartar por subjetivo cualquier esfuerzo que se ha hecho en la práctica jurisdiccional para analizar el estándar de prueba, cuando la propia práctica ofrece algunos ejemplos de que no todo es subjetivo en el estándar de prueba, ni que todos los intentos que se han realizado son en vano²². En contra de lo que plantean Mercedes Fernández, Juan Carlos Bayón y González Lagier se podría argumentar que aún queda mucho por hacer en relación con el estándar de prueba. Por otra parte, trasladar la discusión de la formulación del estándar de prueba al establecimiento de otras reglas sobre la prueba no garantiza sin más que se eviten los problemas que ellos mismos advierten, con lo que se corre el riesgo de estar trasladando simplemente la discusión de un lugar a otro.

(ii) Mi segunda observación tiene que ver con la propuesta de Coloma de entender el estándar de prueba como prototipo. Coloma no establece cuál sería una formulación suficientemente clara del estándar de prueba como prototipo. Ciertamente, pone como ejemplo el estándar de prueba clara y convincente. A su juicio, este estándar indicaría “un tipo de justificación que implica el uso de una narrativa que no abusa en distinciones ni en el lenguaje rebuscado (clara) y, a la vez, que es apta para provocar en el interlocutor adhesión respecto de la estructura argumental utilizada”²³. Encuentro varios problemas en este planteamiento.

(a) En primer lugar, anteriormente hemos visto que no resulta pacífico por qué habría que entender el estándar de prueba como prototipo.

²¹ Haack, S., *op. cit.*

²² Para ilustrar este punto, Susan Haack ofrece varios ejemplos de instrucciones al jurado a nivel estatal y federal en los Estados Unidos en las que se pone el acento en que la atención ha de fijarse en la calidad de las pruebas. *Vid.* Haack, S., *op. cit.*

²³ *Vid.* Coloma Correa, R., *op. cit.*

El que la noción de estándar en el lenguaje ordinario pueda entenderse como sinónimo de patrón, modelo o incluso como prototipo no se sigue que el estándar de prueba pueda o deba entenderse también en estos sentidos.

(b) Incluso asumiendo que la noción de estándar como prototipo sea aplicable al estándar de prueba, tengo dudas de que cumpla con la función que le atribuye Coloma. En este sentido, para que sirva como un auténtico patrón o modelo para establecer comparaciones tendríamos que contar con un ejemplar lo suficientemente claro como para evitar los problemas de incertidumbre que detecta Coloma. Esta exigencia no se cumple con la formulación del estándar de prueba clara y convincente que propone Coloma para ilustrar la noción de estándar de prueba como prototipo.

Difícilmente creo que pueda servir como prototipo una formulación del estándar que apele a una narrativa “que no abuse en distinciones” ni tenga “un lenguaje rebuscado” o que genere adhesión por parte del interlocutor. Y principalmente, la propuesta de Coloma resulta problemática porque no remite a las pruebas. A diferencia de la manera habitual en que se entiende el estándar de prueba clara y convincente, Coloma plantea que no son las pruebas las que tienen que ser claras y convincentes, sino la narración empleada por una de las partes.

(c) La propuesta de Coloma de concebir el estándar de prueba como un prototipo me parece problemática por una razón adicional: Coloma apuesta por la teoría de la inferencia a la mejor explicación. Es conveniente advertir que en su aplicación al estándar de prueba, esta teoría tiene el mérito de que pretende reconstruir la manera en que de hecho resuelve el jurado al momento de razonar con hechos. Este es un aspecto que ha sido destacado por Ronald Allen y Ronald Pardo, dos de los principales expositores de esta teoría en Estados Unidos²⁴. Como explican estos autores, hay razones para pensar que el jurado de hecho razona y formula su veredicto en función de aquellas reconstrucciones que les parezcan mejores o más sólidas o razonables. Sin embargo, el

²⁴ Allen, R. *op. cit.* y Pardo, M., *op. cit.*

que esto sea así en los Estados Unidos no debe llevarnos a pensar que así razonen o así deban razonar los tribunales en nuestro contexto.

Distintos autores han señalado que la teoría de la inferencia a la mejor explicación no es un buen candidato para formular el estándar de prueba. Entre ellos, Juan Carlos Bayón ha planteado, retomando la crítica de Larry Laudan a esta teoría, que el criterio de “mejor explicación” no es un buen candidato para adoptarlo como criterio de decisión²⁵. A pesar de que sea la “mejor” explicación puede que no resulte adecuada para basar la decisión de considerar probado un hecho en el campo del derecho. Y eso al menos por dos razones: puede tratarse de la mejor o la menos mala de dos explicaciones insuficientemente plausibles y por tanto inadecuadas para considerar probada la hipótesis en la que se basa dicha explicación. Y en segundo lugar, es posible que la peor de dos explicaciones sea lo suficientemente plausible como para considerar probada la hipótesis a la que dicha explicación se refiere. Pero la inferencia a la mejor explicación no resulta adecuada por una razón aún más fundamental. Como señala Juan Carlos Bayón: “la inferencia a la mejor explicación no pretende ser un estándar de prueba: no pretende *distribuir* el riesgo del error, sino atribuir racionalmente grados de confirmación a las distintas hipótesis”²⁶. En otras palabras, la inferencia a la mejor explicación resulta útil en la etapa de valoración de las pruebas para determinar qué hipótesis prevalece sobre otra, pero no en el momento de toma de decisión con base en el estándar de prueba, o al menos no si pretendemos que el estándar de prueba tenga una sensibilidad más que mínima frente al riesgo de error²⁷.

²⁵ Bayón, *op. cit.* y Laudan, L., “Aliados extraños. La inferencia a la mejor explicación y el estándar de prueba”, trad. Edgar Aguilera, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 2007, 1, pp. 305-327.

²⁶ Bayón, J. C., *op. cit.*

²⁷ Como señala González Lagier, también habría que tomar en cuenta además que la formulación del estándar que hacen autores como Allen y Pardo contiene expresiones cargadas de vaguedad. González Lagier, *op. cit.*, p. 114.

V. Sobre los usos y macro-usos de los estándares de prueba

El cuarto y último apartado del artículo de Coloma está dedicado al tema de los usos de los estándares de prueba. Como se anticipó al comienzo de este trabajo, el propósito que persigue Coloma en este punto es plantear que el estándar de prueba cumple varias funciones adicionales a la de distribuir el error entre las partes en el proceso. Coloma identifica seis usos generales de los estándares de prueba que posteriormente agrupa en los tres macro-usos siguientes: i) determinación de la cantidad de errores esperables de sistema de adjudicación, ii) distribución de los errores entre las partes y iii) forma que adoptan los hechos probados.

A continuación, formularé algunos comentarios sobre alguno de los usos y macro-usos que identifica Coloma.

Concuerdo en términos generales con la tesis de Coloma. Intuitivamente, se puede aceptar por ejemplo que el estándar de prueba puede servir para orientar a las partes de la conveniencia de llevar o no un caso a juicio dependiendo de su nivel de exigencia o que la mayor o menor exigencia del estándar de prueba puede influir en los costos que para las partes supone tener que probar ciertas pretensiones o acusaciones. Este tipo de afirmaciones resultan plausibles a nivel general, pero si se pretende que tengan un alcance mayor hace falta algún sustento empírico de lo que ocurre de hecho en tal o cual práctica jurídica.

Hay otros usos de los estándares de prueba que me parecen más problemáticos y sobre los que me limitaré a formular algunos comentarios puntuales. En este sentido, Coloma sostiene que los estándares de prueba “modelan la clase de inferencias que es válido realizar”. Desde esta perspectiva, señala que los estándares de prueba “definen la magnitud de saltos argumentales que resulten tolerables”, entendiendo por “saltos argumentales” “aquellos que van mucho más allá de lo que sus premisas permiten”²⁸. No me queda muy claro que este sea propiamente un uso de los estándares de prueba. En caso de que pudiera entenderse efectivamente como un uso, me parece que el estándar no

²⁸ Vid. Coloma, *op. cit.*

estaría cumpliendo con su principal cometido: establecer las condiciones para determinar que un hecho se puede considerar probado. No veo de qué modo un estándar de prueba pudiera incorporar entre sus requisitos para la toma de decisión de un hecho como probado el que no incurra en saltos argumentales. En caso de que se aceptara, se trataría de un requisito para la solidez de la inferencia probatoria, pero no de un requisito para la toma de decisión. El hecho de que haya un salto argumental en alguno de los tramos de la inferencia convertiría a esta en inaceptable.

Por otra parte, Coloma señala que otro de los usos de los estándares de prueba es que “influyen en la clase de razonamiento que las partes y los jueces adoptan”, señalando que habría dos enfoques en competencia: el enfoque atomista y el enfoque holista²⁹. El primer enfoque consistiría en distinguir y analizar separadamente las distintas proposiciones clasificándolas en distintos niveles dependiendo de que se traten de hipótesis referidas a los hechos principales o secundarios. Desde este primer enfoque, el razonamiento probatorio se presenta como una cadena de inferencias que va de las pruebas a cada uno de los hechos últimos a probar³⁰.

El segundo enfoque concibe el razonamiento probatorio como un todo unitario en el que las eventuales deficiencias o virtudes al interior del razonamiento han de ser examinadas en conjunto y no de manera aislada. Al respecto, mi comentario es similar al anterior. No veo de qué manera la elección por un enfoque atomista u holista puede considerarse como un uso de los estándares de prueba. Por otra parte, al plantear la cuestión como un enfoque atomista u holista se corre el riesgo de que se esté mandando el mensaje de que se trata de opciones igualmente disponibles para el órgano decisor, cuando habría que hacer hincapié en que debe imperar un enfoque atomista y analítico

²⁹ *Vid.* Coloma, *op. cit.*

³⁰ Para un ejemplo paradigmático de este enfoque, *vid.* Anderson, T., Twining, W. y Schum, D., *Analysis of Evidence*, segunda edición, 2005, Cambridge University Press. Trad. en castellano: *Análisis de la prueba*, trad. coordinada por Flavia Carbonell y Claudio Agüero, Marcial Pons, 2015.

del razonamiento probatorio y que el enfoque holista podría tener en todo caso un papel complementario en la valoración de las pruebas³¹.

Finalmente, en el primero de los macro-usos que distingue Coloma señala que los estándares de prueba influyen en la “determinación de la cantidad de errores esperables del sistema de adjudicación”³². Coloma afirma en este sentido que “un estándar de prueba exigente favorece que las decisiones adoptadas por los tribunales de justicia sean, en términos generales, más fiables que las que resultan de la utilización de un estándar de prueba menos exigente”³³. La razón de ello, señala Coloma, es que “con un EdP exigente la parte demandante o acusadora elige solo «buenos casos»; es decir, aquellos en los que vislumbra que tiene posibilidades de éxito”³⁴. Al respecto, no alcanzo a ver la conexión que plantea Coloma entre el nivel de exigencia del estándar de prueba y el grado de fiabilidad de la decisión. Las partes pueden tener distintas razones para considerar que tienen un «buen caso», sin que ello suponga que haya más probabilidad de que se produzca una decisión más fiable. En contra de lo que afirma Coloma, el estándar de prueba no incide propiamente en la mayor o menor fiabilidad de la decisión (esta sería más bien la función de los criterios de valoración racional de la prueba) sino en la manera en que se asigna y se distribuye el error entre las partes.

Bibliografía

Accatino, D., “Atomismo y holismo en la justificación probatoria”, *Isonomía*, 40, 2014, pp. 17-59.

Accatino, D. “Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2011, pp. 483-511.

³¹ *Vid.* en este sentido Accatino, D., “Atomismo y holismo en la justificación probatoria”, *Isonomía*, 40, 2014, pp. 17-59.

³² *Vid.* Coloma, *op. cit.*

³³ *Vid.* Coloma, *op. cit.*

³⁴ *Vid.* Coloma, *op. cit.*

- Allen, R. J., “Burdens of proof”, *Law, Probability and Risk*, 2015, 3 (3-4), pp. 195-219.
- Anderson, T., Twining, W. y Schum, D., *Analysis of Evidence*, segunda edición, 2005, Cambridge University Press. Trad. en castellano: *Análisis de la prueba*, trad. coordinada por Flavia Carbonell y Claudio Agüero, Marcial Pons, 2015.
- Bayón, J. C., “Epistemología, moral y prueba de los Hechos: hacia un enfoque no benthamiano”, *Analisi e Diritto*, 2008, pp. 15-34.
- Diccionario Anaya de la Lengua*, Madrid, Anaya, 1991.
- Diccionario de la Lengua Española*, España, La Academia, 2001.
- Fernández, M., “La valoración de la prueba y el estándar de duda razonable”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2007, 15.
- Ferrer, J., *La valoración racional de la prueba*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2005.
- Gascón, M., “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos”, *Doxa*, 28, 2005, pp. 127-139
- González Lagier, D., “Presunción de inocencia, verdad y objetividad”, en García Amado, J. A. y Bonorino, P (coords.), *Prueba y razonamiento probatorio*, Granada, 2014, pp. 85-117.
- Haack, S., “El probabilismo jurídico. Una disensión epistemológica”, en Vázquez, C. (ed.), *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*, Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 65 y ss.
- Haack, S., *Evidence matters. Science, Proof and Truth in the Law*, New York: Cambridge, 2014.
- Kaplow, L. “Rules versus standards: an economic analysis”, *Duke Law Journal*, 43, 1992.
- Igartua, J., “Prolongaciones a partir de Laudan”, *Doxa*, 28, 2005, pp. 1412-1150.
- Fernández, M., “La valoración de la prueba y el estándar de duda razonable”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2005.
- Igartua, J., “Tomando en serio la duda razonable: enseñanzas de un controvertido caso judicial”, en *Derecho procesal: dilemas sobre la verdad en el proceso judicial*, Medellín: Editorial Universidad Pontificia Bolivariana, 2014, pp. 135-162.

- Laudan, L., “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, *Doxa*, 28, 2005, pp. 95-13.
- Laudan, L., “Aliados extraños. La inferencia a la mejor explicación y el estándar de prueba”, trad. Edgar Aguilera, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 2007, 1, pp. 305-327.
- Laudan, L., *Verdad, error y proceso penal*, trad. Carmen Vázquez y Edgar Aguilera, Marcial Pons, 2013.
- Schauer, F., “The convergence of rules and standards”, *New Zealand Law Review*, 303, 2003.

Los estándares de prueba y el boom editorial del discurso probatorio en castellano

The Standards of Proof and the Editorial Boom of the Evidence Discourse in Spanish

Claudio Agüero San Juan*

*Si alguna vez la claridad, la ciencia, la belleza abrían sus ventanas,
era permitido gozar, entre muros de libros,
la exquisita paz de la mansión de un letrado.*

Robert Musil
El hombre sin atributos
(1942: 14-15)

Recepción y evaluación de propuesta: 15/04/2016

Aceptación: 15/7/2016

Recepción y aceptación final: 4/7/2017

Resumen: Formulo un comentario al artículo “Los usos de los estándares de prueba” de Rodrigo Coloma. Resulta problemática la propuesta de entender el estándar de prueba como umbral porque no hay una magnitud mensurable. La fragilidad conceptual del discurso probatorio impide hacer más observaciones a la propuesta. Ante esta fragilidad la mejor opción es el silencio. Luego, resulta interesante observar la difusión de las investigaciones de prueba como un *boom* editorial de un discurso especializado.

Palabras clave: estándares de prueba, *boom* editorial, discurso probatorio

* Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado.
Correo electrónico: agüero.claudio@gmail.com

Abstract: I comment on the article “The uses of the standards of proof” by Rodrigo Coloma. The proposal to understand the test standard as threshold is problematic because there is no measurable magnitude. The conceptual fragility of the probative discourse prevents further observations on the proposal. Before this fragility the best option is the silence. Then, it is interesting to observe the diffusion of the test investigations as an editorial boom of a specialized discourse.

Keywords: standards of proof, editorial boom, evidence discourse

I. Introducción

La palabra “estándar” es ajena al español. Proviene del inglés (*standard*) y se define como un adjetivo que se predica de algo que sirve como tipo, modelo, norma, patrón o referencia. También se usa como nombre masculino para referirse a un tipo, modelo, patrón, nivel. Como acción transitiva, “estandarización” significa tipificar, es decir, ajustar varias cosas semejantes a un tipo o norma común. Estos significados de la Real Academia de la Lengua Española nos permiten entender que la palabra “estándar” se refiere a una serie de conceptos que —si se es optimista— deberían ser cuidadosamente delimitados para usarlos en contextos jurídicos y probatorios.

Rodrigo Coloma es uno de esos optimistas que buscan elucidar qué significa “estándar” en el proceso de valoración de la prueba. Pero Coloma no es un ingenuo. Adhiere a un optimismo epistémico desconfiado. Coloma sabe que la palabra “estándar” y que la locución “estándar de prueba” son ejemplos de usos opacos del lenguaje, para hablar de un modo oblicuo de la racionalidad que muchos esperan se instancie en el razonamiento judicial. Coloma desconfía porque, por un lado, tiene poca seguridad sobre las herramientas que utiliza para enfrentar el problema y; por otro, porque tiene pocas esperanzas de arribar a la disolución o la resolución de los problemas implicados en la valoración de la prueba.

Es difícil criticar a un optimista desconfiado como Coloma. La razón es sencilla: no hay una tesis fuerte que cuestionar y es fácil compartir la desconfianza por las mismas razones o por otras análogas. Si se quiere compartir el punto de vista interno de quienes cultivan el derecho probatorio, las críticas podrían entonces apuntar a cuestiones de método o a la falta de tratamiento de algunos ejemplos que podrían estimarse como centrales en el proceso de adjudicación. No usaré estas estrategias. En lo que sigue, asumo un punto de vista externo a las controversias entre expertos en derecho probatorio. Voy a cuestionar la idoneidad de las metáforas al entender el uso de los estándares de prueba usando las figuras de umbral y prototipo, para intentar ilustrar el “vacío conceptual”¹ sobre el que se construye el discurso referido a los estándares de prueba. Luego, voy a presentar reflexiones sobre por qué este discurso ha tenido tanta difusión en los últimos años. Aquí uso la palabra *boom* en sentido literario y editorial, como éxito o auge repentino de un tema o asunto.

II. Dos metáforas desafortunadas

La palabra “umbral” aplicada al uso de los estándares de prueba es una metáfora doble. Un umbral es la parte inferior de una puerta que opone en paralelo al dintel y, entonces, cuando se atraviesa el umbral se ingresa a un lugar. La palabra umbral también es un valor mínimo de una magnitud a partir del cual se produce un efecto determinado. La primera metáfora es espacial, la segunda es escalar. Ambas metáforas comparten la idea de que un umbral es un límite.

Entender el uso de los estándares de prueba como umbrales obedece a un espíritu científico que supedita la racionalidad a la posibilidad de hacer medible las magnitudes que gobiernan el mundo. Este espíritu fue

¹ La expresión “vacío conceptual” quiere significar que los teóricos de la prueba no tienen un punto de partida incuestionable (un punto fijo), es decir, una red de conceptos teóricos bien elaborados (*i. e.* que se apoyen mutuamente) que logre hacer mensurables las variables probatorias. Ahora bien, este vacío no implica que sea imposible arribar a ciertos consensos o convenciones sobre aquello que se estudia.

muy bien expresado por Galileo al referirse al trabajo científico: “medir todo lo mensurable y hacer mensurable todo lo medible”. La metáfora del umbral supone, entonces, que contamos con algo que es una magnitud y no solo una cualidad o propiedad, así la metáfora supone que lo estudiado es (o puede ser) mensurable (podemos lograr medirlo) y podemos fijar un valor a partir del cual se produce un efecto². Así, la metáfora del umbral explica el uso de los estándares de prueba como aquel valor mínimo a partir del cual se da por probado el hecho X en el contexto de un proceso judicial.

La metáfora del umbral es desafortunada, porque en lugar de resolver o disolver el problema lo convierte en un problema mal planteado. La teoría sobre la prueba de los hechos no ha logrado modelar una cualidad o variable (o conjunto de ellas) como una magnitud (o conjunto de ellas) que pueda(n) ser individualizada(s) y medida(s) del modo en que se supone posible tras la idea de umbral.

La palabra “prototipo” es una metáfora con un objeto. Hay dos significados de prototipo. En un primer significado, prototipo refiere a un ejemplar original o primer molde con el que se fabrica un objeto. En un segundo significado, es un ejemplar perfecto, patrón o modelo de una virtud, vicio, cualidad o aparato. Dejando de lado el primer significado, la metáfora que explica el uso de los estándares de prueba con el segundo significado de la palabra prototipo también obedece al espíritu cientificista porque evoca la noción de patrón de medida³. Tras

² Según el Sistema Internacional de Unidades, existen siete magnitudes fundamentales, cada una con su patrón de medida. Ellas son: Longitud, Masa, Tiempo, Intensidad eléctrica, Temperatura, Intensidad luminosa y Cantidad de sustancia.

³ Un patrón de medida (internacional) es un hecho aislado y conocido que sirve como fundamento para crear una unidad de medir magnitudes. Así, por ejemplo, un patrón para medir el tiempo es el segundo que se define como: “Un segundo es la duración de 9 192 631 770 oscilaciones de la radiación emitida en la transición entre los dos niveles hiperfinos del estado fundamental del isótopo 133 del átomo de cesio (133Cs), a una temperatura de 0 K”. Entrada ‘Segundo’ del diccionario de Lógica y Filosofía de la Ciencia de Jesús Mosterín y Roberto Torretti. Alianza Editorial, segunda edición. 2010, Madrid, España.

El patrón para medir la temperatura es el grado kelvin. Este se define: un grado kelvin es igual a la 1/273,16 parte de la temperatura termodinámica del punto triple del agua (el punto triple del agua tiene una temperatura de cero grados centígrados, 273,16 grados

la metáfora del prototipo está, nuevamente, la idea de mensurabilidad de una magnitud que influye en la valoración de la prueba, porque un patrón es un objeto que permite construir escalas de medición e instrumentos para medir cierta magnitud.

Pienso que no merece la pena continuar reformulando el problema de los estándares de prueba con estas metáforas y usando este lenguaje que se ha tomado prestado de la filosofía de la ciencia. Quizá, es mejor reconocer la carencia de conceptos que permitan describir, explicar, modelar y/o reconstruir el proceso de toma de decisiones en cuya virtud, a partir de cierto(s) paso(s) o movimiento(s), se acepta como probado un hecho X con base en un conjunto de medios de prueba C. En lo que sigue mostraré lo inadecuado de las metáforas usando un ejemplo de la física (¡otra metáfora!) para hacer más observables las diferencias entre el discurso científico y el discurso de los juristas. Luego, analizaré el modo en que se ha estructurado el discurso probatorio en los últimos años y qué papel cabe al trabajo de Rodrigo Coloma en ese discurso.

III. Las sensaciones térmicas, el calor y la temperatura⁴

Medir la temperatura exige distinguir esta noción de otra que le es semejante a nivel sensorceptible: el calor. En la antigüedad, el calor (calórico) era concebido como una sustancia *sui generis*, fluida, indes-

kelvin y el patrón de medidas de la masa es: un kilogramo es igual a la masa del prototipo de Platino-Iridio conservado en el Laboratorio Internacional de Pesas y Medidas. Entrada 'Kelvin' del diccionario de Lógica y Filosofía de la Ciencia de Jesús Mosterín y Roberto Torretti. Alianza Editorial, segunda edición, 2010, Madrid, España.

Un patrón para medir la masa es el kilogramo que "es igual a la masa del prototipo de Platino-Iridio conservado en el Laboratorio Internacional de Pesas y Medidas". Entrada 'Kilogramo' del diccionario de Lógica y Filosofía de la Ciencia de Jesús Mosterín y Roberto Torretti. Alianza Editorial, segunda edición. 2010, Madrid, España.

⁴ En toda esta sección sigo muy de cerca las entradas 'Calor', 'Calórico' y 'Temperatura' del diccionario de Lógica y Filosofía de la Ciencia de Jesús Mosterín y Roberto Torretti. Alianza Editorial, segunda edición, 2010, Madrid, España.

tructible. Solo en 1850 los resultados de Joule hicieron comprensible el calor como energía térmica.

El calor es diferente de la sensación térmica. Percibimos que algo entra a nuestro cuerpo a través de la piel cuando tenemos una sensación cálida y que sale de nuestro cuerpo cuando sentimos frío. Se llama “sensación térmica” y es una reacción de nuestro cuerpo al tocar o percibir por nuestra piel un objeto caliente o frío. La sensación térmica depende de dos ‘estados térmicos’: del estado de calor o frío de nuestro cuerpo y del estado de calor o frío del objeto. Por ejemplo, si pongo la mano derecha sobre una fogata y, al mismo tiempo, con la mano izquierda sostengo cubos de hielo y enseguida introduzco ambas manos en un cubo de agua potable, sentiré tibieza en la mano derecha y frío en la mano izquierda.

Las sensaciones térmicas son útiles para establecer una jerarquía tosca de estados térmicos. Esta jerarquía se funda en las siguientes ideas: a) Las sensaciones térmicas nos permiten afirmar que la temperatura entre dos objetos puede ser igual, mayor o menor, b) La igualdad de temperaturas es una relación de equivalencia, c) Las relaciones mayor y menor son relaciones transitivas, d) Cuando dos objetos de diferente temperatura son puestos en contacto, al cabo de un tiempo, sus temperaturas se igualan y, e) Existen cambios en los objetos que son independientes de las sensaciones térmicas (*v.gr.* la dilatación de los metales).

Antes de 1715 no existía una noción fina de ‘temperatura’ como la que tenemos hoy. La razón es sencilla: los termómetros no eran comparables entre sí. Fue Fahrenheit quien consiguió calibrar dos instrumentos con una escala común. Antes de este momento, la escala era relativa al termómetro usado para definirla. Solo en 1741 Celsius construyó su escala de medición de la temperatura basándose en el volumen de una columna de mercurio a nivel del mar⁵. Se fija como cero grados la medición de un recipiente con agua en vías de congelarse. Se estipula que la temperatura aumenta en un grado cada vez que

⁵ Hoy los termómetros se calibran con una escala termodinámica basada en el trabajo de Lord Kelvin.

el volumen de la columna de mercurio crece en 0,01 V. Así, el punto de ebullición del agua queda fijado en cien grados.

Esta breve crónica sobre la construcción del concepto de ‘temperatura’ ilustra varias diferencias entre el estado actual del discurso científico y el discurso sobre la prueba de los hechos⁶. Los juristas, siguiendo a los filósofos de la ciencia, han postulado el ‘grado de creencia’ u otras nociones semejantes como ‘grado de aceptación’⁷ o ‘fuerza probatoria’ u otras semejantes, tal y como si fuesen magnitudes que intervienen en el proceso de toma de decisiones del juez. El discurso de algunos teóricos de la prueba y juristas supone que, de algún modo, estas nociones son mensurables. A mi juicio, he ahí el principal problema del discurso probatorio en boga. Este modo de reconstruir el trabajo de los jueces supone una suerte de “termómetro probatorio” y por ello aspira a contar (y a usar) estándares de prueba para construir un modelo conceptual que haga comparables los resultados obtenidos de diferentes casos tal y como si se tratara de medir su temperatura, es decir, midiendo una variable (o un conjunto de variables) en diversos casos para compararlos, jerarquizarlos y tratar de modo semejante a quienes resultasen con mediciones equivalentes.

La *observabilidad* de una magnitud es un *resultado*, no un punto de inicio ni un dato autoevidente o incuestionable. Lo mismo ocurre con la *mensurabilidad* de una magnitud. Ambas acciones (observar y medir) son procesos prácticos que dependen de la teoría. Ello es así porque para medir una variable es necesario resolver no menos de cuatro tipos de problemas: a) *problemas cognitivos*: medir una variable genera una forma de pensar que hace cognoscible una porción de la realidad y hay capacidades intelectuales que solo se pueden ejercitarse a través de la actividad de medir. Entonces, entre la actividad y la teoría hay una

⁶ Chang, H., *Inventing temperature. Measurement and scientific progress*, Londres, Oxford University Press, 2004.

⁷ “Glaubensgrad, degré de croyance, degree of belief. En una interpretación personalista de la probabilidad, grado de creencia de la persona X en el enunciado p a la probabilidad de X atribuye a p. El grado de creencia de X en p se mide por la fracción de 1 que X está dispuesto a pagar a cambio de la seguridad de recibir 1 si y solo si p es verdadero”. Entrada ‘grado de creencia’ del diccionario de Lógica y Filosofía de la Ciencia de Jesús Mosterín y Roberto Torretti. Alianza Editorial, segunda edición, 2010, Madrid, España.

retroalimentación⁸; b) *problemas tecnológicos*: es necesario resolver cómo se construirán los instrumentos de medición; c) *problemas metodológicos*: es necesario disponer de reglas (técnicas regulativas y constitutivas) para realizar la medición y operar los instrumentos de medición y d) *problemas de justificación*: es necesario formular criterios para justificar el modo de construir y operar los instrumentos y para interpretar las lecturas de los datos obtenidos, entre otras decisiones.

Estos cuatro tipos de problemas no se discuten en el discurso probatorio que asume la metáfora del estándar de prueba como umbral. El discurso de los juristas parece olvidar que en materias de prueba judicial (todavía) no hay nociones que sean equivalentes a magnitudes. Los juristas no han conceptualizado lo suficiente la(s) magnitud(es) a estudiar (ni sus relaciones) y, entonces, desde un punto de vista externo, es poco sensato asumir que es posible tratarlas lingüísticamente como si fuesen mensurables mediante la construcción de nociones como la de estándar de prueba. Si no hay una magnitud claramente definida que mensurar se trabaja sobre una red conceptual inexistente o muy frágil⁹.

La fragilidad conceptual a la que hago referencia hace que sea muy interesante analizar la progresiva difusión del discurso de quienes participan en la investigación de los problemas de prueba. Hay que recordar que toda ciencia normal es dogmática en relación al paradigma que la sustenta y, entonces, solo la filosofía y la sociología pueden analizar el proceso de construcción de consensos y la paulatina aceptación del discurso científico como conocimiento nuevo. La cuestión no es solo analizar la coherencia argumental de quienes participan en el discurso

⁸ Es posible sostener que los instrumentos de medición operan como una extensión de la mente humana. Meli, D. B., *Thinking with Objects: The Transformation of Mechanics in the Seventeenth Century*, Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 2006.

⁹ Dei Vecchi señala al respecto: “La cuestión ocuparía un lugar central en la agenda epistemológico-jurídica de los años sucesivos a Discusiones 3. Sin embargo, la epistemología empezaría a mostrar sus limitaciones. En particular, su relativa falta de idoneidad para ofrecer unidades de medida de la prueba, y su consecuente impotencia para determinar criterios de suficiencia concluyentes”. Dei Vecchi, D., “Tres discusiones acerca de la relación entre prueba y verdad”, *Discusiones* 13, 2, 2013, p. 233-264.

probatorio, sino también determinar si esa coherencia es un paradigma o solo una confluencia de intereses individuales¹⁰.

IV. El discurso sobre el derecho probatorio

El ejemplo (la metáfora) expuesto en la sección anterior muestra que usar (de modo directo o indirecto) las nociones que estudian el trabajo científico para investigar el trabajo de los jueces produce distorsiones. ¿Por qué ha tenido éxito un discurso que puede distorsionar aquello que estudia? Desde el punto de vista externo a quienes cultivan el derecho probatorio, parece poco razonable el intento de construir un concepto de estándares de prueba sobre el vacío. La fortuna de discursos científicos sobre conceptos vacíos ha sido profusamente investigada en la filosofía de la ciencia con el auxilio de herramientas históricas. Los trabajos sobre el ‘calórico’, el ‘flogisto’ y el ‘éter’ son ejemplos clásicos¹¹. No puedo abordar una tarea semejante en estas líneas. Solo aventuro una conjetura.

El éxito de la analogía (parcial e indirecta) entre el juez y el científico mediante el uso de terminología como ‘estándares’, ‘umbrales’, ‘prototipos’, ‘hipótesis probatoria’ o ‘hechos indiciarios’ puede explicarse por su utilidad para quienes participan del discurso: los investigadores. Echar mano al diccionario de la filosofía de la ciencia, por un lado, es económico, porque ahorra el trabajo de construir un léxico para la prueba de los hechos en el derecho diferenciado de la dogmática tradicional y de la filosofía del derecho tradicional y; por otro, resulta muy provechoso, porque permite una rápida asociación entre

¹⁰ Bloor, D., *Knowledge and social imaginery*, Londres: Routledge and Kegan, Paul, 1976. Bloor, D., “The strenghs of the strong programme”, *Philosophy of the social sciences*, II, 2, 1981, pp. 199-213.

¹¹ Todos estos ejemplos se pueden revisar en el Diccionario de Lógica y Filosofía de la Ciencia de Jesús Mosterín y Roberto Torretti. Alianza Editorial, segunda edición. 2010, Madrid, España. Para una crítica histórico-filosófica a la sustitución que hace Lavoisier del flogisto por el calórico ver Chang, H., *Inventing Temperature. Measurement and Scientific Progress*, Londres: Oxford University Press, 2004.

el discurso probatorio y la tradición de la filosofía de la ciencia. Se genera así un efecto social positivo: la distinción entre quienes investigan ‘prueba’, y quienes hacen ‘dogmática’ o ‘teoría del derecho’¹².

Sobre la base de esta conjetura creo que hay no menos de cinco razones que explican por qué algunos juristas y teóricos del derecho han comenzado a participar en el discurso probatorio y por qué se ha generado un *boom* editorial.

a) *Las fuentes sobre la prueba son extravagantes.* Las disposiciones normativas que el legislador formula al regular la prueba en contextos judiciales son peculiares. Listaré algunas de estas características: (a) las disposiciones son fragmentarias y su ubicación en la legislación es poco sistemática, (b) los textos normativos usan locuciones y expresiones que carecen de una sólida tradición en la cultura jurídica del *civil law*, (c) muchas de las disposiciones pueden considerarse cláusulas generales de disposición, norma explícita y norma implícita en terminología de Chiassoni¹³ y (d) el modo en que son escritas las disposiciones no permite ejercitar de forma más o menos automática una interpretación correctora con códigos hermenéuticos similares a los usados para crear, prevenir o resolver lagunas y antinomias en otros sectores del ordenamiento jurídico. Entonces, parece que las normas que resultan de la actividad interpretativa no dialogan fácilmente con las normas sustantivas.

b) *El discurso de las fuentes sobre la prueba posee un lenguaje peculiar.* Las expresiones sobre la prueba de los hechos que usa el legislador son opacas. Es un lenguaje en donde abundan conceptos jurídicos indeterminados, cláusulas generales, remisiones y reenvíos entre otras figuras. Además, combina un léxico informal con uno técnico. Expresiones como ‘valoración’, ‘sana crítica’, ‘hecho’, ‘relevancia’, ‘máximas de la experiencia’, ‘principios de la lógica’, ‘hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos’, ‘racionalidad’, ‘verdad material’, ‘prudente criterio’, ‘razonable’, etcétera son usadas por el legislador, la dogmática, la jurisprudencia y la teoría del derecho de forma relativamente opaca. Ade-

¹² Sobre el concepto de distinción ver Bourdieu, P., *La distinción*, Madrid, Taurus, 2012.

¹³ Chiassoni, P., “Las cláusulas generales, entre teoría analítica y dogmática jurídica”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad del externado de Colombia, 21, 2011, p. 89-106.

más, existen muy pocas convenciones lingüísticas sobre su definición y, las que existen, tienen un campo de aplicación muy reducido o son incapaces de reducir la ambigüedad de las palabras o de redefinir los conceptos reduciendo su vaguedad.

Creo que esta terminología dota a los discursos sobre la prueba de un halo de reflexión perspicua y de progreso científico. Un progreso que es capaz (o al menos eso intenta) de construir un *continuum* entre la toma de decisiones en situaciones cotidianas por personas comunes y corrientes y el modo en que los jueces operan (o debiesen hacerlo).

c) *La racionalización del trabajo judicial es una ideología en boga.* En el discurso de los juristas circula una tesis de política del derecho (probatorio) que defiende las bondades de la racionalidad en la decisión de los hechos. Esta ideología sustenta, a mi juicio, expectativas jurídicas y científicas un tanto desmesuradas. El legislador, los jueces, los juristas y alguna proporción de los teóricos del derecho pretenden controlar el arbitrio judicial usando el discurso probatorio. En este sentido, por ejemplo, la noción de estándar de prueba connota la posibilidad de estandarización del trabajo judicial y, en alguna medida, con ello se cifran esperanzas en la universalización de los juicios probatorios¹⁴. Las expectativas científicas también son altas. Ejemplo de esto es el uso de las expresiones ‘epistemología jurídica’ y ‘epistemología judicial’ en libros, artículos y seminarios sobre derecho probatorio¹⁵. Tras el uso de estas locuciones sospecho no menos de dos funciones ideológicas: por un lado, la distanciamiento lingüístico de la dogmática, para lograr distinción y reconocimiento¹⁶, y, por otro, algún grado de confianza en la construcción de un discurso que evite la fragmentación del mundo y

¹⁴ Las expectativas sobre el control de errores judiciales parecen engarzarse con estas ideas. Un ejemplo de ello es Malem, quien señala: “Además, en la apreciación de la prueba se producen errores cuando se aplican estándares de prueba inadecuados. Los estándares de prueba son los criterios o pautas que se utilizan para determinar si una hipótesis probatoria ha recibido o no suficiente apoyo como para ser corroborada”. Malem, J., *Error judicial y formación de jueces*, Barcelona: Gedisa, 2008.

¹⁵ Es probable que este uso editorial de las locuciones en cuestión se deba al título que Marcial Pons dio al libro de Larry Laudan *Verdad, error y proceso penal: un ensayo sobre epistemología jurídica*, que fue publicado en 2013.

¹⁶ Sobre las nociones de distinción y reconocimiento ver Bourdieu, P., ídem.

que explique y/o justifique de forma integradora muchas actividades diferentes sobre la prueba de hechos.

d) *El discurso académico se presenta como una tecnología para los operadores.* Vinculada a la idea anterior hay una ideología tecnocrática en el discurso jurídico sobre la prueba. Progresivamente, se ha instalado una idea sobre la especialización que reclaman las investigaciones sobre “el-problema-de-la-prueba”. Los artículos sobre la prueba son cada vez más técnicos (y más oscuros para el lego o semilego que cultiva otras disciplinas) y esta forma de tratar el problema les reviste de un halo de cientificidad que sostiene la confianza del lector.

e) *La supuesta utilidad de las investigaciones.* El discurso de muchos dogmáticos y teóricos del derecho se ha presentado como un aporte a la solución del “problema-de-la-prueba”. Creo que esta estrategia permite que el discurso tenga un impacto editorial más extenso (y, entonces, el producto editorial resulta más masivo). La masividad es fácilmente explicable: la nociones como “hecho probado”, “estándar de prueba” y otras semejantes son muy dúctiles ya que no se vinculan directamente a las fuentes del derecho permitiendo a los litigantes, a los jueces y a los juristas de diferentes países construir interpretaciones correctoras de sus disposiciones y elaborar discursos para justificar y excusar sus decisiones.

f) *Los editores comprendieron que el discurso probatorio es transnacional.* Todos los rasgos listados dotan a los autores del *boom* de una importante cualidad editorial: el discurso probatorio no es local, sino que se desatienden las fuentes del derecho que limitan el alcance de los trabajos típicamente jurídicos. Así, los textos del *boom* plantean los problemas probatorios con un nivel de abstracción y generalidad que les permite ser leídos en muchos ordenamientos jurídicos diversos.

V. El *boom* del discurso probatorio

La palabra inglesa '*boom*' se usa en el marketing para referirse a una brusca alza en las ventas de un producto. En literatura ha sido usada, por ejemplo, para etiquetar el incremento en la literatura latinoamericana entre la década de los sesenta y hasta principios de los ochenta. Aquí uso la palabra *boom* en este sentido puramente literario y editorial. Entiendo por *boom* un fenómeno de aumento de la difusión, el reconocimiento y la influencia de quienes investigan sobre la prueba¹⁷.

Aunque hace falta una investigación profunda para asegurarlo, creo que es posible sostener que desde el año 1999, de forma creciente, las investigaciones sobre la prueba se han incrementado¹⁸. Creció su volumen de producción, su ámbito de circulación y su tasa de consumo por parte de los dogmáticos, de los abogados y de los jueces. Aunque es difícil de delinear, creo que hay tres conjuntos que son clave para delimitar quiénes han sido parte de este movimiento: un cierto grupo de escritores, investigadores o autores; un conjunto de textos, artículos, revistas y libros principalmente; y un conjunto de ideas sobre cómo *es* y cómo *debería ser* la prueba judicial¹⁹ y su investigación. En las próximas páginas intentaré justificar con datos la existencia del referido *boom*.

V.1. La invención del “derecho probatorio” en el catálogo librero español

Clasificar los libros según la materia que tratan no es un asunto puramente científico o de interés para la gestión bibliotecaria. Se trata de un

¹⁷ Es importante dejar en claro que la expresión *boom* no dice nada sobre el contenido de las publicaciones, es decir, no implica una evaluación de su importancia, novedad, utilidad, impacto académico o científico. En este sentido, se trata de una categoría que atiende solo al fenómeno editorial: la divulgación de un discurso.

¹⁸ Es verdad que hay textos importantes que fueron publicados con anterioridad. Un ejemplo se encuentra en un antiguo artículo de Perfecto Andrés. Ver: Perfecto Ibañez, A, “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, *Doxa*, 12, 1992, pp. 257-299. Es claro que un análisis bibliométrico detallado debería considerar este tipo de textos, pero ese no es el propósito de este artículo.

¹⁹ Vale la pena señalar que un conjunto de ideas no es un ideario.

problema comercial. Según explica el sitio de DILVE (Distribuidor de información del libro español en venta)²⁰, el catálogo IBIC (*International Book Industry Categories*) es un sistema de calificación internacional de libros por materias con una orientación comercial. El sistema es análogo a BIC (*Book Industry Communication*) usado en Reino Unido, Australia y Nueva Zelanda y a BISAC (*Book Industry Study Group*) de uso en Estados Unidos y Canadá. Señala el sitio de DILVE:

El sistema IBIC se basa en unos 2.600 códigos de materias, agrupados jerárquicamente en 18 categorías (Artes, Lengua, Literatura y estudios literarios, Ficción y temas afines, Derecho, Medicina...). Del mismo modo, propone 900 códigos denominados ‘calificadores’ para indicar, si se desea, la localización geográfica, las lenguas de la obra, los períodos históricos, los fines didácticos y la edad de interés [...]²¹.

En España, el comité de gestión del IBIC está integrado por varios agentes de la industria del libro. En el área jurídica, las editoriales Wolters Kluwer y Marcial Pons tienen la tarea de revisar la clasificación²².

La configuración comercial del IBIC permite entender por qué al consultar la base de datos de los libros editados en España se presentan

²⁰ https://www.dilve.es/dilve/dilveweb/dilve_IBIC.jsp

²¹ Continúa el sitio web de DILVE: “En 1998 se hizo pública la primera versión del estándar, en cuya elaboración participaron representantes destacados del sector. La última versión (v 2.1), que ha sido la referencia para su adaptación a España, se hizo pública en diciembre del 2010. En octubre de 2011, la clasificación BIC pasa a denominarse IBIC para recoger las adaptaciones del sistema a diferentes mercados como los de Italia, España, Alemania, Noruega, Suecia, Portugal, etc.” “En España, la elección del sistema de clasificación de materias IBIC para el mercado del libro ha sido fruto de un acuerdo entre representantes de todo el sector comercial (editoriales, distribuidoras, librerías y Agencia del ISBN), coordinados por la Federación de Gremios de Editores de España por medio de DILVE” (https://www.dilve.es/dilve/dilveweb/dilve_IBIC.jsp)

²² Según informa el sitio DILVE, “En estos momentos se está llevando a cabo un análisis más detallado del ámbito jurídico y del científico-técnico, con la colaboración de algunas de las editoriales y librerías más significativas así como en coordinación con el Comité Internacional IBIC” (https://www.dilve.es/dilve/dilveweb/dilve_IBIC.jsp)

ciertas paradojas²³. En el periodo entre 1990 y 2000 el resultado de la búsqueda de los libros cuya materia es derecho²⁴ y que usan la palabra “prueba” en el título²⁵ tiene como resultado solo dos títulos. Uno de ellos es el libro *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba* de Marina Gascón Abellán. Este libro fue publicado en 1999 en la colección *Mono-grafías jurídicas* de la editorial Marcial Pons²⁶.

Cuando, usando los mismos criterios, la búsqueda incluye el periodo entre 2000 y 2010 el número de libros publicados crece a ocho²⁷. Y cuando se busca entre 2011 y 2017 (usando los mismos dos parámetros) no hay títulos publicados. Si, en cambio, la materia “derecho” se reemplaza por “procedimiento civil: derecho probatorio”, surgen ocho títulos publicados en el periodo²⁸ y si se elimina el requisito de la palabra

²³ La base de datos está disponible en el sitio web: <https://www.mecd.gob.es/cultura-mecd/areas-cultura/libro/bases-de-datos-del-isbn/base-de-datos-de-libros.html>

²⁴ En el buscador he fijado como índice la materia derecho sin ninguna adjetivación adicional.

²⁵ *Manual práctico de la prueba pericial médica* cuyos autores son Martínez María Francisca y García-Blázquez Manuel de la editorial Comares y *La prueba y medios de prueba, de Roma al derecho moderno* cuyos autores son Camacho Fermín, Bello, Silvestre y Domínguez Paula de la editorial Servicio de Publicaciones de la Universidad Rey Juan Carlos. Con otros criterios de búsqueda es posible encontrar obras como, por ejemplo, *La prueba en el procedimiento de gestión tributaria* de Ana Pita publicado en 1998 por Marcial Pons.

²⁶ La primera edición de este texto figura clasificado en dos materias: derecho comparado y proceso civil, en cambio, la segunda y la tercera ediciones fueron clasificadas solo como derecho comparado.

²⁷ Esos libros, ordenados por título y excluidos los impertinentes para la investigación jurídica incluyen: *La carga de la prueba en la jurisprudencia romana clásica: (exégesis de 22.3)* de José Miguel Piquer editado por Edisofer (2006), *Disposiciones generales sobre la prueba* de Francisco López Simó de editorial La ley (2001), *Empresa y prueba informática* (sin autor) de Bosch (2006), *Manual práctico de la prueba pericial médica* de María Francisca Martínez y Manuel García-Blázquez de editorial Comares (2000), *La prueba pericial en el proceso civil* de Pilar Ledesma editado por el Consejo General del Poder Judicial (2006), *La prueba y los medios de prueba, de Roma al derecho moderno* de Fermín Camacho, Silvestre Bello y Paula Domínguez editado por el Servicio de Publicaciones de la Universidad del Rey Juan Carlos (2000), *La prueba* de Michele Taruffo de Marcial Pons (2008) y, *Valoración del daño corporal: legislación, metodología y prueba pericial médica* de César Borobia de la editorial Elsevier Mansson (2007).

²⁸ El listado incluye los siguientes títulos. *Análisis de la prueba* de Terence Anderson, David Schum y William Twining editado por Marcial Pons (2016); *La prueba de reconocimiento judicial*, sin autor, editado por Bosh (2012); *La prueba pericial contable en*

“prueba“ en el título y se mantiene la materia “procedimiento civil: derecho probatorio” el resultado es treinta títulos publicados en el periodo. No deja de ser curioso que, la misma búsqueda en el periodo 1990 a 2000 da como resultado cero y en el periodo 2000 a 2010 el resultado es solo cuatro libros.

Los resultados de las búsquedas nos permiten lanzar una hipótesis: la clasificación IBIC “procedimiento civil: derecho probatorio” surgió en algún momento posterior al año 1999 con el objetivo de catalogar mejor las obras de derecho de prueba con fines comerciales, porque IBIC tiene esos fines. Ahora bien, los editores no saben muy bien qué cosas deben poner bajo esa etiqueta.

Algunos datos adicionales para sustentar esta apuesta. La traducción del libro *Verdad, error y proceso penal: un ensayo sobre epistemología jurídica* de Larry Laudan es clasificado como Filosofía del Derecho al igual que el libro *Debatiendo con Taruffo*²⁹. Asimismo, *La motivación de la sentencia civil*³⁰ es categorizado como derecho civil, derecho procesal y filosofía del derecho y *La prueba de los hechos*³¹ es clasificado como derecho procesal, filosofía del derecho y procedimiento civil: derecho probatorio. En cambio, *La valoración racional de la prueba* de Jordi Ferrer (2013) es clasificado por Marcial Pons en Filosofía: epistemología y teoría del conocimiento y Filosofía: lógica. Finalmente, una editorial pequeña como Bubok Publishing, en el año 2013, clasifica como Criminología el libro *Decidir sobre los hechos: un estudio sobre la valoración racional de la prueba judicial* de Evanilda Godoi.

las jurisdicciones civil, penal, contencioso-administrativa y laboral, de José Carlos Balagué (2012); *Recomendación técnica 4 refor-CGE: la prueba pericial contable y económica en el proceso judicial español*, sin autor, editado por el Consejo General de Economistas (2013); *La valoración de la prueba de interrogatorio* de Cristian Contreras editado por Marcial Pons (2015); *La valoración de la prueba en el proceso civil* de Xavier Abel, de editorial La Ley (2014) (en dos formatos, archivo de internet y en papel).

²⁹ Libro colectivo publicado el año 2016 por Marcial Pons.

³⁰ Esta es la clasificación de la primera edición del año 2011.

³¹ Esta es la clasificación de la primera edición del año 2002.

V.2. Los autores del *boom*

Hacer un listado exhaustivo de autores que participaron del *boom* desde principios de la primera década de este siglo hasta hoy, es una tarea que no puedo abordar aquí. Una mirada rápida a los textos publicados permite aventurar que la lista podría extenderse, quizá, hasta dos docenas de nombres distribuidos por Ítalo-Iberoamérica. Se trata, entonces, de un número reducido de participantes.

Todo *boom* tiene un canon³². En las líneas que siguen no es posible (ni deseable) fijar la lista de autores canónicos del *boom*. Simplemente, hago un listado de autores sin pretensiones de exhaustividad.

En España el conjunto de autores que inicia el *boom* son tres figuras: Marina Gascón, Jordi Ferrer y Daniel González. De modo estipulativo, podemos fijar el inicio del *boom* en el año 1999. En ese año Marina Gascón publicó *Los Hechos en el Derecho*³³, creo que por ese libro ella merece el título de pionera del discurso de prueba en habla hispana³⁴. Luego de este primer paso, son los trabajos de Jordi Ferrer los que consolidan y aumentan el impacto del discurso probatorio y lo transforman en un *boom*. Además, es Ferrer quien convierte a Taruffo en una figura editorial en lengua castellana. Las investigaciones de Daniel González, aunque son centrales en el discurso probatorio que se analiza, están más atrás en cuanto a su impacto editorial³⁵.

Los tres autores defienden (y discuten) dentro de un conjunto compartido de ideas: el racionalismo en materia de prueba. Este rasgo no

³² Aquí uso la palabra 'canon' en el sentido en que la usan los teóricos de la literatura. Bloom, H., *El canon occidental*, Barcelona: Anagrama, 1995.

³³ Gascón Abellán, M., *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Barcelona: Marcial Pons, 2004. En forma previa, se había publicado otro libro que influye indirectamente en el *boom*, ya que pese a tener su foco en cuestiones normativas, pone mucho énfasis en la determinación de los hechos. Me refiero a Ferrajoli, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, primera edición, Valladolid: Editorial Trotta, 1995. El texto en italiano es de 1989.

³⁴ El trabajo de Ferrer en relación a constituir a Taruffo en un referente para el mercado hispano parlante merece una investigación particular.

³⁵ La expresión 'impacto editorial' no tiene que ver con el contenido de los textos, sino con su capacidad para llegar al público.

los convierte en un grupo, es solo uno de otros varios rasgos comunes. Algunas de esas otras propiedades compartidas que vale la pena considerar son las siguientes: a) cada uno de ellos ha publicado textos para discutir ideas provenientes del *common law*, b) los tres comparten (aproximadamente) los canales de comunicación, es decir, las editoriales y las revistas. En España funcionan la editorial Trotta, Marcial Pons y, en menor medida, la Fundación Coloquio Jurídico Europeo. En Italia, Il Mulino y Giuffré cuando editaba *Analisi e diritto* son sus casas editoras. Los artículos también se publican en un listado muy acotado de revistas. Las principales son *Discussiones*, *Doxa* e *Isonomía*.

Para analizar la posibilidad de que estemos frente a un *boom* editorial el número de publicaciones anuales sobre prueba es un dato interesante de observar. Luego del libro de Gascón, en el año 2002 la editorial Trotta publicó la traducción de Jordi Ferrer del libro *La prueba de los hechos* de Michele Taruffo³⁶. En el mismo año, Jordi Ferrer publicó *Prueba y verdad en el derecho* por la editorial Marcial Pons y al año siguiente, el tercer número de la revista *Discussiones* se dedicó al problema de la prueba de los hechos. El subtítulo de la revista es claro: *Prueba, conocimiento y verdad*³⁷. La revista inicia con una presentación de Jordi Ferrer y Daniel González. En ella, cuatro investigadores debaten sobre un texto de Taruffo que es el artículo inicial³⁸. Los tres artículos que siguen son de Marina Gascón Abellán³⁹, Perfecto Andrés Ibáñez⁴⁰

³⁶ El libro original de Taruffo fue publicado el año 1992 por la editorial Giuffré. La editorial Trotta, con meridiana claridad, fijó tres materias para la traducción de Taruffo: Derecho Procesal, Filosofía del Derecho y Procedimiento civil: derecho probatorio. En cambio, Marcial Pons clasificó la primera edición del libro de Gascón como derecho comparado y proceso civil. En tanto que la segunda edición (2004) y la tercera (2010) fueron catalogadas como derecho comparado.

³⁷ El impacto de esta revista ha sido amplio. Una reciente publicación de Juan Moco-roa da cuenta de la influencia de ese debate más de diez años después. Moco-roa, J., “Breves comentarios sobre prueba y verdad”, *Inciso, Revista de investigaciones en Derecho y Ciencias Políticas*, 18 (1), 2016. Disponible en: <http://revistas.ugca.edu.co/index.php/inciso/article/view/469/903>

³⁸ El trabajo en cuestión se titula *Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad*.

³⁹ El artículo se titula “Concepciones de la prueba. Observación a propósito de *Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad*, de Michele Taruffo”.

⁴⁰ El artículo se titula “Sobre prueba y proceso penal”.

y Andrés Bouzat junto a Alejandro S. Cántaro⁴¹. La revista termina con un artículo en donde Taruffo replica a sus críticos⁴².

En el año 2004, Jordi Ferrer publica *Prova e verità nel diritto* en la editorial italiana Il Mulino. En el 2005 Trotta inicia las ventas de la segunda edición de *La prueba de los hechos*⁴³ y Marcial Pons publica *Carga de la prueba y sociedad del riesgo* de Guillermo Ormazábal y la segunda edición del libro *Prueba y verdad en el derecho* de Jordi Ferrer⁴⁴. Otras editoriales como Bosch también se suman a la publicación de textos sobre prueba⁴⁵. En el año 2007 Marcial Pons publica el libro *La valoración racional de la prueba* de Jordi Ferrer⁴⁶ y Tirant lo Blanch publica *La prueba y el control de los hechos por la jurisdicción contencioso administrativa* de David Blanquer. Creo que está bastante claro que, a ocho años del libro de Gascón, las palabras ‘prueba’ y ‘hecho’ son ya etiquetas que las editoriales usan para posicionar títulos en los anaqueles de las librerías.

En el año 2008⁴⁷ Marcial Pons vuelve a editar a Michele Taruffo, esta vez en conjunto con Jordi Ferrer, se trata del libro titulado *La prueba*⁴⁸ y la editorial del Coloquio Jurídico Europeo no se queda atrás y publica *Consideraciones sobre la prueba judicial* de Michele Taruffo. El 2009 es importante porque podría fijarse ahí el inicio del impacto del fenómeno editorial del discurso probatorio a este lado del Atlántico. Ese año, en Argentina la editorial Hammurabi publica *Prueba y convicción judicial en el proceso penal* de Perfecto Andrés Ibáñez. En Perú

⁴¹ Este trabajo se titula “Verdad y prueba en el proceso acusatorio”.

⁴² Este trabajo se titula “Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba”.

⁴³ Ese año la editorial peruana Palestra y la colombiana Temis publican *Questio facti: ensayos sobre prueba, causalidad y acción* de Daniel González Lagier.

⁴⁴ La segunda edición de la traducción española fue clasificada en Proceso civil.

⁴⁵ Ese año la mencionada editorial publica *La prueba de los hechos en el proceso: aspectos de ley aplicable* de Joaquim-Joan Forner i Delaygua.

⁴⁶ La base de datos de libros editados en España consigna como autor a Jordi Ferrer. El sitio worldcat.org, en cambio, consigna como coautor a Larry Laudan. La materia de este libro es Filosofía: epistemología y teoría del conocimiento y Filosofía: lógica.

⁴⁷ Ese año ingresa a la discusión Juan Carlos Bayón con un capítulo titulado “Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano”. El artículo está publicado en el libro *Análisis e diritto* del año 2008, pp. 15-34.

⁴⁸ Son coautores Michele Taruffo y Jordi Ferrer. La materia del libro es Derecho.

ARA publica *Proceso, prueba y estándar* de Marina Gascón y, en Chile, la editorial Metropolitana edita una compilación de trabajos de Michele Taruffo titulada *La prueba: artículos y conferencias*. En España, Trotta lanza la tercera edición de *La prueba de los hechos*.

En el año 2010⁴⁹, el Instituto de Investigaciones Jurídica-UNAM publicó un libro colectivo bajo el título *Estudios sobre la prueba* cuyos autores principales son Jordi Ferrer, Marina Gascón y Daniel González Lagier. Ese mismo año, Marcial Pons publicó la traducción de otro libro de Michele Taruffo; *Simplemente la verdad: el juez y la construcción de los hechos*⁵⁰ y el libro *La valoración de la prueba* de Jordi Nieva⁵¹. Además, se lanza la tercera edición del título *Hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba* de Marina Gascón.

Al año siguiente, en 2011, Trotta editó *La motivación de la sentencia civil*, que es la traducción española del original italiano de Taruffo⁵². Marcial Pons edita *La prueba: un análisis racional y práctico*⁵³ de Rodrigo Rivera y ese año Trotta comienza la venta de la cuarta edición de *La prueba de los hechos*⁵⁴. En 2012 la editorial chilena Metropolitana volvió a publicar a Taruffo bajo el título *Consideraciones sobre la prueba y motivación de la sentencia civil*. En Colombia la Universidad del Externado publica *Cuestiones probatorias* de Marina Gascón. En Argentina ese año la editorial Hammurabi publicó a Larry Laudan con el título *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*. Quizá aquí hay un giro en el boom. El foco de la discusión fue modificado por la traducción de Laudan al español. Esta es una hipótesis. Mi única fuente para hacer tal apuesta es

⁴⁹ En Chile, ese año se defiende la primera tesis en derecho probatorio del país. La obra del profesor Jorge Larroucau Torres se tituló *La prueba en el proceso civil*. El tribunal de la investigación estuvo integrado por Michele Taruffo. Información disponible en: <http://www.derecho.uchile.cl/postgrado/doctorado-en-derecho/53073/tesis-defendidas>

⁵⁰ La editorial clasificó este libro como Derecho comparado.

⁵¹ Este libro fue clasificado por la editorial como Proceso civil.

⁵² El original en italiano fue publicado el año 1975 por la editorial CEDAM.

⁵³ Este libro fue catalogado como Proceso civil.

⁵⁴ En México, Fontamara publicó el libro *Estudios sobre la prueba*. Obra colectiva que cuenta con la participación de Jordi Ferrer; Marina Gascón; Daniel González y Michele Taruffo entre otros.

el balance que hizo Dei Vecchi en Discusiones XIII⁵⁵. En la nota 61 de este trabajo, Dei Vecchi dejó constancia de un hecho muy elocuente: la expresión “estándar de prueba” solo figura en la página 93 de la revista Discusiones que dio uno de los primeros pasos del *boom*⁵⁶.

En el año 2013 Marcial Pons publicó un libro colectivo coordinado por María del Carmen Vázquez bajo el título *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*⁵⁷, un libro de Larry Laudan con el título *Verdad, error y proceso penal: un ensayo de epistemología jurídica*⁵⁸ y un libro de Michele Taruffo y Jordi Nieva titulado *Neurociencia y proceso judicial*⁵⁹. Ese mismo año, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación de Estados Mexicanos publicó la serie cuadernos de divulgación con el título *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*.

En el año 2015 la Universidad de Los Andes (Colombia) publicó un libro colectivo titulado *Nuevas tendencias del derecho probatorio* en donde participaron Michele Taruffo y Jordi Ferrer, entre otros autores. Marcial Pons lanzó al mercado el libro de Carmen Vázquez: *De la prueba científica a la prueba pericial*⁶⁰ y el libro *La valoración de la prueba de interrogatorio* de Cristian Contreras y Jordi Nieva⁶¹. En América Latina, Andrés Páez publicó *Hechos, evidencia y estándares de prueba. Ensayos de epistemología jurídica* por la Universidad de los Andes. Desde Chile, Flavia Carbonell, Rodrigo Coloma y yo mismo coordinamos la traducción del libro *Analysis of evidence* de Terence Anderson, David Schum y William Twining, que lanzó Marcial Pons con el título *Análisis de la*

⁵⁵ Dei Vecchi, D., “Tres discusiones acerca de la relación entre prueba y verdad”, *Discusiones*, 13, 2, 2013, pp. 233-264.

⁵⁶ Aunque no se puede desconocer que hay trabajos previos de Gascón, Ferrer y Bayón, entre otros, que tratan los problemas de los estándares de prueba, el punto no es ese. Se trata de determinar cuándo la locución “estándar de prueba” pasó a ser central en el *boom* editorial del discurso probatorio.

⁵⁷ La editorial clasificó este libro como Filosofía del Derecho.

⁵⁸ La editorial clasificó este libro como Filosofía del Derecho.

⁵⁹ La editorial clasificó este libro como Derecho Procesal.

⁶⁰ La editorial clasificó este libro como Filosofía del Derecho

⁶¹ La editorial clasificó el libro como Derecho Procesal: derecho probatorio.

*prueba*⁶². En 2016 Marcial Pons publicó el libro colectivo *Debatiendo con Taruffo*⁶³, bajo la coordinación de Carmen Vázquez y Jordi Ferrer.

A la fecha de la publicación de este texto también integra el *boom* la reciente traducción de Perfecto Andrés Ibáñez del libro de Giulio Ubertis *Elementos de epistemología del proceso judicial*, publicado por editorial Trotta⁶⁴.

VI. ¿Qué posición ocupa el trabajo de Rodrigo Coloma en el *boom* del discurso probatorio?

Todo *boom* es solo una burbuja a punto de estallar. Los editores, esos “empresarios de la ideología” o “mercaderes de la cultura” siempre tienen dos caras, como Jano, una de ellas mira al comercio y otra al arte⁶⁵. Entonces, si se acepta que hay un *boom*, parece sensato no apresurarse. Hay que tener cuidado con lo que se compra, con lo que se lee y con lo que se cita. Todo *boom* pasa de moda. Al pasar la moda hay dos opciones: se ha formado una cultura dominante (*mainstream*) o se desaparece⁶⁶. Antes de formular juicios categóricos, es razonable esperar que el tiempo pase y ver quiénes (qué trabajos) resisten su paso y quedan en pie dentro de las comunidades jurídicas de nuestros países (hablo de y para Latinoamérica). Es prudente observar qué sucede con las ventas de libros. ¿Trotta lanzará una quinta o una sexta edición de *La prueba de los hechos* de Michele Taruffo? ¿Con el tiempo, la traducción de *Analysis of evidence* modificará el panorama de la enseñanza del derecho probatorio en Latinoamérica? Si hechos como estos ocurren,

⁶² La editorial clasificó este libro como Derecho Procesal: derecho probatorio.

⁶³ La editorial clasificó este libro como Filosofía del Derecho.

⁶⁴ Hay que notar que las materias IBIC de este libro, según la información suministrada por la editorial es: Derecho y procedimiento penal, Filosofía del Derecho y Filosofía: epistemología y teoría del conocimiento.

⁶⁵ Las frases corresponden a John Thompson y a Gary Stark y la referencia a Jano es de Baskhar. Todos están citados por Baskhar, M., *La máquina de contenido*, Fondo de Cultura Económica, 2014, p. xvii.

⁶⁶ Martel, F., *Cultura Mainstream. Cómo nacen los fenómenos de masas*, Madrid: Taurus, 2011.

es seguro que editores como Marcial Pons y otras pequeñas editoriales latinoamericanas seguirán apostando por el discurso probatorio como un producto cultural; el *boom* continuará por algunos años más.

El mercado editorial es solo una de las variables a considerar. Hay que observar también qué ocurre con las fuentes del derecho. Si el *boom* se transforma en derecho legislado en algunos países de nuestra región hay que ver cómo el legislador usa o (re)interpreta las nociones construidas por el *boom*. Si, en cambio, el *boom* solo influye en los sistemas jurídicos mediante la jurisprudencia y la doctrina es necesario saber cómo los jueces y los dogmáticos usan y/o (re)interpretan estas nociones para crear derecho de manera extralegislativa.

Ahora bien, si se acepta que hay un *boom* vale la pena intentar posicionar el trabajo de Coloma en ese *boom*. El trabajo de Coloma desde principios de la década del 2000 en materia de prueba de los hechos es periférico. Coloma participa desde lejos del ruidoso desarrollo del auge por la investigación sobre la prueba. La periferia es un rasgo geográfico, conceptual, metodológico y estilístico. La periferia geográfica es un hecho: el autor trabaja desde Chile y no desde Europa o Estados Unidos.

La periferia conceptual, metodológica y estilística son decisiones autorales. La red conceptual y el método usados por los trabajos de Coloma solo participan y se yuxtaponen por fragmentos a las nociones y métodos que son de uso corriente en la literatura del *boom*. Coloma es menos analítico, es decir, sigue menos de cerca las convenciones de los defensores de la filosofía analítica; su forma de trabajo es más tópica y mucho más narrativa; su modo de usar la terminología de la filosofía de la ciencia es más desencantada; tiene menos fe en el potencial explicativo y/o justificativo del léxico proveniente de la filosofía de la ciencia. Finalmente, su estilo de escritura es más literario y fácil de leer para el lego en filosofía. A mi juicio, el trabajo de Coloma que usted puede leer en esta revista participa de estas cualidades.

VII. Palabras de cierre

Cuando imagino a los jueces en tanto lectores de varios de los textos que han sido publicados en el marco del *boom* del discurso probatorio se me viene a la cabeza el pobre hombre rico de Loos⁶⁷. A principios del siglo XX, el arquitecto austriaco Adolf Loos escribió una breve fábula sobre un pobre hombre rico que quería vivir en una vivienda diseñada hasta el más mínimo detalle por un arquitecto. La complejidad de la obra llegó a tal extremo, que en un momento el arquitecto reconviene a su mandante, porque se había puesto las pantuflas (también diseñadas por el arquitecto) en la sala y no en el dormitorio. El color de los calcetines destruía la armonía de la sala. Al final, el dueño de la casa no puede recibir ningún regalo, porque todos destruyen la casa y se siente extraño, avergonzado y muerto en su propia casa. Creo que una buena parte de los escritores del *boom* tienen pretensiones similares a las que inspiraban al arquitecto de la fábula; pretenden diseñar modelos y conceptos tan finos y detallados que impiden hacer con ellos lo más básico: usarlos. En este sentido, el trabajo de Coloma parece ser más *usable* por los operadores del sistema jurídico que las investigaciones de algunos de los miembros del *boom*.

Casi lo olvidaba. Si usted, querido lector, acepta que hay un *boom* de investigaciones sobre prueba, sospeche de lo que acaba de leer, de la revista que tiene entre sus manos y del próximo libro sobre prueba que las editoriales le querrán vender.

⁶⁷ Loos, A., "The Poor Little Rich Man (April 26, 1900)", *Spoken into the Void: Collected Essays 1897-1900*, 1900. Translated by Jane O. Newman and John H. Smith (Cambridge, MA, MIT Press, 1982).

Bibliografía

- Baskhar, M., *La máquina de contenido*, Fondo de Cultura Económica, 2014.
- Bayon, J. C., *Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no Benthamiano*, 2008. Ponencia presentada al XIV Congreso Ítalo-Español de Teoría del Derecho celebrado en Girona los días 14 y 15 de noviembre de 2008, p. 10. Disponible en: <http://www.udg.edu/areas/FilosofiaDelDret/Noticies/tabid/10083/p/10469/language/es-ES/Default.aspx>].
- Bloom, H., *El canon occidental*, Barcelona: Anagrama, 1995.
- Bloor, D., *Knowledge and social imaginery*, Londres: Routledge and Kegan, Paul, 1976.
- Bloor, D., “The strengths of the strong program”, *Philosophy of the social sciences*, II (2), 1981, pp. 199-213.
- Bourdieu, P., *La distinción*, Madrid: Taurus, 2012.
- Chang, H., *Inventing temperature. Measurement and scientific progress*, Londres: Oxford University Press, 2004.
- Chiassoni, P., “Las cláusulas generales, entre teoría analítica y dogmática jurídica”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad del Externado de Colombia, 21, 2011, pp. 89-106.
- Dei Vecchi, D., “Tres discusiones acerca de la relación entre prueba y verdad”, *Discusiones*, 13, 2, 2013, pp. 233-264.
- Ferrajoli, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, (primera edición), Valladolid: Editorial Trotta, 1995.
- Ferrer Beltrán, J., “Los estándares de prueba en el proceso penal español”. Disponible en: <http://www.uv.es/cefd/15/ferrer.pdf>
- Ferrer Beltrán, J., *La valoración racional de la prueba*, Barcelona: Marcial Pons, 2007.
- González Lagier, D., “Presunción de inocencia, verdad y objetividad”, en García Amado, J. A. (coord.), *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho*, Granada, 2014, p. 109 y ss.
- Gascón Abellán, M., *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Barcelona: Marcial Pons, 2004.

- Laudan, L., “Porqué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, *Doxa*, 28, 2005, pp. 95-113.
- Laudan, L., *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica* (traducción de Carmen Vázquez y Edgar Aguilera), Madrid: Marcial Pons, 2013.
- Loos, A., “The Poor Little Rich Man (April 26, 1900)”, *Spoken into the Void: Collected Essays 1897-1900*, 1900. Translated by Jane O. Newman and John H. Smith (Cambridge, MA, MIT Press, 1982).
- Malem, J., *Error judicial y formación de jueces*, Barcelona: Gedisa, 2008.
- Martel, F., *Cultura Mainstream. Cómo nacen los fenómenos de masas*, Madrid: Taurus, 2011.
- Meli, D. B., *Thinking with Objects: The Transformation of Mechanics in the Seventeenth Century*, Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 2006.
- Mocoroa, J., “Breves comentarios sobre prueba y verdad”, *Inciso, Revista de investigaciones en Derecho y Ciencias Políticas*, 18 (1), 2016. Disponible en: <http://revistas.ugca.edu.co/index.php/inciso/article/view/469/903>.
- Perfecto Ibáñez, A., “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, *Doxa*, 12, 1992, pp. 257-299.

Algo más sobre umbrales y prototipos

More about thresholds and prototypes

Rodrigo Coloma Correa¹

*Y te contuviste: las lágrimas no pasaron
del umbral de tus ojos.*

Jorge Edwards
El Inútil de la Familia

*El prototipo popular de la obstinación es
la mula, animal muy inteligente.*

Ambrose Bierce
Diccionario del Diablo

Recepción y evaluación de propuesta: 15/04/2016

Aceptación: 15/7/2016

Recepción y aceptación final: 4/7/2017

Resumen: El texto responde a las críticas realizadas por Claudio Agüero y Raymundo Gama al texto “Los usos de los estándares de prueba: entre umbrales y prototipos”, presente en esta revista.

Palabras clave: decisiones probatorias, estándares de prueba, significados de la locución estándar

¹ Esta investigación es parte de proyecto financiado por el Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico, FONDECYT 1170872 “Prueba de los hechos. Coordinación entre el lenguaje de la teoría y el lenguaje de la práctica”.

Abstract: This article responds to the critics made by Claudio Agüero and Raymundo Gama to the essay “The uses of standards of proof: between prototypes and thresholds”, content in this issue.

Keywords: evidentiary decisions, standard of proof, meanings on the notion of standard

I. Réplica a mis comentaristas

Los comentarios de Claudio Agüero y Raymundo Gama son agudos. La presentación de Andrés Páez, iluminadora. Todo ello constituye un acicate para transparentar lo obscuro, corregir lo erróneo y profundizar lo superficial.

Las críticas de las que me haré cargo en este espacio para réplicas se organizan en cuatro acápites. Confío resulten suficientemente representativos de lo que a mis comentaristas preocupa. Los acápites son: a) tránsito desde el lenguaje ordinario hacia el lenguaje técnico; b) uso de metáforas; c) imposibilidad de construir escalas de medición; y d) reconstrucción de la prueba/narración clara y convincente como prototipo.

I.1. El tránsito desde el lenguaje ordinario hacia el lenguaje técnico (y algunas notas sobre el MARD)

Las primeras críticas de Raymundo Gama refieren a la transferibilidad de los significados de «estándar» en el lenguaje ordinario hacia el lenguaje de los juristas. No tiene sentido negarlo. Gama tiene razón cuando sostiene que la reconstrucción de los significados atribuidos a una palabra en contextos no especializados, a veces, no aclara lo que sucede en comunidades especializadas. En consecuencia, la indagación del uso de una palabra en un contexto *A* no siempre es útil para dar cuenta de lo que ella misma provoca en un contexto *B*.

En lo que sigue, haré precisiones acerca de por qué el uso de la partícula «estándar» en contextos extrajurídicos constituye una buena estrategia para aclarar lo que con su uso pretende comunicarse entre los juristas. El argumento principal que ofrezco en favor de que lo que ocurre en el lenguaje ordinario sirve para reconstruir significados y

usos en el lenguaje de los juristas descansa en la circunstancia de que la palabra «estándar» no ha adquirido en este último una *fisonomía* propia. Distinta es su situación en otras disciplinas, como es el caso de la estadística o de la economía. En ellas, la palabra «estándar» es utilizada con frecuencia y de una manera bastante desenvuelta. Así, si quienes aspiran a formar parte del *mundo de los estadísticos o de los economistas* tienen dificultades para comprender o usar la palabra «estándar» sería de esperar que consulten textos de estadística o de economía, o bien que pregunten a sus profesores o a estudiantes de cursos superiores acerca de cuál es su significado². Buscar en los diccionarios no especializados sería insuficiente para disipar sus dudas³. Si, en cambio, quien tiene dudas acerca de lo que se quiere decir con la palabra «estándar» fuere un estudiante de derecho, encontrará un apoyo muy escaso en los textos disciplinarios, en los estudiantes más avanzados e, incluso, en sus profesores, a los efectos de aprehender significados medianamente precisos de la aludida palabra. Más le valdrá consultar un diccionario, cuestión que, por lo demás, hemos hecho distintos participantes de esta discusión para reforzar nuestros puntos de vista.

De lo recién dicho, cabría objetar que —incluso— reconociendo que sobre la palabra «estándar» ha habido una escasa labor de depuración conceptual por los juristas, pudiese ser el caso de que a lo que con su uso se apunta en contextos jurídicos diste bastante de sus significados en el lenguaje ordinario. En el fondo, es posible que cuando se usa la palabra «estándar» en la cotidianidad se haga de una manera

² Lo que pasa con la palabra «estándar» en dichas disciplinas podría asemejarse a lo que ocurre en el derecho cuando se intenta precisar lo que significan palabras como «regla», «principio», «nulidad» o «responsabilidad». Estas, pese a que también se ocupan con relativa frecuencia en otros contextos, en el lenguaje de los juristas tienen un nivel de depuración que incide en que el uso del diccionario provoca, en ocasiones, más confusión que claridad.

³ Lo expresado no obsta a que, de vez en cuando, sea útil tener en cuenta el significado que a esas palabras se atribuye en el lenguaje ordinario o en el de otra disciplina. A veces los tecnicismos alejan de los aspectos generales de una palabra o locución y, por ende, es útil volver sobre aquellos. La manera de hacerlo, sin embargo, será siempre desde la sospecha de que lo que ocurre en estos otros contextos pudiese no coincidir con lo que realmente interesa a la cultura de los especialistas.

distinta a si se opera en el contexto del derecho, incluso si en este último no resulte del todo claro lo que quiere hacerse significar con ella. Para disipar esta objeción invertiré la trayectoria seguida en mi primer texto. Es decir, en vez de transitar desde el lenguaje ordinario hacia el lenguaje de los juristas, iré desde el análisis de los usos u ocurrencias de la palabra «estándar» en el *mundo de los juristas* hacia la noción de «estándar» en el lenguaje ordinario. Si el resultado difiriese considerablemente al de umbral y prototipo, la crítica de Gama daría en el blanco⁴. En caso contrario, el análisis del lenguaje ordinario conservaría sentido. Usaré como ejemplo el contexto chileno pues, además de ser el que mejor conozco, la reducida cantidad de años en que la discusión sobre EdP⁵ ha estado sobre el tapete, simplifica el análisis.

Si Ud. busca la palabra estándar en los códigos chilenos perderá su tiempo. Se trata de una palabra que no se usa en esos textos⁶. Por cierto, hay leyes especializadas en que aquello ocurre. Es el caso, por ejemplo, de la Ley General de Educación en la que se habla de «estándares de aprendizaje», «estándares de desempeño» y «estándares de calidad». El asunto es que lo que allí pudiere querer decirse con la palabra «estándar» no ilustra el significado que tiene para los juristas, pues el lenguaje que allí realmente interesa es el de los educadores⁷. La falta de uso de la palabra «estándar» en los textos legislados constituye un buen argumento para sostener que (parte de) la comunidad de los

⁴ Esta afirmación podría ser algo injusta con Gama. Lo que a él realmente le preocupa es que en mi primer texto no resultaría transparente dicha relación y, por tanto, yo debiera hacerme cargo de aquella.

⁵ Entre los juristas chilenos no ha habido discusión sobre el significado de «estándar».

⁶ Es importante hacer notar que en el proceso de tramitación del código procesal chileno (año 2000) se ha dejado constancia de que “La Comisión Mixta tuvo presente que el estándar de convicción “más allá de toda duda razonable” es propio del derecho anglosajón, y no del europeo continental, por lo que resulta una novedad también para el ordenamiento jurídico chileno [...] Historia de la Ley N° 19.696 que establece Código Procesal Penal (p.2005).

⁷ Los intérpretes de la ley debiesen preferir prima facie el significado que dan los educadores por sobre el que le dan los juristas, si pretenden ser deferentes con una presunta intención del texto o del legislador. Si Ud. entra al sitio web: <http://www.curriculumenlineamineduc.cl/> encontrará los estándares de aprendizaje de distintas asignaturas que conforman el currículum definido por el Ministerio de Educación chileno.

juristas es quien ha decidido que su léxico se enriquecería si se *apropia* de dicha palabra. La pregunta es ¿por qué?

El uso más indiscutido de la palabra «estándar» entre los juristas chilenos corresponde, precisamente, a la locución EdP. Así, los juristas cuando leen el artículo 340 del Código Procesal Penal —que habla de *duda razonable* pero no usa la palabra «estándar»⁸— recurren a tal etiqueta bajo el entendido de que facilita la comunicación y, por cierto, su aplicación en casos concretos⁹. Los juristas no recurren a nomenclaturas tales como *regla de la duda razonable* o *principio de la duda razonable*, a pesar de que son frecuentes al referir a otras clases de asuntos. La negativa al uso de las palabras «principio» o «regla» —es de presumir— ocurre, en primer lugar, porque si lo hicieran se alejarían del lenguaje normal de los juristas extranjeros (quienes desde hace un buen tiempo hablan de EdP¹⁰) y, en segundo lugar, porque las nociones de regla y de principio, resultan *incómodas* para dar cuenta de lo que puede hacerse con el aludido artículo 340. Exploremos brevemente la segunda de las razones.

La comprensión del artículo 340 del Código Procesal Penal como una regla constituye un proyecto escasamente viable. Cuando se usan reglas no resulta tolerable un nivel elevado de abstracción. Aquello se explica porque el uso de las reglas no se lleva bien con el traspaso *velado* —ya sea a la doctrina o a los jueces— de responsabilidades que el legislador usualmente se reserva para sí¹¹; en especial de la responsabilidad de condenar o absolver en los casos *de frontera*.

⁸ En su inciso 1° se dice “Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley”.

⁹ En Chile es el único EdP estipulado por el legislador.

¹⁰ A los juristas les interesa homologar su lenguaje y, de esa manera, no cerrar las puertas a la realización de intercambios comunicativos.

¹¹ En la práctica, la técnica legislativa es insuficiente para inhibir la función creativa de jueces y dogmáticos lo que puede constituir una experiencia frustrante para la autoridad normativa. En el caso del EdP la frustración del legislador tal vez venga desde un carril opuesto, esto es que la doctrina y la jurisprudencia no se hagan suficientemente cargo de dotar de contenido a las respectivas disposiciones.

La idea de operar como si se tratase de principios tampoco resulta atractiva. La abstracción del MADR no obedece a una aspiración de que cada caso requiera tener en cuenta otros principios en competición. Tampoco se debe a la circunstancia de que haya asuntos especiales de contexto de los que no se pueda desentender el intérprete en ciertos casos. La abstracción en la formulación obedece simplemente a que no se sabe cómo (o es inútil) formular, en términos más o menos precisos, los contornos entre lo que es constitutivo de duda razonable y lo que no lo es¹². Sobre lo último, es útil llamar la atención en un punto insuficientemente explicitado en el texto inicial y que vale la pena tener en cuenta para los efectos de diferenciar los estándares de las reglas. Una característica relevante de los estándares es su adaptabilidad a cambios contextuales¹³. De un estándar se espera una rápida adaptación ante cualquier cambio tecnológico, económico, social, etc. Así, los cambios frecuentes en los estándares son vistos como inevitables e, incluso, aconsejables si se opera en entornos cambiantes. Al contrario, los cambios frecuentes en las reglas son mirados desde la sospecha.

Hay un asunto interesante en que repara Andrés Páez y que puede aclarar algo más las cosas. Dice Páez:

el concepto de estándar en el uso cotidiano asume la existencia de criterios preexistentes bien definidos a partir de los cuales se hace la medición o la comparación de similitud [...]. En contraste, en el caso de los estándares de prueba en el derecho lo que está en juego es justamente la definición de los criterios apropiados para darle contenido a dicho concepto¹⁴.

¹² Es interesante tener en consideración que el aludido texto de la Historia de la ley (supra 6) continúa indicando: “Sin embargo, [el más allá de toda duda razonable] es un concepto útil, toda vez que está suficientemente decantado y elimina las discusiones relativas al grado de convicción que se requiere, dejando en evidencia que no se trata de una convicción absoluta, sino de aquella que excluya las dudas más importantes”.

¹³ Ver 2d) en “Los usos de los estándares de prueba: entre umbrales y prototipos”.

¹⁴ En rigor, no creo que lo que dice Páez dé cuenta de que los estándares en el lenguaje ordinario y en el de los juristas sean algo muy distinto. De lo que sí podría dar cuenta es que en la cotidianeidad no solemos hablar de un estándar (o de aplicar un estándar), sino a partir de que se encuentra socialmente aceptado. Los juristas hablan de estándar

Páez está en lo cierto, al menos cuando nos referimos a los EdP. Las fórmulas a las que recurrimos parecen vacías.

Según ha sido anticipado, hay razones para entender que la doctrina y la jurisprudencia son las responsables de dotarlas de contenido. La pregunta que cabe hacerse es —parafraseando a Laudan—: ¿contamos o no con un EdP mientras no se *dote de contenido* a sus formulaciones originarias? La respuesta debiera ser negativa (e imagino que Páez opina igual). Lo que sucede es que el estándar solo opera como tal (existe) si es posible usarlo en las distintas tareas identificadas en el texto inicial de esta discusión¹⁵.

Volvamos al parco art. 340 que dice: “Nadie *podrá ser condenado* por delito sino *cuando* el tribunal que lo juzgare *adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción* de [...]”¹⁶. Tal como allí aparece, se trata de una disposición que requiere de una intensa labor interpretativa para hacerla operativa. Por de pronto, aquella admite reconstruirse ya sea como un permiso, un deber o una prohibición. Es habitual que se elija este último operador deóntico¹⁷. Lo que es prohibido, permitido u obligado —dependiendo de la posición que se adopte— es la acción de condenar al acusado. Del texto no es arriesgado sostener que la posición deóntica del juez —entendido como destinatario de la disposición¹⁸— se hace depender de la *adquisición* de una convicción de que se ha cometido una conducta punible y que al acusado participó en ella. Lo propiamente constitutivo del estándar refiere a una propiedad predicable de la convicción; esto es su intensidad¹⁹ o su clase²⁰.

desde el momento en que consideran existe una obligación de definirlo —mediante la interpretación— a partir de lo que diga el legislador. Es decir, poco les importa que no se haya avanzado en su depuración.

¹⁵ En tal sentido, lo que dice el legislador constituye una formulación que, es de esperar, sea utilizada como un estándar. Tal pretensión podría resultar fallida.

¹⁶ Las cursivas, evidentemente, son mías.

¹⁷ Tal elección —creo— está más determinada por razones valóricas antes que técnicas.

¹⁸ También podría considerarse como destinatario al acusado si la interpretación apunta a entenderlo como una inmunidad.

¹⁹ Aquello ocurre si se reconstruye la convicción como un estado subjetivo.

²⁰ Aquello alude a perspectivas que ponen la atención en el uso de cierta metodología, en la elaboración de una cierta clase de discurso, etcétera.

Una interpretación deferente con el texto del art. 340 (suponiendo que aquello fuere posible) debiese asumir que para condenar no es exigible la ausencia de dudas razonables, sino su neutralización. No olvidemos que se habla de “más allá de” y aquello no implica necesariamente la eliminación o ausencia de dudas más razonables. En otras palabras, se podría plantear algo así como: *las dudas razonables planteadas no son de una magnitud suficiente como para inhibir una decisión que las entienda como superadas. Así, a pesar de esas dudas, estoy convencido de que/estoy autorizado a operar como si [...].*

El análisis precedente resulta frustrante. Con lo dicho hasta este momento es presumible que ante un mismo caso habrá para algunos juzgadores un estado de todas-las-dudas-razonables-neutralizadas y para otros, de no-todas-las-dudas-razonables-neutralizadas. Esto constituye una invitación a dotar creativamente de contenido al texto. Si se opta por la técnica de transformar la disposición en un estándar se podrá seguir el camino ya sea de los umbrales o de los prototipos.

Apartémonos ahora del art. 340 del Código Procesal Penal. Tengamos en cuenta solo la locución «más allá de toda duda razonable», sin encorsetarla en el caso chileno. Según he enfatizado, las disposiciones del legislador solo resultan operativas en la medida en que la doctrina y la jurisprudencia realicen una importante tarea (re)constructiva de los EdP. La teoría del derecho y, más tímidamente la dogmática, algo han hecho al respecto. Así, por ejemplo, Jordi Ferrer²¹ realiza un ejercicio de atribución de significado al MADR²² en que se invita a prestar atención²³ a la hipótesis de la culpabilidad, en cuanto explica los datos (pruebas) disponibles y predice nuevos datos, como también, a

²¹ Ferrer, J., “La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana”, en Vázquez, C. (ed.), *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*, Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 36.

²² Ver la crítica a las propuestas de Ferrer y Laudan que se realiza en Allen, R., “Los estándares de prueba y los límites del análisis jurídico”, en Vázquez, C. (ed.), *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*, Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 50-56.

²³ Estos serían criterios relevantes de identificación de lo constitutivo de dudas razonables. Lo que no se menciona queda fuera del abanico de posibilidades de dudas razonables. Sobre criterios y estándares, ver el texto de Páez aquí publicado.

las hipótesis plausibles de inocencia del acusado que den cuenta de los datos generados en el proceso judicial²⁴. A lo indicado, él propone añadir enunciados sustitutivos de la función del «más allá de» y que serían la integración coherente, la confirmación y la refutación²⁵, respectivamente. Dicho en otras palabras, el estado del MADR se alcanza si, copulativamente: i) se logra una explicación que integre coherentemente —y en clave de culpabilidad del acusado— los datos disponibles, ii) se confirman los datos predichos por la conjetura de culpabilidad y iii) se refutan las explicaciones compatibles con la inocencia del acusado.

La reconstrucción del estado de toda-duda-razonable-neutralizada o de su complemento de no-toda-duda-razonable-neutralizada es una tarea que se aborda, también, desde los tribunales de justicia²⁶. Aquello ocurre con algunas sentencias —por ejemplo, *R v. Smith (George Joseph) [1914-1915]*²⁷ o el asesinato de Emilienne Gerard (1917)²⁸— en que el estado de toda-duda-razonable-neutralizada se depura de una manera suficientemente precisa como para servir de referente a futuros casos. Por su parte, casos de frontera como *People v. Simpson* (1995), *Commonwealth v. Sacco and Vanzetti* (1921) o *R v. Bywaters and Thompson* (1922)²⁹ dan cuenta de estados de no-toda-duda-razo-

²⁴ Aunque Ferrer no lo dice, podría agregarse: [...] “según la hipótesis de la defensa”.

²⁵ De la exigencia de refutación se excluyen las hipótesis *ad hoc*.

²⁶ En cuanto a algunas ventajas de reconstruir el EdP como prototipo considérese el siguiente fragmento que, por lo demás, es consistente con las críticas de Agüero y de las que me hago cargo en el tercero de los problemas que he anunciado: “[...] los juicios deben pasar el test de la duda razonable —esto es, jurados o jueces no deben dudar sobre la consistencia, adecuación o plausibilidad de la interpretación que incrimina a los acusados. Estos estándares normativos de juicio parecen bastante obvios cuando son vistos implícitamente como cosas que cualquiera de nosotros somos capaces de hacer sin reflexión. Cuando son examinados por sus reglas formales o la lógica, estos estándares de juicio pasan a ser más bien formidables y misteriosos”. Bennett, W. L., Feldmann, M. S., *Reconstructing reality in the courtroom. Justice and Judgment in American Culture*, New Brunswick, Rutgers University Press, 1984, pp. 9-10.

²⁷ Conocido también como “Las novias en la bañera”.

²⁸ McCormick, N., “The coherence of a case and the reasonableness of doubt”, *The Liverpool Law Review: Spring-Autumn*, 1980, pp. 45-50.

²⁹ Un análisis minucioso puede verse en Anderson, T., Schum, D., Twining, W., *Análisis de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2015, pp. 205-276.

nable-neutralizada. Todos ellos hacen posible evaluaciones desde la perspectiva de sus semejanzas o diferencias, en casos futuros.

La propuesta de Ferrer previamente aludida aspira a fijar un valor mínimo de pertenencia a una categoría. Si así fuere, la comprensión de los EdP sería la propia de un umbral (y así, lo entiende él mismo)³⁰. Por su parte, la atención en sentencias como las recién indicadas³¹ sirve para hacer comparaciones y, así, es más fácil resolver problemas de pertenencia en casos situados en la zona de penumbra de la categoría de los hechos probados. Nos enfrentamos, entonces, a un prototipo.

Vamos ahora brevemente a lo que implica usar estándares en ámbitos no especializados con miras a arrojar algo de luz acerca de sus significados en el uso ordinario. Para ello consideraré la toma de decisiones respecto de asuntos que presentan cierta complejidad y en los que no se recurre a estándares, aun cuando haya situaciones que linden con sus fronteras. Amos Tverski y Daniel Kahneman han planteado ideas interesantes al respecto³². Uno de sus focos apunta hacia el papel que desempeñan distintas heurísticas en nuestras elecciones. Las heurísticas constituyen vías rápidas de adopción de decisiones al saltarse varios de los pasos que serían requeridos en un análisis minucioso. Las heurísticas resultan de mucha utilidad, aun cuando en ocasiones nos conduzcan a errores que el actuar meticuloso podría haber evitado. Las heurísticas a las que los autores aludidos prestan especial atención son las de la representatividad, disponibilidad y anclaje. La primera (representatividad) consiste en tomar decisiones según la semejanza de un caso dudoso respecto a un estereotipo³³ que se construye sobre la

³⁰ En lo personal, pienso que una propuesta como la de Ferrer admite también una reconstrucción como prototipo.

³¹ Es particularmente importante cuando esos casos son incorporados en manuales o libros de texto.

³² Uno de los textos más importantes al respecto es *Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases* publicado el año 1974 en la revista *Science* (vol. 185). Hay versión castellana disponible: Tversky, A. y Kahneman, D., “El juicio bajo incertidumbre: heurísticas y sesgos”, en Kahneman, D., *Pensar rápido, pensar despacio*, Buenos Aires: Debate, 2012 (primera edición), pp. 545-567.

³³ Sobre estereotipos, ver Schaufers, F., *Profiles, probabilities and stereotypes*, Cambridge & London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2003.

categoría de cuya pertenencia se trata de dirimir. La segunda (disponibilidad) es aquella que impulsa decisiones a partir de los datos que se encuentran más fácilmente disponibles para quien decide (casos recientes o casos de alto impacto). La tercera (anclaje) es la que se produce al no hacer ajustes suficientes a los primeros datos que se han tenido en consideración y que fijan un punto de partida del razonamiento.

Quien opera bajo el influjo de una heurística, en principio, no usa estándares. Los estándares constituyen una buena coraza para evitar errores a los que las heurísticas suelen conducir³⁴. No se crea que actuar con estándares necesariamente trae aparejado un actuar lento (¡lo que sí puede ser lento es definir el estándar!). Los estándares ya constituidos podrían conducir a una tarea equiparable a completar una *check list*.

Veamos un ejemplo: debemos elegir a los once jugadores que participarán en un torneo internacional de fútbol. Es posible que tengamos una inclinación espontánea a elegir a quienes tuvieron el mejor desempeño en el último partido del torneo pasado, pues se trata de la información más fresca (heurística de la disponibilidad). También es posible que fijemos distintos criterios, como lo serían el número de goles anotados, los pases correctos, las expulsiones, etcétera y luego fijemos cantidades mínimas o máximas. Con ello estaremos aplicando un estándar en el sentido de umbral. Otra posibilidad sería identificar un equipo que en el pasado haya tenido un desempeño especialmente destacado y elegir a quienes tengan características similares a los que formaban parte de dicho equipo. Con ello estaremos aplicando un estándar en su sentido de prototipo. De esta manera, cuando resolvemos problemas de la cotidianidad mediante la construcción de estándares, lo hacemos de manera parecida a cuando operamos en el mundo de los juristas. Las opciones que en ambos casos tenemos a la vista son las de los umbrales y de los prototipos.

³⁴ Tverski y Kahneman ofrecen un listado de doce errores a los cuales comúnmente lleva el uso de heurísticas. Tversky, A. y Kahneman, D., “El juicio bajo incertidumbre: heurísticas y sesgos”, en Kahneman, D., *Pensar rápido, pensar despacio*, Buenos Aires, Debate, 2012 (primera edición), pp. 547-562. En rigor, la construcción de estándares no los elimina pero al obligar a una forma de análisis más guiado debiera reducirlos.

I.2. El uso de las metáforas

Claudio Agüero pone en tela de juicio el uso de metáforas para comunicar lo que se quiere decir con la palabra «estándar» y, por cierto, con la clase más específica de los EdP. En su opinión, tanto la palabra umbral como palabra prototipo —que, a mi juicio, dan cuenta de lo que se quiere decir con la voz «estándar»— funcionan de una manera inadecuada. El uso de ambas palabras se vincularía a un espíritu cientificista, pues con ellas se evoca la noción de patrón de medida. El problema, entonces, sería algo así como *se trata de hablar con términos científicos en un campo en el que los asuntos tratados no resultan reducibles a dicho lenguaje*. En términos de Agüero, sería “mejor reconocer la carencia de conceptos que permitan describir, explicar, modelar y/o reconstruir el proceso de toma de decisiones en cuya virtud, a partir de cierto(s) paso(s) o movimiento(s), se acepta como probado un hecho X con base en un conjunto de medios de prueba C”.

El uso de metáforas, en ocasiones, esconde confusiones. Si hay que tomarse en serio a Agüero —cuestión que se encuentra fuera de discusión— se requiere revisar dicha práctica con detenimiento³⁵. Como contrapartida, debe señalarse que las metáforas son útiles para evitar una excesiva formalización del lenguaje utilizado en un contexto, lo que no siempre constituye una ganancia³⁶. El uso adecuado de las metáforas incide en que con menos palabras puedan decirse más cosas. Sin metá-

³⁵ El problema que se aborda evoca de manera casi inevitable el prólogo del *Tractatus*: “[...] lo que en cualquier caso puede decirse, puede decirse claramente; y de lo que no se puede hablar, hay que callar la boca”. Wittgenstein, L., *Tractatus logicus-philosophicus*, Madrid: Tecnos, 2008 (tercera edición reimpresión), p. 103.

³⁶ Al respecto me tomaré ciertas licencias saliéndome ligeramente del género narrativo esperable para unos comentarios en una revista como *Discusiones*. Citaré las siguientes palabras de Jorge Luis Borges para ilustrar acerca del exitoso uso de la metáfora en otros contextos: “Cristo es la figura más vívida de la memoria humana [...] No usó nunca argumentos; la forma natural de su pensamiento era la metáfora. Para condenar la pomposa vanidad de los funerales afirmó que los muertos enterraran a sus muertos. Para condenar la hipocresía de los fariseos dijo que eran sepulcros blanqueados”. Borges, J. L., *Prólogo de Evangelios Apócrifos I. Biblioteca Personal de Jorge Luis Borges*, Buenos Aires: Hyspamérica, 1985, p. 9.

foras se reducen los puentes que facilitan el contacto entre lenguajes de distintas comunidades de hablantes.

Para no desviarme más de la cuenta de las que —me imagino— son las genuinas preocupaciones de Agüero, me referiré en lo que sigue a la utilidad de hablar de umbrales y de prototipos. Es cierto que en contextos jurídicos resulta algo extraño el uso de términos como los recién señalados. Umbral es un término asociado principalmente a la arquitectura. Sin perjuicio de ello, es también utilizado sin resquemores en otros ámbitos como es el caso de la política, la historiografía o el periodismo³⁷. En la primera, su significado resulta bastante preciso; en los segundos, se usa con mayor laxitud³⁸. El significado que aquí interesa es el que resulta propio del segundo contexto, según han dejado de manifiesto Agüero y Gama. Así, la definición del Diccionario de la Lengua Española de la RAE que daría mejor cuenta de la palabra umbral sería la de “valor mínimo de una magnitud a partir del cual se produce un efecto determinado”³⁹. El problema es que aquella definición comunica más precisión que la que, en términos generales, es posible operar en el mundo del derecho y en los otros ámbitos recién señalados. Cabe, entonces, explorar otras posibilidades como las que sugiere el Diccionario del uso del español de María Moliner cuando en la voz umbral señala: “Punto en que se está casi dentro de cierta cosa: «Eso está en los umbrales de lo prohibido»”⁴⁰. Así las cosas, las pretensiones de científicidad no están determinadas necesariamente por el uso de la palabra «umbral».

Con la palabra «prototipo» ocurre algo solo parcialmente similar. Antes de referirme a ello es importante hacer una aclaración. En el texto inicial el significado que se tuvo en cuenta es el de ejemplar que calza de lleno en una categoría. En lo que atañe a los EdP, el prototipo que interesa corresponde, entonces, a casos no dudosos en cuanto a

³⁷ Su uso está rodeado de un aura de cultismo o incluso, de poesía.

³⁸ Hay, por cierto, otros ámbitos en que la palabra umbral es usada con precisión. Así, ocurre, por ejemplo, en la psicofísica cuando se habla de «umbral de percepción» o de «umbral del dolor».

³⁹ Tanto en el texto de Agüero como en el mío se alude a esta definición.

⁴⁰ *Diccionario del uso del español* de María Moliner (cuarta edición), Madrid: Gredos, 2016.

que los hechos discutidos se han (o no) probado. El prototipo sirve para determinar —mediante la evaluación de semejanzas y diferencias— si los hechos sobre los que se discute en un caso actual deben o no darse por probados. Un prototipo puede, también, ser entendido como un modelo para generar productos similares. Para hacerme cargo de las objeciones de Agüero tendré en cuenta esta posibilidad. La palabra prototipo se encuentra estrechamente asociada al diseño de productos. En dicho ámbito se cuenta con un significado lo suficientemente preciso como para evitar equívocos respecto a lo que se entiende por tal. La palabra también se usa en otros ámbitos con mayor soltura⁴¹. El ámbito del diseño de producto, sin embargo, no es equivalente al de la arquitectura, pues resulta más transversal. Así no solo se diseñan productos en el espacio de la ingeniería, sino también en el campo de la medicina, de la agricultura, de la informática o del arte. La concepción de prototipo que se usa en ellas no se aparta de la que se tiene en cuenta para el mundo del derecho.

Cuando se habla de prototipo —a propósito de los EdP— se tiene en consideración el diseño de un producto lingüístico, esto es, la narrativa sobre hechos, ya sea que se entiendan probados o no probados. Por supuesto, el prototipo que es posible visualizar para tales efectos —y que algunas líneas atrás vinculé, a modo de ejemplo, con algunas sentencias dictadas en casos famosos— constituye un ejemplar mucho más borroso que el que se espera en la ingeniería o en la medicina. Podría decirse, entonces, que los prototipos de los que disponemos no son lo suficientemente precisos como para servir de guía eficiente a un proceso productivo, pero eso no implica que sean inútiles para la construcción de productos lingüísticos⁴².

⁴¹ Al respecto téngase en consideración uno de los significados que se le atribuye en el diccionario de María Moliner: “Ser que reúne en sí el más alto grado las características de cierto tipo de cosas y puede representarlas: «Es el prototipo del egoísta»”. *Diccionario del uso del español* de María Moliner (cuarta edición), Gredos, Madrid, 2016.

⁴² Con la palabra «umbral» ocurre algo similar. En la medida en que al hablar de EdP como umbrales se identifiquen distintos criterios de evaluación e indicadores de logro que sean aplicables de manera más o menos homogénea por los jueces —cuestión de la que por cierto aun nos encontramos lejanos— los EdP pasan a ser determinantes

Haré una consideración final antes de cerrar este punto acerca del uso de las metáforas. Si aceptamos el carácter convencional del significado de las palabras podemos acordar que aquello que inicialmente pudo haber sido una metáfora, tiempo después podrá dejar de serlo. Aquello ocurre cuando a la comunidad interpretativa deja de importarle el significado originariamente considerado para la construcción de la metáfora y opte por asociar la palabra directamente con su nuevo significado. Hay ámbitos en los que las palabras «umbral» o «prototipo» han perdido progresivamente su significado metafórico. De esta manera, lo que en un primer momento era una metáfora, ahora podría haber dejado de serlo. Si decimos que los EdP admiten dos significados, siendo uno de ellos el de *umbral del que se hace depender que una conjetura debatida en un juicio sea dada (o no) por probada*, y el otro, *prototipo discursivo de cuyas semejanzas y diferencias se hace depender que una conjetura debatida en un juicio sea dada (o no) por probada*, lo que estamos diciendo no opera como metáfora, al menos en su sentido más fuerte⁴³. Esto, por cierto, dependerá de la manera en que jueces, abogados, académicos y funcionarios, a fin de cuentas, usen los EdP.

I.3. La imposibilidad de construir escalas de medición

En el texto de Agüero se aborda —sin escasear en profundidad— el problema de la construcción de las escalas de medición en el ámbito científico. La razón para hacerse cargo de un asunto interesante, pero en apariencia tan lejano a lo que habitualmente preocupa a juristas y teóricos, obedece a que, en su opinión, “se aspira a contar (y a usar) *estándares de prueba* para construir un modelo conceptual que haga comparables los resultados obtenidos de diferentes casos tal y como si se tratara de medir su temperatura [...]”.

en la construcción de productos lingüísticos. La circunstancia de que aquello todavía no ocurra no impide reconstruir, desde ya, los EdP como umbrales; aunque nos obliga a hablar con precaución.

⁴³ Al leer la oración de Jorge Edwards en el epígrafe es fácil concluir que con ella no se aspira a abandonar la metáfora. El valor de lo que se dice está determinado en una importante medida por su sentido metafórico.

Agüero nos previene que hay una dificultad importante en el uso de un lenguaje matematizado, incluso si se concibe como una metáfora. El problema —a su juicio— es que no contamos con un trabajo de conceptualización suficiente para adoptar un método de trabajo que recurra a abstracciones como las arrojadas por balanzas, termómetros o huinchas de medir. Dicho en otras palabras: *antes de ponernos a medir debiésemos tener claridad acerca si nuestros conceptos son posibles de medir*. Estoy de acuerdo con esta objeción, aun cuando sospecho que el universo de autores que tratan los EdP bajo la lógica propia de las escalas de medición es más reducido del que, en principio, pareciera. En lo que no estoy de acuerdo con Agüero es que concebir los estándares como umbrales constituye una manifestación de un *espíritu de cientificidad* que nos hace caer en la trampa de pedir a los EdP más de lo que pueden darnos. Me referiré en primer lugar al punto de acuerdo y luego, al punto de desacuerdo.

Las escalas de medición —al menos en un sentido fuerte— suponen matematizar la realidad⁴⁴. La matematización de la realidad nos autoriza para dejar de lado asuntos de detalle, lo que, en algunos ámbitos de la vida, ha facilitado grandes progresos. Los números que aparecen en las escalas de medición permiten hacer comparaciones y ordenar los resultados de nuestras evaluaciones de una manera que minimiza los desacuerdos potenciales. Afirmaciones tales como “¡tienes 37,8° de temperatura!” o “¡pesas 72 kg!” son reconocidas como una descripción. De ellas —cuando mucho— se pone en duda si el termómetro o balanza están bien calibrados. Sin escalas de medición habría que conformarse con afirmaciones como “¡te siento algo afiebrado!” o “me parece que estás un poco más gordo”, las cuales podrán ser fácilmente controvertidas y, en consecuencia, harán más difícil decidir, por ejemplo, si tomaremos un analgésico o iniciaremos una dieta.

La construcción de escalas de medición es una aspiración que asoma en distintos ámbitos de la vida (podríamos incluso estar obsesionados con saber, por ejemplo, cuánto nos quieren nuestros hijos). Conforme dice Agüero, es importante tener claridad acerca de qué es

⁴⁴ Koyré, A., “Del mundo del ‘aproximadamente’ al universo de la precisión”, en Koyré, A., *Pensar la ciencia*, Barcelona: Paidós, 1994, pp. 117-145.

lo que se va a medir (o comparar) y cuáles son los límites a los que nos vemos enfrentados. En ese sentido deben ser entendidas sus palabras en cuanto a que: “La *observabilidad* de una magnitud es un *resultado*, no un punto de inicio ni un dato autoevidente o incuestionable. Lo mismo ocurre con la *mensurabilidad* de una magnitud.” De otra manera, sería fácil incurrir en un problema de sustitución de las preguntas que pretendíamos fuesen respondidas al momento de iniciar nuestras exploraciones sobre posibles escalas de medición⁴⁵.

En los asuntos de prueba los números han sido históricamente utilizados a costa de *sobresimplificar* las tareas probatorias. Aquello ha ocurrido en modelos de prueba tasada en que —como se sabe— se ha contado el número de testigos y de otras pruebas⁴⁶. Es interesante advertir que hubo un momento de la historia en que la experiencia dejó de ser satisfactoria y, en consecuencia, los números fueron abandonados⁴⁷. Parece de Perogrullo que la insatisfacción con el uso de los números no tuvo que ver con cuestiones aritméticas, sino con la circunstancia de que lo que ellos medían no era útil para tomar buenas decisiones. Dicho en otras palabras, se construyó una técnica, pero se carecía de una tecnología⁴⁸. Para alcanzar una tecnología se requería de una ciencia que determinase aquello en lo que debía prestarse atención para dar cuenta de manera satisfactoria de la conducta humana

⁴⁵ Sobre el problema de la sustitución de preguntas ver Kahneman, D., *Pensar rápido, pensar despacio*, Buenos Aires: Debate, 2012, pp. 132-135.

⁴⁶ Ver una apretada síntesis en Ferrajoli, L., *Derecho y razón* (segunda edición), Madrid: Trotta, 1997, nota 28 del capítulo 3, pp. 28-29. Pese a la minuciosa regulación establecida en relación con la evaluación de las pruebas, no se redujeron todos los espacios de discrecionalidad de los jueces. Ver Tomás y Valiente, F., *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, Madrid: Tecnos, 1992, pp. 180-182, 199; Nobili, M., *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano: Dott. A Giuffrè, 1974, p. 113.

⁴⁷ Ver Cohen, L. J., “Freedom of proof”, en Twining, W. y Stein, A. (eds.), *Evidence and Proof*, Aldershot: Dartmouth, 1992, pp. 8-9.

⁴⁸ En otro orden de cosas dice Koyré: “La ciencia griega, decía, no creó una verdadera tecnología, porque no elaboró física. Pero, una vez más ¿por qué no lo hizo? Según todas las apariencias porque no trató de hacerlo. Y fue, sin duda, porque no creía que fuera factible”. Koyré, A., “Del mundo del ‘aproximadamente’ al universo de la precisión”, en Koyré, A., *Pensar la ciencia*, Barcelona: Paidós, 1994, p. 118.

en el pasado. Agüero reclama, entonces, que sin esa ciencia carece de sentido la búsqueda de una tecnología⁴⁹.

Las investigaciones de frontera que intentan matematizar el mundo del derecho son interesantes y, en la medida de lo posible, deben ser promovidas. Lo importante es evaluar adecuadamente sus resultados. En cuanto a esto último, los resultados alcanzados hasta el momento no se han revelado como especialmente útiles y, por lo tanto, no queda si no resignarse a esperar nuevos avances. La pregunta que debemos hacernos, entonces, es ¿qué es lo que podemos hacer con los EdP si la medición de las pruebas o esquemas argumentales solo resulta posible *trastornando* lo que cabe esperar de un modelo probatorio que aspira a un estatus de razonabilidad?

Vamos, entonces, al punto de desacuerdo. Las escalas de medición que estarían siendo aludidas con el término «umbral» serían aquellas que hacen posible identificar un punto o, mejor dicho, un conjunto borroso de puntos. Dependiendo del lugar donde se ubiquen, los ejemplares dudosos serán considerados dentro de la categoría o fuera de ella. Es importante aclarar que los términos en que se formulan los umbrales no aspiran a niveles de depuración equivalentes al provisto por unidades de medida como los grados Celsius, para usar el ejemplo que desarrolla Agüero. Lo máximo a lo que cabe aspirar en la actualidad —para seguir con la metáfora— sería a la construcción de termómetros que aún no logran ser calibrados entre sí⁵⁰.

⁴⁹ Dice Agüero que para medir una variable es necesario resolver no menos de cuatro tipos de problemas: “a) Problemas cognitivos [...], b) Problemas tecnológicos [...], c) Problemas metodológicos [...] y d) Problemas de justificación [...]”. Pienso que en los problemas metodológicos y de justificación contamos con avances interesantes. Mucho más atrasados estamos en los problemas cognitivos y tecnológicos. Por cierto, el atraso en los dos primeros problemas podría hacer que tengamos que replantearnos lo ya avanzado en los dos últimos cada vez que realicemos nuevos hallazgos en aquellos.

⁵⁰ Las escalas de medición, en ocasiones, conducen a resultados menos espectaculares que aquellos que *prima facie* parecieran ofrecerse. Las escalas se presentan como exactas pero la medición es problemática. Al respecto, nos dice Kuhn: “Casi siempre en la aplicación de una teoría física hay aproximación [...] y por lo tanto, no se espera que la teoría produzca resultados exactos”. Kuhn, T., “La función de la medición en la física moderna”, en Kuhn, T., *La tensión esencial* (segunda reimpresión), México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 208. Con la reconstrucción de los EdP

¿Es, entonces, incorrecto hablar de «umbrales» para dar cuenta de lo que se intenta hacer con algunos estándares y en especial, con los EdP? Pienso que no. Imaginemos que en un juicio se discute si Fulano manifestó (o no) su consentimiento en un contrato oral de arrendamiento. Si se aplica un EdP como el de la preponderancia de la prueba y la demandante presenta tres testigos que dicen que Fulano manifestó su voluntad de obligarse al decir: «estoy de acuerdo con los términos del contrato que acaba de ser expresado en voz alta por Zutano»; a la vez que la demandada presenta un testigo que dice que Fulano no manifestó su voluntad en obligarse, pues lo que en realidad dijo fue: «no estoy de acuerdo con los términos del contrato que Zutano acaba de expresar en voz alta». Si careciéndose de otras variables se resuelve que está probada la existencia del contrato, podría decirse que el EdP ha operado como un umbral. En este caso, el análisis ha sido puramente cuantitativo. Se me objetará, con razón, que las cosas no ocurren así, pues las declaraciones de los testigos se encuentran llena de matices⁵¹. Lo relevante es que los tribunales —de alguna manera— simplifican lo que se declara en juicio en búsqueda de poder hacer comparaciones como la recién indicada. En esos casos, se evalúan declaraciones *prima facie* inconmensurables al igual que ocurre, por ejemplo, con los estudiantes, cuyas respuestas —salvo pruebas de alternativas o de reproducción textual— suelen ser no estrictamente comparables. Para ellos la nota de aprobación que se fija constituirá un umbral⁵² que al igual que en las cuestiones probatorias no se asocia a un espíritu de cientificidad.

Una aclaración final respecto a este punto. Las dificultades de comprender los EdP como umbrales cuando no contamos con escalas de

como umbrales a fin de cuentas podría no estar aspirándose a más que —utilizando un término kuhniano— una concordancia razonable con un punto que se pre-define con un cierto nivel de abstracción.

⁵¹ En el ejemplo —hay que reconocerlo— los límites entre valorar la prueba y aplicar un EdP resultan borrosos.

⁵² Aquel umbral, para que resulte operativo, supone definir ciertos criterios y niveles de dominio que, a fin de cuentas, sirvan para decidir si el estudiante ha demostrado saber lo suficiente como para no ser reprobado.

medición, cuestión que he tratado de sortear en las líneas precedentes, me llevan a sostener que es más fácil reconstruirlos como prototipos. ¡Nótese que Agüero no reclama que su uso esconda un eventual espíritu de cientificidad! Para realizar un juicio de semejanza no es necesario disponer de escalas de medición. Cuando hablamos de «parecerse a», «ser semejante a», rara vez esperamos que se nos precise numéricamente cuánto se parece o se asemeja una situación a otra. Nos basta con que se nos diga que «se parece bastante», o «se asemeja mucho», donde «bastante» y «mucho» no resultan medibles mediante aparatos que funcionen como las balanzas o como los termómetros. Para operar con prototipos basta con una técnica⁵³.

1.4. El caso de la prueba/narración clara y convincente

Raymundo Gama reclama que la consideración de clara y convincente (CC) como un caso de prototipo padece de un problema. A su juicio, no es la narración la que debe ser clara y convincente sino la prueba rendida. Gama tiene un punto a su favor. En el *Common Law* se suele hablar de *clear and convincing evidence*. Agradezco la observación, pues hay un paso no explicitado en mi texto inicial. A continuación, daré algunas pistas de por qué me he apartado de la literalidad de la formulación del CC⁵⁴.

La palabra prueba padece de varias ambigüedades. Hacerme cargo de todas ellas me desviaría del propósito de este texto. Me limitaré, entonces, a hacer unas pocas precisiones. Entre sus posibles significados, se cuenta el de prueba como soporte de un razonamiento probatorio, es decir, como la base de una cadena argumental o relato probatorio. Un cuchillo ensangrentado, un papel firmado o las palabras pronunciadas por un testigo son, entonces, pruebas. Dicho significado es importante pues daría cuenta de lo que se quiere decir con la locu-

⁵³ Sobre diferencias entre técnica y tecnología, ver Von Wright, G. H., *Ciencia y razón. Una tentativa de orientación*, Valparaíso: Universidad de Valparaíso, 1995, pp. 31-32.

⁵⁴ Sobre distintas formulaciones que ha recibido el EdP del CC ver Clermont, K., *Standards of Decision in Law*, Durham: Carolina Academic Press, 2013, pp. 23-26.

ción *clear and convincing evidence*. Cabe preguntarse, entonces, ¿qué es lo que podría estar comunicándose al sostener que un cuchillo ensangrentado, un papel firmado o las palabras de un testigo son prueba(s) clara(s) y convincente(s)? Una posibilidad apunta a que, por ejemplo, el mensaje⁵⁵ del que da cuenta la prueba es comprensible (claro) y sirve para persuadir de algo (convincente). Dicho en otras palabras, la declaración del testigo es clara si no hay dificultades en el canal de comunicación (el auditorio escucha lo mismo que pronunció el emisor) y lo que se dice es inteligible (las palabras usadas pertenecen al diccionario básico del auditorio, la gramática que se sigue no es defectuosa y hay una adecuada relación entre la dimensión locutiva e ilocutiva del lenguaje utilizado⁵⁶). A su vez, la aludida prueba será convincente cuando, por ejemplo, su emisor —quien no se ha mostrado dubitativo ni ha incurrido en contradicciones⁵⁷— ha comunicado un mensaje útil para aceptar una cierta conjetura⁵⁸.

Según lo que precede, de la prueba podría predicarse que es clara, sin necesidad de referir a lo que trata de demostrar. Lo que, en cambio, no puede decirse es que es convincente sin vincularla a lo que se quiere demostrar⁵⁹. Pero hay un punto adicional: la claridad también podría referirse a las conexiones entre lo que se quiere probar y su soporte probatorio, es decir apuntaría a una trayectoria argumentativa y, en consecuencia, a un relato. Si así fuere, lo que he señalado no presentaría mayores fisuras. Se me podrá objetar que mi reconstrucción de la prueba clara y convincente no considera que el estatus de prueba depende, precisamente, de su utilidad para demostrar o refutar ciertos hechos y, por tanto, las propiedades de ser clara y convincente deben tener en cuenta

⁵⁵ El foco lo pongo en el caso de los testigos, pues en los restantes casos resulta especialmente evidente que los adjetivos claro y convincente no refieren al cuchillo ni al documento.

⁵⁶ No hay discrepancias, por ejemplo, de que lo que se está tratando de hacer es describir y no provocar emociones.

⁵⁷ Más que dar cuenta de que se es convincente, con ello se da cuenta de que se es creíble.

⁵⁸ El Diccionario de la Lengua Española de la RAE define convincente como “Que convence”. Sobre este punto ver Van Eemeren, F. y Grootendorst, R., *Los actos de habla en las discusiones argumentativas*, Santiago: Universidad Diego Portales, 2013, p. 164 y ss.

⁵⁹ Podría decirse, entonces, que la crítica de Gama funciona respecto de la propiedad de la prueba de ser clara, pero no respecto de ser convincente.

tal relación⁶⁰. Estoy de acuerdo con la objeción y creo que ella anuncia, precisamente, que lo que debe ser claro y convincente es el relato o esquema argumental propuesto para hacer explícita tal conexión.

Tomemos como ejemplo un caso célebre como el de *Las novias en la bañera*⁶¹. George Joseph Smith es acusado de haber matado a su cónyuge Bessie Mundy. La habría ahogado en la bañera de una casa arrendada. La defensa sostiene que ella se había ahogado durante un ataque de epilepsia. Las pruebas acerca de cómo se produjo la muerte son indirectas. Así, se había rendido prueba en orden a que George Joseph Smith estuvo casado tres veces y sus tres esposas murieron ahogadas en una bañera. A ello se sumaban otras pruebas que apuntaban, por ejemplo, a que las tres víctimas habían testado en favor de Smith y poseían propiedades o un seguro de vida, y que en los tres casos Smith había presentado como coartada que —al momento de la muerte— él estaba fuera de casa comprando pescado, huevos o tomates. Se carecía de prueba, en cambio, de que se hubiese ejercido alguna forma de violencia sobre las víctimas y, por cierto, nadie había visto ni registrado el momento en que Bessie Mundy se había ahogado.

¿Qué es determinante para que el conjunto de pruebas disponibles superen el EdP, es decir, qué hace que sean convincentes? A mi juicio, lo que lo hace posible es una teoría del caso (un relato) que atribuya significado al conjunto de las pruebas en relación con aquello que se trata de probar. En este caso el alegato de clausura del abogado de la acusación —Archibald Bodkin— cumple dicha función. En su discurso plantea que la similitud entre los tres casos hace insostenible plantear que se trató sencillamente de coincidencias o —en palabras más moder-

⁶⁰ En un caso importante para la comprensión del EdP del CC se preguntó al jurado: “1. Basado en prueba clara, inequívoca y convincente, ¿Frank O’Neal Addington está enfermo mentalmente? 2. Basado en prueba clara, inequívoca y convincente, Frank O’Neal Addington requiere hospitalización en un hospital psiquiátrico para su propio bienestar y protección o para la protección de otros?”. *Addington v. Texas*, 441 U.S. 418, 422-25 (1979).

⁶¹ En este caso, el EdP aplicado era el del MADR. Dado que se trata de un EdP más exigente que el CC no hay problemas en usarlo como ejemplo.

nas— que lo que mejor explica el conjunto de pruebas rendidas fue que George Joseph Smith planificó fríamente la muerte de sus tres esposas⁶².

Una última afirmación al respecto: la afirmación de que el EdP del CC es un caso de prototipo se enfrenta a la dificultad de que —al menos entre nosotros— no se dispone de una formulación canónica. Es decir, no hay un texto respecto del cual haya consenso de que el razonamiento probatorio es claro y convincente. Aquello no implica que el EdP del CC no pueda ser usado como un prototipo, sino más bien un desafío para identificar casos nítidos de superación del aludido EdP. Así, será posible ilustrar suficientemente acerca de qué *relatos/ teorías del caso* son claras y convincentes⁶³.

II. Palabras de cierre

En la base de los discursos probatorios se advierte una tensión. Aquella conduce hacia posiciones aparentemente irreconciliables. Lo que se encuentra en juego no es del todo claro y, por ello, se recurre a múltiples etiquetas. Así, se habla de binomios rivales tales como: cognoscitivismo v/s decisionismo; atomismo v/s holismo; verdad como correspondencia v/s verdad como coherencia; o no-narrativismo v/s

⁶² Se dice en las conclusiones del alegato de clausura: “El motivo del prisionero ha sido demostrado, la oportunidad admitida, y la exclusión del accidente, probada. Ustedes están autorizados para analizar la prueba de las otras dos muertes para ver si la muerte de la señora Mundy fue un accidente o un hecho planeado, y si fue planeado, ¿para el beneficio de quién? [...] Los tres casos son de tales características que tan numerosa cantidad de semejanzas no pueden haber ocurrido sin un diseño. En cada caso el prisionero se casó con la víctima; en cada caso el dinero en efectivo de la mujer fue sacado desde cualquier tipo de depósito bancario en el que se encontrase; en cada caso [...]”. Nota: se indican once semejanzas. Anderson, T., Twining, W. y Schum, D., *Análisis de la prueba*. Marcial Pons, 2015, pp. 51-52. El archivo completo del juicio está en https://archive.org/stream/trialofgeorgejos015895mbp/trialofgeorgejos015895mbp_djvu.txt (última visita: 7 de agosto de 2017).

⁶³ El asunto, en todo caso, no es sorprendente pues el EdP del CC ha sido muy escasamente problematizado entre nosotros. A diferencia de lo ocurrido con el MADR los ordenamientos jurídicos del sistema del derecho continental no han estado abiertos a su incorporación como EdP.

narrativismo. Los conflictos a los que apunta cada una de dichas parejas no son exactamente los mismos, y —más importante aún— no se reducen a cuestiones presentes solo en el mundo de los juristas⁶⁴, ni se zanján fácilmente. Tal vez, solo puedan atemperarse. A pesar de ello, pertenecen a esa clase de problemas a los que vale la pena prestar atención.

En lo que a mí respecta, no logro convencerme de que asuntos tales como el compromiso con el garantismo procesal o la finura en el tratamiento de cuestiones epistémicas se sitúe, decididamente, en un bando u otro. Más aún, creo que un cierto nivel de tensión entre los binomios aludidos le hace mucho bien al desarrollo del razonamiento probatorio⁶⁵. En tal sentido, pienso que la comprensión de los EdP como umbrales⁶⁶ representa un desafío y una oportunidad interesante, sobre todo a las perspectivas situadas en el primer lugar de cada binomio. Tomarse en serio la idea de que algunos EdP operan como umbrales obliga a una reflexión mucho más profunda en asuntos tales como la epistemología del testimonio o de la prueba pericial. Por su parte, la comprensión de los EdP como prototipos, también, constituye un desafío y oportunidad interesante, sobre todo a las perspectivas

⁶⁴ Escribía von Wright en el año 1986, a propósito de los intentos de algunos autores de escapar del modelo clásico de la física: “El pensamiento tiende a liberarse de la visión merística [atomista] y cosificante de la naturaleza y se mueve en dirección de una visión que dé mayor importancia a las totalidades, una visión holística, donde el hiato entre el sujeto y el objeto ya no divide a la realidad en dos partes estancas. No sabemos aún qué consecuencias producirá esta nueva orientación en la visión científica del mundo y en las formas de racionalidad que el pensamiento científico constituye”. Von Wright, G. H., *Ciencia y razón. Una tentativa de orientación*, Valparaíso: Universidad de Valparaíso, 1995, pp. 84-85.

⁶⁵ Hayden White, siguiendo una clasificación propuesta por Stephen Pepper, clasifica a cuatro historiadores muy importantes del siglo XIX según cuál fue su aproximación a la verdad (formistas, contextualistas, mecanicistas y organicistas) en los textos por ellos construidos. Desde su perspectiva, aquello no incide en que uno haga mejor las cosas que los restantes, sino, simplemente, en que no hacen exactamente lo mismo. White, H., *Metahistoria. La imaginación histórica en la Europa del siglo XIX* (quinta reimpresión), México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 2014.

⁶⁶ Sobre la articulación de los EdP con las teorías de la prueba, ver Pardo, M., “Estándares de prueba y teoría de la prueba”, en Vásquez, C. (ed.), *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*, Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 99-118.

indicadas en el segundo lugar de los binomios. Hablar de prototipos obliga a explorar decididamente en asuntos tales como el análisis de la coherencia del discurso o la distinción entre lenguajes ficcionales y no ficcionales.

Restando solo unas líneas para finalizar, Ud. se preguntará: ¿que hay con el *boom* del que habla Agüero? ¿Qué debemos hacer para que no sea un fenómeno puramente editorial y pasajero? Los autores del *boom* han logrado un éxito interesante —entre otras cosas— en la instalación de algunas palabras. Una muestra de ello lo constituye —precisamente— que estemos hablando de EdP en lugar de convicción o certeza moral. El desafío a futuro es que la sustitución de conceptos que ha venido operando, no se vea reducida puramente a un cambio de etiquetas. Dicho en otras palabras, el desafío es aprovechar las posibilidades ofrecidas.

Pienso, entonces, en Martin Waldseemüller, quien fue el primero en darse cuenta de que las tierras a las que arribó Colón eran un nuevo continente, pese a que —en su caso— nunca llegó a pisarlas.

“¿Qué le permitió llegar a esa extraordinaria deducción?”, se pregunta Todorov. A su juicio, una de las claves fue su integridad intelectual, pues le impedía ajustar los datos que recibía con las ideas *a priori* instaladas en su época.

Tiene una idea aproximada de la circunferencia de la Tierra y de la geografía de Asia, recibe las informaciones sobre los nuevos territorios y se da cuenta de que la hipótesis asiática es imposible [...]. Solo la existencia de un océano desconocido entre América y Asia permitiría dar coherencia a esas informaciones y Waldseemüller no intenta ajustar los datos, sino que se inventa esa existencia⁶⁷.

⁶⁷ Todorov, T., “El descubrimiento de América”, en Todorov, T., *Vivir solos juntos*, Barcelona, Galaxia Gutenberg, 2011, p. 55.

Bibliografía

- Anderson, T., Schum, D., y Twining, W., *Análisis de la prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2015.
- Bennett, W. L. y Feldmann, M. S., *Reconstructing reality in the courtroom. Justice and Judgment in American Culture*, New Brunswick: Rutgers University Press, 1984.
- Borges, J. L., *Prólogo de Evangelios Apócrifos I. Biblioteca Personal de Jorge Luis Borges*, Buenos Aires: Hyspamérica, 1985.
- Clermont, K., *Standards of Decisión in Law*, Durham: Carolina Academic Press, 2013.
- Cohen, L. J., “Freedom of proof”, en Twining, W. y Stein, A. (eds.), *Evidence and Proof*, Aldershot: Dartmouth, 1992.
- Van Eemeren, F., Grootendorst, R., *Los actos de habla en las discusiones argumentativas*, Santiago: Universidad Diego Portales, 2013.
- Ferrajoli, L., *Derecho y razón* (segunda edición), Madrid: Trotta, 1997.
- Ferrer, J., “La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana”, en Vázquez, C. (ed.), *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*, Madrid: Marcial Pons, 2013.
- Koyré, A., “Del mundo del ‘aproximadamente’ al universo de la precisión”, en Koyré, A., *Pensar la ciencia*, Barcelona: Paidós, 1994.
- Kuhn, T., “La función de la medición en la física moderna”, en Kuhn, T., *La tensión esencial* (segunda reimpresión), México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1993.
- Maccormick, N., “The coherence of a case and the reasonableness of doubt”, *The Liverpool Law Review*, Spring-Autumn, 1980.
- Moliner, M., *Diccionario del uso del español* (cuarta edición), Madrid: Gredos, 2016.
- Nobili, M., *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano: Dott. A Giuffrè, 1974.
- Pardo, M., “Estándares de prueba y teoría de la prueba”, en Vázquez, C. (ed.), *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*, Madrid: Marcial Pons, 2013.

- Schauer, F., *Profiles, probabilities and stereotypes*, Cambridge & London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2003.
- Todorov, T., “El descubrimiento de América”, en Todorov, T., *Vivir solos juntos*, Barcelona: Galaxia Gutenberg, 2011.
- Tomás y Valiente, F., *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)* (segunda edición), Madrid: Tecnos, 1992.
- Tversky, A. y Kahneman, D., “El juicio bajo incertidumbre: heurísticas y sesgos”, en Kahneman, D., *Pensar rápido, pensar despacio*, Buenos Aires: Debate, 2012.
- Von Wright, G. H., *Ciencia y razón. Una tentativa de orientación*, Valparaíso: Universidad de Valparaíso, 1995.
- White, H., *Metahistoria. La imaginación histórica en la Europa del siglo XIX* (quinta reimpresión), México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 2014.
- Wittgenstein, L., *Tractatus logicus-philosophicus* (tercera edición), Madrid: Tecnos, 2008.

Sección II

Discusiones: Cortes

Una versión racionalizada de la doctrina del margen de apreciación estatal

A Rationalized Version of the Doctrine of the Margin of Appreciation of the State

Marisa Iglesias Vila*

Recepción : 28/10/2015

Revisiones: 15/03/2016

Recepción y aceptación final: 14/04/2016

Resumen: En este trabajo me centraré en el Tribunal de Estrasburgo por ser la jurisdicción internacional con una doctrina más consolidada sobre el lugar que debe ocupar el criterio estatal en la interpretación y aplicación de un convenio internacional de derechos humanos. Ahora bien, los argumentos que voy a desarrollar en el texto podrían ser también aplicables a otros tribunales internacionales de derechos humanos. Pensemos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Aunque su estructura, diseño y circunstancias son distintos, cada vez es mayor el interés académico por las posibilidades de asentar el principio de subsidiariedad y la doctrina del margen de apreciación en el razonamiento de la Corte IDH. Este interés creciente por la doctrina del margen de apreciación en el sistema interamericano es fruto de la evolución tanto de la política regional como del tipo de asuntos sujetos a la jurisdicción de la Corte. A medida que su jurisprudencia

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación DER2013-48066-C2-2-R (MINECO). Quiero agradecer especialmente a María Eugenia Rodríguez Palop, Aida Torres y Camil Ungureanu sus comentarios y sugerencias, así como las observaciones de los participantes en las diversas conferencias donde he expuesto versiones anteriores de este texto. Universidad Pompeu Fabra.

Correo electrónico: marisa.iglesias@upf.edu

va transitando hacia la violación cotidiana de derechos humanos en el interior de sistemas democráticos estabilizados, las preguntas acerca de su legitimidad para interferir en el criterio estatal cobran mayor protagonismo. La cuestión es, no obstante, cómo debería conceptualizarse esta doctrina en el contexto de esta evolución para alcanzar un balance adecuado entre democracia y protección de derechos humanos en la región.

Palabras clave: jurisdicción internacional, doctrina margen de apreciación, Estrasburgo, Corte IDH

Abstract: In this paper I will focus on the Strasbourg Court as the international jurisdiction with a more consolidated doctrine with regard to the state approach in the interpretation and application of an international human rights convention. However, the arguments that I am going to develop in the text could also apply to other international human rights courts. Think of the Inter-American Court of Human Rights (CIDH). Although its structure, design and circumstances are different, academic interest in the possibilities of establishing the principle of subsidiarity and the doctrine of margin of appreciation in the reasoning of the IDH Court is growing. This growing interest in the doctrine of margin of appreciation in the inter-American system is the result of the evolution of both regional policy and the type of matters subject to the Court's jurisdiction. As their jurisprudence moves towards the daily violation of human rights within stabilized democratic systems, questions about their legitimacy to interfere with the state's criteria become more prominent. The question is, however, how this doctrine should be conceptualized in the context of this evolution in order to achieve an adequate balance between democracy and human rights protection in the region

Keywords: international jurisdiction, margin of appreciation doctrine, Strasbourg, CIDH

I. Introducción

El protocolo n.º 15 al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), que está en este momento abierto a la ratificación de los Estados parte del Consejo de Europa, va a incorporar por primera vez

en el preámbulo de este tratado internacional una mención expresa al margen de apreciación de los Estados en la protección de los derechos del Convenio¹. Esta referencia otorga visibilidad oficial a la doctrina del margen de apreciación nacional, un criterio hermenéutico que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha desarrollado en su jurisprudencia².

En una declaración conjunta, un grupo de ONG ha criticado este protocolo, mostrando su preocupación porque el preámbulo vaya a mencionar este estándar sin incluir otros principios básicos en la aplicación del Convenio (*i. e.*, protección efectiva, proporcionalidad e interpretación evolutiva)³. Su temor es que este paso acabe debilitando el sistema de protección de derechos humanos en Europa. Por esta razón, demandan que sea el Tribunal Europeo de Derechos Humanos la única institución con potestad para definir, desarrollar y aplicar esta doctrina, e insisten en que su alcance debería quedar limitado a los derechos y condicionantes ya estipulados por la jurisprudencia de Estrasburgo.

Cabe augurar que esta reforma aumentará todavía más el protagonismo que ya posee la doctrina del margen de apreciación en el razonamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Teniendo presente, asimismo, el generoso y ambivalente uso que el Tribunal ha efectuado de esta doctrina en algunos ámbitos, la preocupación de las ONG resulta muy comprensible. Partiendo de esta inquietud, en este trabajo examinaré con detenimiento la doctrina del margen de apreciación articulada por Estrasburgo. Primero, introduciré los aspectos básicos de esta doctrina y destacaré algunos claroscuros en su desarrollo por parte del Tribunal. Me detendré, en particular, en

¹ Artículo 1, Protocol No. 15 amending the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Estrasburgo, 24 de junio de 2013.

² Sobre la Corte IDH y la doctrina del margen de apreciación, véanse, por ejemplo, las diversas contribuciones en Núñez Poblete, M. y Acosta Alvarado, P. A., *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales*, México: UNAM, 2012; y Contesse, J., “Subsidiarity in Inter-American Human Rights Law”, SELA paper, 2015. www.law.yale.edu/system/files/documents/pdf/SELA15_Contesse_CV_Eng.pdf.

³ “Protocol 15 to the European Convention on Human Rights Must not Result in a weakening of Human Rights Protection”, Joint NGO Statement, 24 de junio de 2013, pp. 2-3.

su jurisprudencia en torno al uso de simbología religiosa en los centros educativos públicos (arts. 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y 2 de su Protocolo 1)⁴. Este es uno de los ámbitos donde la doctrina del margen ha jugado un papel determinante en los fallos del Tribunal. Si esta fuera la línea de razonamiento que la reforma del preámbulo acaba incentivando, dejando prácticamente a criterio de los estados la decisión de cuándo una medida restrictiva de derechos humanos es necesaria en una sociedad democrática, el temor expresado por las ONG estaría claramente justificado. Si el margen de apreciación, en contraste, se ajustara a la lógica que el Tribunal ha seguido en el asunto *Hirst* (art. 3 del CEDH)⁵ o en materia de derechos de las personas homosexuales y transexuales (arts. 8 y 14 del CEDH)⁶, podría constituir un buen instrumento para equilibrar los

⁴ El artículo 9 del CEDH reza como sigue: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos. 2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás. Por su parte, el artículo 2 de su Protocolo 1 prescribe: A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas.

⁵ *Hirst c. Reino Unido* (n. 2) (6 de octubre de 2005, GS), donde condenó a Gran Bretaña por negar el derecho al voto a los reclusos. El artículo 3 del CEDH prescribe: Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

⁶ Véanse, por ejemplo, *X et al. c. Austria* (19 de febrero de 2013, GS) y *Goodwin c. Reino Unido* (11 de julio de 2002, GS). El artículo 8 del CEDH reza como sigue: 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás. Por su parte, el artículo 14 prescribe: El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color,

valores en juego en la aplicación del Convenio. Tras un breve recorrido jurisprudencial, distinguiré dos posibles lecturas de la doctrina del margen de apreciación: una versión “voluntarista” y una versión “racionalizada”. Explicaré cuáles serían las ventajas y la dinámica de funcionamiento de la versión racionalizada del margen de apreciación en la argumentación del Tribunal. Por último, usaré los parámetros de esta versión racionalizada para valorar críticamente su jurisprudencia sobre simbología religiosa. Mi objetivo en este trabajo es defender que si el Tribunal adoptara esta versión racionalizada, la mención expresa del margen de apreciación estatal en el preámbulo del Convenio no debería suponer un debilitamiento del sistema general de protección de derechos humanos en la región.

II. La doctrina del margen de apreciación estatal

Desde los inicios de su andadura, y ya con mayor articulación desde el asunto *Handyside c. Reino Unido*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha adoptado la doctrina del margen de apreciación con la finalidad de otorgar cierta deferencia al criterio de los Estados en la protección de los derechos del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁷. El Tribunal ha ofrecido varias razones para justificar esta lógica deferente. Por una parte, ha observado que el sistema de protección de derechos humanos en Europa es fruto de una división del trabajo entre los Estados y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Los Estados son los responsables primarios de esta protección y Estrasburgo solo

lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

⁷ Para una caracterización general de esta doctrina, véanse Arai-Takahashi, Y., *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Oxford: Intersentia, 2002; Brauch, J., “The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law”, *Columbia Journal of European Law*, v. 11, 2005, pp. 113-150; y Legg, A., *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*, Oxford: Oxford University Press, 2012.

interviene de forma subsidiaria, por vía contenciosa y una vez que se han agotado los recursos judiciales internos. Por otra parte, en ámbitos tan sensibles como la moralidad o la religión no hay consenso entre los Estados en los modos de regulación y las autoridades nacionales, al estar en contacto directo con las fuerzas vitales de su país, se hallan mejor situadas para conocer su coyuntura social y decidir la forma adecuada de gestionar situaciones conflictivas. No obstante, según el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos, este margen es limitado, sujeto a supervisión y variará en función de lo sensible que sea la cuestión a decidir, el tipo de derecho en juego, el carácter más o menos objetivable de los intereses legítimos perseguidos por el Estado y la evolución del consenso europeo en la materia⁸.

Como producto de esta doctrina jurisprudencial, la función judicial que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se arroga no es la de realizar un examen abstracto de compatibilidad entre una medida estatal y las disposiciones del Convenio. Su tarea consiste en revisar si el Estado se ha extralimitado en su margen de apreciación en la protección de derechos convencionales. Ello marca una diferencia importante respecto al tipo de argumentación que podría llevar a cabo un tribunal constitucional nacional. Al mismo tiempo, conlleva una revisión particularizada o en contexto de la medida estatal impugnada, atendiendo a la coyuntura interna de cada país y a sus circunstancias jurídicas, políticas y sociales. Este examen contextual de compatibilidad con el Convenio hace posible que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ofrezca respuestas distintas a casos similares que se producen en coyunturas nacionales diferenciadas.

La doctrina del margen de apreciación ha sido criticada como recurso hermenéutico por dificultar la generalización de las respuestas jurídicas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, provocar incoherencias estructurales y, en general, por poner en peligro la seguridad jurídica e impedir que el Convenio Europeo de Derechos Humanos consolide un sistema fiable de protección de derechos en la

región⁹. Esta doctrina también ha sido alabada por ser un mecanismo que asegura la flexibilidad argumentativa necesaria para, por un lado, legitimar la autoridad de Estrasburgo frente a la voluntad estatal en la protección de derechos y, por otro, reflejar el pluralismo democrático existente en Europa¹⁰.

Uno de los ámbitos en los que esta doctrina ha tenido mayor incidencia en los últimos años ha sido en la determinación del alcance del derecho a la libertad religiosa reconocido en el art. 9 del CEDH y en la interpretación del art. 2 de su Protocolo 1, que establece el derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas. Aquí la jurisprudencia de Estrasburgo ha dejado una amplísima autonomía a los Estados para interferir en la libertad religiosa con leyes seculares, ha dado vía libre a la sobreprotección estatal de los sentimientos religiosos mayoritarios frente a la libertad de expresión, ha refrendado las normativas que imponen la presencia de un crucifijo en las escuelas públicas y no ha puesto objeciones a la restricción estatal del uso del velo y otras prendas religiosas en el contexto educativo¹¹.

Este trabajo se centrará en dos líneas jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una es la trazada a partir del asunto

⁹ Brauch, J., "The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law", *Columbia Journal of European Law*, v. 11, 2005, pp. 113-150; Hutchinson, M., "The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights", *International and Comparative Law Quarterly*, v. 48, n. 3, 1999, pp. 638-650; y Kratochvíl, J., "The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, v. 29, n. 3, 2011, pp. 324-357.

¹⁰ Especialmente, McGoldrick, D., "Religion in the European Public Square and in European Public Life-Crucifixes in the Classroom?", *Human Rights Law Review*, v. 11, n. 3, 2011, pp. 451-502; Gerards, J., "Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine", *European Law Journal*, v. 17, n. 1, 2011, pp. 80-120; y Mahoney, P., "Marvelous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism?", *Human Rights Law Journal*, v. 19, 1998.

¹¹ Sobre esta jurisprudencia, véanse, por ejemplo, Solar, J. I., "Cautelas y excesos en el tratamiento del factor religioso en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Derechos y libertades*, n. 20, 2009, pp. 117-161; y Martínez-Torrón, J., "The (Un)protection of Individual Religious Identity in the Strasbourg Case Law", *Oxford: Journal of Law and Religion*, (Advance Access), 2012, pp. 1-25.

Lautsi y otra la que el Tribunal ha adoptado respecto de las normativas nacionales que restringen el uso del velo islámico en los centros educativos públicos. En ambos supuestos, que resumiré a continuación, el uso de la doctrina del margen de apreciación ha jugado un papel trascendental en la orientación de los fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

III. El margen de apreciación y la simbología religiosa en los centros docentes

III.1. El asunto *Lautsi c. Italia*

En 2011 la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sorprendió a muchos rectificando la sentencia de la Sala del Tribunal que, en 2009, había establecido por unanimidad que la normativa reglamentaria italiana, que impone desde los años 20 la presencia del crucifijo en las escuelas públicas, violaba el derecho de la señora *Lautsi* a educar a sus hijos conforme a sus convicciones laicas y la libertad religiosa de sus hijos, de 11 y 13 años en ese momento. Los argumentos que la sentencia de la Sala (en adelante, *Lautsi 2009*) utilizó para justificar la existencia de una violación del Convenio Europeo de Derechos Humanos son un típico ejemplo de una valoración abstracta de compatibilidad entre la normativa italiana y los derechos convencionales. La Sala mantuvo que un crucifijo en un aula pública, en tanto símbolo religioso, podía perturbar emocionalmente a los estudiantes no creyentes y generarles justificadamente la percepción de que su contexto educativo estaba marcado por la religión. Esta intromisión vulnera derechos de libertad religiosa porque contradice el deber de neutralidad estatal en esta materia, que impide al Estado imponer creencias religiosas, aunque sea indirectamente, en contextos de personas especialmente vulnerables o que dependen de él.

El fallo de la Gran Sala (en adelante *Lautsi 2011*) rectificó esta sentencia inicial matizando sus argumentos e incorporando la doctrina del margen de apreciación en la valoración de la normativa italiana.

En primer lugar, el Tribunal matizó cuáles son las exigencias convencionales de neutralidad religiosa en el ámbito educativo. Utilizando su jurisprudencia en los asuntos *Folguero* y *Zengin*¹², indicó que esta exigencia consiste en la prohibición de hacer proselitismo o adoctrinar en el marco educativo, algo compatible con establecer una enseñanza obligatoria de religión y otorgar mayor preponderancia al conocimiento de la religión mayoritaria. En segundo lugar, la Gran Sala defendió que el crucifijo es un símbolo religioso pasivo cuya influencia no puede compararse con la que ejercen la educación y participación en actividades religiosas. Por esta razón, contradujo la sentencia de la Sala y mantuvo que no hay evidencias suficientes ni para afirmar ni para negar que la presencia de este símbolo religioso en las aulas “pueda” afectar a los alumnos o influir en ellos. Aunque reconoció que los padres pueden tener la percepción subjetiva de que un crucifijo supone una falta de respeto a su derecho, esta percepción subjetiva no basta para considerar que hay una vulneración del Convenio¹³. En tercer lugar, la Gran Sala recurrió a la doctrina del margen de apreciación nacional. Según el Tribunal de Estrasburgo, siempre que no haya pretensión de adoctrinamiento, el Estado goza de un margen de apreciación para decidir sobre la permanencia del crucifijo en las aulas. El Estado italiano lo considera un aspecto de su tradición y seña de identidad, y le corresponde a él decidir qué peso va a otorgar a la tradición. Le corresponde, asimismo, decidir cómo va a compatibilizar el lugar que asigne a la religión en el entorno educativo con los derechos de padres y estudiantes. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que en apoyo de este margen está también la falta de consenso entre

¹² *Folguero* c. Noruega (29 de junio de 2007, GS) y *Zengin* c. Turquía (9 de octubre de 2007).

¹³ *Lautsi* 2009 había utilizado el asunto *Dahlab* (donde en 2001 el TEDH confirmó que era compatible con el Convenio que las autoridades suizas impidiesen a una profesora de una escuela pública llevar velo en clase) para apoyar la idea de que los símbolos religiosos pueden afectar a los niños. Pero el TEDH resaltó ahora que *Dahlab* era un caso diferente, donde el derecho nacional asumía la neutralidad denominacional en materia religiosa y, dada la tierna edad de los niños (4 a 8 años), la prohibición entraba dentro de su margen de apreciación.

los Estados sobre la presencia de símbolos religiosos en las escuelas públicas y sobre el mantenimiento de las tradiciones. Por último, aunque la Gran Sala admitió que el crucifijo otorga mayor visibilidad a la religión católica en el entorno escolar, indicó, aplicando de nuevo la doctrina del margen de apreciación, que este extremo debe ponerse en perspectiva teniendo presente cuál es la actitud del Estado italiano ante el pluralismo religioso en las escuelas. En el caso de Italia, el crucifijo no está vinculado a ninguna enseñanza obligatoria de la religión católica, el ambiente escolar está abierto a otras religiones, no se impide que los alumnos usen otros símbolos religiosos como el velo, se permiten celebraciones de otras religiones y podría haber educación religiosa alternativa para todos los credos. Todos estos elementos le parecieron suficientes a la Gran Sala para concluir que el Estado italiano estaba respetando el pluralismo religioso en las escuelas, que la señora Lautsi seguía pudiendo ejercer el derecho a educar a sus hijos de conformidad con sus creencias y que la libertad religiosa negativa de sus hijos no había sido vulnerada.

Tanto *Lautsi 2009* como *Lautsi 2011* han sido ampliamente criticadas. La primera lo ha sido por imponer un modelo de laicismo estricto que no respeta ni el pluralismo de tradiciones existente en Europa ni su diversidad de relaciones estado-religión, pero también por exceder las competencias del Estrasburgo en la protección de los derechos del Convenio¹⁴. La Sentencia de la Gran Sala, en cambio, ha sido criticada por suponer un retroceso para el laicismo en Europa, tener un mero carácter político, ceder a las presiones de algunos Estados e instituciones europeas y, en general, por suponer una dejación de funciones por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁵.

¹⁴ Sobre estas críticas véase, especialmente, McGoldrick, D., "Religion in the European Public Square and in European Public Life-Crucifixes in the Classroom?", *Human Rights Law Review*, v. 11, n. 3, 2011, pp. 451-502. También fue bienvenida por ser un paso valiente del TEDH en defensa del laicismo, la neutralidad estatal y la protección de las minorías religiosas en Europa. Véase Andreescu, G. y Andreescu, L., "The European Court of Human Rights' Lautsi Decision: Context, Contents, Consequences", *Journal for the Study of Religions and Ideologies*, v. 9, n. 26, 2010, pp. 47-74.

¹⁵ Sobre estas objeciones véanse, entre otros, Panara, C., "Another Defeat for the Prin-

Con independencia ahora de estas críticas, lo cierto es que la principal diferencia entre ambas resoluciones reside en el rol que desempeña la doctrina del margen de apreciación estatal en la decisión final de la Gran Sala, recurso hermenéutico que está ausente en *Lautsi 2009*. ¿Está justificado el amplio uso que la Gran Sala realiza de esta doctrina? Antes de entrar a valorar esta cuestión me detendré brevemente en la segunda línea de decisiones que comentaba anteriormente.

III.2. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el velo islámico en el contexto educativo

La restricción del uso del velo y otras prendas religiosas en los centros educativos públicos ha generado una extensa controversia en Europa, polémica que la jurisprudencia del Estrasburgo ha zanjado siempre acogiendo el criterio estatal¹⁶. Las normativas francesa y turca, que abogan por un laicismo militante que es restrictivo con la expresión religiosa en el espacio público, son las que han generado mayor número de recursos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, muchos de los cuales no han sido admitidos a trámite por estar “manifiestamente” mal fundados. De esta jurisprudencia cabe extraer que los Estados tienen autonomía para limitar el uso del velo y otras prendas religiosas en algunas clases o en todas, tanto en la escuela pública como en la universidad; esta restricción puede abarcar a profesoras y puede extenderse a escuelas de base religiosa islámica financiadas por el Estado. Los argumentos que se han considerado legítimos y proporcionados para justificar limitaciones en el uso escolar del velo son muy variados. La razón más genérica es el laicismo de Estado (asuntos

ciple of Secularism: Recent Developments on the Display of the Crucifix in Italian Courtrooms”, *Religion and Human Rights*, v. 6, n. 3, 2011, pp. 259-265; y Zuca, L., “Lautsi: A Commentary on a Decision by the ECtHR Gran Chamber”, *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 1, 2013, pp. 218-229.

¹⁶ Asuntos Dahlab c. Suiza (15 de febrero de 2001), Şahin c. Turquía (10 de noviembre de 2005, GS), Köse y 93 más c. Turquía (4 de noviembre de 2006), Kervanci c. Francia y Dogru c. Francia (4 de diciembre de 2008) y Aktas c. Francia, Bayrak c. Francia, Gamaleddyn c. Francia y Ghazal c. Francia (30 de junio de 2009).

Kervanci, Dogru, Şahin, Köse y Dahlab). También, de forma general, se ha apelado a razones de orden público, a los derechos de otros y a la defensa de la democracia (especialmente en el asunto *Şahin*). Finalmente, otros argumentos que han sido utilizados como razón para prohibir el uso del velo son la promoción de la igualdad de género (asuntos *Dahlab* y *Şahin*) y consideraciones de higiene y seguridad en la práctica del deporte (asuntos *Kervanci* y *Dogru*).

En el asunto *Şahin c. Turquía*, que es en el que me detendré brevemente, la polémica se originó a partir de una circular de la autoridad académica de la Universidad de Estambul prohibiendo el uso del velo islámico dentro del recinto. A partir de entonces, a la recurrente, ya en sus últimos años de estudio de la carrera de medicina y habiendo usado el velo en la universidad hasta ese momento, se le impidió examinarse y matricularse en algunos cursos por seguir llevando velo.

Al igual que en el resto de asuntos relativos al velo islámico, los argumentos de Estrasburgo para refrendar esta restricción a la libertad religiosa en la universidad están orientados por un recurso constante a la doctrina del margen de apreciación. El Tribunal asocia la necesidad de usar esta doctrina a la ausencia de un consenso europeo en esta materia y a la idea de que el Estado y las autoridades universitarias están mejor situados que un órgano internacional para decidir sobre esta polémica. Aunque el Tribunal recuerda el deber estatal de neutralidad religiosa e indica que su función en este caso consiste en corroborar si la medida institucional está justificada en principio y es proporcionada, no observa ninguna dificultad para validar convencionalmente los argumentos aportados por Turquía. Apoyándose en la doctrina del margen, el Tribunal asume, en primer lugar, que la opción política por el laicismo de Estado puede justificar por sí misma restricciones a la libertad religiosa y exigir sacrificios a los individuos en aras de salvaguardar la tolerancia y la armonía religiosa. En segundo lugar, elude valorar en detalle la aplicabilidad al caso concreto de las alegaciones generales del estado turco: el peligro del islamismo radical para el orden público y la democracia, el respeto por la igualdad de género y la protección de los derechos del resto de los estudiantes. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que el laicismo de Estado

junto con estos argumentos generales resultan suficientes para considerar que la prohibición, aunque restringe la libertad religiosa de Leyla Şahin, no vulnera el Convenio Europeo de Derechos Humanos ¹⁷.

IV. Dos versiones de la doctrina del margen de apreciación estatal

De forma paralela a lo que sucede en el asunto *Lautsi*, la jurisprudencia sobre el velo islámico es un ejemplo de la importancia de la doctrina del margen de apreciación en la forma de razonar y valorar las restricciones estatales a los derechos convencionales por parte de Estrasburgo. Por lo que respecta al velo, no solo teóricos sino también organizaciones de derechos humanos han denunciado reiteradamente que este razonamiento comporta una clara desprotección del derecho a la libertad religiosa en Europa. El razonamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Lautsi* ha recibido críticas similares. Sin embargo, como ya he mencionado, muchos otros defienden que este razonamiento deferente es el vehículo adecuado para que esta institución internacional mantenga una narrativa constitucional sin perder legitimidad frente a los Estados.

Estemos de acuerdo con unos o con otros, lo cierto es que el Tribunal de Estrasburgo está ejerciendo su función de interpretar el Convenio buscando legitimarse sin renunciar a la calidad sustantiva en sus decisiones. Esta pretensión conciliadora parece ser inherente al propio Convenio desde el momento en que su preámbulo afirma que el mantenimiento de las libertades y derechos básicos que contiene reposa, de un lado, en un régimen político verdaderamente democrático y, de otro, en una concepción y respeto comunes de los derechos humanos. Esta dualidad axiológica podría contemplarse como una de las especificidades del Convenio en tanto objeto jurídico de interpretación,

¹⁷ Cabe advertir que el Tribunal (pár. 78) tampoco mostró estar convencido de que llevar el velo islámico fuera un acto de manifestación de práctica religiosa y no un mero acto inspirado o motivado por una religión, acto que no estaría protegido por el art. 9.

característica que, por tanto, debería estar presente en cualquier teoría normativa de adjudicación en el marco de este instrumento¹⁸.

La cuestión es no obstante si el Tribunal ha tenido éxito en este empeño conciliador en su jurisprudencia sobre simbología religiosa. En el asunto *Lautsi* la estrategia de la Gran Sala, que ha sido determinante para su fallo, es desplazar la cuestión de si se ha afectado de forma injustificada el foro interno de la libertad religiosa. Derecho que el texto del Convenio no sujeta a restricciones de interés público, sino a una cuestión de si el Estado ha sido suficientemente neutral en el respeto al pluralismo religioso de sus ciudadanos en el ejercicio de su margen de apreciación. Este desplazamiento permite al Tribunal entrar a valorar en concreto la importancia que el crucifijo pueda poseer como tradición cultural y signo de identidad colectiva en Italia. También le permite poner en contexto la normativa italiana analizando en qué medida su entorno educativo está abierto al pluralismo religioso. La Gran Sala acaba utilizando lo que se ha denominado una “teoría de la neutralización”, que resalta aquellos aspectos en los que el sistema educativo italiano es equitativo en su apertura al pluralismo religioso en la escuela para contrarrestar su falta de neutralidad con la religión mayoritaria respecto a la simbología¹⁹. También en el asunto *Şahin* el Tribunal Europeo de Derechos Humanos utiliza una estrategia equiparable cuando evita entrar en un examen detallado de proporcionalidad, que es a lo que le exhorta el artículo 9.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y se decanta por asumir de forma más bien acrítica las razones generales aportadas por el Estado turco.

Estos equilibrios de Estrasburgo para aplicar la doctrina del margen en la gestión doméstica del pluralismo religioso han conducido a una jurisprudencia con un alto grado de incoherencia axiológica que va en detrimento del principio convencional de protección efectiva²⁰.

¹⁸ Especialmente, Arai-Takahashi, Y., *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Oxford: Intersettia, 2002, p. 243.

¹⁹ Andreescu, G. y Andreescu, L., “Taking Back Lautsi: Towards a ‘Theory of Neutralisation?’”, *Religion and Human Rights*, 2010, pp. 207-212.

²⁰ Sobre su tratamiento general del factor religioso, véanse, Martínez-Torrón, J., “Los límites de la libertad de religión y de creencia en el Convenio Europeo de Derechos

Ahora bien, esta incoherencia es más fiel a los desacuerdos valorativos existentes entre los Estados que la alternativa de un juicio abstracto de compatibilidad. Otorgar un margen amplio al Estado en materia religiosa podría apoyarse en dos elementos de esta doctrina, la falta de consenso y la idea de que el Estado está mejor situado para resolver conflictos sobre simbología religiosa en los centros educativos. Pero el Tribunal ha sido muy errático en la importancia que ha otorgado a estos factores, desdibujando su posible efecto legitimador. ¿Debería el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haberse distanciado en estos casos de la doctrina del margen de apreciación?

Para valorar adecuadamente esta cuestión es importante distinguir dos versiones de esta doctrina²¹. La primera es una versión que podríamos denominar “voluntarista”. Parte de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es un órgano internacional y asume una visión normativa y no meramente formal del principio de subsidiariedad²². Desde esta perspectiva, el Tribunal reconoce que su legitimidad política es meramente derivada y otorga una fuerte presunción de partida a favor del Estado, evitando realizar una valoración independiente de compatibilidad entre las medidas impugnadas y el Convenio. Esta pre-

Humanos”, RGDCDEE, n. 2, 2003; ídem 2012; Solar, ídem. Sobre el principio convencional de protección efectiva como un principio central que da sentido al CEDH véase Greer, S., “Constitutionalizing Adjudication under the European Convention on Human Rights”, *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 23, n. 3, 2003, pp. 405-433.

²¹ La distinción que propondré a continuación entre dos versiones de la doctrina del margen de apreciación es similar en muchos aspectos a la distinción que adopta Letsas entre un concepto estructural y un concepto sustantivo del margen de apreciación. Ver Letsas, G., “Two Concepts of the Margin of Appreciation”, *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 26, n. 4, 2006, pp. 705-732.

²² Una visión formal o procedimental del principio de subsidiariedad incide en que el Tribunal de Estrasburgo solo interviene en la protección de derechos convencionales por vía contenciosa y una vez se han agotado los remedios internos. Una visión normativa de este principio, en cambio, que en este ámbito suele tener un sesgo estatista, proclama la prioridad de las decisiones nacionales en caso de una eventual divergencia con el criterio de la autoridad supranacional. Sobre esta distinción véase especialmente Letsas (ver Letsas, ídem). Para diversas concepciones normativas de la subsidiariedad véase, también, Føllesdal, A., “The Principle of Subsidiarity as a Constitutional Principle in International Law”, *Global Constitutionalism*, v. 2, n. 1, 2013, pp. 37-62.

sunción solo se rompe cuando hay razones especialmente sólidas para concluir que el Estado se ha extralimitado en el ejercicio de su autonomía. En esta versión del margen, factores como la falta de consenso europeo o la idea de que el Estado está mejor situado adquieren importancia por razones generales de legitimidad institucional. En consecuencia, cabría afirmar que cuando el Tribunal se pregunta aquí si un Estado ha violado el Convenio lo que realmente se está preguntando es si tiene legitimidad política para adoptar una determinada decisión.

La versión voluntarista del margen (en adelante VVM) es la que cabe encontrar detrás de la oposición pública que recibió *Lautsi 2009* por parte de muchos estados del Consejo de Europa y otras instituciones europeas. La opinión de Dominic McGoldrick expresa bien la lógica de la VVM cuando afirma que Estrasburgo debe poseer una antena política porque

judicial authority ultimately depends on the confidence of citizens and there is no real link between the European judges and the European population. If the Court's interpretations deeply differ from the convictions of the people, the people (and their governments) will start resisting judicial decisions²³.

La segunda es una versión racionalizada del margen de apreciación estatal (en adelante VRM). La doctrina del margen se percibe ahora como el resultado de efectuar un balance entre los valores en juego en la protección de derechos convencionales más que una presunción fuerte de partida a favor del Estado. Esta concepción dirige el razonamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a examinar si la medida estatal impugnada consigue alcanzar un balance equitativo entre derechos individuales y valores democráticos. Desde esta lógica, la argumentación del Tribunal no tiene por qué estar mediatizada por consideraciones generales acerca de su legitimidad institucional ni la voluntad estatal tiene por qué adquirir un valor independiente. Su valor será funcional al éxito del estado en conseguir este equilibrio axiológico.

²³ McGoldrick, *ídem.*; Gerards, *ídem.* En esta misma línea se ubica la airada reacción de David Cameron frente a la sentencia de la Gran Sala en el asunto Hirst.

gico inherente a una sociedad democrática. La finalidad de la VRM no es simplemente la justificación de la “deferencia” al Estado sino el reconocimiento equilibrado de los valores democráticos en el seno del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Esta versión racionalizada es, por ejemplo, la que inspira las cláusulas de acomodación de los artículos 8 a 11 del Convenio (disposiciones que, en su primer apartado, reconocen derechos para proceder, en un segundo apartado, a detallar un conjunto de razones que justifican su restricción por parte del Estado)²⁴. También es la que parece ajustarse a la dualidad axiológica expresada en el preámbulo de este tratado internacional. En suma, la versión racionalizada se concentra en la axiología interna al Convenio mientras que la versión voluntarista tiende a unir esta doctrina con consideraciones externas de facticidad política.

La adopción de una versión voluntarista, algo bastante habitual en materia de libertad religiosa, es cuestionable porque conduce al Tribunal a renunciar a su rol jurisdiccional más que a consolidar su legitimidad institucional²⁵. Una jurisprudencia tan apegada a las coyunturas y particularidades estatales es preocupante porque impide al Tribunal Europeo de Derechos Humanos articular un marco estable de mínimos convencionales que defina el contorno de la libertad estatal en la gestión de su pluralismo religioso interno. El asunto *Lautsi* y la jurisprudencia sobre el velo reflejan esta dejación de funciones. El giro abrupto de la Gran Sala respecto a *Lautsi 2009*, su distanciamiento *ad hoc* del criterio usado en *Dahlab* y el desplazamiento del objeto de discusión muestran la ausencia de este marco de mínimos que permita valorar el margen que cabe otorgar al Estado italiano sin caer en la mera concesión política. Algo parecido sucede con las prohibiciones del velo y la renuencia del Tribunal a examinar detalladamente la proporcionalidad de las razones aportadas. La versión voluntarista usada en estos

²⁴ En la aplicación de las cláusulas de acomodación, el TEDH valora la medida impugnada siguiendo siempre la misma estructura de cuestiones: 1) ¿Hay interferencia estatal en un derecho convencional? 2) ¿Esta interferencia está prescrita por el Derecho? 3) ¿Tiene un fin legítimo? y 4) ¿La medida es proporcionada y necesaria en una sociedad democrática para conseguir este fin?

²⁵ Especialmente, Brauch, ídem; y Solar, ídem.

asuntos, dado su déficit de fundamento axiológico, corre el peligro de acabar en un “casi todo vale” para los Estados.

Con anterioridad al reconocimiento oficial de esta doctrina, los defectos de una versión voluntarista habían provocado una línea de opinión entre comentaristas y jueces de este órgano internacional que abogaban por la conveniencia de que el Tribunal abandonara este recurso hermenéutico²⁶. Pero ahora podemos augurar que esta doctrina está aquí para quedarse, y ello no es solo un reflejo de la presión que han ejercido los Estados cuando el criterio nacional ha sido cuestionado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Los Protocolos 14, 15 y 16 al Convenio Europeo pretenden mejorar el sistema de supervisión de Estrasburgo, y las reformas que se han articulado, entre ellas la del preámbulo, y obedecen también a la necesidad de disminuir la gran cantidad de asuntos que en los últimos años están alcanzando la jurisdicción del Tribunal.

Mi sugerencia es que la versión racionalizada, a diferencia de la voluntarista, puede constituir un recurso hermenéutico con las virtudes necesarias para ser incorporado de modo permanente en la jurisprudencia de Estrasburgo. Al mismo tiempo, esta versión de la doctrina podría tener funcionalidad más allá de las cláusulas de acomodación, sustituyendo de modo general, es decir, para todos los derechos convencionales, el análisis abstracto de compatibilidad en el razonamiento del Tribunal. Pero en este trabajo solo me detendré en explicar cuál sería su dinámica de funcionamiento centrándome en la jurisprudencia sobre simbología religiosa en los centros educativos públicos.

²⁶ Por ejemplo, Brauch (ver Brauch, ídem), quien insiste en que el TEDH debe ceñirse a la letra del Convenio; Martínez-Torrón (ver Martínez-Torrón, ídem). En este sentido se expresa también el juez De Mayer en su opinión parcialmente disidente en el asunto Z. c. Finlandia (25 de febrero de 1997).

V. La dinámica de una versión racionalizada del margen de apreciación estatal

La versión racionalizada podría funcionar como recurso hermenéutico general en el razonamiento de Estrasburgo en materia de libertad religiosa bajo ciertas premisas previas que marcan su función jurisdiccional. Por una parte, debemos asumir que la finalidad del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en tanto instrumento coadyuvante en el afianzamiento de la democracia en la región, es consolidar un umbral “mínimo” de calidad formal y sustantiva en la protección de derechos en el seno del Consejo de Europa. Sin embargo, ello no implica, como observa Michael Hutchinson, que la labor del Tribunal en cada uno de sus fallos consista en ir concretando, según su criterio, cuál es este umbral mínimo de protección universal. Si ese fuera el caso no sería necesario realizar ningún tipo de balance con otras consideraciones y la ponderación efectuada por el Estado no adquiriría realmente ninguna trascendencia; el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se encargaría de decidir cuál es este mínimo y el resto quedaría en manos de las autoridades nacionales. El problema sigue siendo que este mínimo no se determina en abstracto. En consecuencia, tendrá cierto grado de movilidad y sus contornos seguirán dependiendo de un equilibrio entre democracia y derechos²⁷.

Por otra parte, las disposiciones que encontramos en un instrumento internacional como el Convenio Europeo de Derechos Humanos distan mucho de reflejar una comprensión moral robusta de los derechos convencionales. Muchos de ellos están sujetos a cláusulas de limitación, todas ellas muy amplias, y en general la lógica dual del Convenio hace difícil defender una caracterización de los derechos convencionales como triunfos, *side constraints* o consideraciones *reason-blocking*²⁸. Incluso,

²⁷ Véase Hutchinson, *idem*. También Brems, E., “Human Rights: Minimum and Maximum Perspectives”, *Human Rights Law Review*, v. 9, n. 3, 2009, pp. 349-372.

²⁸ Sobre las diversas formas de comprender los derechos convencionales, véanse, por ejemplo, McHarg, A., “Reconciling Human Rights and the Public Interest: Conceptual Problems and Doctrinal Uncertainty in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, *The Modern Law Review*, v. 62, 1999, pp. 671-696; Greer, *idem*;

si comprendemos estos derechos jurídicos desde su fundamento en el discurso de los derechos humanos, solo una concepción ética de estos últimos apoyaría su carácter de triunfos²⁹. Pero la concepción ética está recibiendo un fuerte embate desde otras aproximaciones alternativas que pretenden ajustar la noción de derecho humano a su rol de razones para la acción dentro la práctica internacional. Para estas concepciones funcionales o políticas, la identificación de estos derechos no depende solo de su contenido sino, también, de contingencias y factores de viabilidad, efectividad y legitimidad institucional que son relevantes para limitar la soberanía estatal y justificar actuaciones en el ámbito internacional. En este sentido, si los derechos convencionales son vistos como razones para justificar la acción dentro del sistema del Convenio, la propia identidad de estos derechos incorporará un ejercicio de balance entre razones de diferente carácter³⁰.

Desde estas dos premisas, podemos regresar a la función que la versión racionalizada atribuye al Tribunal de Estrasburgo. Mencioné, anteriormente, que su función es supervisar el equilibrio axiológico de los Estados frente a las demandas de protección de derechos por parte

Kumm, M., "What Do You Have in Virtue of Having a Constitutional Right? On the Place and Limits of the Proportionality Requirement", en Paulsen, S. y Pavlakos, G. (eds.), *Law, Rights, and Discourse: Themes of the Work of Robert Alexy*, Oxford: Hart Publishing, 2007; Legg, idem.

²⁹ La noción de derechos como triunfos, esto es, la idea de que los derechos son un triunfo frente al interés colectivo por su carácter de razones que, en situaciones regulares, no son susceptibles de balance con otras consideraciones externas a los propios derechos proviene de Dworkin. Ver Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, Cambridge: Harvard University Press, Mass, 1977, p. 191, 194, 197-200.

³⁰ Véase, especialmente, Raz, J., "Human Rights without Foundations", *Oxford Legal Studies Research Papers*, n. 14, 2007, pp. 1-20; "Human Rights in the Emerging World Order", *Transnational Legal Theory*, n. 1, 2010, pp. 31-47. Sobre las diferencias entre una concepción ética y una concepción política de los derechos humanos, véanse, también, Beitz, Ch., *The Idea of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2009; Baynes, K., "Toward a Political Conception of Human Rights", *Philosophy and Social Criticism*, n. 35, 2009, pp. 372-373; Iglesias Vila, M. y Ungureanu, C., "The Conundrum of Pluralism and the Doctrine of the Margin of Appreciation: The Crucifix 'Affair' and the Ambivalence of the ECtHR", en Requejo, F. y Ungureanu, C. (eds.), *Democracy, Law and Religious Pluralism in Europe: Secularism and Post-Secularism*, Londres: Routledge, 2012, pp. 179-199.

de sus ciudadanos. Pero su función es también sistémica. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene la tarea de consolidar una estructura jurídica de protección de derechos en Europa que pueda constituir una guía general de actuación para los Estados. ¿Qué elementos o variables aportaría esta versión del margen de apreciación en el razonamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para llevar a cabo estas funciones?

Un elemento básico en la valoración de una medida estatal restrictiva de derechos ponderables es el uso del principio de proporcionalidad. Ya he comentado que en materia religiosa es muy frecuente que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos minimice su examen de proporcionalidad y recurra a la versión voluntarista. Ello le permite deferir al criterio estatal en la determinación de cuándo una restricción a la libertad religiosa es necesaria dentro de una sociedad democrática³¹. Son muchos los que reclaman que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos debería aplicar un test más estricto de proporcionalidad que actúe como límite a la discreción del Estado. Pero la cuestión es cómo la versión racionalizada orientaría este escrutinio de proporcionalidad.

Una vez que constatamos que una medida restrictiva de derechos persigue un fin legítimo, el análisis de proporcionalidad se suele concebir como el examen de tres cuestiones: 1) si la medida es “idónea” para alcanzar el fin, 2) si es “necesaria” para obtener ese fin (si había otras alternativas menos restrictivas para alcanzar el fin con la misma eficacia) y 3) si es proporcional en sentido estricto, es decir, si es equilibrada respecto al grado de afectación del derecho y el grado de satisfacción del interés colectivo que se persigue. Este test, denominado habitualmente test alemán de proporcionalidad, es usado por muchos tribunales constitucionales y también, con mayor o menor profundidad, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea³². Pero el Tribunal

³¹ Sobre esta minimización del examen de proporcionalidad, véase Martínez-Torrón, ídem.

³² Para la dinámica del examen de proporcionalidad, véanse, en general, Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993; Klatt, M. y Meister, M., *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford: Oxford University Press, 2012; Barak, A., *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

de Estrasburgo no se ha involucrado en un examen tan estructurado para entender las exigencias convencionales del principio de proporcionalidad. Cuando ha mencionado este principio en el momento de juzgar si la medida estatal restrictiva de derechos era “necesaria en una sociedad democrática”, su razonamiento ha girado en torno a cuestiones como la de si hay una necesidad social imperiosa (*pressing social need*), si la restricción al derecho ha sido la mínima posible en atención a las alternativas disponibles para el Estado y si se ha alcanzado un balance equitativo (*fair balance*) entre el fin legítimo y el derecho³³. Estas cuestiones, sin embargo, no han sido valoradas conjunta o consecutivamente por parte del Tribunal.

Sin cuestionar ahora esta visión algo difusa del principio de proporcionalidad, la primera pretensión de una versión racionalizada, a diferencia de lo que suscribiría una versión voluntarista, es que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se embarque efectivamente en una valoración de proporcionalidad de la medida impugnada. Esto supone un paso importante en la protección efectiva de los derechos convencionales frente a la voluntad estatal. Ahora bien, dado que sigue siendo una doctrina del margen de apreciación, la versión que defiende asume que en el examen de proporcionalidad es necesario equilibrar tanto razones de primer orden como razones de segundo orden³⁴. Así, en el momento de resolver un eventual conflicto entre derechos convencio-

³³ En el asunto *Handyside c. Reino Unido*, pár. 48, el TEDH interpreta la idea de “necesaria para una sociedad democrática” no en el sentido de indispensable o absolutamente necesaria, sino utilizando la terminología “*pressing social need*”. También asume que le corresponde al Estado, en aplicación de la doctrina del margen de apreciación, la valoración inicial de esta necesidad social imperiosa. Como observa Greer, la exigencia de que haya una necesidad social imperiosa permite otorgar prioridad a los derechos frente a las finalidades colectivas porque impone al Estado la carga de probar esa necesidad imperiosa. Ver Greer, *ídem*. Sobre el principio de proporcionalidad y el resto de cuestiones que se valoran en el razonamiento del TEDH, véanse, también, Arai-Takahashi, *ídem*; Spielmann, D., “Allowing the Right Margin the European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?”, CELS Working Paper Series, 2012, pp. 1-30; y Legg, *ídem*.

³⁴ Sobre la importancia de las razones de segundo orden en la valoración del margen de apreciación estatal, véase, especialmente, Legg, A., *ídem*.

nales e intereses colectivos, este examen no debería guiarse solamente por razones de contenido y consideraciones particulares de adecuación y necesidad de la medida impugnada, sino, también, teniendo presentes razones vinculadas al sentido y lógica general del sistema europeo de protección de derechos humanos³⁵. A continuación, ofreceré algunos detalles de cómo podrían actuar estas razones sistémicas.

En primer lugar, es razonable que en el examen de proporcionalidad el Tribunal tenga presente el marco general de protección que el Estado ofrece al derecho individual que ha restringido. Esta consideración adquiere trascendencia cuando asumimos que la protección de derechos convencionales es fruto de una división del trabajo entre los Estados y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con lo que la intervención de Estrasburgo tiene un carácter subsidiario. Si en términos globales el Estado facilita un acceso seguro y equitativo a este derecho o muestra una clara progresión en el estándar general de protección, en algunos casos donde la restricción al derecho no sea muy intensa, podría entrar en juego una “teoría de la neutralización” como la que la Gran Sala usó en *Lautsi 2011*. Cuando, por el contrario, este nivel general de protección es bajo y el Estado no muestra ninguna progresión al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene razones para ser cada vez más riguroso con las autoridades nacionales en su juicio concreto de proporcionalidad. Esta última situación le exigirá ejercer su rol de garante de la protección efectiva de los derechos convencionales y tendrá que suplir, desde su ámbito de competencia jurisdiccional, la inacción del Estado en el cumplimiento de sus compromisos internacionales. El resumen de esta idea es que a medida que las autoridades nacionales vayan mostrando un mayor nivel de protección general del derecho en cuestión su criterio se vuelve más confiable.

En segundo lugar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también puede incorporar en su examen de proporcionalidad un método comparativo, prestando atención a cómo actúan otros países europeos

³⁵ En este trabajo me interesan básicamente los conflictos entre derechos convencionales y consideraciones de interés público. No me detendré, por tanto, en los posibles conflictos entre derechos convencionales.

para analizar si se ha utilizado la mínima coerción posible y si otras alternativas menos gravosas eran viables³⁶. Dado que el Convenio Europeo de Derechos Humanos surge para mejorar en conjunto el nivel de protección de derechos humanos en Europa, una razón para poner en duda que el Estado denunciado careciera de otra alternativa menos restrictiva es constatar que otros Estados, en situaciones equiparables, han conseguido la misma finalidad social con medidas diferentes que no han implicado esa restricción del derecho.

En tercer lugar, el estado del consenso europeo en una determinada materia también puede ser relevante para relajar el juicio de proporcionalidad, aunque por razones distintas a las que ofrecería la versión voluntarista. Esta relevancia estará condicionada por la presencia de un vínculo entre la formación de consensos y la dinámica de un progreso paulatino en el sistema general de protección de derechos humanos en Europa³⁷. La falta de consenso es un argumento importante para evitar el efecto “sorpresa” que una aplicación alejada del estado de la cuestión en Europa podría provocar. De esta forma, su relevancia depende de un balance entre razones de seguridad jurídica y consideraciones sustantivas en un ajuste mutuo que vaya favoreciendo la consolidación de derechos humanos. Atender a la falta de consenso para ampliar la libertad del Estado resultaría, en cambio, cuestionable si ello acabara redundando en una paulatina disminución del estándar de protección en la región. Aquí la falta de consenso debería carecer de relevancia interpretativa porque solo reflejaría el uso de la versión voluntarista del margen³⁸.

En cuarto lugar, la cuestión de si el Estado está realmente mejor situado para decidir también puede ser clave para orientar el juicio de proporcionalidad. Si el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

³⁶ Véase Arai-Takahashi, Y., *ídem*.

³⁷ Sobre la relación entre interpretación evolutiva y consenso europeo, véase Dzehtsiarou, K., “European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights”, *German Law Journal*, v. 12, n. 10, 2011, pp. 1730-1745.

³⁸ Para una visión más crítica del uso del consenso como elemento relevante en la comprensión del CEDH, véase Letsas, G., 2004, *ídem*. En contraste, una defensa de que el TEDH debe atenerse generalmente a los consensos puede encontrarse en Hutchinson, M., *ídem*.

percibe, después de considerarlo detenidamente, que una situación conflictiva no puede ser resuelta de manera adecuada sin un conocimiento profundo de las circunstancias de vida de una sociedad concreta, tiene una razón fuerte para efectuar un escrutinio menos estricto del balance axiológico emprendido por el Estado³⁹. Aun así, y centrándonos en la libertad religiosa, esta razón adquiere fuerza solo cuando la imparcialidad del Estado frente a la religión no se haya visto comprometida. Pensemos en casos en los que el Estado tiende a privilegiar la religión mayoritaria o cede ante la presión de la confesión con mayor arraigo. Aquí no parece razonable afirmar que el Estado siga estando mejor situado que un órgano externo para resolver la conflictividad interna que esta falta de imparcialidad pueda comportar⁴⁰. Lo mismo cabría afirmar cuando la medida restrictiva de la libertad religiosa proviene de un Estado confesional o semi-confesional. Cuando el propio Estado mantiene una asimetría entre las diversas religiones practicadas por sus ciudadanos, y esta asimetría ha sido refrendada por sus tribunales internos, no cabe presuponer que las autoridades nacionales están mejor situadas que un órgano internacional para fiscalizar la gestión de su pluralismo religioso interno. Idéntico razonamiento puede ser aplicado cuando el Estado ha optado ideológicamente por un laicismo militante o activo. Un Estado que aboga por una secularización estricta de todo el espacio público tampoco puede ser percibido sin más como un garante imparcial del derecho a la libertad religiosa. Ciertamente, los miembros del Consejo de Europa tienen plena autonomía para decidir cuál será su sistema de relación Estado-iglesia. El pluralismo resultante de ejercer esta autonomía debe poder ser incorporado dentro

³⁹ Algunos jueces del TEDH, por ejemplo, Rozakis y Spielmann, consideran que este es el elemento determinante para otorgar un margen de apreciación al Estado, especialmente cuando el caso ha sido valorado por sus tribunales internos.

⁴⁰ Como observa Mancini, si en estos casos el TEDH otorga un amplio margen de apreciación está en realidad teniendo también un rol contra mayoritario, ya que este órgano fue creado desde el consenso de los Estados para corregir las deficiencias de la democracia mayoritarista. Ver Mancini, S., "The Crucifix Rage: Supranational Constitutionalism Bumps Against the Counter-Majoritarian Difficulty", *European Constitutional Law Review*, v. 6, 2010, pp. 6-27.

del marco del Convenio, algo claramente asumido en la jurisprudencia del Tribunal. Sin embargo, cualquier opción estatal en este punto deberá ser compatible con los compromisos internacionales adquiridos por el Estado en lo que atañe a la libertad religiosa de sus ciudadanos. Por esta razón, en todas las situaciones que he mencionado el Tribunal debería ser más estricto en su test de proporcionalidad, ya que adquiere la función de velar por el cumplimiento del grado de neutralidad estatal que sea necesario para la protección efectiva de este derecho convencional. Esta conclusión viene amparada por la propia visión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el rol que corresponde al Estado en la gestión de su pluralismo religioso interno. De un lado, el Tribunal ha resaltado el vínculo entre la libertad religiosa y la democracia, remarcando el papel de este derecho para asegurar el pluralismo inherente a una sociedad democrática⁴¹. De otro lado, ha insistido en que la responsabilidad del Estado es asegurar, neutral e imparcialmente, el ejercicio de las diferentes religiones y creencias, así como contribuir a mantener el orden público, la armonía religiosa y la tolerancia, especialmente cuando hay grupos en oposición⁴². En este sentido, la idea de que el Estado está mejor situado solo adquiere fuerza si su posición institucional y prácticas previas le permiten ejercer confiablemente esta responsabilidad.

Por último, para que la versión racionalizada del margen constituya un buen recurso hermenéutico en el equilibrio entre democracia y derechos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos debe ser coherente en su utilización y ofrecer pautas generalizables que puedan servir de guía a los Estados y a sus ciudadanos. Ciertamente, el examen de proporcionalidad requiere tomar en consideración el contexto de la medida impugnada. De ahí que el Tribunal no pueda limitarse a efectuar un análisis abstracto de compatibilidad entre el derecho individual y la disposición nacional. Pero también forma parte de la función de Estras-

⁴¹ Por ejemplo, asuntos *Kokkinakis c. Grecia* (25 de mayo de 1993), p. 31; *Manoussakis et al. c. Grecia* (29 de agosto de 1996), p. 44; *Serif c. Grecia* (14 de diciembre de 1999), p. 49.

⁴² Asuntos *Lautsi c. Italia*, p. 60; *Şahin c. Turquía*, p. 107.

burgo moldear a través de sus fallos un marco general de comprensión de cada uno de los derechos convencionales. Siguiendo la terminología de Steven Greer, podríamos distinguir dos formas de balance axiológico: a) un balance “*ad hoc*”, donde la ponderación está plenamente centrada en el caso particular, y b) un balance “estructurado”, donde la ponderación particular entre derechos e intereses públicos está mediada por la pretensión de asentar una doctrina general sobre estándares de protección de derechos en Europa⁴³. Este balance estructurado es lo que muchas voces reclaman de Estrasburgo, no solo por razones de racionalidad discursiva, sino por la propia finalidad del Convenio Europeo de Derechos Humanos de obtener una unión más estrecha entre los miembros del Consejo de Europa a través de una concepción y respeto comunes de los derechos humanos. Quienes recelan de que un órgano internacional pueda tener la última palabra en materia de derechos humanos, incluso cuando sus sentencias no posean el mismo valor jurídico que las de los tribunales internos, pueden percibir como una virtud que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se limite a buscar soluciones particulares razonables, desde lógica del caso a caso, más que preocuparse por sentar doctrinas generales. Pero ello acaba erosionando su propia función jurisdiccional de intérprete del Convenio porque le acercan a un simple órgano de arbitraje. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos solo puede mantener su legitimidad en tanto institución judicial consolidada si la producción de doctrina es tan importante como la producción de resultados particulares⁴⁴. De esta guisa, su rol es tener un ojo puesto en la cuestión material de equilibrar derechos individuales y valores democráticos en cada supuesto particular y otro ojo puesto en la cuestión estructural de ofrecer respuestas generalizables y estables a nivel europeo. Ello puede evitar las críticas que la jurisprudencia de Estrasburgo ha recibido en materia religiosa por su incoherencia axiológica, su variabilidad de un asunto a otro y su déficit de predictibilidad⁴⁵.

⁴³ Greer, S., *ídem*.

⁴⁴ Véase McHarg, A., *ídem*.

⁴⁵ Brauch, J., *ídem.*; Kratochvíl, J., *ídem*.

A diferencia de la versión voluntarista, que está abocada a un excesivo particularismo, la versión racionalizada que he defendido tiene la capacidad de ofrecer estándares de protección más generalizables y estables que, al mismo tiempo, atiendan al dualismo axiológico del Convenio. Su adopción por parte del Tribunal de Estrasburgo le dirigiría a valorar las medidas estatales que se impugnan desde parámetros equiparables y con miras a ir construyendo un marco convencional de mínimos en la protección de derechos, un marco que sea lo suficientemente comprensivo como para dar cabida a una pluralidad de finalidades sociales legítimas sin dejar de preservar una mínima calidad sustantiva en los estándares de protección. Siempre que haya una lógica de progresión, el resto del trabajo en la cobertura institucional de los derechos humanos en el seno de Consejo de Europa, así como la decisión sobre cuál es el estándar óptimo de protección más allá de este umbral, será ya una cuestión interna a cada estado.

VI. Los asuntos *Lautsi* y *Şahin* desde la versión racionalizada del margen de apreciación

Una vez explorada la dinámica de la versión racionalizada mi sugerencia es utilizarla, aunque sea brevemente, para mostrar por qué la lógica deferente que Estrasburgo empleó en los asuntos *Lautsi* y *Şahin* no resulta jurídicamente razonable.

En el asunto *Lautsi* se produce una afectación al foro interno de la libertad religiosa en aras de preservar una tradición cultural de origen religioso. Aunque la posibilidad de este tipo de afectación carece de apoyo textual en el Convenio, no se trata de una restricción especialmente intensa ya que, ciertamente, el efecto adoctrinador de un crucifijo no es nada obvio si lo comparamos con la imposición de una práctica o actividad religiosa. Parece sensato asumir que el carácter activo o pasivo de un símbolo religioso depende en gran medida de su contexto particular de uso. La cuestión, sin embargo, es si en este asunto hay suficientes razones para apoyar la deferencia al Estado en

su opción de imponer el crucifijo en las aulas de las escuelas públicas. Utilizando los parámetros anteriores, el argumento de la falta de consenso no sería un buen apoyo para esta deferencia. Aunque no hay consenso regulativo en Europa respecto a la simbología religiosa, la imposición del crucifijo es más bien excepcional ya que solo se produce en una minoría de países europeos. Esto disminuye la fuerza de las razones de seguridad jurídica que podrían favorecer al Estado italiano. Además, la falta de homogeneidad regulativa respecto al crucifijo es debida a la presencia de diversos modelos y tradiciones de relación Estado-iglesia en Europa más que a la existencia de un genuino pluralismo valorativo en torno a los límites del derecho a la libertad religiosa individual. Así, esta ausencia de homogeneidad debería jugar un papel menor dentro de la lógica de una consolidación paulatina del derecho a la libertad religiosa en la región.

También cabe dudar de que un Estado cuyas tradiciones culturales privilegian la simbología de una determinada confesión religiosa en detrimento de los no creyentes u otras minorías religiosas esté realmente mejor situado para resolver de forma imparcial los conflictos que el uso institucional de esta simbología ha generado. En este sentido, ni el argumento de la falta de consenso ni la idea de la mejor situación del Estado justificarían en este caso otorgar una deferencia amplia, teniendo en cuenta, asimismo, que la normativa italiana tiene un pedigrí democrático débil al provenir principalmente de reglamentaciones de los años veinte, del período fascista, carecer de confirmación parlamentaria y no haber sido valorada por el Tribunal Constitucional italiano⁴⁶.

A partir de aquí cabe preguntarse si el Estado italiano ha utilizado el mecanismo menos restrictivo posible en su afectación al foro interno de la libertad religiosa para mantener sus tradiciones culturales. Como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido acertadamente, mantener las tradiciones culturales es algo que forma parte de

⁴⁶ Véase, a este respecto, el voto disidente a Lautsi 2011, párr. 1. Curiosamente, dado que este asunto no fue analizado siguiendo los pasos de la cláusula de acomodación del art. 9.2, el TEDH se ahorró de tener que valorar si la medida estaba prevista por un Derecho de mínima calidad.

los fines legítimos de un Estado democrático⁴⁷. Pero la cuestión es si el Estado italiano no disponía de otras alternativas menos gravosas que no implicaran renunciar a este objetivo y si ha ejercido la mínima coerción posible. Utilizando el método comparativo, parece falso que no haya otras alternativas para mantener la tradición cultural del crucifijo en Italia. De hecho, en España, Grecia, Irlanda o San Marino, que no poseen una regulación expresa, este símbolo sigue estando presente en algunas escuelas públicas. La imposición normativa no resulta entonces necesaria (o al menos el Estado italiano no ha probado esa necesidad en su coyuntura social). La imposición normativa tampoco es seguramente el mejor medio para mantener las tradiciones culturales de una sociedad democrática. La persistencia de las tradiciones está vinculada a muchos factores entrelazados y, en gran parte, depende de su arraigo popular y de la existencia de un sustrato social basado en la tolerancia y el respeto mutuos. Dado que hay otras opciones menos gravosas y coercitivas, la desproporción de una medida que afecta al foro interno difícilmente puede compensarse con una apertura al pluralismo religioso en otras esferas educativas, con lo que una teoría de la neutralización adquiere poca fuerza en este caso. Lo que realmente parece estar en juego, entonces, es la voluntad del Estado italiano expresada en el recurso a *Lautsi 2009*, extremo que, como he comentado más arriba, no tiene valor por sí mismo desde una versión racionalizada del margen de apreciación.

Ello no implica, en mi opinión, que la única opción compatible con el Convenio Europeo de Derechos Humanos sea la prohibición de exhibir el crucifijo u otros símbolos religiosos en las paredes de las escuelas públicas. Aunque no podré desarrollar este punto, la versión racionalizada también permitiría mostrar que el análisis abstracto de compatibilidad efectuado por la Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en *Lautsi 2009* es claramente deficiente por su opacidad a los factores de contexto. La conclusión de vulneración del Convenio no depende meramente de que esta simbología esté presente en escuelas públicas y de su “potencial” capacidad de afectación. Lo relevante

es qué tipo de intervención ha tenido el Estado en la presencia de esta simbología. Por esta razón, desde una versión racionalizada habría razones para defender la compatibilidad convencional de otras opciones regulativas distintas a la imposición o de soluciones contextuales a la polémica del crucifijo en las aulas⁴⁸.

En lo que atañe al asunto *Şahin* diría que estamos ante una restricción más intensa aunque en este caso afecta al foro externo de la libertad religiosa, derecho que según el art. 9.2 es limitable por otras consideraciones de interés público. La cuestión vuelve a ser aquí si poseemos razones para otorgar deferencia al criterio estatal. En contraste con lo que sucede en Italia respecto a la exhibición del crucifijo, las prohibiciones del uso del velo islámico en Turquía están apoyadas en el principio constitucional del laicismo de Estado y esta opción regulativa goza del refrendo de su Tribunal Constitucional. Pero las razones para la deferencia al Estado en el caso de la restricción del velo en la universidad son todavía más débiles que en el asunto *Lautsi*. Por lo que respecta al consenso europeo, en prácticamente ningún Estado miembro del Consejo de Europa se impide el uso del velo en los centros universitarios, y es razonable afirmar que atender a ese consenso contrario favorece la protección del derecho a la libertad religiosa en la región⁴⁹. Es más, me atrevería a indicar que la tendencia prohibitiva que está avanzando en algunos países europeos ha sido incentivada, al menos en parte, por la gran deferencia que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha mostrado con estas restricciones a la libertad religiosa iniciadas en Francia y Turquía⁵⁰.

⁴⁸ Sobre estas opciones, véase Iglesias Vila, M. y Ungureanu, C., ídem.

⁴⁹ Aunque el Tribunal utilizó en este caso el argumento de la falta de consenso europeo en la regulación del uso del velo para ampliar el margen de apreciación del Estado, su estrategia es tramposa porque atiende a la regulación general sobre simbología religiosa, donde no hay homogeneidad, sin mencionar que hay un consenso contrario en Europa respecto a la concreta regulación impugnada.

⁵⁰ En este trabajo no entraré en otros asuntos más recientes en materia de simbología religiosa porque no están vinculados al espacio educativo. Me refiero a los asuntos *Eweida et al. c. Reino Unido* (31 de enero de 2013) y *S.A.S. c. Francia* (1 de julio de 2014, GS). Respecto de este último asunto, cabe destacar que Estrasburgo todavía ha ampliado más el margen de apreciación del Estado francés para restringir la

El argumento de que el Estado está mejor situado para decidir sobre la conveniencia de limitar el uso del velo en la universidad tampoco es un buen aliado para justificar la deferencia al Estado turco. Como observaba anteriormente, el laicismo de Estado es una opción política legítima pero no imparcial frente al pluralismo religioso en una sociedad democrática. Ante esta opción política, igual que ante la opción institucional por el Estado confesional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos adquiere un rol cualificado de vigilancia para impedir que este modelo de relación Estado-religión vaya en detrimento del cumplimiento de los compromisos internacionales del Estado en el respeto a los derechos convencionales. Al mismo tiempo, esta opción por el laicismo activo viene habitualmente acompañada de un estándar bajo de protección general de la libertad de manifestación religiosa en el espacio público, con lo que hay pocos argumentos para confiar sin más en el criterio estatal. La forma de llevar a cabo esta supervisión es efectuar un test estricto de proporcionalidad o, al menos, entrar en una valoración detallada de proporcionalidad.

En este examen de proporcionalidad, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos debería haber comprobado de forma pormenorizada si las razones aportadas por el Estado turco para prohibir el velo en la universidad eran convincentes⁵¹. Por una parte, la presencia de un

libertad personal para usar simbología religiosa en el espacio público. Aunque el asunto atiende a un tipo de prenda religiosa en particular, el velo integral, el Tribunal considera, variando aquí su anterior línea jurisprudencial, que todos los argumentos que se han aportado hasta ahora para prohibir el velo en el ámbito educativo carecen de fuerza argumentativa para justificar esta medida coercitiva. Sin embargo, la conclusión implícita que cabe extraer de la ratio decidendi de la sentencia es que el margen de apreciación nacional es tan amplio en esta materia que los Estados ni siquiera requieren el apoyo de estos débiles argumentos. Para ampliar este margen y justificar la prohibición del uso del velo integral en los espacios públicos el Tribunal se ha basado en algo tan difuso y oscuro como es el valor de la vida en común que la sociedad francesa tendría derecho a preservar, valor que Estrasburgo incorpora en las finalidades legítimas previstas en el artículo 9.2 a través de la finalidad de proteger los derechos y libertades de los demás.

⁵¹ A partir del asunto S.A.S. c. Francia, este extremo resulta todavía más obvio desde el momento en que, como destaco en la nota anterior, el Tribunal ha descartado una por una la mayoría de razones que suelen aportarse para justificar la prohibición del

principio constitucional de laicidad no es determinante ni resulta suficiente ya que, usando el método comparativo, incluso en Francia, que también acoge este modelo estatal, el laicismo se sigue manteniendo sin esta restricción a la libertad religiosa en los centros universitarios⁵². En este sentido, apelar al principio de laicidad no libera al Estado de la obligación convencional de demostrar que existe una “necesidad social imperiosa” que justifique la restricción de esta prenda en sede universitaria. Si esta prueba no se ofrece, resultará falso que el Estado carecía de otra alternativa menos coercitiva para obtener sus finalidades legítimas con la misma eficacia.

Algo parecido sucede con el resto de los argumentos generales que aportó Turquía para defender la prohibición, que se basan en conexiones hipotéticas entre el uso del velo y el fomento del radicalismo islámico, la promoción de la discriminación de género y los riesgos para la democracia en Turquía. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos debería haber analizado con detalle la solidez de tales conexiones y si estas avalan el uso de la coerción institucional en la universidad. De la misma forma, el Tribunal de Estrasburgo debería haber entrado a valorar si en el caso concreto de Leyla Şahin estas alegaciones resultaban convincentes. Como observa acertadamente la jueza Tulkens en su voto disidente en este asunto, el Estado no mostró en ningún momento que el uso del velo por parte de una persona adulta como Leyla Şahin fuera forzado o la subordinara como mujer. Tampoco había ningún indicio de que Şahin hubiera vestido esta prenda con alguna finalidad de presión política extremista ni que su uso por parte de esta estudiante hubiera generado alteraciones del orden público o pretendido influir en el resto de estudiantes o limitar alguno de sus derechos. En suma, y dejado ahora al margen otras cuestiones de interés, la resistencia del Tribunal de Estrasburgo a entrar a valorar estos argumentos en el

uso de prendas de carácter religioso. El Tribunal ha admitido que estas razones son demasiado débiles para justificar una restricción al derecho convencional de libertad religiosa.

⁵² Aunque gracias, seguramente, a la laxitud del Tribunal Europeo en esta cuestión, la posibilidad de prohibir el uso del velo islámico en la universidad ha entrado en el debate político francés.

caso concreto supone una dejación de funciones jurisdiccionales en la protección del derecho humano a la libertad religiosa de la recurrente y solo es explicable desde una versión voluntarista.

A mi juicio, si el Tribunal Europeo de Derechos Humanos hubiera adoptado una versión racionalizada en su jurisprudencia en torno a la simbología religiosa en el contexto educativo habría ejercido de forma más satisfactoria su rol jurisdiccional dentro de la lógica dual del Convenio Europeo de Derechos Humanos, construyendo un marco más estable y coherente de mínimos convencionales en torno a las exigencias de este derecho humano. Ciertamente, la interpretación y aplicación de convenios internacionales de derechos humanos es una actividad especialmente delicada, y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es una institución que tiene la difícil tarea de proteger derechos moviéndose entre aguas valorativas revueltas y presiones políticas de alto nivel. Pero la concesión política permanente a los Estados en conflictos religiosos de carácter sensible no conseguirá a la larga que el Tribunal de Estrasburgo mantenga su “*auctoritas*” institucional en Europa porque, cuando alguien te da casi siempre la razón, incluso cuando no debería, acabas pensando que solo son tus razones las que importan.

VII. Conclusión

Mi objetivo en este trabajo ha sido mostrar que la inclusión de una referencia expresa a la doctrina del margen de apreciación estatal en el preámbulo del Convenio Europeo de Derechos Humanos no tiene por qué suponer un retroceso para los derechos humanos en Europa. Pero solo podremos garantizar que esta doctrina sirve a la función jurisdiccional que corresponde a Estrasburgo en la protección regional de estos derechos, si es consistente con la base axiológica que da sentido al Convenio en tanto instrumento internacional. Utilizando como ejemplo la jurisprudencia del Tribunal sobre simbología religiosa en los centros docentes, he sugerido que deberíamos abogar por una versión racionalizada de esta doctrina, que combine los elementos necesarios para contribuir a un equilibrio ponderado entre pluralismo democrá-

tico y comprensión unitaria de los derechos humanos en el seno del Consejo de Europa. Esperemos que el Tribunal de Estrasburgo sepa leer el nuevo preámbulo como una invitación a seguir reforzando este balance y no como una rendición solapada a las exigencias coyunturales de la facticidad política.

Bibliografía

- Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.
- Andreescu, G. y Andreescu, L., “Taking Back Lautsi: Towards a ‘Theory of Neutralisation?’”, *Religion and Human Rights*, 2010, pp. 207-212.
- Andreescu, G. y Andreescu, L., “The European Court of Human Rights’ Lautsi Decision: Context, Contents, Consequences”, *Journal for the Study of Religions and Ideologies*, v. 9, n. 26, 2010, pp. 47-74.
- Arai-Takahashi, Y., *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Oxford: Intersecta, 2002.
- Barak, A., *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- Baynes, K., “Towards a Political Conception of Human Rights”, *Philosophy and Social Criticism*, n. 35, 2009, pp. 372-373.
- Beitz, Ch., *The Idea of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2009.
- Brauch, J., “The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law”, *Columbia Journal of European Law*, v. 11, 2005, pp. 113-150.
- Brems, E., “Human Rights: Minimum and Maximum Perspectives”, *Human Rights Law Review*, v. 9, n. 3, 2009, pp. 349-372.
- Contesse, J., “Subsidiarity in Inter-American Human Rights Law”, SELA paper, 2015. www.law.yale.edu/system/files/documents/pdf/SELA15_Contesse_CV_Eng.pdf.

- Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, Cambridge: Harvard University Press, Mass, 1977.
- Dzehtsiarou, K., “European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights”, *German Law Journal*, v. 12, n. 10, 2011, pp. 1730-1745.
- Evans, C., *Freedom of Religion under the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2001.
- Føllesdal, A., “The Principle of Subsidiarity as a Constitutional Principle in International Law”, *Global Constitutionalism*, v. 2, n. 1, 2013, pp. 37-62.
- Gerards, J., “Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine”, *European Law Journal*, v. 17, n. 1, 2011, pp. 80-120.
- Greer, S., “Constitutionalizing Adjudication under the European Convention on Human Rights”, *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 23, n. 3, 2003, pp. 405-433.
- Greer, S., “‘Balancing’ and the European Court of Human Rights: A Contribution to the Habermas-Alexy Debate”, *Cambridge Law Journal*, v. 63, n. 2, 2004, pp. 412-434.
- Hutchinson, M., “The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, *International and Comparative Law Quarterly*, v. 48, n. 3, 1999, pp. 638-650.
- Iglesias Vila, M. y Ungureanu, C., “The Conundrum of Pluralism and the Doctrine of the Margin of Appreciation: The Crucifix ‘Affair’ and the Ambivalence of the ECtHR”, en Requejo, F. y Ungureanu, C. (eds.), *Democracy, Law and Religious Pluralism in Europe: Secularism and Post-Secularism*, Londres: Routledge, 2012, pp. 179-199.
- Iglesias Vila, M., “La aplicación del CEDH desde una concepción política de los derechos humanos: algunas claves interpretativas”, en Arcos, F. (ed.), *La justicia y los derechos en un mundo globalizado*, Madrid, Dykinson, 2016, pp. 166-191.
- Klatt, M. y Meister, M., *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Kratochvíl, J., “The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Humans Rights”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, v. 29, n. 3, 2011, pp. 324-357.

- Kumm, M., “What Do You Have in Virtue of Having a Constitutional Right? On the Place and Limits of the Proportionality Requirement”, en Paulsen, S. y Pavlakos, G. (eds.), *Law, Rights, and Discourse: Themes of the Work of Robert Alexy*, Oxford: Hart Publishing, 2007.
- Legg, A., *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*, Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Letsas, G., “The Truth in Autonomous Concepts: How To Interpret the ECHR”, *European Journal of International Law*, v. 15, n. 2, 2004, pp. 279-305.
- Letsas, G., “Two Concepts of the Margin of Appreciation”, *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 26, n. 4, 2006, pp. 705-732.
- Mahoney, P., “Marvelous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism?”, *Human Rights Law Journal*, v. 19, 1998.
- Mancini, S., “The Crucifix Rage: Supranational Constitutionalism Bumps Against the Counter-Majoritarian Difficulty”, *European Constitutional Law Review*, v. 6, 2010, pp. 6-27.
- Martínez-Torrón, J., “Los límites de la libertad de religión y de creencia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *RGDCDEE*, n. 2, 2003.
- Martínez-Torrón, J., “The (Un)protection of Individual Religious Identity in the Strasbourg Case Law”, *Oxford Journal of Law and Religion*, (Advance Access), 2012, pp. 1-25.
- McGoldrick, D., “Religion in the European Public Square and in European Public Life-Crucifixes in the Classroom?”, *Human Rights Law Review*, v. 11, n. 3, 2011, pp. 451-502.
- McHarg, A., “Reconciling Human Rights and the Public Interest: Conceptual Problems and Doctrinal Uncertainty in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, *The Modern Law Review*, v. 62, 1999, pp. 671-696.
- Nuñez Poblete, M. y Acosta Alvarado, P. A., *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales*, México, UNAM, 2012.
- Panara, C., “Another Defeat for the Principle of Secularism: Recent Developments on the Display of the Crucifix in Italian Courtrooms”, *Religion and Human Rights*, v. 6, n. 3, 2011, pp. 259-265.

- Raz, J., “Human Rights without Foundations”, *Oxford Legal Studies Research Papers*, n. 14, 2007, pp. 1-20.
- Raz, J., “Human Rights in the Emerging World Order”, *Transnational Legal Theory*, n. 1, 2010, pp. 31-47.
- Solar, J. I., “Cautelas y excesos en el tratamiento del factor religioso en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Derechos y libertades*, n. 20, 2009, pp. 117-161.
- Spielmann, D., “Allowing the Right Margin the European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?”, *CELS Working Paper Series*, 2012, pp. 1-30.
- Zuca, L., “Lautsi: A Commentary on a Decision by the ECtHR Grand Chamber”, *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 1, 2013, pp. 218-229.

Sección III

Discusiones: Libros

Lenguaje y derecho: cuando la filosofía del derecho no es suficiente

Language and Law: When the Philosophy of Law is not Sufficient

Ismael Martínez*

Recepción: 14/6/2017

Evaluación: 23/8/2017

Aceptación final: 11/12/2017

Resumen: Este artículo es un comentario sobre el libro *El Lenguaje del Derecho*, de Andrei Marmor. Aquí reconstruyo las afirmaciones principales ofrecidas por Marmor en cada capítulo y los argumentos que las apoyan. Luego expreso algunas observaciones críticas dirigidas, en general, al argumento central presentado en el capítulo correspondiente.

Palabras clave: Filosofía del Derecho, Lenguaje, teoría jurídica

Abstract: This article is a commentary on Andrei Marmor's book *The Language of Law*. Here I reconstruct the main statements offered by Marmor in each chapter and the arguments that support them. I make then some critical remarks, which are generally directed at the central argument presented in each chapter.

Keywords: Philosophy of Law, Language, legal theory

* Doctorando. Universidad de Edimburgo.
Correo electrónico: ismarto@hotmail.com

Utilizar algunas de las herramientas que la filosofía del lenguaje ofrece para elucidar ciertos problemas al interior de la teoría jurídica es un modo de proceder conocido desde hace tiempo por los filósofos del derecho. Encontrar un esfuerzo profundo para llevar a cabo esta clase de empresa en tiempos recientes es, sin embargo, poco frecuente. El libro *El lenguaje del derecho* (*The Language of Law*) de Andrei Marmor¹ es posiblemente el intento más serio y mejor logrado, en los últimos diez años dentro de la filosofía jurídica de tradición analítica, por llevar a cabo esta tarea. La relevancia de un trabajo de este tipo es evidente si aceptamos que el lenguaje es el instrumento primordial con el que trabaja cualquier persona involucrada en la práctica jurídica. Un libro así es de interés, principal aunque no exclusivamente, para filósofos del derecho, en particular para aquellos interesados en la interpretación, la determinación del contenido de una prescripción legal y los problemas de la verdad y la comunicación en el derecho. Por supuesto, el libro también interesa a estudiantes y a cualquier persona que desee mejorar su entendimiento sobre la relación entre lenguaje y derecho.

El propósito del libro es claro, mostrar cómo un mejor entendimiento acerca del lenguaje en general puede ser útil para mejorar nuestra comprensión sobre el funcionamiento del derecho. El objetivo de Marmor, conviene aclarar, no es utilizar la filosofía del lenguaje para ofrecer una teoría general del derecho, sino uno mucho más modesto; a saber, aprovechar los recursos que los filósofos han ofrecido en fechas recientes para comprender mejor la comunicación lingüística y aplicarlos al caso jurídico, dado que esta es el medio a través del cual se transmiten los contenidos legales. El objetivo de Marmor es tan modesto que incluso se concentra en una parte específica del discurso legal: el derecho legislado o legislativo (*statutory law*). En pocas palabras, el objetivo es (6) “utilizar algunos avances recientes en filosofía del lenguaje para elucidar algunos aspectos fundamentales de la comunicación legal, principalmente en el contexto del derecho legislativo”.

Procederé de la siguiente manera, capítulo por capítulo, reconstruiré las afirmaciones principales ofrecidas por Marmor y los argu-

mentos que las apoyan. Inmediatamente después, expresaré algunas observaciones críticas dirigidas, en general, al argumento central presentado en el capítulo. Desafortunadamente, la complejidad de los argumentos y la posible falta de familiaridad con la filosofía del lenguaje de un lector no experto, me obligan a reconstruir los contenidos del libro de manera particularmente extensa (aunque por supuesto no exhaustiva) en detrimento del desarrollo en detalle de mis observaciones críticas.

En el capítulo uno Marmor argumenta en favor de la tesis de que la promulgación de leyes es un acto de habla a través del cual un contenido particular es comunicado. Si esto es cierto, sostiene, la metodología apropiada para elucidar algunas de las características relevantes del derecho legislativo consiste en analizar las características del tipo de acto de habla con el cual se identifica y la manera en la que el contenido que expresa es determinado. El capítulo está dividido en dos partes; en la primera Marmor busca dar respaldo a su afirmación de que la promulgación legislativa es de hecho un acto de habla; y en la segunda, analiza la manera en la que su contenido se determina.

Según Marmor, de acuerdo con el punto de vista estándar (12), “la acción colectiva de los legisladores de promulgar una ley es un acto de habla colectivo, a través de cual algún contenido es comunicado, el cual es, esencialmente, el contenido de la ley sobre la cual se ha votado”. Conviene aquí hacer explícitas las afirmaciones con las que esta tesis está comprometida: 1) que la acción de promulgar una ley es un acto colectivo; 2) que la mejor manera de entender ese acto es como un acto de habla colectivo; 3) que dicho acto de habla comunica un contenido específico y 4) que el contenido comunicado es el contenido legal del acto legislativo.

En general, la defensa del punto de vista estándar ofrecida por Marmor consiste en probar que las posturas escépticas, aquellas que niegan el carácter comunicativo de los actos de promulgación legislativa, son falsas. El argumento comienza con la suposición (defendida en el capítulo tres) de que, entre los distintos tipos de actos de habla, la promulgación de leyes es similar a la aserción. En particular, Marmor supone que las directivas jurídicas, al estilo de las aserciones en contextos de

conversación ordinaria, expresan un contenido (proposicional) cuyo valor de verdad es susceptible de evaluación. Para entender el argumento, es necesario tener en mente que existe una diferencia entre el contenido expresado (*asserted content*) y el contenido implicado (*implicated content*) de la proferencia de un enunciado. Marmor advierte que su argumento se concentrará en el primero, dejando para el capítulo dos la exploración del segundo. Una aclaración más antes de comenzar la crítica al punto de vista escéptico es que el contenido expresado queda regularmente subdeterminado por la semántica y la sintaxis. En otras palabras, Marmor afirma que aunque ciertos factores semánticos y sintácticos condicionan cuál es el contenido expresado por una proferencia, este solo puede ser (en la mayoría de los casos) plenamente determinado si además atendemos a la intención (comunicativa) del hablante y a la capacidad del oyente para entenderla. Es importante tener claro que, de acuerdo con Marmor, el éxito de los actos de habla, en términos de su capacidad para comunicar un cierto contenido, está dado por el hecho de que la intención comunicativa del hablante es completamente comprendida por el oyente.

La primera objeción escéptica que el argumento enfrenta se concentra en la figura del sujeto que lleva a cabo un acto de habla. Según el escéptico, no es claro que los actos de habla puedan ser actos colectivos. No obstante, la razón para creer lo anterior, afirma Marmor, difícilmente tiene que ver con la mera atribución de acciones a grupos, pues, de hecho, atribuir la realización de actos intencionales a conjuntos de individuos es algo que hacemos con regularidad; por ejemplo, cuando hablamos de las anotaciones de un equipo en cualquier deporte de conjunto. Cabe precisar aquí que el argumento de Marmor en contra de esta posible interpretación de la tesis escéptica no parece ignorar la distinción entre la “atribución” de una acción a un agente y la “realización” de esa acción. La afirmación de Marmor es precisamente que, en ocasiones, grupos de personas llevan a cabo acciones, incluso si en sentido estricto son más bien realizadas individualmente por los miembros que los integran. Es el equipo el que “gana” un partido, y no uno (o todos individualmente) de sus jugadores.

Si esto es así, el argumento escéptico tendría que señalar, para ser exitoso, una diferencia relevante entre los actos de habla y otras acciones que sin dificultad atribuimos a colectividades. Para mostrar que dicha diferencia no existe, Marmor se apoya en la ubicuidad con la que las personas utilizan el pronombre personal de la primera persona del plural “nosotros” en sus prácticas lingüísticas ordinarias, mediante las cuales atribuyen la realización de actos de habla a colectividades. Según Marmor, es común que las personas expresen enunciados como “(nosotros) te invitamos”, “(nosotros) te prometemos” etc. La frecuencia con la que aparecen estas expresiones en nuestra vida diaria deja en claro que, tal y como pasa con algunas acciones intencionales, los actos de habla pueden realizarse por grupos de personas.

Incluso si lo anterior es cierto y no hay ningún problema en atribuir a un conjunto de individuos la realización de un acto de habla, el escéptico puede alegar aún que el contexto en el que toma decisiones una asamblea legislativa democrática no puede ser explicado adoptando el modelo estándar. En pocas palabras, el escéptico podría negar que los actos legislativos sean actos de habla. Los legisladores promulgan leyes a través de votaciones y no a través de las declaraciones de uno (o algunos) en representación del resto. De este modo, según Marmor, la discusión con el escéptico se reduce a la pregunta sobre si votar es o no un acto de habla. El escéptico, claramente, responde a esta pregunta negativamente. Votar no es un acto de habla porque, al emitir su voto, cada legislador podría intentar comunicar un mensaje completamente distinto al que intentan comunicar sus compañeros. No obstante, afirma Marmor, una cosa es clara(18): “cuando los legisladores votan para aprobar una resolución particular, expresan la intención de comunicar el contenido de la resolución como la decisión oficial de la institución en cuestión”. El argumento más sofisticado que puede presentar el escéptico se concentra en la inexistencia de algo que pueda considerarse el contenido asertivo de un acto legislativo. La razón para sostener lo anterior es que, de acuerdo con el escéptico, el contenido asertivo de la preferencia de una oración está determinado exclusivamente por las intenciones del hablante. Dado que en el contexto legislativo es sumamente difícil identificar a la(s) persona(s) que juegan

ese papel, se vuelve prácticamente imposible identificar sus intenciones comunicativas, y en consecuencia al contenido constituido a partir de ellas. La respuesta de Marmor a este reto consiste en negar que el contenido asertivo de la enunciación de una oración esté dado por completo por las intenciones comunicativas de los hablantes. Según él, lo anterior se sigue de la observación empírica de que los hablantes podemos fallar y comunicar una cosa distinta de lo que intentamos. Si esto es así parece que para dar cuenta del contenido asertivo hace falta hablar, no (o no sólo) de los estados subjetivos del hablante (sus intenciones comunicativas), si no de un hecho objetivo: aquello que un escucha razonable habría entendido que el hablante quiso comunicar dadas las palabras que utilizó, los elementos del contexto, y otra información relevante que ambos comparten. Si esto es así, no hace falta ir buscar al hablante, o con mayor precisión a sus estados subjetivos intencionales, para atribuir un contenido asertivo a una enunciación. El resultado es que, en el contexto legislativo, no es necesario para atribuir un contenido asertivo a los actos de promulgación normativa (a los objetos que produce, no a la acción), encontrar ninguna intención comunicativa, basta con la reconstrucción que un escucha razonable llevaría a cabo.

El argumento de Marmor es ciertamente sofisticado y, a primera vista, convincente. Sin embargo, desde mi punto de vista es ineficiente para superar una última objeción que el escéptico podría presentar. Marmor parece tener razón al decir que el criterio que sirve para determinar el contenido asertivo de una preferencia es objetivo, en el sentido de que no apela a la psicología particular de un individuo. Sin embargo, parece que este *hecho objetivo* está ineludiblemente ligado a uno subjetivo. *Lo que un escucha razonable, conocedor de todos los hechos relevantes, habría entendido que intentaba comunicar el hablante*, apela justa e invariablemente a la intencionalidad del hablante. Si no es posible en el caso de los actos legislativos reconocer a los hablantes, ¿qué intenciones comunicativas son las que un escucha racional habría buscado entender? Por supuesto que los escuchas cuentan con cierta evidencia (principalmente semántica y sintáctica) que podría guiarlos en dicha reconstrucción de las intenciones comunicativas, pero dudo mucho que Marmor esté dispuesto a

aceptar que esta evidencia sirve a los escuchas de manera exhaustiva para reconstruir las intenciones comunicativas de los hablantes.

El capítulo dos es un intento por explicar la naturaleza y alcance del contenido comunicativo implicado por un acto asertivo en el contexto legal. Si la tesis presentada en el capítulo uno es correcta y los actos legislativos de promulgación de normas son similares a los actos asertivos que los hablantes llevan a cabo en contextos de comunicación ordinaria, en el sentido de que son de hecho actos de habla que comunican un cierto contenido (legal), y si es cierto además que en situaciones de comunicación ordinaria los hablantes comúnmente comunican más de lo que explícitamente expresan, parece natural asumir que al menos una parte del contenido comunicado en el contexto legal está dada implícitamente. Esta suposición es el punto de partida que utiliza Marmor para construir, a lo largo del capítulo, un argumento según el cual es difícil confiar en el contenido implicado por los actos de promulgación legislativa, dada la naturaleza estratégica del discurso legal. El capítulo se desarrolla de la siguiente forma: en la primera parte Marmor describe las dos maneras principales en las que, según él, se puede implicar un cierto contenido comunicativo a través de la preferencia de un enunciado. El siguiente paso en la argumentación es caracterizar, en términos generales, lo que Marmor llama discurso estratégico. La última parte pretende mostrar dos cosas, la primera que el discurso legal (al menos en lo que se refiere al derecho legislativo) es una forma de discurso estratégico, la segunda, que gracias a eso es difícil dar cuenta del contenido implicado por un acto de promulgación legislativa e incluso de revisión judicial.

Con mayor detalle, a menudo se habla del contenido implicado de una aserción para referirse al contenido al que, sin haber sido explícitamente formulado, queda comprometido un hablante en las circunstancias particulares de su preferencia. Decir de un hablante que está comprometido con un cierto contenido implicado quiere decir que para él está cancelada la posibilidad de retractarse o negar este contenido una vez hecha la preferencia. Si lo hiciera, un escucha razonable estaría justificado para considerar dicha negación como desconcertante, no genuina o incluso contradictoria. De acuerdo con Marmor, a pesar

de que hay varios tipos de contenido implicado los dos más familiares son las llamadas implicaturas conversacionales y las presuposiciones.

Para explicar las implicaturas Marmor utiliza el bien conocido marco de la teoría de Herbert Paul Grice. Según Grice, nuestra habilidad para entender expresiones más allá de lo que se dice explícitamente radica en la combinación de dos factores: la existencia de normas conversacionales y el conocimiento compartido, por parte de los participantes de una conversación, de ciertas características del contexto conversacional. Comúnmente se acepta que las implicaturas son el resultado de inferencias derrotables que los hablantes llevan a cabo a partir de cierto contenido semántico, un determinado conocimiento contextual y de un cierto marco normativo. De acuerdo con Grice, cuando el propósito de una conversación es el intercambio cooperativo de información ciertas máximas son aplicables. Estas máximas facilitan la función cooperativa de las interacciones comunicativas que normalmente tienen lugar en nuestras conversaciones ordinarias. Grice propone las siguientes cuatro máximas de conversación ordinaria:

- *Máxima de cantidad.* De acuerdo con esta máxima los hablantes deben asegurarse de que sus contribuciones a la conversación sean tan informativas como sea requerido. Es decir, deben asegurarse de no decir ni más ni menos de lo necesario.
- *Máxima de calidad.* Según esta máxima los hablantes no deben decir aquello que creen que es falso y tampoco deben decir aquello para lo que no tienen evidencia adecuada.
- *Máxima de relevancia.* Esta máxima pide a los hablantes asegurarse de que sus contribuciones sean relevantes a la conversación.
- *Máxima de cortesía.* Se pide a los hablantes evitar la oscuridad y ambigüedad en sus contribuciones, así como ser ordenados y breves.

De acuerdo con Marmor estas máximas son normativas: por un lado los hablantes normalmente las siguen durante sus conversaciones ordinarias; por otro, están apoyadas por razones que las convierten en las normas que los hablantes deben seguir con el fin de realizar su propósito de llevar a cabo un intercambio cooperativo de información.

Con este marco normativo en mente podemos llegar a una descripción un tanto más detallada de lo que es una implicatura conversacional. Decimos, pues, que un contenido es implicado conversacionalmente por un hablante si no es parte de lo que el hablante dijo, pero es parte de lo que comunicó en la ocasión particular de su aserción, dadas las máximas conversacionales que rigen los contextos de conversación ordinaria.

Es importante señalar aquí que, aunque afirma estar siguiendo a Grice, Marmor reconstruye la idea de implicatura de una manera un tanto alejada (sin llegar a ser contradictoria o inconsistente) de la forma en la que generalmente se piensa esta figura en filosofía y lingüística. Por ejemplo, para Wayne Davis (2014) una implicatura “denota o bien (i) el acto de significar o implicar una cosa al decir una cosa distinta, o (ii) el objeto de ese acto”. Si bien es cierto que nada de esto contradice lo dicho por Marmor, parece verdad también que esta caracterización de las implicaturas resulta, por lo menos, más informativa. Desde este punto de vista, las implicaturas no son solo inferencias que los miembros de una conversación pueden derivar a partir de lo que se dice, si no inferencias cuyo contenido difiere del contenido explícitamente enunciado por el hablante. La diferencia es más clara si pensamos en el ejemplo de implicatura conversacional proporcionado por Davis quien nos pide imaginar el siguiente diálogo:

Alan: ¿Irás a la fiesta de Paul?

Barb: Tengo que trabajar

Según él, este es un claro ejemplo de un hablante que utiliza un enunciado para significar algo distinto de lo que el enunciado (convencionalmente) significa. Barb quiere decir que no irá a la fiesta, pero lo hace utilizando un enunciado que comúnmente significa que tiene trabajo. Dado que Barb nunca dijo que no iría a la fiesta y sin embargo eso es lo que quiso decir, podemos afirmar que lo implicó. Como puede observarse, desde este punto de vista una de las características fundamentales de las implicaturas es que su contenido varía del contenido que usualmente suele adscribirse al enunciado a través del cual se expresan. Ciertamente sería equivocado decir que el argumento de Marmor con

respecto a la práctica de promulgación de leyes fracasa porque su caracterización de las implicaturas conversacionales se aleja de la ortodoxia filosófica. No obstante, conviene por lo menos tener presente la diferencia entre su manera de caracterizar esta forma del contenido implicado de la preferencia de un enunciado y la forma en la que comúnmente se habla de implicaturas conversacionales entre filósofos.

De acuerdo con Marmor, la segunda forma en la que se puede implicar cierto contenido comunicativo a partir de la enunciación de una oración es la presuposición. Según él, una presuposición es aquel contenido comunicativo que, a pesar de no haber sido enunciado, debe tomarse por garantizado para que el contenido enunciado o su relevancia tengan sentido. El contenido implicado por una presuposición es el contenido que los miembros de una conversación de hecho comparten desde el inicio o que estarían dispuestos a acomodar conforme la conversación avanza. Los ejemplos propuestos por Marmor para entender esta idea son los siguientes:

- 1) “Bill se arrepiente de haberle mentado a sus padres”.
Donde la presuposición es: Bill [cree que él] mintió a sus padres.
- 2) “Sara olvidó recoger a Jane en el aeropuerto”.
Donde la presuposición es: Se suponía que Sara recogería a Jane en el aeropuerto.
- 3) “La esposa de John va a ir al concierto mañana”.
Donde la presuposición es: John está casado.

Por último, Marmor llama la atención acerca de las llamadas implicaciones semánticamente codificadas. Como la expresión parece sugerir, estas son implicaturas que provienen del significado de las palabras utilizadas en el enunciado expresado. Algunos ejemplos ofrecidos por Marmor son:

- (4) “incluso X puede hacer A” (donde se implica que hay algunos otros, además de X, que pueden hacer A, y que A es entre ellos uno de los que menos probabilidad tiene de hacer A).
- (5) “X logró encontrar a A” (donde se implica que era de esperarse que encontrar a A fuera complicado).

Que el contenido implicado por la aserción de estos enunciados está semánticamente codificado es evidente, según Marmor, si observamos la imposibilidad que afecta al hablante de cancelarlo. Esto es, la preferencia de un enunciado como (5) perdería todo sentido si de pronto el hablante de dicha preferencia afirmara que encontrar a A era en realidad sencillo. Supuestamente, hay un cierto contenido que sin ser explícito está codificado en el término “lograr” y que es parte del contenido que un hablante comunica al enunciar (5). Marmor afirma entonces que el criterio para distinguir entre el contenido implicado semánticamente codificado y no semánticamente codificado está dado por la posibilidad o imposibilidad de su cancelación.

Aunque general, la caracterización anterior de la primera parte del capítulo dos es suficiente para entender el argumento acerca del discurso jurídico que Marmor pretende ofrecer posteriormente.

La sección dos del capítulo, que coincide con el segundo paso en la argumentación, consiste en describir lo que Marmor llama el discurso estratégico. Para entender qué es el discurso estratégico es necesario primero tener claro que no en todos los contextos en los que una conversación tiene lugar, los hablantes persiguen el propósito de intercambiar información cooperativamente. En otras palabras, en ciertas ocasiones el propósito de una conversación no es el intercambio de información. Los ejemplos citados por Marmor son las conversaciones de cortesía, en las que los hablantes intercambian expresiones sin el propósito de que estas sean informativas o incluso verdaderas. En estos casos los miembros de una conversación buscan simplemente expresar su conformidad con una convención social. Cuando una persona te pregunta si te ha gustado la película que te recomendó semanas atrás y respondes que sí, puede que lo hagas sin la intención de reportar algo verdadero, sino simplemente de ser cortés con los demás. Es importante señalar que en todos estos ejemplos, los intercambios que los hablantes llevan a cabo son cooperativos incluso si no son “confiables”. Con exactitud, la idea aquí no es que en ocasiones los hablantes no son cooperativos en sus interacciones conversacionales, sino que la cooperación comunicativa es una cuestión de grado. Hay contextos, como esos de conversación ordinaria, en los que se requiere un grado superior de cooperación a fin

de lograr el objetivo de la conversación misma: el intercambio confiable de información. Hay otros contextos en los que el objetivo de la conversación, ajustar el comportamiento propio a las convenciones sociales, permite un grado de cooperación menor.

Hemos sugerido, siguiendo a Marmor, que en un extremo de la cooperación comunicativa se encuentran los contextos de conversación ordinaria. En el extremo contrario se encuentra la manipulación. Según Marmor estos son contextos conversacionales en los que los hablantes (al menos uno de ellos) afirman algo verdadero con la intención de implicar algo que sabe que es falso. Por ejemplo, una persona que se presenta en un hospital como el “Dr. X” a pesar de que su grado de doctorado no pertenece a ninguna de las ciencias médicas.

Entre esos dos extremos se encuentra el discurso estratégico. La característica primordial de este tipo de conversaciones es que los hablantes intentan con sus locuciones obtener una ventaja al implicar más (o menos) de lo que estarían dispuestos a hacer explícito. La razón por la que un hablante estaría interesado en no hacer explícito aquello que ha intentado implicar es que, de hacerlo, dirigiría al fracaso el propósito de su afirmación. El ejemplo que ofrece Marmor para entender mejor esta idea es la insinuación. Según él, cuando los hablantes intentan insinuar algo, estarían fracasando si aquello que buscan insinuar fuera parte del contenido explícito de su aserción. Por el contrario, en contextos de conversación ordinaria los hablantes no verían afectado el propósito de su aserción si el contenido implícito se hiciera explícito en algún momento. Cuando se trata de conversaciones estratégicas, los escuchas pueden también no estar dispuestos a aceptar el contenido implícito de la preferencia de un enunciado. El caso de un niño que pretende no haber entendido el contenido que su madre buscaba implicar al responder “has comido muchos dulces el día de hoy” ante la pregunta “¿puedo comer chocolate?”, es un buen ejemplo de esto.

El discurso estratégico se hace posible bajo ciertas circunstancias. Es necesario que exista cierto nivel de incertidumbre con respecto al marco normativo que gobierna la conversación para que los hablantes consigan realizar su propósito de obtener alguna ventaja a partir del contenido que su aserción implica. Marmor afirma que, cuando las

conversaciones no tienen el propósito de ser completamente cooperativas, los hablantes no siguen las máximas de conversación descritas por Grice. Si lo hicieran, su propósito de obtener alguna ventaja se vería frustrado. Hay dos tipos de incertidumbre normativa que facilitan el desarrollo de una conversación estratégica o, con mayor precisión, de un movimiento estratégico en una conversación: incertidumbre acerca de las reglas que los hablantes deben seguir; incertidumbre acerca del grado de adherencia a las reglas que se espera por parte de los hablantes.

En la última parte del capítulo, Marmor busca mostrar que el discurso jurídico, en particular el discurso legislativo o de creación de leyes y el discurso judicial, son instancias del discurso estratégico, y cómo, si esto es cierto, se sigue que el contenido implicado por un acto de habla legislativo es poco confiable.

Marmor nos pide distinguir entre dos tipos de conversación que tienen lugar durante el proceso legislativo. La primera es la conversación entre legisladores antes de la promulgación de una ley. La segunda se da entre el resultado de esa primera conversación (un acto de habla colectivo) y aquellos a quienes la ley se dirige, normalmente con las cortes como intermediarios. Marmor afirma que ambos tipos de conversación son estratégicos. La idea es que hay un interés compartido por las legislaturas y las cortes por mantener cierto grado de indeterminación comunicativa, dado que esto les permite realizar sus propósitos. Según él, el propósito de las legislaturas es facilitar acuerdos y compromisos que les permitan realizar su trabajo legislativo. Para conseguir este propósito es necesario que la conversación interna se desarrolle en términos estratégicos. Si los legisladores tuvieran claridad acerca del contenido que aquellos que defienden una agenda distinta pretenden implicar mediante los documentos que someten a votación, posiblemente rechazarían cualquier propuesta que llegara a sus mesas. Por otro lado, las cortes también están interesadas en transmitir mensajes indeterminados, a fin de que las legislaturas les permitan un margen de acción mayor que les facilite el ejercicio con mayor discrecionalidad. En pocas palabras, Marmor sostiene que el propósito que caracteriza la manera en la que ambos organismos se insertan en una conversación es un deseo por acaparar la mayor cantidad de poder posible.

Ciertamente el capítulo pierde en esta sección buena parte de la claridad expositiva que caracteriza a las primeras dos. Además, aunque es fácil detectar las afirmaciones alrededor de las cuales se construye esta parte del texto, es difícil ubicar los argumentos que las respaldan. Por otro lado, la argumentación avanza sin demasiado orden señalando características de cada uno de los tipos de conversación descritos anteriormente. Es cierto que estos problemas son fáciles de superar si el lector es suficientemente paciente, sin embargo, existen dificultades a nivel argumentativo difíciles de pasar por alto. Por ejemplo, aunque Marmor se esfuerza por presentar la afirmación de que en los distintos contextos de interacción entre la legislatura y las cortes se lleva a cabo una conversación estratégica, como si fuera una consecuencia conceptual del propósito que persigue cada uno de estos organismos, lo cierto es que una afirmación así parece más bien empírica. Sostener que los legisladores están interesados en ocultar parte de lo que intentan comunicar parece más una tesis que podríamos contrastar con las intenciones actuales de los miembros de una legislatura, y no una tesis conceptual acerca de la mejor manera de conseguir el propósito que supuestamente persigue la actividad legislativa. Mas aún, los propósitos que atribuye Marmor a las cortes y legislaturas dista de ser obvio, y parece más bien arbitrario. Es relativamente sencillo encontrar descripciones alternativas que, intuitivamente, resultan igualmente plausibles. Uno podría decir, por ejemplo, que el propósito de los jueces es llevar a cabo las funciones que legalmente les han sido encomendadas. Seguramente, será difícil encontrar en el catálogo de funciones algún indicador que apunte hacia el *aseguramiento de suficiente poder*, o algo por el estilo. Si el lector no comparte las intuiciones acerca de las finalidades que caracterizan a las legislaturas y a las cortes, será difícil encontrar en el texto un argumento o evidencia útiles para persuadirlo.

En el capítulo tres Marmor ofrece un argumento a favor de la tesis de que las prescripciones jurídicas, por lo menos aquellas que forman parte del derecho legislado, son el tipo de acto de habla que expresa un contenido que puede ser verdadero o falso. Que las prescripciones legales expresen este tipo de contenido es importante porque, de no hacerlo, sería imposible atribuir validez a las inferencias que llevamos

a cabo con ellas. En otras palabras, la argumentación de Marmor está motivada por la siguiente preocupación: los agentes jurídicos cotidianamente llevan a cabo inferencias a partir de las prescripciones que encuentran en el derecho legislado; nos interesa que dichas inferencias sean válidas, es decir, que la verdad de la conclusión esté asegurada por la verdad de las premisas; es condición necesaria de la validez de una inferencia que las afirmaciones que la componen sean susceptibles de ser verdaderas o falsas; por tanto, es importante explicar cómo es posible que las prescripciones legales expresen el tipo de contenido que puede ser verdadero o falso.

El argumento de Marmor es el siguiente. En primer lugar, hay que distinguir entre, por lo menos, dos tipos de actos de habla performativos, regularmente expresados por enunciados imperativos con distintas formas. Aquellos a los que Marmor llama exhortativos son actos de habla que buscan motivar la conducta de las personas a quienes están dirigidos mediante la mera enunciación, con la expectativa de que esta sea reconocida por sus destinatarios como una razón para la acción. Un ejemplo es la expresión de una persona dirigiéndose a otra diciendo “escribe todo lo que escuches”. Por otro lado, existen enunciados imperativos que, cuando son expresados, buscan igualmente motivar la conducta de aquellos a los que se dirigen, pero que contienen el operador “deber”. Por ejemplo, una persona que se dirige a otra diciendo “debes escribir todo lo que escuches”. De acuerdo con Marmor, la inclusión del operador “deber” en este caso sugiere que existen razones independientes, distintas a la enunciación misma, para llevar a cabo la acción solicitada. Las instrucciones jurídicas, parece claro, son actos de habla del primer tipo, es decir, exhortativos. Esto es, las prescripciones legales buscan motivar la conducta de los sujetos y que sea el solo hecho de su pronunciaci3n el que les conceda razones para la acci3n.

El siguiente paso en la argumentaci3n, como es de esperarse, consiste en mostrar que los exhortativos son el tipo de acto de habla que expresa contenidos susceptibles de ser verdaderos o falsos. Aunque existen diversos tipos de actos de habla exhortativos, y estos son expresados por distintos tipos de enunciados, Marmor se concentra en los imperativos. Es importante se1alarse que usualmente el contenido del

que se predica verdad o falsedad con respecto a la expresión de un enunciado es el llamado contenido proposicional. Una manera natural de interpretar el contenido proposicional de un imperativo, según Marmor, es sugerir su carácter autorreferencial. En pocas palabras, el contenido proposicional de los imperativos es autorreferencial. Esto quiere decir que cada vez que una persona expresa un imperativo del tipo “cierra la puerta”, el contenido proposicional está dado por los deseos del hablante: su deseo de que X cierre la puerta y su deseo de que X reconozca la expresión de ese deseo como una razón para la acción. De este modo, el contenido proposicional del enunciado “cierra la puerta” expresado por P y dirigido a S es “P quiere/desea que S cierre la puerta y quiere/desea que reconozca la expresión de dicho deseo como una razón para realizar esa acción”. Este es claramente un contenido proposicional descriptivo (como cualquier otro) acerca de un estado mental particular de un sujeto singular. Dado que el contenido proposicional expresado por un imperativo es autorreferencial, siempre que la expresión sea sincera, el contenido será verdadero. En otras palabras, la simple expresión de un enunciado imperativo hace verdadero su contenido proposicional. El contenido proposicional expresado por un imperativo solo puede ser falso en caso de insinceridad o cuando las circunstancias particulares de la conversación son suficientemente anormales (por ejemplo, si te pido cerrar una puerta en medio del bosque donde no hay puertas).

El siguiente paso en el argumento de Marmor consiste en mostrar que este análisis del contenido proposicional de los exhortativos funciona igualmente bien para el caso jurídico. Con este fin, Marmor propone distinguir entre los deseos que la gente tiene a nivel personal y los deseos que adquieren derivados de su papel como funcionarios. Los exhortativos expresados por el derecho legislativo son exhortativos oficiales; es decir, “reflejan los deseos e intenciones de las personas en sus funciones de servidores públicos, en tanto servidores públicos” (71). Es importante señalar que, al hablar de los exhortativos oficiales, Marmor introduce por primera vez la idea de intención como parte del contenido proposicional de un acto de habla exhortativo. Anteriormente, recordemos, el contenido proposicional de estos actos estaba dado exclusiva-

mente por los deseos del hablante. Otra cosa que vale la pena mencionar es que Marmor no señala cuál es el tipo de intención al que se refiere exactamente. Desafortunadamente, como veremos más adelante, el argumento se beneficia del carácter polisémico de esta expresión.

La siguiente complicación a la que intenta hacer frente el argumento tiene que ver con la naturaleza colectiva de los actos legislativos. Dado que las legislaturas están integradas por más de un individuo, es difícil establecer quién (quiénes) es (son) el sujeto (los sujetos) cuyos estados mentales están reflejados en el contenido proposicional de una prescripción jurídica. Para superar este reto, Marmor se vale de la idea, sugerida en el capítulo uno, de que el contenido proposicional de un acto de habla (colectivo) consiste en lo que se dice (el contenido asertivo) en un contexto determinado, y no por lo que el hablante intentó decir. Para defender esta idea, Marmor apela una vez más a la necesidad de dejar abierta la posibilidad para los hablantes de fallar al comunicar todo lo que intentan. Si esto es así y de hecho estas fallas tienen lugar, parece que el contenido de una expresión debe ser determinado, no por lo que el hablante quiso decir, sino por lo que el hablante de hecho dijo, lo cual, recordemos, está dado por lo que un escucha razonable habría entendido dada la expresión enunciada por el hablante, el contexto y el conocimiento común de ciertas presuposiciones.

Lo anterior no puede ser más desconcertante. En primer lugar, la sugerencia de Marmor o bien implica la identidad entre el contenido asertivo y el contenido proposicional de una oración, o bien cambia el objeto de estudio del segundo hacia el primero. El problema con la primera de estas opciones es que, al día de hoy, que el contenido proposicional de una oración sea equivalente al contenido asertivo de la enunciación de una oración es una cuestión controversial en filosofía del lenguaje. Para algunos filósofos es posible atribuir un contenido proposicional a ciertos enunciados, a pesar de no haber sido jamás expresados por hablante alguno en ningún contexto, es decir, sin que se les pueda atribuir un contenido asertivo. Por ejemplo, algunos enunciados de la matemática. El problema con el argumento de Marmor es que resulta totalmente silente ante esta preocupación. Por otro lado, si el contenido proposicional de una oración y el contenido asertivo de su

enunciación son distintos, es difícil observar, o por lo menos Marmor no es explícito al respecto, cómo una característica del segundo es útil para superar una dificultad explicativa en relación con el primero. Es decir, sirve de poco saber que el contenido asertivo de una enunciación está determinado por lo que se dice (más el contexto) y no por las intenciones del hablante, cuando lo que nos interesa saber es cuáles son los estados mentales que determinan el contenido proposicional de un exhortativo oficial colectivo.

En segundo lugar (concedamos que no existe diferencia entre el contenido proposicional y el contenido asertivo), Marmor parece utilizar el término “intención” de dos maneras distintas para favorecer su argumento. Por un lado, al hablar del contenido proposicional de un exhortativo simple, “intención” parece denotar un deseo, en particular, el deseo de que alguien lleve a cabo una acción. Esto es, cuando digo “cierra la puerta” expreso mi intención de que cierres la puerta. Sin embargo, al hablar del contenido asertivo de la enunciación de una oración, “intención” parece denotar la intención de comunicar un contenido particular: la intención comunicativa del hablante. Al decir “cierra la puerta” tengo la intención de comunicar mi intención de que cierres la puerta. Si esto es así, nada que se pueda decir acerca de las intenciones (comunicativas) de los hablantes responde aún a la pregunta por las intenciones (deseos) expresadas por un exhortativo colectivo.

Si mis observaciones son correctas, se sigue que la respuesta de Marmor ante la preocupación derivada del carácter colectivo de las legislaturas encargadas de promulgar las prescripciones jurídicas que integran el derecho legislativo no es satisfactoria. Es falso que el argumento haya logrado superar el reto que impone la objeción según la cual es imposible identificar a los sujetos cuyos estados mentales (deseos/intenciones) forman el contenido proposicional de un exhortativo oficial colectivo. De lo anterior, se sigue que el contenido proposicional de las instrucciones jurídicas no es como el contenido proposicional de los exhortativos simples. De nueva cuenta, carecemos de una explicación que nos permita dar cuenta del contenido proposicional de las prescripciones jurídicas y, con ello, de la posibilidad de llevar a cabo inferencias con ellas.

En el capítulo cuatro, Marmor se ocupa del problema de la vaguedad en el derecho. Su propósito es presentar una taxonomía de los distintos casos de vaguedad que aparecen en la práctica jurídica y explicar sus racionales. El capítulo está dividido en dos partes. En la primera, Marmor distingue entre distintos tipos de vaguedad que surgen con relación a los términos de un lenguaje natural. En la segunda, explora la manera en la que estos casos se presentan en el contexto legal.

Claramente, es fundamental, antes de comenzar esta clasificación, caracterizar el fenómeno de la vaguedad en el lenguaje. La vaguedad, dice Marmor, es un aspecto particular de la relación que existe entre las palabras y los objetos designados por ellas. Para entender qué es la vaguedad conviene caracterizar antes la extensión definida y la no extensión definida de un término. Comúnmente, entendemos por “extensión de un término” el conjunto de objetos (actuales, posibles, presentes, pasados y futuros) designados por él. Así, la extensión definida de un término es el conjunto de objetos que claramente designa. De modo similar, su no extensión definida es el conjunto de objetos que el término claramente no designa. La vaguedad surge cuando nos encontramos frente a un caso límite, casos en los que un objeto particular no forma parte ni de la extensión definida ni de la no extensión definida de un término. En otras palabras, en estos casos no existe una respuesta correcta ante la pregunta sobre si un objeto particular pertenece a la extensión de un término, o si es parte de su no extensión.

Entre las distintas formas de vaguedad que existen, el primer caso que Marmor distingue es el de aquellos términos obvia o transparentemente vagos. Palabras como “calvo”, “alto”, “rico” son términos que con gran facilidad y claridad dan lugar a la existencia de casos límite.

Existen otros términos que también dan lugar a la vaguedad, pero lo hacen de manera menos clara como “entrar”. Para ilustrar lo anterior, imaginemos que existe una prohibición de entrar a un cierto lugar con animales; imaginemos que nos encontramos cerca de la entrada con nuestra mascota atada a nosotros por una correa; imaginemos que la extensión de la correa es suficiente como para permitir a uno ingresar al lugar sin que el otro se mueva de su posición original; ahora imaginemos que, mientras esperamos a un amigo, nuestra mascota

ingresa en el lugar, o que nosotros ingresamos en el lugar pero nuestra mascota permanece afuera, ¿diríamos que hemos entrado con una mascota al lugar?

El tercer tipo de vaguedad identificada por Marmor es aquella a la que llama, siguiendo a Timothy Endicott², vaguedad extravagante. A diferencia de los otros casos en los que la característica semántica principal que da lugar a la vaguedad es la presencia de casos límite, en los casos extravagantes la característica principal es que la aplicación de estos términos implica una evaluación multidimensional acerca de (por lo menos algunos) elementos constitutivos inconmensurables. Por ejemplo, si nos preguntamos por el predicado “bello” veremos que los elementos que debemos tomar en cuenta para determinar el alcance de su extensión son imposibles de comparar, por ejemplo, la abstracción en contra de la técnica, la técnica en contra del valor expresivo, el valor expresivo en contra de la originalidad, etc.

Otra manera de entender la diferencia entre casos de vaguedad ordinaria (transparente o no) y la vaguedad extravagante es que, para los términos del primer tipo, es más bien sencillo llegar a precisar los contornos de su extensión introduciendo un límite discrecional, aunque no arbitrario. En cierto contexto podríamos establecer que quien tuviera menos de cien mil cabellos en la cabeza cuenta como calvo y que quien tuviera más no. Por lo menos en ese contexto, la vaguedad inherente al término calvo habría sido superada. El caso es distinto para los términos extravagantemente vagos. Es simplemente imposible, dada la complejidad e inconmensurabilidad de los criterios que deben tomarse en cuenta para establecer su extensión, asignar un límite discrecional. Pensemos en el ejemplo de “belleza”, tendríamos que decir algo como: lo bello es aquello cuyo valor expresivo es el doble con respecto a su nivel de abstracción y su originalidad rebasa en tres cuartas partes el valor de la técnica, etc., lo cual ciertamente parece una empresa poco prometidora.

² Endicott, T., “The Value of Vagueness”, en *Vagueness in Normative Texts*, Vijay K. Bhatia, Jan Engberg, Maurizio Gotti, y Dorothee Heller (eds.), Bern: Peter Lang, 2008, pp. 24-25.

Por último, Marmor presenta un caso de vaguedad no semántica. La vaguedad pragmática, como la llama, surge en virtud no del significado de las palabras que contiene una expresión, puesto que sobre eso (e incluso sobre su contenido asertivo) no existe ninguna duda, sino en virtud de la información que dichas palabras proveen relevancia a un contexto. Es decir, la vaguedad pragmática tiene que ver con la existencia de casos límite acerca de la relevancia de la contribución a la conversación por parte de los hablantes. De manera similar, aunque en la dirección opuesta, en ocasiones el contexto ofrece información suficiente para que expresiones que contienen términos incluso transparentemente vagos sean precisas. Por ejemplo, cuando hablo de la persona alta, refiriéndome a la persona que se encuentra junto a otra que claramente no lo es.

En el lenguaje jurídico la vaguedad puede surgir en diversos contextos: la legislación, documentos administrativos, la Constitución. Marmor se concentra en la interpretación de los textos legislativos. La vaguedad suele surgir porque la ley contiene alguna expresión relevante vaga en alguno de los sentidos de vaguedad anteriormente mencionados. Así, el caso paradigmático de vaguedad en el derecho surge al intentar aplicar una prescripción legal a un caso límite de la extensión de uno de los términos generales que contiene.

Justo de esta forma es que surgen los casos de vaguedad ordinaria en el derecho. Como Marmor, para ilustrar este punto utilizaré el bien conocido ejemplo de Hart sobre una ley que prohíbe la entrada de vehículos a un parque público. La vaguedad inherente al término general “vehículo” se hace evidente cuando, por ejemplo, una persona intenta ingresar al parque con una carreta. No es evidente que la norma que prohíbe vehículos en el parque deba ser aplicada, justamente porque una carreta es un caso límite de la extensión del término “vehículo”. Sea como fuere, encontrar una solución a casos como este mediante la interpretación de este tipo de expresiones no es una tarea extremadamente complicada. De acuerdo con Marmor, la mayoría de las veces el contexto en el que fue promulgada una ley, su propósito, u otros factores pragmáticos similares pueden determinar una respuesta. Para continuar con nuestro ejemplo, si el propósito de la norma era evitar

el ruido y la contaminación al interior del parque, parece que tomar una decisión sobre si una carreola es o no un vehículo se vuelve una cuestión más bien sencilla. De cualquier forma, en ocasiones, cuando la información provista por el contexto y otros factores pragmáticos no es suficiente para superar los casos de vaguedad, las cortes tienen cierta libertad para postular un criterio discrecional, aunque no arbitrario, que resuelva la cuestión para ese caso y otros similares en el futuro.

La vaguedad transparente u obvia, como era de esperarse, difícilmente aparece en el lenguaje legislativo. Las legislaturas, por lo regular, son cuidadosas de no incluir términos que transparentemente dan lugar a casos límite como “alto”, “rico”, “calvo”, etc. No obstante, en ocasiones los legisladores incluyen esta clase de expresiones en las prescripciones que promulgan. Casi siempre acompañados de otras regulaciones mucho más precisas, la inclusión de expresiones obviamente vagas en los textos legislativos tiene el propósito de permitir a las cortes un espacio delimitado de libertad que les permita incluir en el ámbito de aplicación de una norma conductas que, como consecuencia de una precisión exhaustiva, podrían quedar no reguladas.

Por último, los términos extravagantemente vagos aparecen con marcada frecuencia en los textos jurídicos. Según Marmor, lo anterior es una consecuencia del interés de las legislaturas de delegar en las cortes, por buenas razones, la toma de decisiones. Dado que utilizar correctamente estos términos, como hemos visto, involucra la interacción de diversos factores inconmensurables, encontrar delimitaciones precisas a su ámbito de aplicación no es tarea sencilla. La única opción aparentemente disponible para tomar una decisión razonable cuando se trata de una prescripción jurídica que contiene un término así de complejo y ninguno de los factores en juego es evidentemente sobresaliente es llevar a cabo un juicio holístico *todas las cosas consideradas*. Marmor concede que no existen criterios últimos de razonabilidad o corrección cuando se trata de resolver este tipo de ambigüedad; sin embargo, confía en que la evaluación que pueden realizar las cortes caso por caso, a través de la búsqueda de un juicio de ese tipo, es la manera correcta de lidiar con esta clase de ambigüedad.

El capítulo cuatro es modesto en sus propósitos y afirmaciones. Ningún argumento profundamente controversial o afirmación notoriamente provocadora es presentada en esta parte del libro. Sin embargo, el capítulo falla en ofrecer una reconstrucción *exhaustiva* de los casos de vaguedad en el derecho (aunque también es cierto que Marmor jamás afirma explícitamente que ese sea su propósito). Incluso si nos concentramos en los casos de interpretación judicial, como hace Marmor, el texto deja un tipo de vaguedad sin observar. Esta es la vaguedad llamada comúnmente *de re*. En términos muy generales, este tipo de vaguedad no se origina en la relación entre un término y su extensión, sino en una cierta propiedad que algunos objetos poseen. La propiedad, digamos, de tener contornos (o una constitución) indeterminados. Un ejemplo es el monte Everest. Mientras que con precisión el término “Monte Everest” se refiere a la montaña ubicada en las coordenadas 27° 59' 17" Norte Latitud y 86° 55' 31" Este Longitud, los contornos precisos de dicho objeto no son del todo claros. Así, tiene sentido decir que el término “Monte Everest” es vago, aunque como hemos visto esto poco tiene que ver con la existencia de casos límite en relación con su extensión.

En ocasiones, la interpretación del derecho legislativo no es indiferente a este tipo de vaguedad. Imaginemos que una ley designa a una cierta estatua patrimonio cultural de un país. En este país existe además otra ley que prohíbe la modificación, entre otras cosas, de aquellos bienes declarados patrimonio cultural. Ahora imaginemos que para conmemorar el aniversario cien de una fecha importante en ese país relacionada con la estatua, se ha decidido colocar una placa en la base que la sostiene. La pregunta que surge es ¿forma parte de la estatua la base sobre la que se encuentra? Si la respuesta es afirmativa, colocar la placa conmemorativa está prohibido, si la respuesta es negativa entonces está permitido. Posiblemente estos casos no son tan comunes en la práctica jurídica como lo son los casos de vaguedad lingüística, pero dada su distinta naturaleza, reclaman una explicación particular que Marmor falla en aportar.

Los últimos dos capítulos tienen por tema la interpretación de textos jurídicos. El capítulo cinco ofrece un análisis sobre la interpretación

de textos legislados, mientras que el capítulo seis se concentra en la interpretación de textos constitucionales.

La estrategia de Marmor en el capítulo cinco es presentar un argumento en contra de la llamada doctrina textualista de la interpretación judicial. Según él, es importante, en cualquier análisis lingüístico del derecho legislativo, concentrarse en el también llamado textualismo justamente porque este pretende tomar a aquel como punto de partida. Es decir, el textualismo, en tanto teoría de la interpretación judicial, sugiere que la manera correcta de interpretar el derecho consiste en encontrar lo que de hecho dice la ley; para ello, según el textualista, es suficiente y necesario llevar a cabo un análisis lingüístico de las prescripciones jurídicas tal y como fueron promulgadas. El argumento de Marmor procede de la siguiente manera: después de presentar qué es el textualismo, explica cuál es el punto de vista particular acerca del lenguaje y la comunicación adoptada por esta teoría, para después mostrar porqué la adopción de estas ideas vuelve al textualismo poco útil para explicar la interpretación judicial.

Antes de reconstruir su argumento en contra de la doctrina textualista, es conveniente dar cuenta de la manera en la que Marmor concibe la actividad interpretativa en el derecho. En términos generales, sostiene que es necesario interpretar en el derecho solamente cuando algo no es suficientemente claro; es decir, cuando hay alguna duda razonable acerca de la manera de entender lo que la ley prescribe. Los casos que dan lugar a interpretación son dos: cuando existe una duda plausible acerca de lo que los legisladores de hecho dijeron o implicaron en la ley; cuando la intención comunicativa de una directiva jurídica es clara, pero existe una duda plausible acerca de la aplicación a un caso particular del contenido de una ley.

Como vimos, en la reconstrucción de Marmor, el textualismo sostiene que cuando los jueces se enfrentan a un problema de interpretación lo que deben hacer es concentrarse en lo que de hecho la provisión jurídica dice (e implica). Sumado a esto, el textualista está comprometido con la idea de que lo que la ley dice (el contenido asertivo de la ley) está determinado por lo que una persona razonable, suficientemente informada y con conocimiento suficiente del contexto jurídico y del

caso, habría inferido a partir de las palabras expresadas en la ley, en el momento particular de su promulgación. ¿Qué tan útil es una teoría como esta para resolver problemas de interpretación judicial? Marmor sostiene que poco útil. La razón es que en el derecho la necesidad de interpretar la ley pocas veces surge a raíz de una duda plausible acerca del contenido asertivo de la provisión legal relevante. En la mayoría de las ocasiones, afirma, es necesario interpretar porque lo que la ley dice es de hecho insuficiente para determinar una solución al caso en cuestión. El argumento en contra del textualismo consiste, entonces, en señalar cuáles son los tipos de problemas que regularmente enfrentan los jueces que hacen surgir la necesidad de interpretar en el derecho, y ver si el textualismo puede dar cuenta de ellos. Los problemas son: vaguedad, conflictos normativos, ambigüedad y polisemia, y el contenido implicado.

La razón por la que el textualismo es incapaz de ofrecer una explicación aceptable de lo que los jueces deberían hacer al interpretar cualquier ley que da lugar a vaguedad (cualquiera de los tipos caracterizados en el capítulo cuatro) es precisamente que el lenguaje no ofrece respuestas. Si el textualismo busca comprometer a los jueces a buscar la respuesta a una pregunta interpretativa exclusivamente en los recursos ofrecidos por el lenguaje, y la vaguedad es justamente un fenómeno que pone de manifiesto la limitación de esos recursos, la conclusión obvia es que el textualismo es incapaz de ofrecer una solución a los casos de este tipo.

Por otro lado, los conflictos normativos surgen en el derecho cuando distintas prescripciones demandan la realización de conductas incompatibles a la misma persona bajo las mismas circunstancias. Imaginemos el caso de dos leyes que piden a distintas clases de sujetos la realización de dos acciones que no pueden llevarse a cabo de manera conjunta. Imaginemos ahora el caso de un individuo que pertenece a ambas clases. El derecho le requiere realizar una acción, y el derecho también le requiere realizar otra acción, pero realizar una hace imposible realizar la otra. Cuando un problema así surge es necesario interpretar la ley, pero nada de lo que la ley dice nos puede servir como guía para este proceso interpretativo. Es justamente porque de todo lo

que la ley dice, claramente, ha surgido este problema. Una vez más, el textualismo parece carecer de herramientas para explicar este caso interpretativo.

Ambigüedad y polisemia son dos fenómenos que, como la vaguedad, conducen a la indeterminación lingüística de una expresión. En pocas palabras, los casos de ambigüedad surgen con respecto a expresiones que tienen más de un significado. Existen dos tipos de ambigüedad: sintáctica y léxica. La segunda tiene que ver con términos que poseen dos significados distintos y no relacionados; por ejemplo, el término “banco” que en español se utiliza para referirse a un objeto utilizado para sentarse, a un cardumen o a una institución financiera. La ambigüedad sintáctica, en cambio, surge como consecuencia de la forma particular en la que las palabras están ordenadas en una oración. Por ejemplo, en la oración “Anoche estaba en el parque con mi telescopio y vi a Bob”, no es claro si lo que deseo comunicar es que vi a Bob a través del telescopio, o si más bien nos encontramos en el parque mientras intentaba ver las estrellas. Marmor acepta que la ambigüedad no representa un problema tan importante para el textualista. Regularmente, el contexto ayuda a desambiguar expresiones ambiguas, por lo que la sugerencia textualista de ir a buscar en el contexto de promulgación el sentido particular de una expresión fue proferida, responde satisfactoriamente el problema. Como sea, Marmor cree que estos casos surgen con poca frecuencia en el derecho, y que los casos realmente comunes son los de polisemia. Según Marmor, los casos de polisemia son aquellos en los que los objetos o propiedades dentro de la extensión definida de un término varían de conformidad con las circunstancias de la expresión que lo contienen. Con mayor precisión, los casos de polisemia son aquellos en los que, dependiendo de ciertas características particulares del contexto en el que son expresados y de las intenciones de los hablantes, ciertos términos seleccionan un subconjunto de objetos dentro de su extensión semántica. Por ejemplo, consideremos las siguientes oraciones: “A Oto le dolió mucho separarse de Ana” y “A Rodolfo le dolió mucho romperse el tobillo”. La primera oración selecciona un tipo de dolor emocional distinto al físico que selecciona la segunda, ambos dentro de la extensión del

término dolor. Ahora imaginemos la siguiente oración dicha por un futbolista que por una lesión se perdió la final de la copa del mundo: “me dolió mucho lastimarme”. Parece que la única manera en la que podríamos desambiguar lo que el futbolista ha dicho consiste en entender sus intenciones comunicativas. Si esto es cierto, el textualista habría aceptado que el contenido expresado (al menos para estos casos) está determinado por las intenciones de los hablantes y no por lo que un escucha racional habría entendido. Una vez más, los compromisos acerca del lenguaje y la comunicación adoptados por el textualista juegan en contra de su explicación acerca de la interpretación judicial.

La argumentación de Marmor parece convincente. Sin embargo, es importante señalar que, una vez más, descansa aparentemente en una premisa empírica para la que no ofrece evidencia alguna. ¿Es cierto que los casos de indeterminación que van más allá del contenido asertivo de una prescripción legal son más comunes que los casos en los que dicho contenido no es del todo claro? Por más plausible que parezca una respuesta afirmativa a esta cuestión, existe siempre la posibilidad de que los datos nos muestren lo contrario. Por otro lado, un textualista podría objetar incluso la noción de interpretación ofrecida por Marmor. La interpretación, diría el textualista, está limitada a los casos de indeterminación del contenido asertivo expresado por una ley, pero estos casos no son exhaustivos con respecto a los casos de indeterminación normativa. En ocasiones, el texto de la ley no es la causa de la indeterminación con relación a la solución de un caso particular, mas cuando esto sucede es un exceso utilizar el término “interpretación”. Cuando el lenguaje es claro pero los jueces tienen problemas para encontrar una solución al caso, lo que hacen no es interpretar el derecho, sino algo distinto.

El último capítulo ofrece un análisis del debate entre originalistas y dinamistas en el ámbito de la interpretación constitucional. El propósito de Marmor es introducir algunas objeciones acerca de las consideraciones lingüísticas que asumen ambas posturas. En general, la tesis de Marmor es que el debate acerca de la interpretación de textos constitucionales ha sido mal entendido por estas posturas como un debate acerca de la mejor caracterización del lenguaje y comu-

nicación aplicado a la esfera constitucional, pues lo que en realidad está en juego son nuestras visiones morales y políticas acerca de las razones que justifican los sistemas constitucionales y sus condiciones de legitimidad. En otras palabras, este no es un debate sobre qué caracterización del lenguaje y la comunicación explica mejor la manera en la que los jueces deben interpretar el texto constitucional, sino sobre cuál es la concepción político-moral que mejor explica la razón de ser de las constituciones.

De manera muy general, el originalismo sostiene que las instrucciones contenidas en la constitución deben entenderse como fueron entendidas por las asambleas constituyentes que las promulgaron. El dinamismo propone, por el contrario, que las provisiones constitucionales deben leerse tomando en cuenta la manera en la que eran entendidas en el contexto de su promulgación, pero adaptando su contenido a la forma en la que los conceptos que contienen se piensan en el contexto de su interpretación. El capítulo concentra buena parte de su atención en la distinción entre concepto y concepción, y en el fenómeno del desacuerdo en el derecho. La idea es que mientras los conceptos contenidos en la constitución son en cierto sentido estáticos, sus contenidos (concepciones) pueden alterarse a través del tiempo. Otra forma de entender el debate entre originalistas y dinamistas es como una discusión acerca de las concepciones que deben guiar a los jueces al interpretar la constitución. Según el originalismo, las concepciones que los jueces deben tomar en cuenta son aquellas que daban contenido al concepto objeto de la interpretación, en el momento en el que el texto constitucional fue promulgado. Para los dinamistas en cambio, la constitución debe leerse a la luz de las concepciones contemporáneas. Según Marmor, esto es suficiente para afirmar que la discusión entre ambas posturas tiene lugar exclusivamente con relación al campo de la semántica. Aunque distintas en sus compromisos, ambas teorías ofrecen herramientas que las cortes constitucionales podrían utilizar para resolver algunos problemas constitucionales. Sin embargo, ninguna de estas posturas es útil para lidiar con los casos de indeterminación pragmática, en especial aquellos derivados de la polisemia. Dado que los conceptos que contiene la constitución son polisémicos y las con-

cepciones que les dan contenido son altamente sensibles al contexto en el que son interpretadas, ninguna de las teorías ofrece una buena explicación de la interpretación constitucional. Marmor cree que para resolver el problema es necesario aceptar que la discusión a la que da lugar la indeterminación lingüística en relación con la interpretación de las provisiones constitucionales solo puede resolverse mediante argumentaciones morales y políticas.

El problema con el argumento de Marmor es que, incluso si la crítica a las posturas originalista y dinamista es correcta, su propuesta positiva no se sigue necesariamente. Incluso si los conceptos contenidos en la constitución son polisémicos y su elucidación escapa a la argumentación lingüística, uno podría pensar que tomar una decisión acerca de la manera correcta de leer la constitución es una cuestión arbitraria. En otras palabras, uno podría afirmar que apelar a la justificación en este contexto excede a nuestras capacidades argumentativas, y que es falso que la justificación de nuestros esfuerzos interpretativos esté dada por la corrección de nuestros argumentos políticos y morales.

Como podemos observar, el libro que Marmor nos presenta es por demás interesante. No parece una exageración decir que abre, además, la puerta a una manera novedosa de pensar algunos de los problemas clásicos que durante tiempo han ocupado a los filósofos del derecho. Incluso si mis observaciones son atinadas y algunos de los argumentos no son del todo exitosos, estos sirven para mostrar el camino a seguir por cualquier esfuerzo explicativo futuro. El libro, sin lugar a dudas, se convertirá en poco tiempo en una referencia obligada para quienes buscan explorar la relación entre el derecho y el lenguaje.

Bibliografía

- Endicott, T., “The Value of Vagueness”, en *Vagueness in Normative Texts*, Vijay K. Bhatia, Jan Engberg, Maurizio Gotti y Dorothee Heller (eds.), Bern: Peter Lang, 2008.
- Davis, W., “Implicature”, en Edward N. Zalta (ed.), Stanford: Stanford Encyclopedia of Philosophy, n. d.
- Marmor, A., *The Language of Law*, Oxford: Oxford University Press, 2014.

Sección IV
Balance
de una Discusión

Relaciones jurídicas dinámicas entre necesitados e intolerantes. Balance de la discusión sobre derechos de necesidad y deberes de tolerancia

Dynamic Legal Relations Between Persons in Need of Passive Assistance (Needy) and Parties Unwilling to Provide that Assistance (Intolerant). Balance of the Discussion on Rights of Necessity and Duties to Abstain from Resisting

Sebastián Figueroa Rubio*

Recepción: 14/6/2017

Evaluación: 23/8/2017

Aceptación final: 11/12/2017

Resumen: El texto es un balance de la discusión central de Discusiones 7 relativa a la existencia de derechos de necesidad y deberes de tolerancia. En una primera parte, se presenta brevemente el ámbito de la discusión, así como las tesis debatidas. En una segunda parte, se analizan algunas propuestas sobre la constitución de deberes y la atribución de responsabilidad que pueden dar sustento a las tesis defendidas originalmente por Jesús María Silva Sánchez. Específicamente, se estudian concepciones interpersonales sobre la responsabilidad y hegelianas sobre la justificación de deberes jurídicos. Por último, en una tercera parte, se analiza el rendimiento de algunas críticas presentadas

* Doctor en Derecho por la Universidad de Girona. Profesor de Teoría del derecho, Universidad Adolfo Ibáñez, Viña del Mar, Chile. El autor agradece los comentarios de Diego Dei Vecchi, Juan Pablo Mañalich, Javier Wilenmann y especialmente los de Juan Pablo Cox a una versión previa de este trabajo, así como los realizados por un revisor anónimo. También agradece a Bernardo Mundaca por su valiosa ayuda en la edición del texto. Correo electrónico: sebastian.figueroa@uai.cl.

en la discusión original. En particular, se considera la forma en que se pueden identificar deberes jurídico-penales, la forma en que se utiliza el marco hohfeldiano de posiciones jurídicas, y el rol que juegan algunos supuestos que vinculan lo normativo con lo fáctico.

Palabras clave: derecho de necesidad, deber de tolerancia, relación jurídica

Abstract: The text is an assessment of the central discussion of Discusiones 7, related to the existence of rights of necessity and toleration-duties. Firstly, the domain of discussion and the thesis which are debated are briefly showed. Secondly, some proposals about the constitution of duties and the attribution of responsibility that may support Jesús María Silva Sánchez's thesis are analyzed. Specifically, interpersonal conceptions about responsibility and Hegelian conceptions about the justification of legal duties are considered. Lastly, the consequences of some criticisms, part of the original discussion, are analyzed. In particular, criticisms about the identification of legal duties; the way in which the Hohfeldian framework is utilised and; the role played by some ideas that link the normative with the factual.

Keywords: rights of necessity, duties to abstain from resisting - legal relation

1. Introducción. El ámbito de la discusión

Si bien la discusión parece circunscribirse a un problema específico de la dogmática penal, las temáticas tratadas en los trabajos que la componen son muy variadas, desde la fundamentación de deberes jurídicos hasta la relación entre positivismo jurídico y Estado de derecho, pasando por los límites de la explicación causal y el rol de la dogmática en la constitución de obligaciones jurídicas, por nombrar algunas¹.

¹ Me refiero al debate formado por trabajos publicados en el número 7 de esta revista bajo el nombre de *Derechos de necesidad y deberes de tolerancia*. Participaron Andrés Bouzat, Alejandro S. Cántaro y Pablo E. Navarro con un texto conjunto, Marcelo Ferrante, Daniel González Lagier, María Laura Manrique y Gabriel Pérez Barberá con trabajos individuales, a quienes me referiré como los comentaristas. Dichos traba-

Además de su diversidad, se trata de temas que arrastran discusiones de larga data, tal como se puede apreciar en los textos de la discusión, generosos en fuentes. Este escenario dificulta la tarea de hacer un balance exhaustivo después de una década. De todas maneras, creo que se puede interpretar la discusión por las incomodidades que generan algunas propuestas del texto original de Jesús María Silva Sánchez (contrarias a lo que Marcelo Ferrante denomina la solución ortodoxa a los casos objeto de discusión) y en base a ellas orientaré esta reflexión².

Este balance tiene tres partes. En la primera, se presenta la temática que se discute (sección 1.1.) y las tesis defendidas por Silva Sánchez que generan las incomodidades denunciadas (1.2.). En la segunda, se analizan propuestas sobre cómo entender la constitución de deberes y la atribución de responsabilidad que pueden dar sustento a lo señalado por Silva Sánchez. Específicamente, se consideran concepciones interpersonales sobre la responsabilidad (2.1.) y perspectivas hegelianas sobre la justificación valorativa o axiológica de deberes jurídicos (2.2.). En la tercera parte, se exploran críticas que se presentan en la discusión original. En particular, se considera la forma en que se pueden identificar deberes jurídico-penales (3.1.), la forma en que se entienden las posiciones jurídicas de Hohfeld (3.2.) y la manera en que se vincula lo normativo con lo fáctico en el trabajo de Silva Sánchez (3.3).

1.1. Estado de necesidad agresivo

Para comenzar, presentaré los casos sobre lo que está pensada la propuesta de Silva Sánchez y, junto con ello, mostraré las preguntas que surgen al reflexionar sobre este tipo de casos. Esto permitirá identificar

jos discuten un texto de Jesús María Silva Sánchez (publicado originalmente en 2005) quien además aportó con una réplica a los comentaristas. En lo que sigue me referiré a este debate como la discusión.

² Para limitar la reflexión, y siguiendo lo que interpreto como parte del espíritu de la revista, centraré las siguientes páginas en trabajos publicados en la última década en el contexto hispanoamericano. Como uno podrá imaginar, esto nos llevará a mirar a otras latitudes, pero en términos de la recepción de lo dicho en ellas en nuestro ámbito.

los puntos que se debaten, así como dar sentido de los argumentos utilizados en la discusión.

Los casos que son objeto de la discusión se dan en torno al denominado estado de necesidad agresivo, situación calificada como justificante por la dogmática penal. En estos casos, una persona ha realizado una acción típica, pero no antijurídica (por justificada), a diferencia de lo que sucede en casos de estado de necesidad exculpante, donde más que entendida como justificada, la acción es disculpada por las circunstancias en que se da³. Qué significa exactamente que esté justificada (*i. e.* ¿es simplemente la no infracción de una norma o el ejercicio de un derecho?) y cuáles son sus consecuencias no es algo del todo claro y parte de la discusión se centra en ello⁴. De todas formas, podemos decir que una consecuencia indiscutible es que los órganos del Estado tienen el deber de tolerarla (*i. e.* no pueden penarla), pero no es del todo claro qué se sigue de ello para otros destinatarios de las normas penales, en especial aquellos cuyos bienes pueden verse afectados por la acción de quien actúa en estado de necesidad.

Por otra parte, cabe distinguir el estado de necesidad agresivo del estado de necesidad defensivo. Ivó Coca, en un reciente estudio sobre la justificación de este último, caracteriza la diferencia del siguiente modo:

Es pacífico definir la situación de estado de necesidad defensivo como aquel escenario de necesidad individual en el que la salvaguarda del interés amenazado requiere que el sujeto necesitado o su auxiliante intervengan ‘defensivamente’ en la esfera de intereses jurídico-penalmente protegidos de un tercero

³ Omar Palermo señala que el estado de necesidad justificante pertenece al ámbito de la norma de conducta, mientras que el estado de necesidad exculpante al de las normas de sanción. Por una parte, hay una autorización para actuar de cierta forma, por la otra no se aplica la pena que correspondería (v. Palermo, O. “Deberes de tolerancia e indulgencia en situaciones de necesidad: la tesis del profesor Silva Sánchez”, en Robles, R. y Sánchez-Ostiz, P. (coord.), *La crisis del derecho penal contemporáneo*, Buenos Aires: Ad-hoc, 2011, p. 126).

⁴ Un breve panorama de las diversas respuestas que se pueden dar en Silva Sánchez, J., “Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia”, *Discusiones*, 7, 2007, pp. 25-29.

de donde precisamente emana el peligro que amenaza. Por el contrario, se define el estado de necesidad agresivo como aquella situación de necesidad individual en la que la salvaguarda del interés amenazado requiere que el sujeto necesitado o su auxiliante intervengan ‘agresivamente’ en la esfera de intereses jurídico-penalmente protegidos de un sujeto ajeno a la fuente de peligro que amenaza, esto es, con status de tercero⁵.

Existe cierto parecido entre las situaciones de legítima defensa y el estado de necesidad defensivo, pues en ambos casos la fuente de peligro puede reconducirse a la esfera de quien se ve afectado por la acción protectora, cuestión que no sucede en el caso de estado de necesidad agresivo. En este último supuesto, quien se ve afectado por la realización de la acción protectora no solo no ha realizado una acción ilegítima, sino que es completamente inocente de lo que detona que otro se encuentre en una situación de necesidad⁶.

Para introducirnos en los casos objeto del debate hay que incorporar un par de elementos más, pues, como dice el título de la discusión, esta no solo trata sobre estado de necesidad sino también sobre los posibles deberes (y derechos) que surgirían en dichos supuestos. Ya hice referencia al deber de tolerancia que compete a órganos estatales, más espinoso es saber qué tipo de exigencia se puede hacer a quien ve afectada su esfera por la acción protectora, considerando que no ha realizado ningún ilícito. En este punto, la acción protectora puede

⁵ Coca, I., “Entre la responsabilidad y la solidaridad: El estado de necesidad defensivo”, *InDret*, 1, 2011, p. 4, 13. v. González Lagier, D., “Sobre el deber de tolerar la acción de salvaguarda en los casos de estado de necesidad agresivo”, *Discusiones*, 7, 2007, p. 157.

⁶ Para distinguir entre estos, en las últimas décadas, la dogmática penal hispanoamericana se ha alimentado principalmente de las discusiones que se han desarrollado en el ámbito alemán (v. Coca, I., *op. cit.*, p. 3; Hörnle, T., “Matar para salvar muchas vidas”, *InDret*, 3, 2010; Wilenmann, J., “El Sistema de derechos de necesidad y defensa en el derecho penal”, *InDret*, 3, 2014; Wilenmann, J., “El fundamento del estado de necesidad justificante en el derecho penal chileno. Al mismo tiempo, una introducción al problema de la dogmática del estado de necesidad en Chile”, *Revista de derecho (Valdivia)*, 27 (1), 2014, pp. 213-244. En nuestro ámbito el estudio más relevante sobre estos temas pertenece al recientemente fallecido Francisco Baldó Lavilla: *Estado de necesidad y legítima defensa* de 1994, no considerado en este balance por estar fuera del ámbito temporal que le compete.

ser interpretada como un curso salvador de ciertos bienes y cabe preguntarse si dicho curso salvador debe ser o no tolerado por quien ve afectada su esfera o si puede interrumpirlo y, en ese caso, cómo debe caracterizarse dicha interrupción. Como señala Daniel González Lagier, en este escenario cabría preguntarse si existe un deber de sacrificio por parte de este particular, teniendo en cuenta que no tiene una facultad de prohibir dicho tipo de acción protectora, facultad que sí tiene el Estado⁷.

Los casos que nos importan son aún más específicos, se trata de aquellos en que

el afectado por la conducta del necesitado o de su auxiliador no se limite a la resistencia pasiva, sino que, ciertamente manteniéndose en su esfera jurídica originaria, neutralice la conducta del necesitado o su auxiliador, ya mediante una oposición directa activa, ya mediante la sustracción de los bienes que éstos pretendían alcanzar⁸.

En consecuencia, siguiendo una caracterización del propio Silva Sánchez, nos atañen los casos en que

un sujeto, en estado de necesidad agresivo justificante, accede a la esfera jurídica de un tercero – en principio, en franca para él – con el fin de servirse de algún elemento de ésta para neutralizar el riesgo que le amenaza. Sin embargo, el titular de la esfera afectada lo impide⁹.

⁷ V. González Lagier, D., *op. cit.*, p. 156.

⁸ Silva Sánchez, J., *op. cit.*, p. 40; v. Ferrante, M., “Necesitados, intolerantes, homicidas y malos samaritanos”, *Discusiones*, 7, 2007, pp. 57-58.

⁹ Silva Sánchez, J., “Interrupción de cursos salvadores ajenos dentro de la propia esfera de organización: un problema de justificación”, en Mañalich, J. P. (coord.), *La ciencia penal en la Universidad de Chile: libro homenaje a los profesores del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*, Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2013, p. 229, 236.

Por último, los casos en que está pensando Silva Sánchez son de cierta gravedad, considerando los bienes jurídicos en juego. Al respecto dirá que

Importa subrayar que todo ello se ha expuesto a propósito de situaciones de necesidad vital (grave peligro para la vida o la integridad física) en las que el bien afectado por la conducta del sujeto necesitado (o de quien le ayuda) es, básicamente, la propiedad¹⁰.

Para ilustrar esto presenta el ejemplo de un “propietario” que cierra la puerta de su casa, que se encontraba abierta, impidiendo que entre en ella una persona a la que perseguía un perro rabioso, que acaba mordiéndola¹¹. En lo que sigue, con el fin de simplificar lo que se dirá, se reflexionará a partir de este ejemplo, considerando que la mordedura del perro resultó en la muerte inmediata de la persona perseguida¹². A su vez, me referiré a quien ve afectada su propiedad como el intolerante y a quien se encuentra en el estado de necesidad como el necesitado¹³.

En este escenario, surgen varias preguntas que Silva Sánchez procurará responder, ya sea de manera explícita o implícita. La primera tiene que ver con cómo caracterizar los derechos y deberes que tienen el intolerante y el necesitado. Luego de ello, surgen preguntas acerca de la forma en que se pueden identificar esos deberes y derechos, así como cuáles son los efectos penales que se siguen de la infracción de dichos deberes. Por último, corresponde preguntarse cuál es la justificación de dicha caracterización en el contexto del Estado moderno.

¹⁰ Silva Sánchez, J., “Réplica”, *Discusiones*, 7, 2007, p. 179 y 184; v. Silva Sánchez, J., “Derechos de necesidad...”, *op. cit.*, p. 51.

¹¹ Silva Sánchez, J., “Derechos de necesidad...”, *op. cit.*, p. 36.

¹² Otra variable que no se considerará, y que no debería tener efectos en lo que acá se dirá, es que los cursos salvadores pueden ser llevados a cabo por terceros a favor del necesitado (v. Mañalich, J., “Normas permisivas y deberes de tolerancia”, en Pawlik, M., Kindhäuser, U., Wilenmann, J. y Mañalich, J. (coords.), *La antijuridicidad en el derecho penal*, Montevideo y Buenos Aires: BdF, 2013, p. 249; Silva Sánchez, J., “Derechos de necesidad...”, *op. cit.*, p. 39; Silva Sánchez, J., “Interrupción de cursos...”, *op. cit.*

¹³ La referencia en masculino a “el” intolerante y “el” necesitado es solo una cuestión de estilo y no supone que esta reflexión está pensada solo para varones.

1.2. Tres tesis de Silva Sánchez y dos ideas que las sostienen

Las respuestas de Silva Sánchez a esos interrogantes han generado diversos tipos de reacciones. En términos generales, para él estos casos son interrupciones de cursos causales salvadores típicos, pero justificados, y deben tratarse como tales por el derecho penal¹⁴. Esto conlleva defender tres tesis que han llamado la atención de los críticos:

1. La aparición, en estos supuestos, de un derecho (subjetivo) de necesidad y un deber de tolerancia correlativo para quien ve afectada su esfera por el curso salvador.
2. Una consecuencia de 1 es que quien interrumpe el curso salvador en estos supuestos es punible como autor del resultado lesivo.
3. Este deber de tolerancia tiene un carácter preinstitucional o cuasi institucional.

Sobre la tesis 1 para Silva Sánchez se genera un derecho (subjetivo), ya que si el curso salvador puesto en marcha se considera como meramente permitido (y no como el ejercicio de un derecho), su interrupción no podría considerarse como una acción antijurídica (*i. e.* como el quebrantamiento de un deber)¹⁵. Así, surgiría una obligación de “no impedir la conducta justificada del necesitado o de su auxiliar”¹⁶, lo que trae como consecuencia que quien interviene en la esfera de otro por medio de una acción justificada en los términos señalados “no cuestiona sus derechos de libertad negativa [por lo que] no vulnera las relaciones jurídicas existentes entre sus correspondientes esferas de organización”¹⁷.

Vinculado con 2, el autor distingue entre el quebrantamiento del deber de tolerancia y el de la omisión de socorro, considerando menos

¹⁴ V. Silva Sánchez, J., “Derechos de necesidad...”, *óp. cit.*, p. 43.

¹⁵ V. *ibíd.*, p. 27; Silva Sánchez, J., “Interrupción de cursos...”, *op. cit.*, p. 230; Montiel, J. *Analogía favorable al reo. Fundamentos y límites de la analogía in bonam parte en el derecho penal*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2011, p. 317-318

¹⁶ Silva Sánchez, J., “Derechos de necesidad...”, *op. cit.*, p. 27.

¹⁷ *Ibíd.*, p. 30.

grave al último¹⁸. Desde su perspectiva, el deber de tolerancia no es, a diferencia del de socorro, un mero deber de solidaridad, sino que tendría su fundamento en el ejercicio mismo de un derecho a bienestar asegurado por el derecho. Esto permitiría identificar a la infracción de dicho deber de tolerancia como un delito comisivo y no como uno de omisión por comisión, cómo podría interpretarse si se le entiende como un deber de socorro, como la solución ortodoxa afirmaría¹⁹. Dicha comisión consistiría en la interrupción de un curso salvador, convirtiéndose el intolerante en autor del resultado lesivo²⁰.

Por último, la tesis 3 se vincula con la comprensión de las relaciones que son jurídicamente relevantes, pero que no están reguladas explícitamente por medio de la legislación. Para Silva Sánchez en ciertos casos cuando las instituciones no pueden llegar, son los ciudadanos los que deben asegurar el bienestar de otros, generándose deberes cuasi institucionales.

Estas tesis de Silva Sánchez se sostienen sobre dos ideas. La primera es que los deberes jurídicos deben entenderse a partir de las relaciones entre miembros de una comunidad. La segunda consiste en concebir estas relaciones por medio de un “principio de separación de esferas dinámicamente concebido”²¹. De acuerdo a este principio, según varían las circunstancias en que se desenvuelve una relación, también varían las obligaciones y derechos con que se cuenta dentro de dicha relación. En este sentido, para Silva Sánchez, el *status quo* que debe ser defendido o, al menos, no afectado, por las personas en sus

¹⁸ V. Silva Sánchez, “Réplica”, *op. cit.*, p. 178. Sobre esto se volverá en la sección 3.3.

¹⁹ V. Silva Sánchez, J., “Derechos de necesidad...”, *op. cit.*, p. 35, 40-41, 50; Ferrante, M., *op. cit.*, p. 59; Bouzat, A., Cántaro, A. y Navarro, P., “El fundamento jurídico de un derecho de necesidad”, *Discusiones*, 7, 2007, p. 144. Sobre esto se volverá en la sección 3.2.

²⁰ V. Silva Sánchez, J., “Derechos de necesidad...”, *op. cit.*, p. 39; Silva Sánchez, J., “Réplica”, *op. cit.*, p. 187; Silva Sánchez, J., “Interrupción de cursos...”, *op. cit.*, pp. 230-244. Cabe señalar que para arribar a la conclusión citada en este párrafo, según el autor, se deben dar un mayor número de supuestos vinculados con la injerencia que tiene la acción del intolerante sobre la generación de riesgos (lo cual le convertiría en garante), entre otras cosas.

²¹ Silva Sánchez, J., “Derechos de necesidad...”, *op. cit.*, p. 54.

relaciones, tiene un carácter dinámico y el estado de necesidad agresivo mostraría esto. En sus palabras:

la 'necesidad' genera una peculiar dinámica en las relaciones jurídicas existentes entre diferentes esferas de organización. Dicha dinámica produce una modificación temporal y cambiante de las fronteras existentes entre dichas esferas y, consiguientemente, también de los deberes negativos que surgen en las interrelaciones de los sujetos²².

Ambas ideas contrastan con una lectura tradicional que identifica los deberes por medio de una interpretación en abstracto de las normas jurídicas y su relación con los destinatarios de las normas considerados como individuos aislados.

En consecuencia, la perspectiva adoptada por Silva Sánchez supone una doble separación del modelo moderno tradicional. Por una parte, las esferas no son definidas a partir simplemente del individuo, sino sobre el significado de las relaciones entre personas y, por otra, se definen de forma dinámica. Como se verá, asumir esta perspectiva está vinculado con un cuestionamiento de otros aspectos de la visión moderna dominante sobre estos asuntos y, por ello, pueden interpretarse las reacciones ante el texto de Silva Sánchez en la discusión como una reacción a dicho cuestionamiento.

Considerando lo hasta acá dicho, a continuación revisaré tres temáticas que muestran la actualidad de las ideas de Silva Sánchez y, con ello, las posibles consecuencias de releer la discusión diez años después. En primer término, me enfocaré en la recepción en el ámbito hispanoamericano de algunos trabajos en torno a la noción misma de responsabilidad que la ubican dentro de las relaciones entre personas antes que en las características de agentes autónomos pensados aisladamente. La segunda cuestión tiene que ver con la justificación, dentro del ámbito jurídico, de instituciones como las discutidas por Silva Sánchez, a partir de principios que se basan en las relaciones entre individuos mediadas institucionalmente, comprendiendo el derecho

penal a partir de dichas relaciones y no solo a partir de la relación Estado/individuo. Por último, revisaré las consecuencias de estas ideas para la forma de concebir las relaciones entre las personas dentro de una comunidad, en términos de los deberes y derechos que pueden ser justificados.

2. Responsabilidad, deberes y relaciones jurídicas

En las siguientes páginas consideraré algunas ideas desarrolladas en diversas áreas de la filosofía práctica de la última década que sirven de sustento a las propuestas de Silva Sánchez con el fin de realizar una interpretación caritativa, aunque no concluyente, de estas. A su vez, consideraré cómo esta interpretación puede lidiar con algunas de las críticas recibidas por el autor.

2.1. Responsabilidad, interpersonalidad y extraños

Dentro de esta última década se ha generado un creciente interés, en el ámbito anglosajón especialmente, por comprender la noción de responsabilidad desde una perspectiva interpersonal o relacional. Han sido traducidos al español tres influyentes trabajos que adoptan esta visión: la obra de Thomas Scanlon *Las dimensiones morales* en el ámbito moral, y *Sobre el castigo* de Antony Duff y *La idea de derecho privado* de Ernest Weinrib, en el ámbito jurídico.

En palabras de Duff:

La responsabilidad es relacional en el sentido de que está constituida por el vínculo entre un sujeto que es responsable, un objeto del cual el sujeto es responsable y un cuerpo ante el cual el sujeto es responsable del objeto: ser responsable es ser responsable de X ante A²³.

²³ Duff, R. A., *Sobre el castigo*, Buenos Aires y México: Siglo XXI, 2015, p. 97.

Weinrib, por su parte, señala que: “la responsabilidad de un demandado en particular es siempre responsabilidad frente a un demandante en particular”²⁴, resaltando este carácter relacional. Aunque esto parece obvio, estas propuestas se presentan como un quiebre con el modelo tradicional según el cual la responsabilidad se define por alguien siendo responsable por algo (*i. e.* el esquema sería B es responsable por X)²⁵. Este quiebre genera una serie de preguntas y constreñimientos al investigador, pues “para determinar por qué se nos puede considerar responsables debemos entender la práctica o forma de vida dentro de la cual ha de atribuirse la responsabilidad, y nuestras relaciones con los otros en el marco de esa práctica”²⁶.

La propuesta de Scanlon utiliza las dos ideas consideradas por Silva Sánchez (*viz.* que las relaciones entre personas cumplen un rol constitutivo de los deberes y que estas relaciones son dinámicas) para explicar la responsabilidad²⁷. Respecto de la primera, propone que el *significado* de una acción en contextos de atribución de responsabilidad depende de la relación interpersonal dentro de la cual esta se da. Según esto: “la misma acción, realizada por las mismas razones, puede tener diferente significación para diferente gente, dependiendo de la relación que tengan con el agente”²⁸. Cada relación (por ejemplo, de amistad, entre hermanos, etc.) tiene sus propias reglas y quienes están involucrados en ellas pueden esperar diversas cosas del otro (*i. e.* no puedo esperar lo mismo de mi hermana que de mi amiga), cosas que no pueden esperar de las personas con las que tienen otra relación.

²⁴ Weinrib, E., *La idea de derecho privado*, Madrid: Marcial Pons, 2017, p. 16.

²⁵ V. int. al. Moore, M., *Placing Blame*, Oxford: Oxford University Press, 1997, p. 36 y ss.

²⁶ Duff, R. A., *op. cit.*, p. 123; v. Scanlon, T. M., *Las dimensiones morales. Permisibilidad, significado y culpabilidad*, Madrid: Avarigani, 2013, p. 164.

²⁷ Algo similar ha hecho Stephen Darwall desde su perspectiva de segunda persona (*The Second Person Standpoint*, Cambridge: Harvard University Press, 2006), trabajo que no ha sido traducido. Para una breve revisión de esta propuesta v. Figueroa, S., “Reconocimiento y asimetría en la constitución de deberes y responsabilidad”, en Giusti M. (ed.), *El paradigma del reconocimiento en la ética contemporánea. El estado de la cuestión*, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú (en prensa).

²⁸ v. Scanlon, T. M., *op. cit.*, pp. 84-85.

Según Scanlon, la infracción de un deber afecta la relación concreta, lo cual nos lleva a la segunda idea en cuestión: cuando la acción de alguien daña la relación, dicha acción emplaza a la otra persona a revisar la relación misma y, con ello, a adoptar y expresar ciertas actitudes (*i. e.* acciones expresivas de reproche, el equivalente a la pena en el ámbito moral)²⁹. Así, responsabilizar a alguien es “entender que la relación que tenemos con esa persona se ha modificado de tal modo que hace apropiado culpabilizarlo”³⁰. El reproche es algo más que una evaluación negativa de una acción, expresa un cambio en la relación que se ha visto dañada por la acción, mostrando el dinamismo propio de las relaciones.

En recientes trabajos se ha presentado una crítica a dicha propuesta por medio del denominado *problema del desconocido*³¹. Este se presenta al preguntar qué sucede cuando quien comete la acción ilícita es un extraño, esto es, alguien que apenas tiene relaciones con otros. El problema es que si nos centramos en la idea de relación para determinar lo que podemos esperar de los demás, así como las reacciones adecuadas ante ellos, ¿cómo se pueden justificar las reacciones (*i. e.* reproches y otras sanciones) de los demás cuando no hay relación previa? Si no podemos derivar estándares claros de la relación, entonces la relación pierde su relevancia explicativa.

El problema adquiere un especial cariz cuando prestamos atención al contexto jurídico, pues en este contexto las normas regulan de forma general las interacciones entre personas que no tienen vínculo entre sí. En este sentido, podemos denominar al problema como el *problema de la relación jurídica*, ya que aparece la exigencia de caracterizar dicha relación sin reducirla al vínculo de cada individuo con la autoridad jurídica (ya sea quien crea las normas, quien realiza la investigación

²⁹ *Ibíd.*, p. 164.

³⁰ *Ibíd.*, p. 31

³¹ V. Brown, E., “Blame: Strangers and the Moral Relationship”, *Analysis*, 2016; Sher, G., “Wrongdoing and Relationships: The Problem of the Stranger” en Coates, D. J. y Tognazzini, N. (ed.), *Blame: Its Nature and Norms*, New York: Oxford University Press, 2013, pp. 49-65; Shoemaker, D., “Blame and Punishment”, en Coates, D. J. y Tognazzini, N. (ed.), *op. cit.*, pp. 100-118.

por su incumplimiento o quien dicta la sentencia) de manera desagregada, entendiendo al ciudadano como quien debe seguir las reglas, antes que como partícipe de una relación³².

Por último, el problema adquiere otra fisonomía cuando quien responsabiliza y castiga es el Estado y no la persona que se ve agredida, pues se torna difícil determinar la significación de la acción dentro de las relaciones relevantes sin reducirla a su significación pública con base en los estándares generales (y abstractos) aplicables a cualquiera.

Una posible réplica a este problema, precisamente, se puede encontrar en los trabajos de Duff y Weinrib por medio de lo que ellos denominan una reconstrucción racional o la identificación de la racionalidad inmanente del derecho penal y del derecho privado respectivamente³³. Para Weinrib, en el derecho privado “la determinación de la responsabilidad es un juicio según el cual el demandado y el demandante están relacionados mutuamente en tanto que persona que causa y que sufre, respectivamente, una misma injusticia”³⁴. Esto marcará su propuesta, pues para él “la tarea central de la teoría del derecho privado es iluminar el carácter directo de la conexión entre las partes”³⁵. En concreto, basándose en una idea de autonomía kantiana, dirá que las nociones de ganancia y pérdida dependen de criterios normativos basados en la interacción entre agentes libres e intencionales capaces de autodeterminarse tanto en su interioridad como en las transacciones con otros³⁶. A su vez, el derecho privado media entre las esferas de autonomía de las personas, corrigiendo aquellas transacciones dañinas para ellas, estando las relaciones entre extraños regidas por una idea de

³² Esta postura es achacada por Duff al “simple positivista” (Duff, R. A., *op. cit.*, p. 103). Si bien no estoy seguro de si la traducción expresa por completo la idea de Duff, me parece injusto hacer dicha acusación al positivismo jurídico, particularmente después del trabajo de Hart sobre el tema.

³³ V. Duff, R. A., *op. cit.*, p. 135; Weinrib, E., *op. cit.*, p. 236.

³⁴ V. Weinrib, E., *op. cit.*, p. 16. Sobre el carácter dinámico de estas relaciones, véase p. 36.

³⁵ *Ibid.*, p. 44.

³⁶ *Ibid.*, pp. 117-157. Para una revisión de esta propuesta en nuestro contexto, v. Pappayannis, D., *El derecho privado como cuestión pública*, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2016, cap. 3.

justicia correctiva (opuesta a una distributiva) que refleja una igualdad transaccional que supone reciprocidad en las interacciones.

La tarea de caracterizar el derecho penal desde una perspectiva interpersonal es más compleja, si se considera que no solo se trata de explicar relaciones entre particulares (mediadas por el Estado), sino también las relaciones entre personas y algunos órganos del Estado que le son características. Duff enfrenta esto utilizando dos argumentos. En primer lugar, dirá que “en una democracia liberal debemos responder ante nuestros conciudadanos”³⁷, así, cuando los órganos estatales de persecución actúan, lo harían en nombre del *pueblo* o de la *comunidad*, lo que significa, a su vez, que aunque es cierto que se responde ante un tribunal penal, “ese tribunal afirma hablar y actuar en nombre de los ciudadanos”³⁸. De este modo, Duff redirige la atención a las relaciones entre ciudadanos mediadas por el derecho penal y, para ello, impondrá exigencias normativas para decir que la persecución penal es legítima, ya que “el derecho de una democracia liberal es un derecho común [*a common law*], en el sentido de que es el derecho de todos los ciudadanos, en contraposición al impuesto a los súbditos por un soberano”³⁹. Esto lleva precisamente al segundo punto, pues Duff considera que una precondition para que lo anterior sea posible es que el derecho penal hable un lenguaje que todo ciudadano pueda entender y que al hacerlo cada ciudadano pueda comprender las razones que llevan al derecho penal a castigar ciertas conductas⁴⁰.

Al referir a la determinación del contenido de los deberes jurídico-penales, Duff va a tener en cuenta dos tópicos: el reconocimiento de ciertos ilícitos como *mala in se*, por una parte, y la aplicación del principio del daño como condición necesaria de la criminalización, por otra. Esto le permite compatibilizar lo dicho con una propuesta contractualista sobre

³⁷ Duff, R. A., *op. cit.*, p. 124.

³⁸ *Ibíd.*, p. 128.

³⁹ *Ibíd.*, p. 128. En este aspecto la propuesta de Duff parece estar mucho más cerca de lo normativo que de lo descriptivo. De todas formas, dicha distinción es difícil de hacer dentro de su teoría en general, haciéndola blanco de varias críticas.

⁴⁰ *Ibíd.*, pp. 145-159.

el sentido de la comunidad política. De hecho, él entiende su propuesta como la defensa de una comunidad democrática liberal⁴¹.

Lo último abre la puerta a un tema importante dentro de la discusión: el fundamento de las obligaciones entre los miembros de una comunidad. Una vez que podemos identificar cierta forma de caracterizar las relaciones jurídicas, cabe preguntarse cuáles son los límites de lo permisible dentro de ellas y, con ello, surge la exigencia de mostrar cómo la específica caracterización de las relaciones permite fundamentar deberes y derechos. A estas preguntas, Duff y Weinrib responden de forma similar, basándose en una lectura de la teoría contractualista de Kant para la que el derecho debe generar las condiciones para proteger la autonomía individual que es previa al mismo (al menos conceptualmente). En este sentido, las instituciones responden a un esquema de protección de la autonomía de los individuos, entendida como autorrealización, autonomía que peligra en el encuentro con otros⁴². Esto supone la imposición de al menos un deber general para todos: el de no interferir en las esferas de autonomía reflexiva individuales de otros. Dicha interferencia constituye el ilícito, pues significa *salirse* de la esfera propia para *apropiarse* de la *ajena*, socavando el sentido mismo de las relaciones mediadas por el Estado.

En este punto cabe preguntarse si un deber de tolerancia como el propuesto por Silva Sánchez puede sostenerse sobre este tipo de fundamentación. Una primera respuesta se encuentra en el comentario de Ferrante. Según este,

en la medida en que el comportamiento del intolerante se limita a impedir el acceso del necesitado a los bienes del propio intolerante, su acción es insuficiente para fundamentar la

⁴¹ *Ibid.*, pp. 152-153. Para una revisión de la propuesta de Duff en nuestro contexto, v. Gargarella, R., *Castigar al prójimo*, Buenos Aires: Siglo XXI, 2016, cap. 7 y Mañalich, J. "Responsabilidad, autoridad y democracia. Una exploración crítica de la filosofía del derecho penal de Antony Duff", *Discusiones*, XVII, 2015.

⁴² V. Honneth, A., *El derecho de la libertad*, Argentina y España: Katz, 2014, cap. 2. También los trabajos compilados en Ormeño, J. y Vatter, M. (eds.), *Forzados a ser libres*, México: Fondo de Cultura Económica, 2017.

responsabilidad penal por el delito de lesión correspondiente a la lesión que el salvamento habría evitado⁴³.

Desde este punto de vista, la licitud o ilicitud de lo que realiza el necesitado no es relevante para caracterizar el comportamiento de la persona a quien quiere acusársele de haber incumplido un deber. Esto es así por dos razones. La primera es que los deberes van dirigidos desde el Estado al individuo directamente por medio de normas legisladas, forma que asegura su autonomía (por medio del principio de legalidad). La segunda es que si alguien actúa siempre dentro de su esfera, sin salir del espacio que el derecho ha dejado para su autonomía y, de no haber una ley que le imponga un deber específico de socorro, no hay infracción de por medio⁴⁴.

Obligar a las personas a actuar más allá supone abrir una puerta a la intervención excesiva de la comunidad (*i. e.* del Estado) en la vida de los individuos. No se puede asumir la existencia de deberes generales de actuar solidariamente si es que queremos que cada persona desarrolle su propio plan de vida. Michael Pawlik muestra esta idea diciendo que “tan solo cuando las expectativas de solidaridad se contienen, nace para el individuo la posibilidad de conducir *su propia* vida”⁴⁵. El punto también es defendido por Andrés Bouzat, Alejandro Cántaro y Pablo Navarro. En su comentario conjunto, señalan que

si el afectado por la conducta del necesitado se mantiene en su esfera jurídica originaria, neutralizando la conducta del necesitado, no puede decirse que haya infringido un deber jurídico especial. A menos que exista otra norma específica, que imponga una posición de garantía de la que deriven especiales deberes de evitar un resultado típico, el afectado que

⁴³ Ferrante, M., *op. cit.*, p. 61. Se puede notar que este modelo no es del todo incompatible con seguir viendo de forma intrapersonal la responsabilidad.

⁴⁴ v. Ferrante, M., *op. cit.*, pp. 60-62. Si bien Ferrante llama esto como solución ortodoxa, para Silva la doctrina está dividida (v. Silva Sánchez, J., “Interrupción de cursos...”, *op. cit.*, pp. 235-236).

⁴⁵ Pawlik, M., *Ciudadanía y derecho penal*, Barcelona: Atelier, 2016, p. 86.

no colabora con la conducta salvadora sólo ha infringido las normas relativas al deber de socorro⁴⁶.

Fuera de dicho específico deber de socorro, ninguna persona tiene el deber de ayudar a otra cuando no ha sido causante de la situación en que se encuentra.

En consecuencia, dentro de este modelo puede hacerse una lectura formalista, en el sentido de que requiere de una disposición normativa explícita para identificar estos deberes específicos. Esta lectura estaría basada en la idea de autonomía, como se ha visto. Creo que gran parte de la discusión se explica por la asunción por parte de los participantes de dicho modelo o uno similar, pero que uno de los aportes más interesantes de lo dicho por Silva Sánchez es que según él

no es irrazonable sostener la existencia de derechos de libertad real, que trascienden a la libertad formal y, por tanto, ponen en tela de juicio el principio liberal de rígida separación de esferas, solamente complementado por la noción de solidaridad mínima intersubjetiva⁴⁷.

Sobre cómo se puede solventar esta afirmación me detendré en las páginas siguientes.

2.2. Autonomía, solidaridad e instituciones

La dogmática penal de los últimos años ha puesto en duda la utilidad del tipo de justificación esbozado en la sección anterior. Los cuestionamientos aparecen tanto por el carácter excepcional de la situación (*i. e.* que se autorice a alguien para cometer una acción a primera vista

⁴⁶ Bouzat, A., Cántaro, A. y Navarro, P., *op. cit.* p. 144. Una revisión crítica de la teoría de la norma subyacente a esta tesis en Mañalich J., “Normas permisivas...”, *op. cit.*, p. 220 y ss.

⁴⁷ Silva Sánchez, J., “Réplica”, *op. cit.*, p. 187.

ilícita⁴⁸) como por la necesidad de determinar las consecuencias normativo-penales de quienes interrumpen cursos salvadores.

Una lectura formalista de la versión ortodoxa no da espacio, en principio, para una interpretación de las normas jurídicas a partir de valores como la solidaridad, restringiendo la justificación a lo que se deriva de la protección de la autonomía individual. En esta línea, la solidaridad aparecería excepcionalmente a partir de la formulación de normas explícitas que la exijan (por ejemplo, aquellas que imponen un deber de socorro en ciertas circunstancias), pero la solidaridad parece jugar un rol más relevante en las interacciones entre individuos y en la determinación de sus deberes.

Esto ha llevado a la dogmática a reconstruir el sostén axiológico del sistema a partir de una relación más fuerte entre autonomía y solidaridad. Javier Wilenmann muestra esta relación señalando que:

Aunque la distribución formal de autonomía constituye la forma general de atribución de la libertad a través del derecho, éste establece a su vez límites en la observación puramente abstracta de conflictos. Esos límites, en los cuales se expresa la posibilidad de una consideración sustantiva y concreta de la libertad en juego, pueden ser agrupados bajo la descripción ‘principio de solidaridad’.

En esta alternativa la solidaridad aparece cumpliendo una función correctora (de los problemas de entender las relaciones jurídicas como la compatibilización de esferas formales de autonomía) sin dejar de ser excepcional.

⁴⁸ V. Silva Sánchez, J., “Deberes de necesidad...”, *op.cit.*, p. 42. Se puede argumentar que la interrupción de cursos salvadores es por sí una cuestión excepcional como relación jurídica (v. Lerman, M., “Sobre el criterio de distinción entre la interrupción de cursos causales salvadores iniciados por terceros o provenientes de la naturaleza y la causación directa”, *Lecciones y Ensayos*, 93, 2014, pp. 131-147). Para Javier Wilenmann (v. “El fundamento...”, *op. cit.*), la excepcionalidad se da por cuestiones axiológicas, ya que la regla general en el derecho moderno sería la de encontrar justificación por medio de la idea de autonomía y la excepción la justificación por medio de la solidaridad como valor preponderante.

De todas formas, el modelo permite dar un paso más, dando espacio a que la solidaridad cumpla un rol de justificación directo de ciertas acciones lesivas, sin dejar de ser excepcional. Esto supone, para Wilenmann, concebir la relación entre autonomía y solidaridad como de limitación recíproca⁴⁹. De esta concesión surge la pregunta sobre cómo debe ser entendida la idea de solidaridad para que cumpla dicho rol o, al menos, cómo se pueden justificar la formación de deberes generales que van más allá del respeto a la autonomía individual.

Silva Sánchez identifica dos maneras de dar respuesta a dichas preguntas por medio de lecturas diferentes de lo que implica la solidaridad⁵⁰. Una primera lectura, compatible con tesis contractualistas como la de Duff, entiende que “la solidaridad no es expresión de una actitud moral (que a nadie cabría exigir y que en el *estado originario* no puede darse por supuesta), sino consecuencia exclusiva de una cooperación racionalmente motivada”⁵¹. Desde esta perspectiva, la determinación de los deberes que reflejen solidaridad se hace de forma procedimental, con independencia del contexto institucional concreto, por agentes racionales que se preguntan qué limitaciones a su libertad pueden aceptar con el fin de poder llevar a cabo sus planes de vida. Consecuencia de esto es la aparición de “un principio de solidaridad mínima garantizada recíprocamente”⁵².

Para Silva Sánchez este tipo de justificación no es suficiente y debe ser rechazada si queremos defender la propuesta de que existe un deber de tolerancia en los casos en cuestión⁵³. En concordancia, existe otra forma de dar sentido a la noción de solidaridad, pero abrazarla significa pensar las relaciones jurídicas desde un modelo distinto del liberal

⁴⁹ V. Wilenmann, J., “El sistema de derechos...”, *op. cit.*, pp. 22-24. Un panorama sobre estas relaciones puede verse en Coca, I., *op. cit.*

⁵⁰ Silva Sánchez, J., “Derechos de necesidad...”, *op. cit.*, p. 31. Wilenmann identifica tres formas (v. Wilenmann, J., “El fundamento...”, *op. cit.*, pp. 234-239).

⁵¹ Silva Sánchez, J., “Derechos de necesidad...”, *op. cit.*, pp. 31-32.

⁵² *Ibid.*, p. 32. V. Wilenmann, J., “El sistema de derechos...”, *op. cit.*, p. 235-236.

⁵³ Una crítica al modelo en Honneth, A., *óp. cit.*, p. 61-68. En este contexto se puede entender la afirmación de Silva Sánchez de que “el derecho de necesidad y el correlativo deber de tolerancia serían algo más que derechos/deberes de solidaridad” (Silva Sánchez, J., “Derechos de necesidad...”, *op. cit.*, p. 50, 41).

en que se basan propuestas como la de Duff y Weinrib y prestar atención a lecturas hegelianas acerca de las relaciones entre individuos. Este punto es considerado explícitamente por Silva Sánchez y va de la mano con la publicación en los últimos años de varios trabajos de inspiración hegeliana. A este respecto pueden considerarse como hitos los trabajos de Axel Honneth: *El derecho de la libertad* y el de Michael Pawlik: *Ciudadanía y derecho penal*⁵⁴. Silva Sánchez cita expresamente a este último, junto con Günther Jakobs, como fuentes de sus tesis⁵⁵.

Desde una perspectiva hegeliana, el sujeto se constituye dentro de las interacciones situadas en un contexto institucional. Silva Sánchez suele utilizar la expresión “libertad real” para dar cuenta de esta idea. Al respecto Honneth distingue tres estadios que adquiere la comprensión de la organización político-jurídica desde la idea de libertad⁵⁶. El primero se centra en la libertad negativa, en donde el individuo “es presentado, sin duda alguna, como un ser atómico que no posee más interés que el de actuar sin restricciones, según sus propias preferencias circunstanciales”⁵⁷. Esta forma de entender a los individuos, si bien puede estar acorde con la una interpretación formal de la visión ortodoxa, no es estrictamente hablando la defendida por los autores citados (Duff y Weinrib, acompañados por Rawls, Habermas y Forst, entre otros), quienes defienden lo que Honneth denomina una libertad reflexiva, en la que se incorporan elementos kantianos y rousseauianos que permiten hablar de relaciones intersubjetivas basadas en la

⁵⁴ El libro de Pawlik citado se compone de un conjunto de conferencias realizadas en Barcelona en donde se presentan las ideas centrales de su obra *Das Unrecht des Bürgers* de 2012. Este trabajo de 2012 ha sido revisado críticamente en el ámbito hispanohablante en Sánchez-Ostiz, P., *Sobre los fundamentos de una teoría general del delito. Comentario a propósito de la obra de M. Pawlik, Das Unrecht des Bürgers* 2012, 2016 y “Recensión a Michael Pawlik, *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenlehre*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012”, *Exlibris* sección de *InDret*.

⁵⁵ No se profundizará en lo dicho por Jakobs debido a que la producción relevante de este autor en estos temas ha sido publicada en castellano antes de que la discusión tuviera lugar, alejándose del rango temporal considerado en este balance.

⁵⁶ Honneth trabaja el tema a partir de la noción de autonomía, reconociendo tres concepciones de esta.

⁵⁷ Honneth, A., *op. cit.*, p. 42

comunicación. En este escenario tiene sentido hablar de procedimientos democráticos y de la conformación de deberes por medio de la interacción y el acuerdo formado intersubjetivamente.

De todas formas, según Honneth:

la ampliación del 'yo' al 'nosotros' de la autolegislación no alcanza aún para abarcar en su completa extensión el pensamiento de la libertad intersubjetiva, puesto que queda fuera de foco el hecho de que tanto el 'yo' como el 'nosotros' solo podrían ejecutar su autodeterminación si encontraran en la realidad social condiciones institucionales que ofrecieran una oportunidad de realización de metas⁵⁸.

Así, para los hegelianos las instituciones se presentan como condición para el desarrollo personal, no como el fruto de un acuerdo entre personas autónomas. Solo por medio de prácticas normadas se podría lograr el desarrollo individual, pues las relaciones deben estar reguladas para que haya comprensión entre quienes interactúan. Las instituciones se presentan como el trasfondo de las interacciones⁵⁹.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 55. En consecuencia: “la carencia decisiva de la libertad reflexiva radica en que la libertad ampliada hacia el interior no se extiende, en cambio, a la esfera de la objetividad” (*ibid.*, p. 66). Esta carencia es identificada por Hegel en su *Filosofía del Derecho* en la idea del contrato como base de la explicación de la realidad institucional, así como para determinar lo precario que supone basarla en la esfera de la moralidad. Este punto, que hace referencia a la noción de reconocimiento desarrollada por Hegel, no solo trata sobre cuestiones éticas, sino también sobre cuestiones de ontología social. En nuestro ámbito, reacio a incorporar ideas de origen hegeliano, estos temas han sido tratados en los últimos años por medio de relecturas al convencionalismo (v. Arena, F., *El convencionalismo jurídico*, Madrid: Marcial Pons, 2014; Ramírez, L. y Vilajosana, J., *Convencionalismo y derecho*, Madrid: Marcial Pons, 2016 y el debate en torno al trabajo de Bruno Celano en los números 30 y 32 de la revista *Revus*; con antecedentes en Bayón, J., “Derecho, convencionalismo y controversia”, en Navarro, P. y Redondo, M. C. (comp.), *La relevancia del derecho*, Barcelona: Gedisa, 2002 y Narváez, M., *Wittgenstein y la teoría del derecho*, Madrid: Marcial Pons, 2004).

⁵⁹ Esto quiere decir que “ambos sujetos deben haber aprendido tanto a articular sus respectivas metas de manera inteligible para su contraparte como a entender sus enunciaci-ones adecuadamente antes de poder reconocerse mutuamente en su dependencia el uno del otro” (Honneth, A., *op. cit.*, p. 68).

Este marco es tomado por Pawlik para su interpretación del derecho penal. Este autor rescata el carácter institucional del derecho reconociendo en este la fuerza configuradora de la realidad necesaria para poder asegurar la libertad de los individuos. En esta línea, señala que

la expectativa de que la ‘envoltura simbólica’ que el derecho coloca en torno a cada ciudadano individual no sea lesionada considerablemente por otros constituye la ‘condición previa de la personalidad’ y, con ello, también de la legitimidad de todo Estado obligado por la idea de la libertad personal⁶⁰.

Esta última idea ya está en la justificación del Estado por Hobbes y Kant, pero la lectura propuesta desde Hegel va más allá. Dado que la personalidad misma se configura por medio de la organización social, no se la ve como algo preexistente para cuya protección son creadas las instituciones (jurídicas).

Desde esta perspectiva ser ciudadano supone ser parte de una generalidad (no de una mera suma de voluntades) que a veces toca representar. El ciudadano no se define por una relación abstracta con las normas, centrada solo en el vínculo individuo/Estado, por el contrario, cada sujeto aparece como elemento constitutivo del Estado en sus interrelaciones, a la vez que las instituciones estatales establecen las condiciones de su actuar libre. Así, para Pawlik

El ciudadano que reclama autodeterminación no solamente actúa en el rol de un particular que está interesado en una protección efectiva de su integridad frente a posibles daños y que es responsable *frente al Derecho*, sino también en el rol de un ciudadano del Estado que es responsable *del Derecho*⁶¹.

⁶⁰ Pawlik, M., *op. cit.*, p. 41. La forma en que el sujeto libre se configura en sus relaciones mediadas institucionalmente según Hegel puede verse en Dri, R., *Hegelianas*, Buenos Aires: Biblos, 2011, cap. 7.

⁶¹ Pawlik, M., *op. cit.*, p. 36. El punto de Duff en este contexto es similar respecto del origen de las normas, pues señala que solo está justificado un derecho penal de origen democrático, pero no respecto de cómo se constituyen las obligaciones, donde se sigue defendiendo un modelo liberal (v. Gargarella, R., *op. cit.*, cap. 7).

Consecuencia de ello es que la responsabilidad del ciudadano no termina en el ejercicio de su libertad reflexiva, sino que se configura en el mantenimiento del orden que la hace posible. Ya no se identifican los deberes de los ciudadanos a través de esferas de libertad positiva que ponen límites al espacio en que es legítimo actuar, sino por medio de las competencias que se pueden atribuir en un contexto institucional⁶². Estas se traducen en al menos dos tipos de deberes: deberes de respeto para con otras personas (equivalentes a los deberes fundamentados de forma liberal, en el sentido de que se centra en la prohibición de menoscabar la esfera del otro) y “deberes de garantía de las condiciones reales básicas de la existencia personal”⁶³ (en donde surgen deberes cuya consecuencia es realizar cambios relevantes en la distribución de las esferas). Para Pawlik un deber de tolerar la acción del necesitado se puede entender a partir de la idea de merecimiento: quien se encuentra en estado de necesidad ha llegado a dicha situación sin culpa propia, esto supone que la posibilidad de salir de esta situación a costa de terceros no estaría en conflicto con la idea de libertad real y podría exigirse a otros sacrificar parte de su esfera en casos de emergencia⁶⁴.

Este marco parece ser más propicio para entender los deberes de tolerancia propuestos por Silva Sánchez. Según esta lectura, estamos jurídicamente comprometidos no solo a respetar las esferas de otros, sino también a mantener las condiciones para que estas puedan existir como tales, en algunos casos, por medio de la realización de sacrificios. Compete a los ciudadanos el mantenimiento de las condiciones sociales que aseguran la libertad, teniendo un rol colaborativo en la configuración de la realidad social. Esto supone hacer una relectura de la idea de *relación jurídica* en la cual el deber de tolerancia va de la mano con entender a los ciudadanos como representantes de la generalidad.

⁶² V. Pawlik, M., *op. cit.*, pp. 81-83, quien cita a Jakobs como inspirador de esta idea. Para ver los cambios que implica la incorporación de la noción de competencia en la teoría del delito, v. Lerman, M., *Sobre el criterio...*, *op. cit.*, pp. 16-20.

⁶³ V. Pawlik, M., *op. cit.*, pp. 84-97.

⁶⁴ V. *ibíd.*, pp. 102-103. Ahora, Pawlik señala que es recomendable dar al obligado por el deber de tolerancia una pretensión de resarcimiento frente a la comunidad de derecho por el sacrificio realizado. Este punto no está presente en la idea de Silva Sánchez.

Hasta acá dejaré las cuestiones vinculadas con la configuración axiológica del sistema que permiten identificar y justificar deberes de tolerancia. En lo que queda de este balance volcaré la atención en algunos problemas que se presentan en torno a la estructura de estos deberes (en su relación con el derecho de necesidad) y su relación con las normas que encontramos en los sistemas jurídicos.

3. Deberes, permisos y derechos

En las páginas anteriores he explorado las justificaciones subyacentes a las propuestas de los críticos de Silva Sánchez, procurando mostrar una opción favorable a las ideas de este último. En las siguientes páginas me concentraré en las críticas mismas y la forma en que pueden leerse diez años después de publicadas.

3.1. Permisos y principio de legalidad

Si bien se podría pensar que la incorporación de la lectura hegeliana propuesta por Pawlik es imprescindible para poder dar cuenta de las tres tesis de Silva Sánchez, recientemente se ha argumentado que se puede llegar a conclusiones similares sin renunciar a ideas centrales de la visión ortodoxa. En esta línea se encuentra un reciente trabajo de Juan Pablo Mañalich quien, siguiendo lo expresado por autores como Binding, Merkel y Hruschka, hace una interpretación *positiva* de las normas permisivas. Argumenta que no tiene sentido autorizar a realizar una acción si no se prohíben las acciones que obstruyen la realización de dicha acción, por lo que toda norma sería obligatoria y autorizante a la vez⁶⁵. Consecuencia de esto es que se “vuelve inviable seguir hablando de las normas ‘permisivas’ como normas que meramente introducen excepciones frente a un determinado conjunto de

⁶⁵ V. Mañalich, J., “Normas permisivas...”, *op. cit.*

normas prohibitivas”⁶⁶, alejándose del modelo que entiende a las normas que consagran causales de justificación como meras excepciones.

A pesar de ello, para Mañalich, una norma permisiva como la que consagraría una causal de justificación no puede fundar un derecho a ejecutar acciones (que, a su vez, tendría como correlato un deber de no impedir la acción permitida) del estilo que Silva Sánchez pretende⁶⁷. Para Mañalich

una persona infringe un deber de abstención por la vía de impedir a otra la ejecución de una acción permitida si y solo si esa acción impeditiva satisface alguna descripción que la haga subsumible bajo una norma prohibitiva (que a su vez no se encuentre excluida por norma permisiva alguna)⁶⁸.

De este modo, parece llegar a la misma conclusión que los críticos de la tesis de Silva Sánchez antes citados que niegan la existencia de un deber de tolerancia. Pero esto no es así, pues para Mañalich, en los casos que son objeto de la discusión, la presencia de una norma permisiva para la realización de cursos salvadores no altera la vigencia de la norma prohibitiva de la lesión de un bien cuyos destinatarios siguen siendo todos los ciudadanos. En este sentido, el intolerante es destinatario de un deber de abstención proveniente de la norma que prohíbe tal lesión (el homicidio en el ejemplo que tenemos en consideración) y en dicha norma encuentra su fundamento el deber de tolerancia, no en la norma permisiva vinculada al estado de necesidad. Lo que es necesario demostrar, para Mañalich, es la relación entre la acción del intolerante y la muerte de quien se encontraba en estado de necesidad, de tal modo que

⁶⁶ *Ibid.*, p. 229. El autor denomina el modelo opuesto como el *la colisión*, según el cual “una norma permisiva puede recortar el ámbito de aplicabilidad de cualquier norma prohibitiva bajo la cual sea subsumible una acción que al mismo tiempo sea subsumible bajo aquella” (*ibid.*, pp. 208-209), en este modelo se traduce a la teoría de normas la idea de que la solidaridad cumple un rol correctivo, *recortando* el ámbito general de la autonomía.

⁶⁷ *V. ibid.*, p. 237.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 248.

la acción impeditiva de la ejecución de una acción de salvamento puede ser redescrita, en el sentido del así llamado ‘efecto acordeón’, como una acción productiva de la muerte de X, sin que la prohibición de matar a otro haya resultado situacionalmente desplazada por norma permisiva alguna⁶⁹.

Juan Pablo Montiel llega a la misma conclusión, señalando que “los denominados *deberes de tolerancia* no serían otra cosa más que apariciones especiales de los tipo de la parte especial en situaciones concretas”⁷⁰. Pero lo hace utilizando una argumentación diferente, pues para él las normas de justificación generarían habilitaciones (potestades) para el necesitado en términos hohfeldianos. Sobre esto volveré en la siguiente sección. De esta forma, con un aparataje teórico más parecido al de Bouzat, Cántaro y Navarro, estos autores llegan a una conclusión similar a la de Silva Sánchez (*viz.* quien interrumpe un curso salvador que resulta en la muerte de una persona puede ser calificado como autor de dicha muerte), pero no creen que esto se pueda fundamentar en la norma permisiva de la legítima defensa y, por ende, en la existencia de un derecho de necesidad.

Una de las cuestiones en que difiere lo señalado por Mañalich de lo dicho por Silva Sánchez es que para el primero la relación relevante a la hora de ver las interacciones mediadas con la norma es la que se da entre el individuo y el Estado y no necesariamente una entre individuos. En este sentido, para Mañalich el único que tiene un deber de no impedir la ejecución de la acción permitida (por la norma vinculada al estado de necesidad) es el Estado. Pero, por otra parte, el Estado debe perseguir a quienes infrinjan la prohibición de homicidio, por lo que quien interrumpe un curso salvador puede ser castigado bajo ese título, pero no bajo la derivación de un deber a partir de un derecho de necesidad⁷¹.

⁶⁹ *Ibíd.*, pp. 250-251.

⁷⁰ Montiel, J., *op. cit.*, p. 325.

⁷¹ Otra diferencia en el modelo es que el autor ve las cuestiones desde la perspectiva de un individuo (el destinatario de la norma), antes que de la relación entre personas, lo que supone tratar a las normas como razones para la acción. Esto no quiere decir

Un claro punto a favor dentro de la crítica común que se puede encontrar en Mañalich y Bouzat, Cántaro y Navarro es la importancia del principio de legalidad para la determinación de un ilícito penal. Básicamente, esto quiere decir que nadie puede ser considerado autor de un delito que previamente no está tipificado y que, junto con ello, la identificación de un deber jurídico debe hacerse a partir de las normas jurídicas válidas en el momento de realizarse la conducta, lo que contrasta con la tesis de Silva Sánchez sobre la existencia de deberes cuasi institucionales.

Más allá de sus diferencias, los autores reseñados en esta sección están de acuerdo en una tesis general sobre la existencia de deberes jurídicos, a la que podemos caracterizar como tesis *de la contingencia institucional de los deberes*. Se trata de contingencia porque para ninguno de ellos existe necesariamente algún deber jurídico, con la consecuencia de que estos solo existen ahí donde han sido puestos por una autoridad jurídica. Dicha contingencia es institucional porque, al menos en el contexto estatal, la identificación de las autoridades normativas se determina institucionalmente.

Al respecto Mañalich señala:

Que un deber de tolerancia, en tanto deber de no impedir la ejecución de una acción permitida, solo puede estar fundamentado por una norma que prohíba la correspondiente acción impeditiva, implica que la existencia de tal deber no puede sino ser contingente⁷².

Por su parte, Bouzat, Cántaro y Navarro dirán:

Es común asumir que si un argumento únicamente contiene premisas morales, no puede justificar una conclusión jurídica. Entre otras cosas, esto significa que los fundamentos jurídicos y morales de los derechos tienen diferente naturaleza. Mientras

que ambas perspectivas sean completamente incompatibles, pero centrar el foco en una significa asumir tesis difíciles de conciliar.

⁷² Mañalich, J., “Normas permisivas...”, *op. cit.*, p. 242.

que los primeros tienen un apoyo institucional, los segundos dependen de argumentos sustantivos⁷³.

En el caso de la protección que asegura el principio de legalidad, solo serían relevantes aquellos derechos y deberes que tienen un origen institucional, pues, como señalan: “Una norma que reconozca el derecho de necesidad sólo puede derivarse de otra norma y no de ideas, conceptos, definiciones o proposiciones”⁷⁴. Para estos autores, un derecho puede identificarse tanto a partir de lo que expresamente dice el legislador como de las normas que implícitamente se derivan de ello, por lo que no asumen necesariamente una visión restrictiva. De todas maneras, reconocen un claro límite a ello: “Las normas que no pueden ser eliminadas deliberadamente no forman parte del sistema jurídico. No existen ‘normas necesarias’ en el derecho positivo (*i. e.* ‘derecho puesto por las autoridades’)”⁷⁵.

Para estos autores, la propuesta de Silva Sánchez supone la creación de una norma dogmática. Este tipo de normas tendría tres características:

a) (...) son formuladas por individuos que carecen de autoridad política; b) En tanto que el rango de una norma es una función del nivel de la autoridad, las normas dogmáticas carecen de jerarquía específica; c) Dado que la jerarquía de una norma determina qué autoridad puede eliminarla del sistema, (...) son ajenas al procedimiento normal de modificación de los sistemas⁷⁶.

Como se puede notar, las normas dogmáticas no satisfacen los criterios de identificación de deberes jurídicos propios de la tesis de la contingencia institucional, por lo que no serían fuente de deberes jurídicos.

⁷³ Bouzat, A., Cántaro, A. y Navarro, P., *op. cit.*, p. 119.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 138, 145.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 125.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 150. Este problema ha sido recientemente retomado en Manrique, M. L.; Navarro, P. y Peralta, J., “Ley penal y la autoridad de la dogmática”, *Revus*, 31, 2017.

Silva Sánchez replica a esta acusación señalando:

no creo que a los fundamentos jurídicos (no sólo legales) de un derecho les baste con un apoyo institucional, sino que, en mi opinión, también dependen de argumentos sustantivos: en otras palabras, de racionalidad material. En segundo lugar, que pienso también, efectivamente, que las reglas dogmáticas compatibles con el texto de la ley son ‘derecho’. Y, en tercer lugar, que la moderna ciencia del Derecho penal – al menos en lo que hace a la teoría del delito, que es de lo que aquí se trata – tiene mucho menos que ver con la diferenciación entre descripción y crítica a que aluden mis comentaristas que con la esforzada pretensión de hacer compatible con las leyes positivas todo un conjunto sistemático preexistente de principios y reglas de ‘imputación justa’⁷⁷.

Para Silva Sánchez, la tesis de la contingencia institucional de los deberes es insuficiente debido a que los deberes jurídicos suelen identificarse teniendo en cuenta más variables que el estudio de procedimientos formales de creación (y derivación) de normas. De hecho, la misma defensa de la tesis de la contingencia institucional de los deberes jurídico-penales supone una interpretación del Estado y su relación con los individuos, como hemos visto en secciones anteriores.

La tesis de que el deber de tolerancia tendría un carácter preinstitucional o cuasi institucional se presenta así como un complemento de la tesis de la contingencia institucional de los deberes. En sus palabras:

La idea central, que me interesa resaltar, es que en el Estado moderno no cabe admitir que la distribución social de suerte y desgracia sea cosa de la naturaleza, sino que, en cierta medida, es al Estado a quien corresponde la corrección de esa distribución. Ello tiene lugar, en general, a través de instituciones públicas organizadas. Sin embargo, en ocasiones, éstas pueden llegar demasiado tarde; y es en este punto en el que surgen “derecho de necesidad” y “deber de tolerancia” como “cuasi

instituciones” subsidiarias. El deber de tolerancia aparece, en suma, como un deber cuasi institucional dinámico, cuya función es contribuir a asegurar las condiciones reales de la libertad jurídica en aquellas situaciones límite a las que no alcanzan las medidas institucionales ordenadas de modo estático a subvenir a las necesidades de los ciudadanos⁷⁸.

Es posible relacionar lo escrito en la cita con el modelo de derecho penal de Pawlik, según el cual el mantenimiento del orden institucional es algo que incumbe a los ciudadanos. La idea es transportada a este tipo de situaciones extremas por parte de Silva Sánchez, llegando a la conclusión de que los ciudadanos deben actuar a favor de otros cuando las agencias estatales no pueden hacerlo.

De todas formas, más allá del carácter preinstitucional adjudicado al deber de tolerancia, cabe notar que el punto central es filosófico antes que puramente de derecho positivo⁷⁹. Como se discutió en la segunda parte de este balance, una nueva fundamentación de las relaciones jurídicas puede implicar una interpretación del derecho vigente que cambie los deberes y derechos que identifican. Así, no es descabellado pensar que la dogmática juega un rol en la creación de deberes y derechos (no de leyes, claro está) al interpretar el derecho. Esta posibilidad queda suprimida en la propuesta de Bouzat, Cántaro y Navarro cuando concluyen que:

dato que las normas jurídicas son ‘contingentes’, nada impide que los derechos de necesidad y los correlativos deberes de tolerancia hayan sido establecidos en un determinado sistema. En esos casos, su nivel jerárquico depende del rango de la

⁷⁸ Silva Sánchez, J., “Derechos de necesidad...”, *op. cit.*, pp. 34-35; v. Montiel, J., *Analogía favorable al reo, op. cit.*, pp. 318-319.

⁷⁹ Se podría identificar a las partes de la discusión como positivistas excluyentes (esto queda de manifiesto en la utilización de la obra de Joseph Raz por Bouzat, Cántaro y Navarro) e interpretativistas (en el sentido en que Ronald Dworkin entiende esta visión). De todas formas, no creo necesario asumir una perspectiva como la de Dworkin para hacer una interpretación al texto de Silva Sánchez como la aquí realizada, bastaría con hacer referencia a la noción de convención interpretativa como la propuesta por Bayón (*op. cit.*).

autoridad que lo ha consagrado y sólo esas autoridades (y otras de rango superior) pueden suprimirlos. Pero, si esos derechos y deberes no han sido expresamente reconocidos y no se derivan de otras normas explícitamente formuladas, entonces ellos no forman parte de las posiciones jurídicas que asegura un determinado sistema jurídico⁸⁰.

Lo interesante es que una conclusión así depende tanto de normas contingentes que la apoyen como de una interpretación valorativa o axiológica del sistema. Se podría especular que para estos autores, si no se establece el principio de legalidad en una norma explícita (o implícita) de derecho positivo, sigue siendo el principio el que rige la forma de leer el funcionamiento del sistema penal al momento de identificar deberes, pero esto debe ser probado argumentando a un nivel distinto de aquel que se centra en lo que se puede leer a partir de las normas contingentes de un sistema concreto⁸¹.

Hay razones para afirmar que la incorporación o exclusión deliberada de un deber dentro de un sistema jurídico tiene que ver parcialmente con la voluntad del legislador (considerando el argumento de Bouzat, Cántaro y Navarro), sin negar que las fuentes formales son el primer material con el que se trabaja al interpretar un sistema jurídico y que, entre ellas, la principal es la legislación (al menos en el área del derecho penal). Digo “parcialmente” porque considerando distintas interpretaciones de la forma en que se constituyen los deberes, tendríamos distintos derechos y deberes en un mismo sistema de

⁸⁰ Bouzat, A., Cántaro, A. y Navarro, P., *op. cit.*, p. 152.

⁸¹ En su libro *La forma del derecho* de 2016, Fernando Atria defiende una idea similar, al argumentar a favor de que los conceptos jurídicos y las instituciones jurídicas no pueden identificarse solo por su estructura (v. Atria, F., *La forma del derecho*, Madrid: Marcial Pons, 2016, cap. 7). Una gran diferencia de la propuesta de Atria con lo acá señalado es que para este autor hay una sola interpretación valorativa (y/o funcional, distinción que no queda del todo clara en el libro) correcta para cada institución o concepto. Por su parte, el problema de la identificación de normas explícitas e implícitas, en conjunto con la posibilidad de derivar normas de clausura (y su relación con la comprensión de normas permisivas), ha generado extensas discusiones que no serán tratadas acá (v. Navarro, P y Rodríguez, J., *Deontic Logic legal Systems*, Cambridge: Cambridge, 2014, caps. 4-6).

normas de derecho positivo. Por lo tanto, lo que para un intérprete puede constituirse como un privilegio, para otro puede ser un derecho y así sucesivamente. Por otra parte, no cabe duda de que en el contexto estatal el legislador tiene el poder de excluir expresamente derechos y deberes. Eso es algo que, me atrevo a decir, Silva Sánchez no negaría. De esta forma, el deber presentado por Silva Sánchez no es necesario, sino contingente, como cualquier otro deber jurídico y aparece de una interpretación del contexto institucional estatal⁸². Por eso, más que una cuestión de un derecho positivo en concreto, el debate tiene que ver más bien con cómo interpretar ciertas normas que usualmente existen en los estados y, más aún, preguntarse cuán hondo queremos explorar dicha interpretación para dar con el fundamento de nuestras obligaciones jurídicas.

3.2. Posiciones jurídicas y la conformación del deber de tolerancia

En el texto discutido Silva Sánchez propone entender el derecho de necesidad como correlato del deber de tolerancia, idea que los comentaristas no ven con buenos ojos. Estos últimos notan que al hablar de que existe un correlato entre un derecho y un deber hay tener en cuenta la teoría de las posiciones jurídicas propuesta por Wesley N. Hohfeld⁸³. A pesar de su popularidad, lo señalado por Hohfeld pocas veces es respetado por los pensadores jurídicos, cayendo en diferentes confusiones que el texto pretende superar. De hecho, eso es lo que piensan algunos de los comentaristas sobre el texto de Silva Sánchez, pues para él “la existencia de este deber sería una suerte de ‘prueba’ de que se reconoce un genuino derecho de necesidad”⁸⁴. Para los críticos dicha relación

⁸² Silva Sánchez expresa en su réplica: “Las conclusiones a las que llegué en este punto no se derivan directamente de la ley penal, pero, según creo, tampoco desbordan su marco, como tampoco resultan contradictorias con un entendimiento posible de la axiología constitucional; luego son defendibles” (“Réplica”, *op.cit.*, pp. 178-179).

⁸³ Una interpretación actual de los textos con un recuento histórico del debate en torno a ellos se puede consultar en Duarte, L., “Fundamental Legal Concepts: The Hohfeldian Framework”, *Philosophy Compass*, 11 (10), 2016, pp. 554-569.

⁸⁴ Bouzat, A., Cántaro, A. y Navarro, P., *op. cit.*, p. 117.

debe justificarse y argumentar de la forma en que lo hace Silva Sánchez es dar por sentado lo que se debe probar.

Más aún, utilizando el marco hohfeldiano, los críticos consideran que: “El hecho de que la acción del necesitado sea permisible no implica que la acción del intolerante que la frustra no lo sea”⁸⁵. De este modo, no se seguiría de la existencia de una norma permisiva para una persona, el nacimiento de un deber (correlativo) para otra⁸⁶. Una interpretación natural, dentro del marco hohfeldiano, del permiso que se asigna a quien se encuentra en la situación de necesitado es entenderla como una libertad (o privilegio). Como señala González Lagier:

Decir que el sujeto que actúa en estado de necesidad tiene la libertad o el privilegio de lesionar alguno de los derechos del otro sujeto implica, de acuerdo con la definición de Hohfeld, que, jurídicamente, puede hacerlo (esa conducta no le está prohibida y, por tanto, no es antijurídica, aunque en otra situación sí lo sería) y que el sujeto afectado no tiene el derecho de exigir que se abstenga (por tanto, el sujeto necesitado no tiene el deber de abstenerse). Ahora bien, de aquí no se infiere que el sujeto afectado por la acción de salvaguarda tenga el deber de tolerar dicha acción, esto es, no se infiere que no pueda tratar de evitar o impedir la lesión⁸⁷.

Para probar el punto, los críticos acuden a un célebre ejemplo de Genaro Carrió sobre las posiciones en que se encuentran entre sí dos boxeadores dentro de un combate: cada púgil tiene la libertad o privilegio de golpear al otro (respetando las reglas que regulan la forma en que se pueden golpear) en el sentido de que no tiene el deber de abstenerse de hacerlo, pero al mismo tiempo, cada púgil tiene el permiso de hacer lo que esté a su alcance para evitar que el otro ejerza dicho privilegio (pues de un privilegio se sigue un no derecho, pero no

⁸⁵ Ferrante, M., *op. cit.*, pp. 65-66.

⁸⁶ V. Ferrante, M., *op. cit.*, pp. 67-68; Mañalich, J., “Normas permisivas...”, *op. cit.*, p. 237; Montiel, J., *op. cit.*, pp. 322-323.

⁸⁷ González Lagier, D., *op. cit.*, p. 161. v. Mañalich, J., “Normas permisivas...”, *op. cit.*, pp. 224-225.

un deber)⁸⁸. Así, para Ferrante, “el caso del intolerante y el necesitado puede ser concebido como un ejemplo de conflicto de acciones permisibles semejante al de los boxeadores”, lo que se traduce, en palabras de González Lagier, en que “el sujeto necesitado tiene la libertad de realizar la acción de salvaguarda poniendo en peligro o lesionando los bienes del tercero y éste tiene la libertad de tratar de impedirselo”⁸⁹.

Considerando esta crítica, me parece que se puede explorar una forma de interpretar el deber de tolerancia propuesto por Silva Sánchez como correlativo de un derecho de necesidad, pero caracterizándolo como una relación de potestad/sujeción y no con la asumida por los comentaristas a partir de las modalidades libertad (o privilegio) y no derecho⁹⁰. Esta interpretación supone tener presente dos elementos de la propuesta de Hohfeld: que dentro de su esquema un derecho subjetivo tal como usualmente se entiende en la dogmática (*i. e.* el derecho de propiedad), puede incorporar una serie de relaciones de diverso tipo entre diversas personas y, por otra, que este marco es sensible al dinamismo de las relaciones interpersonales, es decir, un cambio en las circunstancias tiene efectos sobre las posiciones entre las partes de una relación⁹¹.

Respecto a lo primero, el análisis de las posiciones jurídicas desarrollado por Hohfeld es particularista en el sentido de que sirve para caracterizar relaciones concretas entre dos partes en relación con un objeto, pero cuando contamos con un derecho subjetivo jurídico (como los entiende la dogmática) este debe caracterizarse por medio de una multiplicidad de relaciones. El mismo Hohfeld presenta esto por medio de un ejemplo:

⁸⁸ V. Carrió, G., “Nota preliminar”, en W. N. Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales*, México: Fontamara, 1991, pp. 17-20; Bouzat, A., Cántaro, A. y Navarro, P., *op. cit.* pp. 117-118; Ferrante, M., *op. cit.*, pp. 65-66; González Lagier, D., *op. cit.*, pp. 161-162.

⁸⁹ González Lagier, D., *op. cit.*, p. 164.

⁹⁰ *Ibid.*, pp. 157-166. La idea de que puede ser interpretada como una relación de sujeción también es defendida, pero con otros argumentos, por Montiel (*op. cit.*, pp. 323-329).

⁹¹ Además, esta forma de ver la relación se puede vincular con la tesis de Silva Sánchez de que estaríamos ante un deber cuasi institucional, lo que presenta una lectura de las relaciones entre personas muy distinta a algo comparable a una pelea entre boxeadores.

Si X, propietario de un inmueble, ha celebrado un contrato con Y, comprometiéndose a no venderlo a Z, los actos de X, necesarios para ejercer la potestad de enajenar el inmueble a Z son ‘privilegiados’ en las relaciones entre X, y toda otra persona que no sea Y; pero obviamente, entre X y Y, el primero no tiene el privilegio de realizar los actos necesarios; o, invirtiendo la frase, X tiene frente a Y el deber de no hacer lo que sea necesario para ejercer la potestad⁹².

Siguiendo esta idea, si interpretamos el derecho de necesidad al que hace referencia Silva Sánchez como un derecho subjetivo, vemos que su estructura es compleja, tal como él lo caracteriza en sus trabajos sobre el tema⁹³, lo que está en concordancia con que no afirme que dicho deber recaiga sobre todos sino solo sobre quien ve afectada su propiedad por la acción del necesitado (*i. e.* el potencial intolerante que interrumpe cursos salvadores). El necesitado tendría diferentes posiciones hacia distintas personas, la que aquí nos interesa es la que tiene con el intolerante.

Sobre el dinamismo, Silva Sánchez afirma que “el estado de necesidad agresivo implica una redefinición provisional, circunstancial (y sólo a los estrictos efectos de la actuación necesaria) de las esferas de organización respectivas de agente y sujeto pasivo”⁹⁴. Esta redefinición puede leerse como un cambio en el significado de las acciones de las personas involucradas en la situación, teniendo efectos normativos que no surgirían en otras circunstancias. Con ello no solo se hace referencia a que una acción normalmente prohibida se entiende como permitida (por justificada), sino que es capaz de generar deberes sobre otros. En el esquema de Hohfeld esto puede incorporarse por medio de la noción de hecho operativo. Esto es a los eventos que “con arreglo de las normas jurídicas generales aplicables, bastan para modificar las relaciones jurídicas, esto es, para crear una relación nueva o extinguir una

⁹² Hohfeld, W. N., *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, México, Fontamara, 1991, p. 84.

⁹³ V. Silva Sánchez, J., “Interrupción de cursos...”, *op. cit.*; Montiel, J., *op. cit.*, pp. 317-320; Wilenmann, J., “El sistema de derechos...”, *op. cit.*, p. 7.

⁹⁴ Silva Sánchez, J., “Derechos de necesidad...”, *op. cit.*, p. 53.

anterior, o para cumplir ambas funciones simultáneamente”⁹⁵. En el caso del derecho de necesidad defendido por Silva Sánchez, este hecho operativo es la ejecución del curso salvador idóneo (más allá de si este es o no es exitoso). Este hecho operativo conlleva la generación de una relación de potestad/sujeción entre el necesitado y el intolerante⁹⁶.

Con estas consideraciones tiene sentido la afirmación de Silva Sánchez de que “el deber de tolerancia aparece como un deber de respeto (negativo) del *statu quo*, tal como éste ha quedado configurado en el momento en que tiene lugar el curso salvador, que expresa un auténtico derecho de libertad del necesitado o su auxiliador”⁹⁷. Al iniciarse el curso salvador, se reconfigura el *status quo* y, con ello, los derechos y deberes (y las posiciones jurídicas vinculadas a ellos) de quienes se ven envueltos en la situación. En consecuencia, según la interpretación acá realizada, el necesitado con su acción protectora convierte a una persona indiferente en alguien que debe soportar un sacrificio. Por eso podría decirse que del estado de necesidad, en los casos que nos conciernen, se habilita al necesitado a realizar ciertas acciones, cuya realización conlleva el surgimiento de deberes sobre un otro. Así, la acción protectora crearía un deber (entendido como una sujeción)⁹⁸ para quien ve afectada su propiedad, convirtiéndose en intolerante en caso de interrumpir dicho curso de acción.

⁹⁵ Hohfeld, W., *op. cit.*, p. 41.

⁹⁶ Es recurrente entender que las relaciones de sujeción/potestad y de inmunidad/incompetencia dependen de que alguien pueda crear normas (generales) voluntariamente y, con ello, cambiar el estatus jurídico de la otra parte (esta lectura se hace de la idea de “potestad jurídica”, v. *int. al.* Arriagada, B., “El concepto hohfeldiano de derecho subjetivo”, *Revista de Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso*, 65, 2014, pp. 17-18), pero esto no debe ser necesariamente así, de hecho, el mismo Hohfeld pone como ejemplo el envío de una carta haciendo una oferta junto con su recepción como un caso de potestad/sujeción (v. Hohfeld, W., *op. cit.*, pp. 79-83).

⁹⁷ Silva Sánchez, J., “Derechos de necesidad...”, *op. cit.*, p. 52.

⁹⁸ Esto se traduce en que se convierte en garante. Sobre esto algo se dirá en la próxima sección.

3.3. Riesgos y empeoramiento de la situación del necesitado

A lo anterior Silva Sánchez adhiere una consideración acerca de cómo se identifica el estándar propio de este deber (*i. e.* cómo interpretar una modificación del *status quo* como ilícita). Para esto incorpora dos nociones: la de empeoramiento del *status quo* y la de la generación de riesgo. Ambas incorporaciones se pueden identificar cuando afirma que

quien interrumpe un curso causal salvador ajeno –aquí, el sujeto que no tolera la conducta realizada en estado de necesidad agresivo– produce un incremento del riesgo de producción del resultado lesivo que amenaza al sujeto necesitado: modifica el *status quo* en perjuicio de los bienes de éste⁹⁹.

Esta caracterización sirve para distinguir el deber de tolerancia del de socorro, pues la interrupción de un curso salvador supone un incremento de riesgo, mientras que una omisión del deber de socorro activo deja intacto el *status quo*, ya que

quien impide que otro socorra hace algo más que el que se limita a no socorrer: éste no mejora la situación del bien jurídico; aquel neutraliza una posibilidad existente de mejora, ya incorporada al *status quo* del bien jurídico: esto es, empeora la situación del bien jurídico¹⁰⁰.

La propuesta de Silva Sánchez se apoya en la intuición de que alguien infringe un deber cuando actúa de tal forma que genera un riesgo que sin su acción hubiese podido ser evitado (más específicamente, actúa aumentando el riesgo de muerte de alguien que necesita irrumpir en su propiedad para evitar dicha muerte). En este sentido, “no sólo no se le socorre, sino que además se impide la autoayuda del necesitado (o la ayuda que le está prestando un tercero), que se mostraba perfectamente idónea y se hallaba en curso”¹⁰¹. Esto per-

⁹⁹ Silva Sánchez, J., “Derechos de necesidad...”, *op. cit.*, p. 48.

¹⁰⁰ Silva Sánchez, J., “Interrupción de cursos...”, *op. cit.*, p. 246.

¹⁰¹ Silva Sánchez, J., “Réplica”, *op. cit.* p. 189.

mite explorar una respuesta a la crítica de González Lagier de que la distinción en la propuesta de Silva Sánchez estaría basada en una diferencia entre actuar y omitir que es insostenible. Al respecto se pregunta “¿Por qué es más grave cerrar la puerta a quien necesita entrar en nuestra vivienda para evitar un mal que no abrísela?”¹⁰². Cerrar la puerta supone cambiar la situación de quien realiza la acción protectora, empeorándola al incrementar el riesgo. En esta línea, Mañalich señala que el deber de tolerar siempre se caracteriza como un deber de abstención, según el cual “lo que ha de omitirse es una acción impeditiva de la ejecución de una determinada acción ajena”¹⁰³.

Para Silva Sánchez la diferencia valorativa está entre “no mejorar” la situación del necesitado (e.i. no haciendo nada para prestarle auxilio) y “empeorarla” (e.i. haciendo algo que interrumpe su curso salvador)¹⁰⁴, la que se traduce en la aparición de una posición de garante que va de la mano con la existencia de deberes de garantía como los propuestos por Pawlik. En este sentido, para este autor

El garante que no impide la producción del resultado de modo normativamente idéntico a la comisión activa responde por el resultado. La cuestión es que quien interrumpe un curso causal por omisión –valga la expresión–, sin ser garante, no responde por ese resultado. Expresado mejor: quien no colabora con un curso salvador y tampoco es garante no responde por el resultado lesivo producido. Ahora bien, quien, por el contrario, sin ser previamente garante, interrumpe un curso salvador, en mi opinión, se convierte de ese modo en garante, y por tanto, dados todos los demás elementos, responde por el resultado lesivo producido¹⁰⁵.

¹⁰² V. González Lagier, D., *op. cit.*, p. 166. En este mismo sentido Palermo, O., *op. cit.*, p. 132.

¹⁰³ Mañalich, J., “Normas permisivas...”, *op. cit.*, pp. 237-238. Los supuestos de omisión son lo suficientemente variados como para generar relecturas de los casos (v. Silva Sánchez, J., *El delito de omisión*, Buenos Aires: B de F, 2006, pp. 467-480; 268-311)

¹⁰⁴ V. Silva Sánchez, J., “Réplica”, *op. cit.*, pp. 189-190. La posición de garante surge por medio de la noción de injerencia (v. Silva Sánchez, J., “Interrupción de cursos...”, *op. cit.*).

¹⁰⁵ Silva Sánchez J., “Réplica”, *op. cit.*, p. 192.

No abrir la puerta tiene algo en común con una omisión de socorro, como expresa González Lagier, pues se niega un auxiliador a un sujeto necesitado. Pero para Silva Sánchez el caso del intolerante es distinto y la fundamentación del deber de socorro no es suficiente para entender el tipo de responsabilidad que supone interferir en la salvación de alguien. En sus palabras: “el deber infringido... sería un deber primario de abstención definido como prohibición de intervenciones empeoradoras del *status quo* de los bienes jurídicos”¹⁰⁶. Más específicamente, dirá que

el derecho de necesidad aparece como derecho a que no se modifique el *status quo* en perjuicio de los bienes jurídicos del necesitado, esto es, empeorando su situación. El deber de tolerancia sería, pues, un deber de respeto (negativo) del *status quo*, tal como éste ha quedado configurado en el momento de tener lugar el curso salvador¹⁰⁷.

Las consideraciones en torno al riesgo nos obligan a decir brevemente algo sobre uno de los problemas que guían la discusión: el de los límites de la explicación causal¹⁰⁸. En los casos que acá se comentan el problema surge al interpretar la relación entre la interrupción de cursos salvadores (considerando que estos no han sido exitosos, aunque idóneos) y la generación de riesgos, en especial teniendo en cuenta que se propone asumir como correcta la imputación del resultado lesivo (la muerte de quien se encontraba en estado de necesidad, por ejemplo) al intolerante. A este respecto, Pérez Barberá propone distinguir entre nexos empíricos y causales, siendo los segundos una forma que

¹⁰⁶Silva Sánchez, J., “Interrupción de cursos...”, *op. cit.*, pp. 234.

¹⁰⁷Silva Sánchez, J., “Derechos de necesidad...”, *op. cit.*, pp. 49-50.

¹⁰⁸Este tema ha adquirido especial atención en la última década, lo que puede verse en la rápida traducción que tuvo el trabajo de Michael Moore: *Causalidad y Responsabilidad*, Madrid: Marcial Pons, 2011, así como en monografías dirigidas a analizar los problemas de explicación causal que se presentan en las diversas áreas del derecho (v. *int. al. Papayannis, D. (ed.), Causalidad y atribución de responsabilidad*, Madrid: Marcial Pons, 2014. con referencias ulteriores).

adoptan los primeros¹⁰⁹. En consonancia con varios autores contemporáneos, propone no insistir en la búsqueda de explicaciones causales cuando estas no son pertinentes para explicar los vínculos relevantes¹¹⁰. Además, asume como consecuencia de ello que es errado concluir que no hay relación fáctica de por medio, pues este tipo de relación puede adquirir diversas formas.

Silva Sánchez concuerda con que no hay relación de causalidad¹¹¹, pero, a diferencia de Pérez Barberá, para él la cuestión fáctica tiene sentido en términos del significado normativo que se atribuye a la situación. El vínculo fáctico es evaluado a partir del sistema de deberes, de ahí que la interpretación sobre la constitución de los deberes es prioritaria. En la Réplica señala que un “incremento fáctico de la probabilidad de lesión no equivale a un incremento del riesgo jurídicamente desaprobado. Para apreciar un incremento del riesgo jurídicamente desaprobado es preciso que el sujeto infrinja el deber negativo de abstenerse de incrementarlo”¹¹².

En concordancia con esto, utiliza una noción puramente normativa para mostrar las diferencias entre las situaciones: la de posición de garante (más específicamente, la del garante de que el riesgo no se incremente al nivel de resultar en la muerte de una persona). En esta línea dirá: “Lo que he querido subrayar, con mejor o peor fortuna, es que la ostentación de la posición de garante (esto es, la asunción de la función de barrera de contención de riesgos) era un equivalente fun-

¹⁰⁹Pérez Barberá, G., “Infracción punible de deberes de tolerancia: el problema de la causalidad. Acerca del trabajo de Jesús-María Silva Sánchez: Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia”, en *Discusiones*, 7, 2007, pp. 81-82.

¹¹⁰Ante esta cuestión, la reacción por parte de muchos teóricos ha sido generar múltiples teorías causales y, junto con ellas, diversos criterios de identificación de nexos causales (v. *int. al.* Bárcena, A., *La causalidad en el derecho de daños*, Tesis doctoral de la Universidad de Girona, Girona, 2013, cap. 1, con referencias ulteriores). Cabe señalar que para Pérez Barberá, que sostiene su tesis en un clásico trabajo de Mario Bunge, la explicación probabilística no es una explicación causal, estando en pugna con quienes proponen entender la explicación causal precisamente desde la noción de probabilidad.

¹¹¹V. Silva Sánchez, J., “Derechos de necesidad...”, *op. cit.*, p. 48.

¹¹²Silva Sánchez, J., “Réplica”, *op. cit.*, p. 193.

cional de la creación activa del riesgo”¹¹³. El vínculo fáctico se daría al interpretar el actuar como fuente de incremento de peligro¹¹⁴.

En consecuencia, la propuesta de Silva Sánchez está comprometida con la idea de que quien interrumpe un curso causal afecta el *status quo* amparado por la norma por medio del incremento de un riesgo. A su vez, el riesgo solo surge a partir del cambio en lo que se identifica como *status quo* el cual se interpreta, según lo acá dicho, a partir de relaciones vistas dinámicamente¹¹⁵.

4. Consideraciones finales

En la medida en que investigaba en torno a los efectos de la discusión para realizar este balance, me iba haciendo consciente de que un trabajo como el acá llevado a cabo más que llegar a conclusiones, apenas podía dar cuenta de algunos rasgos identificables dentro de debates cada vez más sofisticados. En este sentido, si algo se puede concluir no es para nada novedoso: lo inmensamente fructífero que es el diálogo serio e imaginativo entre la dogmática jurídica y la filosofía del derecho¹¹⁶. Todo esto está presente en los diversos trabajos a los que acá se ha hecho referencia.

Si bien este balance ha puesto el acento en lecturas favorables a las propuestas del texto original de Silva Sánchez, no creo que se pueda concluir que todo lo que aparece en él es correcto o que lo dicho acá

¹¹³Ibid., p. 196. Por ello vale la pena identificar como criterio relevante la idea de que lo problemático es que el riesgo se incrementa por la acción del intolerante, a pesar de que él no lo haya originado (v. ibid., p. 193).

¹¹⁴V. Coca, I., *op. cit.*, pp. 6-8.

¹¹⁵V. Silva Sánchez, “Interrupción de...”, *op. cit.*, p. 246. Con esto se podría esbozar una respuesta a la crítica de Bouzat, Cántaro y Navarro de que el incremento del riesgo, como cuestión empírica, no puede sustentar la existencia de un deber (v. Bouzat, A., Cántaro, A. y Navarro, P., *op. cit.*, p. 147).

¹¹⁶De esta forma concuerdo plenamente con lo señalado por María Laura Manrique al introducir el debate (Manrique, M. L., “Derechos de necesidad y deberes de tolerancia: Una introducción”, *Discusiones*, 7, 2007, p. 10) y espero que este balance sea un aporte en este sentido.

permite clausurar las discusiones. Menos aún, puedo decir que Silva Sánchez respondería de la misma forma. Por el contrario, lo dicho en estas páginas se puede ver como una invitación a explorar nuevas lecturas de temas clásicos. A este respecto, la incorporación de teorías interpersonales sobre la constitución de conceptos prácticos como el de responsabilidad y el de deber, así como la lectura desde una perspectiva hegeliana de la constitución y justificación de las relaciones jurídicas pueden ser muy prometedoras al hacerse cargo de tópicos como el aspecto dinámico de las relaciones entre personas mediadas jurídicamente, así como por su potencial crítico respecto de la fundamentación de varias teorías predominantes.

Para terminar, quisiera llamar la atención sobre dos cuestiones. La primera es lo interesante que resulta la propuesta de Silva Sánchez cuando se la contrasta con ciertas visiones modernas bien arraigadas entre dogmáticos y teóricos del derecho. Esto muestra cómo ciertas figuras jurídicas presentes en el derecho desde hace siglos, tal es el caso del estado de naturaleza, pueden ser constantemente releídas y adquirir diversas significaciones en la medida en que la reflexión en torno a ellas avanza. La segunda cuestión es el gran abanico de retos que surgen a partir de estas ideas, lo que muestra un futuro prometedor para las conversaciones entre dogmáticos, filósofos y teóricos del derecho en el ámbito hispanohablante. En este sentido, siguiendo el espíritu de esta revista, este balance ha buscado sugerir caminos por los que seguir explorando.

Bibliografía

- Arena, F., *El convencionalismo jurídico*, Madrid: Marcial Pons, 2014.
- Arriagada, B., “El concepto hohfeldiano de derecho subjetivo”, *Revista de Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaiso*, 65, 2014, pp. 13-45.
- Atria, F., *La forma del derecho*, Madrid: Marcial Pons, 2016.
- Bárcena, A., *La causalidad en el derecho de daños*, Tesis doctoral de la Universidad de Girona, 2013.
- Bayón, J., “Derecho, convencionalismo y controversia”, en Navarro P. y Redondo M. C. (comp.), *La relevancia del derecho*, Barcelona: Gedisa, 2002, pp. 57-92.
- Baldó Lavilla, F., *Estado de necesidad y legítima defensa*, Barcelona: Bosch, 1994.
- Bouzat, A., Cántaro, A. y Navarro, P., “El fundamento jurídico de un derecho de necesidad”, *Discusiones*, 7, 2007, pp. 113-154.
- Brown, E., “Blame: Strangers and the Moral Relationship”, *Analysis*, 2016 (doi: 10.1093/analys/anw058).
- Carrió, G., “Nota preliminar”, en W. N. Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales*, México: Fontamara, 1991, pp. 7-24.
- Celano, B., “Pre-conventions. A Fragment of the Background”, *Revus*, 30, 2016, pp. 9-32.
- Coca, I., “Entre la responsabilidad y la solidaridad: El estado de necesidad defensivo”, *InDret*, 1, 2011.
- Darwall, S., *The Second Person Standpoint*, Cambridge: Harvard University Press, 2006.
- Dri, R., *Hegelianas*, Buenos Aires: Biblos, 2011.
- Duarte, L., “Fundamental Legal Concepts: The Hohfeldian Framework”, *Philosophy Compass*, 11 (10), 2016, pp. 554-569.
- Duff, R. A., *Sobre el castigo*, Buenos Aires y México: Siglo XXI, 2015.
- Ferrante, M., “Necesitados, intolerantes, homicidas y malos samaritanos”, *Discusiones*, 7, 2007, pp. 57-77.
- Figueroa, S., “Reconocimiento y asimetría en la constitución de deberes y responsabilidad”, en Giusti M. (ed.), *El paradigma del reconocimiento en la ética contemporánea. El estado de la cuestión*, Lima:

- Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú (en prensa), 2017.
- Gargarella, R., *Castigar al prójimo*, Buenos Aires: Siglo XXI, 2016.
- González Lagier, D., “Sobre el deber de tolerar la acción de salvaguarda en los casos de estado de necesidad agresivo”, *Discusiones*, 7, 2007, pág. 155-175.
- Hohfeld, W. N., *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, México: Fontamara, 1991.
- Honneth, A., *El derecho de la libertad*, Argentina y España: Katz, 2014.
- Hörnle, T., “Matar para salvar muchas vidas”, *InDret*, 3, 2010.
- Lerman, M., “Sobre el criterio de distinción entre la interrupción de cursos causales salvadores iniciados por terceros o provenientes de la naturaleza y la causación directa”, *Lecciones y Ensayos*, 93, 2014, pp. 131-147.
- ____ “Recensión a Michael Pawlik, *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012”, *Exlibris*, sección de *InDret*, 2014.
- Manrique, M. L., “Derechos de necesidad y deberes de tolerancia: Una introducción”, *Discusiones*, 7, 2007, pp. 9-23.
- Manrique, M. L., Navarro, P. y Peralta, J., “Ley penal y la autoridad de la dogmática”, *Revus*, 31, 2017 (<http://revus.revues.org/3760>; DOI).
- Mañalich, J., “Normas permisivas y deberes de tolerancia”, en Pawlik, M., Kindhäuser, U., Wilenmann, J. y Mañalich, J. (coord.), *La antijuridicidad en el derecho penal*, Montevideo y Buenos Aires: BdF, 2013.
- ____ “Responsabilidad, autoridad y democracia. Una exploración crítica de la filosofía del derecho penal de Antony Duff”, *Discusiones*, XVII, 2015.
- Montiel, J. *Analogía favorable al reo. Fundamentos y límites de la analogía in bonam parte. En el derecho penal*, Bogotá: Universidad de los Andes, 2011.
- Moore, M., *Placing Blame*, Oxford: Oxford University Press, 1997.
- ____ *Causalidad y Responsabilidad*, Madrid: Marcial Pons, 2011.
- Narváez, M., *Wittgenstein y la teoría del derecho*, Madrid: Marcial Pons, 2004.

- Navarro, P. y Rodríguez, J., *Deontic Logic legal Systems*, Cambridge: Cambridge, 2014.
- Ormeño, J. y Vatter, M. (eds.), *Forzados a ser libres*, México: Fondo de Cultura Económica, 2017.
- Palermo, O., “Deberes de tolerancia e indulgencia en situaciones de necesidad: la tesis del profesor Silva Sánchez”, en Robles, R. y Sánchez-Ostiz, P. (coord.), *La crisis del derecho penal contemporáneo*: Buenos Aires, Ad-hoc, 2011, pp. 125-147.
- Papayannis, D. (ed.), *Causalidad y atribución de responsabilidad*, Madrid: Marcial Pons, 2014.
- _____, *El derecho privado como cuestión pública*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016.
- Pawlik, M., *Das Unrecht des Bürgers*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2012.
- _____, *Ciudadanía y derecho penal*, Barcelona: Atelier, 2016.
- Pérez Barberá, G., “Infracción punible de deberes de tolerancia: el problema de la causalidad. Acerca del trabajo de Jesús-María Silva Sánchez: Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia”, *Discusiones*, 7, 2007, pp. 79-111.
- Ramírez, L. y Vilajosana, J., *Convencionalismo y derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2016.
- Sánchez-Ostiz, P., *Sobre los fundamentos de una teoría general del delito Comentario a propósito de la obra de M. Pawlik, Das Unrecht des Bürgers* 2012, 2016 (http://www.zis-online.com/dat/artikel/2017_3_1096.pdf).
- Scanlon, T. M., *Las dimensiones morales. Permisibilidad, significado y culpabilidad*, Madrid: Avarigani, 2013.
- Sher, G., “Wrongdoing and Relationships: The Problem of the Stranger”, en Coates, D. J. y Tognazzini, N. (ed.), *Blame: Its Nature and Norms*, New York: Oxford University Press, 2013, pp. 49-65.
- Shoemaker, D., “Blame and Punishment”, en Coates, D. J. y Tognazzini, N. (ed.), *Blame: Its Nature and Norms*, New York: Oxford University Press, 2013, pp. 100-118.
- Silva Sánchez, J., *El delito de omisión*, Buenos Aires: B de F, 2006.
- _____, “Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia”, *Discusiones*, 7, 2007, pp. 25-56.

_____ “Réplica”, *Discusiones*, 7, 2007, pp. 177-199.

_____ “Interrupción de cursos salvadores ajenos dentro de la propia esfera de organización: un problema de justificación”, en Mañalich, J. (coord.), *La ciencia penal en la Universidad de Chile: libro homenaje a los profesores del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*, Santiago: Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2013.

Weinrib, E., *La idea de derecho privado*, Madrid, Marcial Pons, 2017.

Wilenmann, J., “El sistema de derechos de necesidad y defensa en el derecho penal”, *InDret*, 3, 2014.

_____ “El fundamento del estado de necesidad justificante en el derecho penal chileno. Al mismo tiempo, introducción al problema de la dogmática del estado de necesidad en Chile”, *Revista de derecho (Valdivia)*, 27 (1), 2014, pp. 213-244.

Instrucciones para los autores

Instrucciones para los autores

Discusiones publica debates en torno a un texto principal, además de diferentes secciones con textos críticos. El ámbito temático de la revista incluye la filosofía del derecho, la filosofía moral y política, así como la teoría del derecho penal, privado y constitucional. Los textos deben reflejar conocimiento original e inédito. La revista consta de dos números al año publicados en junio y diciembre de cada año.

Cada número de la revista constará de cuatro secciones: la sección principal será dedicada a la discusión de un trabajo central, seguido por una serie de estudios críticos y una réplica por parte del autor del trabajo principal. La sección *Discusiones: Cortes* estará destinada a discutir críticamente un fallo o línea jurisprudencial de alguna Corte o Tribunal de relevancia. La sección *Discusiones: Libros* destinada a discutir una idea central presente en un texto considerado clásico o de reciente aparición. Por último, la sección *Discusiones: Balance* consistirá en un apartado dedicado a retomar discusiones anteriores que han tenido lugar en esta revista intentando proyectarlas hacia el futuro.

Envío y evaluación

Todo artículo o propuesta de discusión debe ser enviado al Director y/o la Secretaria de Redacción (hernanbouvier@gmail.com, samantaborz@gmail.com, danidomeniconi@gmail.com)

Discusiones: sección principal. Las propuestas de discusión de esta sección deben enviarse con el texto principal que se propone como eje de discusión y los nombres y vinculación institucional del editor y los discutidores. El texto principal de la discusión no deberá exceder las 10.000 palabras y contar con un resumen de 150 palabras. La propuesta será evaluada por el Consejo Asesor mediante un dictamen fundado. En caso de ser aceptada corresponderá al editor propuesto

la coordinación de la discusión, recopilando los textos críticos de los intervinientes indicados y la réplica o respuesta final a las críticas por parte del autor principal.

Discusiones: Cortes. El texto propuesto para la sección debe ser enviado al Director y/o la Secretaria de Redacción. El texto no deberá exceder las 10.000 palabras y debe ser acompañado de un resumen de 150 palabras. Debe indicarse en el asunto y cuerpo del mensaje que se envía para la sección en cuestión y adjuntar dos documentos: uno con los datos del autor y el otro sin datos ni referencias que permitan identificar su autoría. El texto sin datos será remitido por los encargados de sección (Sebastián Elías, Paula Gaido y Rodrigo Sánchez Brígido) para su referato ciego por pares externos.

Discusiones: Libros. El texto propuesto para la sección debe ser enviado al Director y/o la Secretaria de Redacción. El texto no deberá exceder las 10.000 palabras, debe ser acompañado de un resumen de 150 palabras y debe contener un abordaje crítico y extenso sobre el libro en cuestión. Debe indicarse en el asunto y cuerpo del mensaje que se envía para la sección en cuestión y adjuntar dos documentos: uno con los datos del autor y el otro sin datos ni referencias que permitan identificar su autoría. El texto sin datos será remitido por el encargado de sección (Pau Luque) para su referato ciego por pares externos.

Discusiones: Balance. El texto propuesto para la sección debe ser enviado al Director y/o la Secretaria de Redacción. El texto no deberá exceder las 10.000 palabras, debe ser acompañado de un resumen de 150 palabras y debe contener un abordaje crítico y extenso de alguna de las discusiones que han sido objeto de números anteriores. El artículo deberá, además, incluir nuevas proyecciones y actualizaciones del debate analizado. Debe indicarse en el asunto y cuerpo del mensaje que se envía para la sección en cuestión y adjuntar dos documentos: uno con los datos del autor y el otro sin datos ni referencias que permitan identificar su autoría. El texto sin datos será remitido para su referato ciego por pares externos.

Instrucciones generales de escritura y citado

- Todos los trabajos estarán redactados con interlineado a espacio y medio y letra fuente Times New Roman 12, en páginas tamaño carta.
- Inmediatamente bajo el título o subtítulo de cada trabajo, los autores pondrán su nombre con una llamada a pie de página, en asterisco, en la cual harán mención de su grado académico, la institución a la que pertenecen y la dirección de contacto (ciudad, país y correo electrónico).
- Las notas al pie deben ser enumeradas consecutivamente y debe redactarse con fuente Times New Roman 10, interlineado sencillo.
- En las notas se indicará la fuente de la siguiente manera:

Si se trata de un libro: Kelsen, H., *Teoría Pura del Derecho*, México D.F.: Porrúa, 1979

Si se trata de capítulo en obra colectiva: Celano, B., “What can Plans do for Legal Theory?”, en Canale, D. y Tuzet, G. (eds.), *The Planning Theory of Law*, London, Springer, 2013, pág. 129-152.

Si se trata de un artículo en revista: Garzón Valdés, E. “Los deberes positivos generales y su fundamentación”, *Doxa*, 3, 1986, pág. 17-33.

Tratándose de referencias a obras ya citadas, si la referencia es exactamente la misma contenida en una nota anterior, debe utilizarse la expresión “Ídem”. Si es el del mismo autor y obra, pero se cita una parte diversa, deberá usarse la expresión *Ibid* o *Ibidem* seguida de la página distinta que se está refiriendo. En el caso de referencias no contiguas, en que se cita al mismo autor, se indicará sólo el apellido y nombre del autor seguido de la expresión *op. cit.*. Y cuando se han citado dos o más trabajos de un mismo autor, se agregará, luego del

apellido y nombre, el título de la obra o parte de él para poder identificar el trabajo que se ha citado, seguido de la expresión *op. cit.*

- Al final del trabajo se agregará una lista con la bibliografía citada, ordenada alfabéticamente según el apellido del autor y elaborada siguiendo las normas indicadas para las notas.
- Todo trabajo debe ser precedido de un resumen, en castellano e inglés, de 150 palabras y la indicación, en la lengua correspondiente, de al menos tres palabras claves.

Se terminó de imprimir en el mes de abril de 2018
en B4 Gráfica, Bahía Blanca, Argentina.
Se imprimieron 100 ejemplares

