



<https://doi.org/10.18800/dys.202102.003>

FECHA DE RECEPCIÓN: 22/07/2021
FECHA DE APROBACIÓN: 29/08/2021

MICHELE TARUFFO SOBRE LAS MÁXIMAS DE EXPERIENCIA

Michele Taruffo on common sense generalizations

Nicola Muffato*

Universidad de Trieste

* Profesor titular de Teoría y Técnica de la Legislación y de la Interpretación en la Universidad de Trieste (Italia). Ha publicado libros y artículos sobre la lógica, la semántica y la pragmática del lenguaje normativo, la metaética y la metodología de las ciencias jurídicas y sociales. Colabora con el Grupo de investigación de Filosofía del Derecho de la Universidad de Girona, donde trabajó como profesor visitante. ORCID iD: 0000-0001-8274-3518. Contacto: nmuffato@units.it

Resumen:

Uno de los temas recurrentes en la obra de Michele Taruffo concierne al análisis y a la crítica de la noción de “máximas de experiencia”. Estas generalizaciones constituyen el trasfondo implícito y, a menudo, las premisas explícitas de todas las inferencias probatorias y los razonamientos interpretativos tanto de los operadores jurídicos como de los legos. Sin embargo, se trata de elementos potencialmente peligrosos cuando se asumen o emplean sin las necesarias precauciones teóricas.

En este trabajo voy a reconstruir el punto de vista y las distinciones conceptuales del autor sobre las “máximas de experiencia”, intentando enriquecer su marco con algunos comentarios, ejemplos, reflexiones críticas y objeciones.

Abstract:

A recurrent topic in Michele Taruffo’s work concerns the analysis and criticism of the notion of “common sense generalizations”. These are generalizations which constitute the implicit background and sometimes the explicit premises of all evidential and interpretive reasoning of legal operators and lay people, but they are also potentially dangerous when assumed without the due theoretical precautions.

In this paper, I’ll reconstruct Taruffo’s point of view and conceptual distinctions about “common sense presumptions”, trying to enrich his framework with some commentaries, examples, and objections.

Palabras clave:

Máximas de experiencia – Garantía – Generalizaciones – Razonamiento probatorio – Criterios de evaluación de las generalizaciones

Keywords:

Common sense generalizations – Warrant – Generalizations – Evidential reasoning – Evaluation criteria for generalizations

Sumario:

1. Introducción – 2. Usos de la expresión “máxima de la experiencia” – 3. Tipos de generalizaciones – 4. Algunas consideraciones sobre la clasificación de Taruffo – 5. Funciones de las máximas de experiencia – 6. Criterios para el uso y el control de las máximas – 7. Lista de referencias

1. INTRODUCCIÓN

Michele Taruffo fue sin duda uno de los mejores juristas de su generación. Sin embargo, fue también un brillante teórico del derecho, en particular del derecho probatorio. En efecto, uno de sus méritos principales consistió —*rectius*, consiste, ya que su herencia vive en las escuelas y los discípulos que supo formar durante muchos años de investigación y enseñanza— en ofrecer un marco analítico refinado y exhaustivo de los conceptos jurídicos fundamentales en materia de prueba; imprescindible tanto para quienes se dedican a tareas doctrinales como para los que se acercan al derecho procesal y sustantivo animados por otros intereses (epistemológicos, comparatísticos, sociológicos, antropológicos).

Uno de los temas recurrentes en su obra concierne al análisis y a la crítica del resbaladizo concepto de “máxima de experiencia” (en adelante, MdE). Y con razón: por un lado, las MdE constituyen el trasfondo implícito y a menudo las premisas explícitas de todas las inferencias probatorias y de muchos razonamientos interpretativos; por otro lado, se trata de elementos del razonamiento fáctico potencialmente peligrosos cuando se asumen o emplean sin las necesarias precauciones teóricas.

En este trabajo voy a reconstruir el punto de vista y las distinciones conceptuales de nuestro autor sobre las MdE, intentando enriquecer su marco analítico con algunos comentarios, ejemplos y reflexiones críticas. En ese sentido, presentaré en el segundo acápite el uso de la expresión y la definición de su noción; en el tercer acápite, la clasificación de los varios tipos de generalización empírica; en el cuarto acápite trataré integrar y corregir sus distinciones; el quinto acápite se concentra en las funciones de las generalizaciones; y el sexto acápite reconstruye la evolución del pensamiento del autor sobre los criterios de evaluación de las máximas.

2. USOS DE LA EXPRESIÓN “MÁXIMA DE EXPERIENCIA”

Como Alan Limardo (2021, pp. 119-125) ha mostrado en un reciente trabajo, la expresión “máxima de experiencia” resulta muy indeterminada. De hecho, en la doctrina y la teoría de la prueba suele ser alternativamente definida o usada como sinónima (al menos) de:

- i. “Juicio hipotético fáctico/empírico de contenido general/universal (expresable mediante un enunciado condicional)”¹

¹ Esta definición fue importada a Italia por Francesco Carnelutti (1915) y adoptada por la *Corte di Cassazione* (por ejemplo, en la sentencia N° 10251 de las Secciones Unidas el 17 de octubre de 2006).

Para Friedrich Stein (1973, p. 30), las MdE:

“[s]on definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos”.

- ii. “Regla de la sana crítica” (interpretable, a su vez, en sentido amplio o estricto)
Para Eduardo Couture (1979):

La sana crítica está integrada por reglas de correcto entendimiento humano, contingentes y variables, con relación a la experiencia del tiempo y lugar, pero que son estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia (p. 478).

- iii. “Generalización inductiva” (a menudo sin más caracterizaciones)
iv. “Regla de presunción”
v. “Enunciado referente a un hecho extra-procesal notorio general” (Hernández, 2013, pp. 152-153)

Sin embargo, en la doctrina y la jurisprudencia es bastante común distinguir entre MdE y enunciados sobre hechos notorios; muchos juristas afirman que los segundos versan sobre hechos que no requieren prueba, mientras que las primeras son criterios para inferir (enunciados sobre) hechos todavía no conocidos (Pugliatti, 1965, p. 99; Patti 1987, p. 74). Quizás una distinción mejor podría formularse en los siguientes términos: las MdE, siendo generales (su forma lógica es condicional, con cuantificadores aplicados a *variables* individuales que saturan constantes predicativas), sirven para transitar del hecho probatorio al hecho a probar, mientras que los enunciados sobre hechos notorios, siendo individuales (su forma lógica, desde este punto de vista, no sería condicional y consistiría en la combinación de *constantes* individuales y predicativas), solo pueden servir para delimitar los hechos a probar. De todos modos, ambas categorías refieren a “conocimientos comunes”, que excluyen la ciencia *privada* del juez.

Más allá de lo que Stein afirma, para los lógicos, un enunciado de contenido general (“categórico”, en los términos de Aristóteles), como “todos los disparos mediante arma de fuego vaporizan polvos pirofóricos”, puede ser expresado de forma condicional. Siguiendo el ejemplo, como “para cualquier x , si x es un disparo mediante arma de fuego, entonces x (es un disparo que) vaporiza polvos pirofóricos”, es decir $\forall x, F(x) \rightarrow G(x)$. En el caso de los razonamientos probatorios, sin embargo, esta interpretación de los enunciados generales es rara: no podemos afirmar que *todos* los x que ejemplifican cierta propiedad F ejemplifican también otra propiedad G , lo cual impide el paso a las inferencias *modus ponens*.

- vi. “Noción de sentido común, incorporada en la cultura media, derivada de la experiencia de lo que suele ocurrir (*id quod plerumque accidit*)” (Chiovenda, 1923, p. 1027).
- vii. “Vulgarización de leyes científicas o reglas lógicas o resultados estadísticos”.

La expresión “vulgarización”, utilizada por el mismo Taruffo (1974, pp. 89-90; 2010, pp. 74-75) conlleva la asunción de una diferencia pragmática entre el lenguaje técnico-científico y el lenguaje ordinario y la idea de que el segundo pueda traducir el primero para hacer comprensibles ciertas tesis a los no expertos, perdiendo solo en cuanto a precisión.

Ahora bien, como veremos enseguida, hay sutiles pero profundas diferencias entre estas alternativas, así que es importante entender en qué sentido el *definiendum* y sus *definientes* son empleados en cada contexto para evitar confusiones y errores.

Ante todo, cabe notar que Taruffo, consciente del problema, suele emplear inicialmente la expresión *excluyendo* de su ámbito de aplicación las leyes científicas (1970, p. 208)² y luego (1990, p. 4) las generalizaciones empíricas que constituyen el resultado de un conocimiento experto adquirido al proceso mediante una prueba pericial (“máximas de experiencia cualificada”)³. De allí su énfasis en la “vulgarización” de las leyes científicas, es decir, en las máximas “de sentido común”, “no cualificadas”⁴. La razón de esta elección semántica tiene que ver con la peculiar disciplina jurídica, en muchos ordenamientos, del segundo tipo de generalización.

² Hay, sin embargo, un elemento de complicación. En su libro *Studi sulla rilevanza della prova* (Taruffo, 1970, p. 211), el autor relativiza el enunciado de forma lógica general a su marco justificativo: dicho enunciado puede ser utilizado como ley científica y aplicado deductivamente solo si se toma en cuenta el contexto teórico apto a justificarla. De no ser así, vale como mera generalización (estadística o de sentido común). En realidad, sin negar la importancia del marco justificativo, es posible distinguir el enunciado invocado como máxima (*warrant*), y formulado de manera más o menos rigurosa, de su respaldo (*backing*). La obligación de justificar la elección de la máxima proporcionando su respaldo depende de las reglas y prácticas procesales de cada ordenamiento jurídico.

³ Esta definición de Taruffo era todavía minoritaria en la doctrina jurídica italiana de los años setenta del siglo pasado. Para Massimo Nobile (1969), por ejemplo, las máximas que *no* expresan leyes físicas son falsas y no son verdaderas (auténticas) máximas. También, más recientemente, Mannarino (2007, p. 316) afirma que estas no incluyen las nociones de sentido común que se refieren a meras tendencias de la conducta humana.

⁴ Sobre el alcance y la justificación de este principio, véanse las observaciones críticas en Taruffo (2020, pp. 331-344).

En efecto, es común que las reglas procesales le concedan al juez —excepcionalmente, en vigencia del principio dispositivo (*iudex secundum alligata et probata partium iudicare debet*)⁵— la autorización para elegir *libremente* las máximas de sentido común aplicables (y para aceptar o rechazar las máximas no cualificadas presentadas por las partes)⁶, con la única obligación de ofrecer una adecuada motivación, mientras que el recurso judicial a las pruebas periciales es limitado por el mismo principio dispositivo (cuyo alcance varía del proceso civil al penal, con una consecuente menor o mayor extensión de los poderes integrativos del juez en ámbito probatorio) y el principio de economía procesal (para evitar retrasos y reducir los costes del proceso, suele ser permitido solo cuando es necesario). Sin embargo, los ordenamientos jurídicos suelen no prohibirle explícitamente al juez el uso de MdE cualificadas no introducidas al proceso mediante peritaje o testimonio experto.

Taruffo (2005b, pp. 6-7) resalta, realísticamente, que la concepción asumida por los jueces de lo que pertenece al sentido común o al ámbito técnico-científico establece, en última instancia, el alcance de una u otra solución normativa; así, cuanto más estricta sea su concepción de la ciencia, tanto más amplia la variedad de nociones que ellos adscribirán al sentido común. En la práctica, se registra así una tendencia a subestimar la complejidad de los fenómenos estudiados por las ciencias sociales, confiando erróneamente en una identidad o semejanza de los conceptos y criterios empleados, en estos distintos dominios, para la explicación de eventos y conductas: el juez termina por ello confiando en su capacidad de manejarlos sin necesitar la ayuda de un perito⁷.

No obstante, Taruffo (2020, pp. 249, 257-261) admite que las leyes y las generalizaciones empíricas científicas, aunque no coincidan en su formulación

⁵ En la literatura alemana de los comienzos del siglo XX se discutió mucho acerca de si las MdE incluyeran las reglas matemáticas y técnicas (Hegler, 1909, pp. 155-158).

⁶ Entre las disposiciones jurídicas que versan sobre el uso de los “conocimientos comunes” (hechos notorios y MdE), léanse la regla 201.b.1 de las *Federal Rules of Evidence* estadounidenses (que le permite al juez la “*judicial notice*” de un hecho “*which is not subject to reasonable dispute because it is generally known within the court’s territorial jurisdiction*”); el §291 de la *Zivilprozessordnung* alemana (que exenta de la prueba de los “*Tatsache, die bei dem Gericht offenkundig sind*”); el artículo 115 del *Codice di procedura civile* italiano (donde se habla de “*nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza*”); el artículo 281.4 de la Ley de enjuiciamiento civil española (que aplica la misma regla a los “*hechos que gocen de notoriedad absoluta y general*”).

⁷ A veces el mismo legislador prescribe que el juez *no* recurra a un perito, por ejemplo, relativamente a ciertas características del imputado (véase el artículo 220 del *Codice di procedura penale* italiano, que no admite la pericia judicial para establecer la tendencia al delito, el carácter y la personalidad del imputado, y, en general, las cualidades psíquicas independientes de causas patológicas).

con las MdE, pueden constituir su “fundamento cognoscitivo”, su base empírica. Lo cual significa que una máxima puede vulgarizar (o aproximarse a) una ley o una generalización empírica científica —con todos los límites que encuentra una traducción del lenguaje científico al lenguaje ordinario— y ser equiparable a ellas desde un punto de vista práctico (Taruffo 2008, p. 268). Como veremos más adelante en el sexto acápite, en estos supuestos se podría dudar de su autonomía explicativa y justificativa.

En segundo lugar, Taruffo mantiene separadas las MdE de las reglas de la sana crítica *en sentido estricto*, entendidas como criterios que determinan la corrección lógica y argumentativa de un razonamiento: las primeras —nos dice— tienen una función *descriptiva de regularidades* empíricas; las segundas cumplen una función *prescriptiva/normativa* de la práctica lingüística que consiste en ofrecer razones para cierta conclusión, es decir, nos guían en (regulan) la elaboración de los varios tipos de razonamiento (Taruffo 2020, p. 249). No obstante, en otros momentos, el mismo autor afirma que las MdE funcionan como *criterios* de inferencia en el paso de un hecho a otro (Taruffo 1974, pp. 89-90; 2005a, p. 424), con lo cual su función parecería ser normativa. Aquí, en efecto, el empleo de términos como “máxima”, “regla” (de experiencia, sana crítica, presunción, etc.) o “criterio” no ayuda a superar la ambigüedad que se acaba de señalar.

En el caso de Taruffo, podría tratarse de un uso informal o jurídicamente orientado de la expresión⁸ o de un mero cambio de opinión, aún más comprensible si se considera que algunos de sus textos relevantes fueron escritos a distancia de varios años. Por mi parte, sospecho que su aparente incoherencia representa el síntoma de dos genuinas perplejidades filosóficas: (i) ¿son las reglas de inferencia —o de la lógica en general— directivas del razonamiento y a la vez descriptivas de algún aspecto esencial del pensamiento racional, así como las leyes científicas describen aspectos de la naturaleza?; (ii) ¿qué relación existe entre las reglas de inferencia y los enunciados (¿descriptivos?)

⁸ La palabra “criterio” es utilizada en el artículo 192.1 del *Codice di procedura penale* italiano: “[e]l juez evalúa la prueba dando cuenta en la motivación de los resultados alcanzados y los criterios adoptados”. En Italia, la jurisprudencia mayoritaria da un paso más, afirmando que las MdE funcionan como normas jurídicas (*Corte di Cassazione*, IV Sec. Pen., Sentencia N° 1172, 1993). Nótese que si las máximas son criterios y los criterios funcionan como normas jurídicas, entonces se entiende mejor la justificación de la atribución a los tribunales de legitimidad (como la *Corte di Cassazione* italiana), que no pueden revisar los hechos (salvo las excepciones tipificadas), de un poder de control sobre su empleo en la motivación. En el caso de la MdE infundada, la solución más frecuente consiste en permitirle al tribunal de casación de tacharla sin sustituirla (Taruffo, 1970, p. 201).

generales/condicionales que pueden figurar como premisa mayor de un razonamiento sobre los hechos?, ¿son los segundos meras explicitaciones de las primeras, como defienden la concepción argumentativa de la racionalidad y la concepción expresiva de la lógica?

No encuentro en los ensayos de Taruffo elementos decisivos para atribuirle respuestas netas a las precedentes preguntas. Sin embargo, su adopción del aparato analítico de Stephen Toulmin (1958) —en particular de la problemática noción de *garantía* (*warrant*), en la cual las MdE deberían ser subsumidas— sugiere una preferencia para un modelo en el que las reglas de inferencia no son esquemas formales y pueden ser expresadas solo en relación con específicos e históricamente contingentes contextos de uso⁹. También cabe observar que, cuando menciona la posibilidad de confirmar o verificar empíricamente las máximas, el autor parece asumir que estas puedan ser asimiladas a usos descriptivos del lenguaje (de no ser así, si se aceptara, como en su caso, una postura divisionista en semiótica, no tendría sentido hablar de “verificación” o “confirmación” de reglas, normas o prescripciones¹⁰).

Finalmente, refiriéndose esta vez a los trabajos de Peter F. Strawson (1952), Frederick Schauer (1991; 2003) y Terrence Anderson, David Schum y William Twining (2005), Taruffo nos explica que las MdE corresponden a *generalizaciones*, precisando, sin embargo, que estas últimas no se encuentran todas en el mismo plan. Me ocuparé de este punto, central en su análisis, en el siguiente apartado.

3. TIPOS DE GENERALIZACIONES

Taruffo, a fines clasificatorios y descriptivos, identifica las siguientes variedades de generalización:

⁹ Este punto, en efecto, es central en las más recientes teorías que reconstruyen los razonamientos inductivos y científicos como prácticas cuyo núcleo duro consiste en inferencias materiales (no formales) y locales (no universales) (Norton, 2003; Brigandt, 2010). Por supuesto, el punto no es en absoluto pacífico. Para una crítica a este tipo de reconstrucción analítica, véase Alexander (1958) y Cohen (1982).

¹⁰ Acerca de este tema resulta en cambio confusa la postura de Carnelutti (1915, pp. 123-124), quien sostuvo que las reglas de experiencia (y las normas jurídicas) *no* pueden (ni deben jurídicamente) ser probadas porque no son objetos empíricos susceptibles de percepción, aunque puede ser probado el hecho histórico de su formación. Sin embargo, el autor no nos explica de qué manera se forma, en cierto momento histórico, un objeto no empírico, que no debería tener en sí mismo una dimensión espaciotemporal; además, confunde medios y objetos de prueba con la prueba entendida como confirmación/corroboración de un enunciado fáctico. Quizá esto dependa de su asimilación de las expresiones de las reglas de experiencia a usos lingüísticos prescriptivos/normativos.

- i. Leyes científicas de carácter universal, aplicables sin excepciones, que se presentan vulgarizadas en generalizaciones válidas y caben dentro la clase de las reglas de la sana crítica en sentido amplio (Taruffo 2008, p. 269). Por ejemplo, la ley de dilatación cúbica de los cuerpos, ($\Delta V = \beta V_0 \Delta T$), que puede ser expresada muy aproximativamente como “los cuerpos sólidos aumentan su volumen a medida que aumenta su temperatura”; la ecuación para calcular el espacio de detención de un vehículo en movimiento ($d_f = d_0 + v_0 \times t + \frac{1}{2} a \times t^2$) puede ser expresada mediante una aproximación como “asumiendo un tiempo de reacción de un segundo, el espacio de detención es igual al cuadrado de las decenas de la velocidad inicial”.
- ii. Cuasi-generalizaciones (Taruffo 2020, p. 251) o —tal vez mejor— generalizaciones cuasi-universales, es decir, “generalizaciones no universales, pero caracterizadas por un alto grado de probabilidad, confirmado por una elevada probabilidad estadística” (Taruffo 2010, p. 238). Por ejemplo, “para todas las muestras de ADN extraídas de diferentes rastros biológicos respetando los protocolos científicos reconocidos y analizadas mediante la genotipización y amplificación (a través de una reacción enzimática) de veinte y cuatro loci altamente polimórficos (STR) secuenciados automáticamente con el resultado de medir las dimensiones de los diversos alelos, si los resultados de los test sobre muestras extraídas de rastros diferentes (si las dimensiones de los alelos) se corresponden, entonces las muestras, con una probabilidad *a priori* estimada superior al 99,8%, vienen de la misma fuente”. Una vulgarización de la máxima podría sintetizar todo esto como “si dos muestras cualesquiera de ADN correctamente extraídas y analizadas se corresponden, entonces pertenecen a la misma fuente biológica”.
- iii. Generalizaciones incompletas no espurias, las cuales no se aproximan a la universalidad, sino que expresan *prevalencias* estadísticas o tendencias en el acontecimiento de eventos dentro cierto ámbito de hipótesis (Taruffo 1974, p. 90). Ejemplos para esta definición podrían ser representados por los estudios epidemiológicos acerca de la incidencia del humo de tabaco sobre la manifestación de neoplasias pulmonares, que tienen que tomar en cuenta un considerable número de variables asociadas a factores de riesgo (familiaridad, edad, sexo, empleo, lugar de residencia, lugar de trabajo, estatus socio-económico, etc.)¹¹ o afirmaciones en las que la prevalencia no

¹¹ Sin embargo, para Taruffo (2020, p. 252), una vulgarización de estos estudios como “el humo de tabaco causa el cáncer a los pulmones” sería un ejemplo de generalización espuria, debido a su insuficiente grado de confirmación. El autor niega, en particular, que semejante máxima

es siquiera cuantificada o cuantificable, como “si se encuentran meta-datos corruptos en un *file*, entonces este fue manipulado” o “los padres aman (suelen amar) a sus hijos”.

- v. Generalizaciones incompletas espurias, no universales, con un grado de probabilidad estadística bajo (Taruffo 2020, p. 252) o ni siquiera cuantificado/cuantificable, pero a menudo presentadas como “juicios de normalidad” (Taruffo 2010, p. 238). Por ejemplo, “los sujetos que se contradicen mienten (suelen mentir)” o “los perros pitbull son agresivos”¹².
- v. Generalizaciones radicalmente espurias, sin una seria base cognoscitiva empírica, a menudo infundadas, indebidas o falsas, que “representan más bien lugares comunes, prejuicios y estereotipos consolidados en alguna medida en el sentido común, pero ajenos a cualquier conocimiento efectivo” (Taruffo 1970, p. 248; 2010, p. 75) o que ocultan juicios de valor. Por ejemplo, “es casi imposible quitarle, aun solo parcialmente, los vaqueros a una persona sin su efectiva colaboración”¹³; “los hombres que consumen pornografía habitualmente tienen una mayor propensión a abusar de las mujeres” o “los niños cuidados por padres homosexuales tienen una mayor propensión a la homosexualidad”.

Esta clasificación respeta un principio de solidez empírica descendiente. Las generalizaciones universales podrían aplicarse para explicar eventos indi-

pueda garantizar cualquier conclusión acerca de un caso individual. Creo que aquí Taruffo equipara la insuficiencia de las pruebas epidemiológicas en casos donde hay que comprobar la causación específica a la calificación de la generalización como espuria, lo cual no me parece correcto. Una generalización como “el humo de tabaco es una causa (con cierta frecuencia F y considerados otros factores a_1, a_2, \dots, a_n) del cáncer a los pulmones” *no* tiene, en la comunidad científica de referencia, un grado de confirmación insuficiente (US Environmental Protection Agency, 2005), hasta tal punto que se asume como dato fundamental en las motivaciones de las leyes “anti-humo”.

¹² El enunciado sobre los perros pitbull es un ejemplo de asociación por representatividad, la cual podría resultar no espuria si quien la utiliza proporcionara su marco teórico e ilustrara su valor comparativo y contextualizado. Una asociación por representatividad predica cierta propiedad P de los miembros de cierto conjunto A en cuanto instanciada entre ellos en medida mayor que en los individuos que no pertenecen a A (es decir, los miembros del conjunto $(U - A)$ o de un subconjunto de $(U - A)$ que comparta con A alguna propiedad característica diferente de P). Nótese, no está dicho que P resulte instanciada por la mayoría de los miembros de A .

¹³ Esta máxima fue sorprendentemente (y vergonzosamente) utilizada por la *Corte di Cassazione* italiana, III Sec. Pen., para inferir el consentimiento a una relación sexual en un caso de violación. (Sentencia N° 1636, 1998).

viduales siguiendo el modelo nomológico-deductivo¹⁴ (Taruffo, 1974, p. 90; 2010, p. 238; 2020, p. 250), aunque en el ámbito procesal raramente es posible contar con generalizaciones de este tipo aplicables al caso; las generalizaciones cuasi-universales permiten inferir —al parecer, a través de un silogismo estadístico— ciertas conclusiones a partir de ciertos (enunciados sobre los) datos conocidos con un alto grado de probabilidad de que sean verdaderas; las generalizaciones espurias y radicalmente espurias no pueden contar como garantías de la verdad de un enunciado fáctico sobre un hecho individual y concreto. Resulta, en cambio, más incierto el estatus epistémico de las generalizaciones incompletas no espurias, ya que este depende del marco teórico y del contexto en el que se aplican.

Como hemos visto, Taruffo usa la expresión “máxima de experiencia” para referirse a las generalizaciones espurias, radicalmente espurias y a las vulgarizaciones de generalizaciones universales, cuasi-universales e incompletas no espurias.

Taruffo (1974, p. 93; 2020, p. 261) propone, además, otras dos distinciones. La primera entre:

- vi. Generalizaciones preexistentes, es decir, formuladas con anterioridad al proceso en el cual son utilizadas por las partes o el juez.
- vii. Generalizaciones *ad hoc*, formuladas para (y con base en el) caso individual y concreto considerado.

La segunda (Anderson et al, 2005, pp. 266-269) entre:

- viii. Generalizaciones indeterminadas (imprecisas o vagas).
- ix. Generalizaciones que se refieren directamente al caso específico.

Para el autor, la formulación *ad hoc* y la indeterminación descalifican la máxima como garantía del enunciado acerca de un hecho desconocido, como se verá más adelante en el sexto acápite.

4. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA CLASIFICACIÓN DE TARUFFO

A estas alturas me parece que ya es posible presentar algunos comentarios al análisis de Taruffo.

¹⁴ Sin embargo, la aplicación del modelo nomológico-deductivo de explicación y la misma noción de “ley de la naturaleza” sobre la cual este descansa han sido objeto de severas objeciones. Para una presentación, véase Martínez, García y Bernal (2017); para una crítica a la aplicación del modelo a la narración judicial, Agüero (2014).

En primer lugar, puesto que las diferencias entre los tipos de generalizaciones — particularmente entre los tipos ii. y iii., iii. y iv., iv. y v. — dependen de tres parámetros graduales y contextuales (el nivel de universalidad y abstracción del antecedente y del consecuente de la máxima, el grado de probabilidad del consecuente dado el antecedente, y la fiabilidad de su respaldo empírico), es inevitable que haya áreas de penumbra en la aplicación de estas nociones con la consecuencia de que a veces resulta difícil establecer, para quien describe el razonamiento probatorio, si cierto enunciado de contenido general ejemplifica una u otra categoría¹⁵.

En segundo lugar, creo que merece la pena integrar la clasificación de Taruffo distinguiendo al menos entre:

- i. Máximas que corresponden a (o vulgarizan) generalizaciones *estadísticas o cuantitativas*, las cuales conciernen a la distribución en una población de fenómenos detectados en ciertas muestras.
- ii. Máximas que corresponden a (o vulgarizan) generalizaciones *teóricas o cualitativas*, que conciernen a las relaciones entre las propiedades, presentes en ciertas muestras, consideradas más significativas a los efectos de una corroboración/refutación de hipótesis o teorías (el muestreo, entonces, no es casual, sino de elección razonada). Estas generalizaciones suelen ser empleadas en las ciencias sociales cuando no hay una lista completa de la población y el muestreo sistemático no resulta practicable.
- iii. Máximas que expresan (o vulgarizan la expresión de) la *transferibilidad* de las conclusiones de una investigación sobre una población o un contexto espaciotemporal a otra población o contexto que presente analogías en las propiedades relevantes.
- iv. Máximas que articulan *nociones o conceptos* o expresan *concepciones* (lo que en mi opinión serían las “definiciones” de Stein).

¹⁵ Piénsese en los debates acerca de la confiabilidad y fuerza probatoria de los estudios de sectores económicos para fundar presunciones sobre las rentas imposables de empresas y profesionistas. En este contexto, los hechos conocidos son relativos a los datos contables y estructurales declarados por el contribuyente, la MdE coincide con una función ingreso, y el hecho desconocido con la ganancia que se estima realizada en consecuencia de la actividad productiva. Pues bien, ¿la función ingreso es siempre —es decir, prescindiendo de la situación económica concreta del contribuyente— una generalización (incompleta) no espuria o puede convertirse en un juicio de normalidad poco fiable?, ¿la normalidad económica es realmente un criterio adecuado para analizar la rentabilidad de una actividad?

En cuanto a las máximas *sub i*, *ii* y *iii*, es importante ante todo no confundir la *representatividad* (de una muestra) con la *generalizabilidad* (del resultado de una investigación) a otra muestra de la misma población o a la población misma: entre la construcción de una muestra de la población por estudiar y la corroboración de una hipótesis media un conjunto de actividades complejas evaluables bajo distintos puntos de vista (confiabilidad de la operacionalización y de los instrumentos de encuesta o medición, adecuación del aparato conceptual, definición de la unidad de análisis, precisión del investigador, etc.), lo cual hace a menudo difícil controlar la correspondencia de un enunciado referido a una muestra al resto de la población, particularmente en las ciencias sociales.

Además, es menester remarcar que, en el caso de la generalización cualitativa, la representatividad no coincide con la distribución del fenómeno en la muestra (es decir con la probabilidad frecuentista), sino que es una función de la *variabilidad/homogeneidad* de las propiedades estudiadas en la población. En una población heterogénea, es decir, con alta variabilidad de las propiedades estudiadas, hará falta una muestra muy amplia (y unidades de análisis bien perfiladas) para poderla considerar representativa. Símilmente, en el caso de la transferibilidad de las conclusiones, lo que cuenta es la precisión de las descripciones de los eventos, las poblaciones y los contextos estudiados para formular juicios de semejanza adecuados (Lincoln y Guba, 1986; Firestone, 1993; Polit y Beck, 2010).

Por lo que concierne a las máximas *sub iv*. (sobre las cuales volveré en el quinto acápite), aunque existan diferentes conceptos (y concepciones) de los conceptos (y de las concepciones), voy a asumir aquí lo siguiente: los conceptos pueden ser entendidos como reglas¹⁶ que versan sobre nuestras operaciones mentales de identificación/distinción, clasificación, sustitución o inferencia; las concepciones pueden ser entendidas como puntos de vista, imágenes (*Abbildungen, pictures*) o marcos más o menos completos de condiciones o límites normativos que posibilitan e influyen sobre la representación de (y atribución de sentido a) nuestras acciones lingüísticas o extralingüísticas¹⁷. Se podría argumentar en favor de la tesis que no hay conocimiento —siquiera

¹⁶ Véase, por ejemplo, Wittgenstein (1988).

¹⁷ En el texto adopto una caracterización de la distinción “concepto vs. concepción” parecida a la propuesta en Baker (2001) y Narváez (2011), que difiere de la tradicional, defendida por ejemplo en Rawls (1971) y Dworkin (1986), según la cual las concepciones serían conjuntos de tesis o principios que pueden ser organizados en teorías y que especifican aspectos indeterminados o controvertidos del correspondiente concepto.

idiográfico— sin esquemas conceptuales¹⁸, pero aquí me limitaré a distinguir primero, el proceso que conduce a su formación del proceso que consiste en la inferencia inductiva; y, segundo, el enunciado que define o articula (parcialmente) un concepto o expresa (parcialmente) una concepción de la conclusión de una inferencia inductiva, el enunciado general en cuanto proposición empírica (Tsang y Williams, 2012, p. 734; Narváez, 2011).

Por un lado, la formación de conceptos y concepciones *no* es el resultado de una generalización inductiva (ni de una abducción) *a partir de la mera percepción u observación* de ciertos fenómenos: tiene una dimensión social ineliminable, que se manifiesta, durante la educación, en una serie de interacciones y actividades cuyo fin es habilitar al principiante en la identificación de los casos observados. Se trata de un proceso *by trial and error*, en el que son decisivas las *correcciones* aportadas por el maestro (o la comunidad): el principiante aprende a “ver” y actuar conforme a criterios de identidad/identificación o similitud que se apoyan en —pero no dependen simplemente de— predisposiciones perceptivas u observativas y poco a la vez desarrolla actitudes y expectativas normativas (lo que el maestro no corrige es *correcto*). Las habilidades inferenciales inductivas presuponen la posesión de conceptos, pero consisten —simplificando— en el paso de la observación de casos particulares, subsumidos bajo un concepto común, a la formulación de un enunciado general en virtud del cual se predice el resultado de futuras observaciones.

Por otro lado, la forma lógica general/universal de los enunciados es ambigua. En algunos casos, articula una genuina predicación copulativa, es decir, una relación entre un sujeto y un predicado conceptualmente independientes. En estos casos, los enunciados generales que representan la conclusión de un razonamiento inductivo (o analógico) versan sobre los fenómenos o la realidad empírica; por ejemplo, “la luz (sujeto) viaja en el vacío a una velocidad constante de 299 792 458 m/s (predicado)”. En otros casos, en cambio, los enunciados generales definen o articulan (parcialmente) los conceptos (*Begriffe*) que aparecen en ellos; por ejemplo, “todas las partículas tienen coordenadas espacio-temporales precisas y no pueden transferirse instantáneamente a otras coordenadas ni influenciar instantáneamente otra partícula que se encuentra a una distancia superior a 299 792 458 m”¹⁹. La segunda interpretación es

¹⁸ A partir de la discusión sobre la “*Crítica de la razón pura*” de Kant, véase Sellars (1963, 1968), McDowell (1994, 2013), y Ginsborg (2006). También, Davidson (1984), Dummett (1993), y Brandom (1994).

¹⁹ Se trata del “principio de localidad”, defendido por la física relativística.

frecuente cuando los enunciados generales formulan definiciones reales más o menos explícitas, dado el contexto; por ejemplo, “los seres humanos son animales racionales” puede ser interpretado como definitorio del concepto de ser humano y “la familia es la unión de un hombre y una mujer” puede ser interpretado como definitorio del concepto de familia.

Maribel Narváez (2011), siguiendo a Ludwig Wittgenstein, ha notado que un test eficaz para detectar y superar esta ambigüedad consiste en preguntarse si, en cierto contexto, al negar el enunciado general, los términos en este empleados mantienen el sentido que tenían en el enunciado negado²⁰. De no mantenerlo, la negación sería formal, pero no sustantiva.

Nótese que un enunciado empírico (que, indirectamente, establece una relación “externa”, contingente, entre conceptos) puede convertirse con el tiempo y el uso en un truísmo (una verdad empírica trivial) y sucesivamente en una *norma* que rige la aplicación de los conceptos (fijando una relación “interna”, necesaria, entre estos) para describir la realidad empírica (Wittgenstein, 2008, §§. 309, 341-342, 401-402).

Ahora bien, cuando la negación (o la duda acerca) de un enunciado general carece de sentido para quien lo afirma, dicho enunciado expresa una concepción (*Auffassung*), es decir, una *regla de representación* que impone cierta manera de describir los fenómenos; por ejemplo, “una persona A no puede sentir el dolor de muelas de otra persona B”, “dos animales cualesquiera tienen necesariamente que compartir un ancestro en su árbol genealógico”, “las corridas de toros son manifestaciones culturales” (Narváez, 2011, pp. 562, 567-568). En virtud de esta característica, si alguien adopta cierta concepción, entonces no puede admitir que quien adopta otra esté simplemente “hablando de otra cosa”.

El aspecto más delicado es que muchas veces se confunden los desacuerdos entre concepciones con los desacuerdos entre explicaciones incompatibles (una verdadera, otra falsa) de los mismos fenómenos; pero, mientras que los segundos se pueden superar con controles empíricos y comparando las virtudes explicativas de los marcos teóricos de referencia, los primeros no, porque presuponen diferentes criterios para considerar cierta afirmación o teoría o

²⁰ Así, volviendo al ejemplo anterior, la negación del principio de localidad carece de sentido para quienes lo acepten; para Albert Einstein, sería como admitir la existencia de algo sobrenatural, posibilidad inadmisibles desde su punto de vista. Sin embargo, desde la formulación del teorema de John Bell, que demuestra el fenómeno del entrelazamiento cuántico, el principio de localidad ha sido puesto en tela de juicio por los físicos, con la consecuencia de que las expresiones “causa”, “efecto”, “orden cronológico de los eventos”, “espacio”, etc. han adquirido un significado muy diferente en la actual física de las partículas (Musser, 2015).

ética normativa como formulada en términos comprensibles. Solo quienes son neutrales respecto a las concepciones rivales y no se someten a sus reglas de representación pueden acudir a la práctica conceptualmente estructurada a la cual participan al fin de encontrar un criterio para aceptar una u otra (o rechazarlas ambas), lo cual no significa que no adopten, a su vez, otra concepción, siendo imposible una “mirada desde ningún lugar”.

Las diferencias que acabo de señalar son importantes porque deben ser tomadas en cuenta cuando se trata de usar la máxima en un razonamiento o de elegir la generalización más fiable. Por supuesto, se trata de una tarea muy difícil que le exige al juez competencias metodológicas y epistemológicas sofisticadas que a menudo no posee. En particular, en el caso de la elección de la generalización más fiable, se presenta una variación del viejo problema de la relación entre ciencia y derecho: si el juez utiliza una generalización no calificada, si esta generalización tiene que ser evaluada considerando los conocimientos científicos o las generalizaciones ya formuladas por los expertos, si para evaluar la fiabilidad de estos conocimientos son necesarias articuladas competencias metodológicas y epistemológicas que el juez normalmente no posee, entonces ¿cuándo y cómo podemos aceptar el recurso a estas generalizaciones?

En este contexto, no puedo siquiera resumir las dificultades filosóficas que implica una respuesta a esta pregunta²¹. Sin embargo, es importante notar que, pese a las diferencias semióticas/conceptuales y relativas a la disponibilidad de instrumentos y técnicas de observación, recuento, medición, etc., hay un elemento de continuidad entre los métodos científicos de investigación y los “ordinarios” ofrecidos por el sentido común cuando se enfrenta a la experiencia. Más allá de observar que el sentido común constituye el trasfondo preliminar de la hazaña científica, el punto de contacto consiste en los vínculos que la epistemología les impone tanto al científico como al jurista y al “lego” cuando se trata de considerar racionalmente probada cierta hipótesis. Entonces, no se debe cometer el error de considerar fiables siempre y solo a las pruebas científicas.

Por otro lado, es posible trazar una línea que une las máximas que expresan concepciones a las máximas que consisten en esquemas o tramas (*scripts*), estereotipos, perfiles y prejuicios mencionados por Taruffo en varias ocasiones (2010, pp. 72-74; 2020). Se podría decir que, cuando estas generalizaciones

²¹ Sobre este aspecto, la referencia imprescindible es Haack (2007, 2009).

espurias y radicalmente espurias llegan a estructurar la manera de concebir y adscribir sentido a fenómenos sociales, se convierten en concepciones.

La psicología cognitiva estudia, desde la mitad del siglo pasado, los fenómenos relativos a la percepción, formación de impresiones, categorización, memorización e inferencia. Algunas de las conclusiones más asentadas de estos estudios afirman que agrupamos ítems (personas, eventos, objetos, etc.) que presentan cierto “aire de familia” en categorías borrosas —ni demasiado amplias ni demasiado precisas (por ejemplo, “italiano” en lugar de “europeo” o “friulano”)— representadas como prototipos o como ejemplares (Rosch, 1978). Los prototipos suelen representar el miembro típico o más común de la categoría (por ejemplo, la manzana como típico fruto), aunque no siempre: cuando hay que distinguir entre categorías en conflicto, normalmente se elige como prototipo un miembro que ejemplifica características más extremas (por ejemplo, el activista de Mountain Wilderness como típico ambientalista); los ejemplares son miembros particulares y concretos utilizados para representar todos los demás (por ejemplo, el actor Colin Firth como el típico británico). Cuanto más familiares resultan los miembros de la categoría, más fácilmente esta se representa mediante ejemplares.

A la categorización le acompaña la esquematización: un esquema es un conjunto limitado de creencias y actitudes prácticas coherentes que nos permite comprender rápidamente una situación, un evento, un lugar, una persona, etc., completando las escasas informaciones disponibles. Los esquemas, a menudo variables culturalmente, influyen en la interpretación e internalización de informaciones nuevas, el recuerdo de informaciones viejas y las inferencias para completar las informaciones que faltan. Cuanto más familiares resultan los miembros de la categoría (en virtud del número de experiencias directas o indirectas), más general y abstracto resulta el esquema; lo cual no significa necesariamente menos informativo: un esquema puede contemplar muchas propiedades generales y abstractas. Además, el esquema le *parece* informativo a quien lo utiliza; por esta razón, no se modifica fácilmente. Esto sucede cuando se acumulan pruebas de su inexactitud.

Los estereotipos y los perfiles son esquemas simplificados de los miembros de un grupo (Fiske, 1998). Los prejuicios son actitudes y evaluaciones asociadas a estereotipos inexactos (Allport, 1954).

Estos fenómenos tienen lugar en gran medida de forma inconsciente, como respuesta adaptativa a ciertos estímulos naturales y sociales. La emersión al nivel del pensamiento reflexivo se produce cuando el sujeto percibe el coste del error que generaría confiar en categorías no suficientemente afinadas y

esquemas inexactos (Neuberg y Fiske, 1987). Taruffo nota de que la tarea del juez consiste en prestar atención a los riesgos de la estereotipización para no caer en prejuicios y falacias narrativas que comprometerían su evaluación de los hechos.

Mi tercer comentario es que me parece discutible que las leyes científicas puedan ser descritas como generalizaciones universales o como condicionales inderrotables, sin excepciones. Por un lado, porque es utópica su verificación concluyente, mientras que su falsabilidad o refutabilidad por no cumplir la teoría de la que hacen parte con ciertos requisitos siempre es posible; por otro lado, porque su formulación, fatalmente, no abarca todas las condiciones relevantes que se podrían mencionar en el antecedente, el cual resulta, por lo tanto, revisable ante nuevas circunstancias (Armstrong, 1983; Cartwright, 1983; Tohmé, Delrieux y Bueno 2011).

A este nivel del análisis, se discute acerca de la manera de formalizar la revisabilidad (falibilidad y derrotabilidad) del condicional. Las alternativas principales son dos: o bien mediante una función de revisión que opera sobre el antecedente, expandiendo el universo de casos considerado, o bien, asumiendo el condicional como premisa de un argumento, a través de una noción de consecuencia lógica que, diversamente de la noción clásica, *no* expresa a nivel metalingüístico la regla del *modus ponens* ni el principio de refuerzo del antecedente²² (Alchourrón, Gärdenfors y Makinson, 1985; Alchourrón, 1996, pp. 9-15; Navarro y Rodríguez, 2000, pp. 61-63, 68-70; Rodríguez, 2002, p. 360). En ambos casos el antecedente *no* es condición suficiente, sino *contribuyente* (es decir, condición necesaria de una condición suficiente) del consecuente.

Además, puesto que la generalización puede ser expresada como enunciado condicional general, si el hecho conocido (el indicio) sobre el cual versa la premisa es un efecto o una consecuencia (un “signo”, un evento condicionado) y el hecho desconocido a probar es una (su) causa o un factor condicionante, y si la descripción de la causa o del factor tiene que figurar como antecedente y la del efecto o del signo como consecuente²³, entonces la inferencia que incorpora el segundo como premisa y el primero como conclusión no puede ser deductivamente válida, pues se trataría de un caso de falacia de afirmación del consecuente²⁴. Por supuesto, esto no excluye que un razonamiento de tal

²² En el ámbito de la teoría de la prueba, véase Bonorino (1999).

²³ Por supuesto, la relación de causación, particularmente en ámbito jurídico, no puede ser reducida a un mero condicional del tipo $A \rightarrow B$ (Papayannis, 2014; Moore, 2019).

²⁴ Considérese el siguiente ejemplo: “para cualquier x , si x usó un arma de fuego para disparar, entonces, después del disparo, rasgos de los polvos pirofóricos vaporizados se encontrarán

forma pueda ser adecuadamente analizado de otra manera, por ejemplo, como una inferencia a la mejor explicación.

En virtud de lo que se acaba de observar, sin embargo, la tesis —inspirada en el modelo propuesto por Friedrich Stein y muy común en la doctrina y la jurisprudencia (Carnelutti, 1915, p. 76)— según la cual la MdE (cualificada o común) se aplicaría *siempre* deductivamente *modo ponendo* (o a la manera, para algunos tribunales, de un silogismo aristotélico apodíctico) sería simplemente incorrecta²⁵. Para Nobile (1969, pp. 187, 192) solo las auténticas máximas se aplican *modo ponendo*.

No obstante, se podría objetar que el orden de las proposiciones atómicas en la formulación condicional de la máxima es arbitrario: si estas se reformularan invirtiéndolo, la estructura del razonamiento cambiaría, evitando la falacia de afirmación del consecuente. En contra de esta observación, se puede replicar lo siguiente:

depositados sobre x ”, es decir, $\forall x, H(x) \rightarrow I(x)$. Aplicada al caso, la máxima se convierte en un enunciado hipotético, por ejemplo, “si el señor Fulano De Tal usó un arma de fuego para disparar, entonces se encontrarán rasgos de polvos pirofóricos depositados sobre la ropa que llevaba puesta en el momento del disparo”. Si el hecho conocido es expresado mediante el enunciado fáctico singular “se encontraron rasgos de polvos pirofóricos en los guantes del señor Fulano”, es decir $I(f)$, *no* se podrá inferir deductivamente “el señor Fulano disparó”, es decir $H(f)$.

²⁵ Taruffo (2005a, pp. 268-269) es consciente de ello. De todos modos, abandonar el modelo deductivista no significa asumir que las MdE se puedan usar solo en razonamientos que tienen la estructura de una falacia de afirmación del consecuente. Considérense los siguientes ejemplos: MdE ($\forall x, L(x) \rightarrow M(x)$): “Para todas las muestras de ADN correctamente extraídas y analizadas, si se corresponden ($L(x)$), entonces vienen de la misma fuente ($M(x)$)”.

Premisa 1 ($L(i) \rightarrow M(i)$): “Si la muestra de ADN proporcionada por el imputado Ernesto De la Cruz y la muestra extraída de los rastros encontrados bajo las uñas de la víctima Héctor Rivera se corresponden, entonces De la Cruz es la persona que fue arañada por Rivera”.

Premisa 2 ($L(i)$): “Los resultados de los test sobre la muestra de ADN proporcionada por De la Cruz y la muestra extraída de los rastros encontrados bajo las uñas de Rivera se corresponden”.

Conclusión ($M(i)$): “De la Cruz (con una probabilidad muy alta) es la persona que fue arañada por Rivera”.

MdE ($\forall x, N(x) \rightarrow O(x)$): “Para cualquier persona, si ésta huye del lugar del delito poco después del momento estimado de su comisión ($N(x)$), entonces (probablemente) participó en su realización como autor o cómplice ($O(x)$)”.

Premisa 1 ($N(i) \rightarrow O(i)$): “Si el imputado Ernesto De la Cruz huyó del lugar del delito poco después del momento estimado de su comisión, entonces (probablemente) participó en su realización como autor o cómplice”.

Premisa 2 ($N(i)$): “De la Cruz huyó del lugar del delito poco después del momento estimado de su comisión”.

Conclusión ($O(i)$): “De la Cruz (probablemente) participó como autor o cómplice”.

- La inversión de las proposiciones atómicas en la máxima no preserva la estructura de la presunción (del hecho conocido al hecho desconocido)²⁶ ni la “interpretación causal” del condicional (de la causa al efecto) ni el valor de probabilidad del consecuente de la máxima (no está dicho que la probabilidad de que B sea verdadero, si lo es A, coincida con la probabilidad de que A sea verdadero, si lo es B²⁷).
- Si el orden de las proposiciones atómicas en la máxima fuera indiferente, entonces la mejor manera de formalizarla sería mediante un bicondicional (no un condicional), que posibilita inferencias cuya conclusión es una afirmación del consecuente. Sin embargo, la equivalencia material entre proposiciones atómicas no formaliza adecuadamente la diferencia epistémica entre proposiciones (enunciados) sobre hechos conocidos y proposiciones sobre hechos desconocidos.

La cuestión más apremiante es entonces la siguiente: ¿cuándo es racional (o al menos razonable), a los efectos prácticos (y en particular, en el marco de un proceso), tratar un antecedente revisable —que proporciona una descripción *incompleta* de las circunstancias relevantes— o dos premisas *insuficientes*, desde un punto de vista deductivo, para que su verdad se preserve en la conclusión, como suficientes —*rectius*, como parte de una explicación suficiente— *para considerar probado* un enunciado fáctico sobre un evento individual y concreto describable mediante los términos utilizados en el consecuente?

Se podría contestar: cuando la generalización es, a su vez, la conclusión de una inducción válida. Una inducción es válida cuando es *probable* que su conclusión sea verdadera si sus premisas son verdaderas. Pero, como se sabe, es justamente aquí que las cosas empiezan a complicarse porque hay diferentes

²⁶ En efecto, por el mismo principio podríamos invertir el orden de las proposiciones atómicas del condicional en un razonamiento que respeta la estructura de un modus ponens, transformándolo en una falacia de afirmación del consecuente. Retomando el ejemplo (ii) de la nota anterior, invirtiendo las proposiciones atómicas obtendríamos la siguiente máxima ($\forall x, O(x) \rightarrow N(x)$): “para cualquier persona, si esta cometió o participó en la comisión de un delito, entonces probablemente huyó de la escena del crimen poco después del momento estimado de su comisión”. Esto puede representar una premisa en las abducciones que se realizan durante las investigaciones policiales, pero en el proceso el enunciado sobre el hecho conocido que hay que incorporar como premisa es “el imputado, Ernesto De le Cruz, huyó del lugar del delito poco después del momento estimado de su comisión” (N(i)), no “Ernesto de la Cruz (probablemente) participó como autor o cómplice” (O(i)).

²⁷ Por ejemplo, la probabilidad de que una persona que cometió o participó en la comisión de un delito huya del lugar donde este tuvo lugar no tiene por qué coincidir con la probabilidad de que una persona que huye del lugar del delito lo haya cometido o haya participado en su comisión.

métodos inductivos, conceptos de probabilidad y estándares de prueba, y la elección de la generalización más adecuada responde precisamente a los modelos teóricos que integran estas nociones. Taruffo manifiesta una preferencia para los métodos que favorezcan y valoricen la contrastación de hipótesis y, siguiendo a L. Jonathan Cohen (1977), se decanta para un concepto de probabilidad lógica como grado de confirmación comparativamente más elevado (Taruffo, 1974; 2005a, pp. 190-239, 298-303; 2021, pp. 27-37). Además, adopta una concepción atomística/analítica de la evaluación de las pruebas, integrada (o “corregida”) por criterios “holísticos” para la elección entre reconstrucciones alternativas de los hechos (Taruffo 2005a, pp. 307-325) y defiende la necesidad de elaborar estándares de prueba diferentes para los distintos tipos de decisiones en los diferentes contextos procesales.

Finalmente, en cuarto lugar, es necesario considerar unas posibles objeciones a las distinciones de Taruffo entre generalizaciones preexistentes y *ad hoc*, y entre generalizaciones imprecisas (o menos precisas) y “referidas directamente al caso específico”. Como hemos visto, nuestro autor opina que solo las generalizaciones preexistentes y referidas directamente al caso garantizan la conclusión relativa al hecho desconocido.

Limardo (2021, pp. 140-144) ha criticado ambas distinciones, observando que, las expresiones “*ad hoc*” y “referida directamente al caso específico” resultan engañosas. Por un lado, si estas quieren decir que la máxima, en cuanto enunciado condicional, utiliza en su antecedente términos *individuales*, entonces no se entiende de qué manera ella podría corresponder a una generalización (la cual, se dijo, es expresada por un enunciado *general*, formulable como un enunciado condicional cuyos antecedente y consecuente son cuantificados universalmente, salva su derrotabilidad).

Por otro lado, si la expresión “*ad hoc*” se refiere al hecho de que la máxima fue formulada por primera vez *en ocasión* del juicio acerca de cierto caso individual y concreto, entonces no se entiende por qué debería ser siempre desbancada por una máxima preexistente: lo que debería contar es cuál de las dos resulta corroborada (o mejor corroborada). En el contexto procesal, podría ocurrir que una parte alegara una generalización hasta aquel momento nunca formulada, ofreciendo pruebas para corroborarla, y que el juez la considerase válida integrándola en su razonamiento. La generalización sería entonces *ad hoc* y no habría razones *a priori* para no preferirla a una generalización preexistente.

En cuanto a la expresión “referida directamente al caso específico”, si lo que se entiende es que la máxima resulta fácilmente aplicable al caso porque su formulación no es indeterminada, *nulla quaestio*: una máxima precisa tiene

sin duda mayor poder explicativo que una imprecisa (Anderson et al., 2005, p. 264). Sin embargo, hay que advertir que la precisión es una propiedad gradual y contextual: el umbral de la precisión suficiente no es siempre fácil de encontrar. Además, especialmente cuando se trata de generalizaciones cualitativas, su precisión depende de muchos factores que una reformulación bajo el prisma del sentido común podría oscurecer, complicando la tarea de selección (Anderson et al., 2005, p. 279).

Pero, ¿qué pasa cuando una máxima muy precisa contradice una máxima más general, la cual, sin embargo, resulta suficientemente precisa (no indeterminada) y empíricamente más sólida? De nuevo, observa Limardo, no hay razones *a priori* para preferir la máxima más precisa, sino que habrá que evaluar cuál de las dos encaja mejor en la reconstrucción global de los hechos del caso concreto.

En mi opinión, las críticas de Limardo son correctas. No obstante, creo que haría falta matizar algo más sus conclusiones. En primer lugar, tengo la impresión de que las generalizaciones elaboradas y comprobadas en ocasión de un proceso son muy raras y *pour cause*: suelen ser menos corroboradas que las generalizaciones preexistentes (y chocan contra los sesgos de creencia, disponibilidad, *status quo*, confirmación y anclaje en los que el juez podría incurrir). Así que tal vez exista una MdE jurisprudencial, una regla por defecto, que le sugiere al juez preferir las generalizaciones más asentadas²⁸, cuando las hay. Tal vez, Taruffo consideraba razonable esta regla por defecto. Sin embargo, una regla por defecto es útil solo en condiciones de falta de información; pero el juez tiene los instrumentos jurídicos para adquirir al proceso los conocimientos que necesita, al menos en cierta medida, superando la regla por defecto.

La hipótesis exegética alternativa es que Taruffo estuviera pensando en generalizaciones *ad hoc* no alegadas por las partes, sino incorporadas por el juez en su razonamiento probatorio. Ahora bien, si estas generalizaciones no son cualificadas (es decir, si son de sentido común) y no han superado el filtro del contradictorio, es razonable presumir su menor probabilidad epistémica y pedirle al juez que justifique adecuadamente su fundamento y aplicabilidad.

5. FUNCIONES DE LAS MÁXIMAS DE EXPERIENCIA

Según Taruffo (2020, pp. 254-259; 2012, pp. 220-229), otra clasificación de las máximas es posible si se pasa de un análisis estructural y relativo a la base

²⁸ En contra de esta idea, véase Palavera (2017).

empírica a un análisis pragmático-funcional. Las generalizaciones empíricas —*recte*, los enunciados de forma general (como se vio en el cuarto acápite)— pueden cumplir al menos cinco funciones:

- i. Una función *definitoria* o *interpretativa* (la locución es mía, no de Taruffo) del supuesto de hecho de una norma²⁹ (Taruffo, 2001).
- ii. Una función *heurística*, cuando se emplean en una abducción para apoyar conjeturas o identificar hechos a probar (Ferrer, 2007, pp. 127-138)³⁰ en el contexto de una narración, acerca de los hechos de la causa, que aspira a la plausibilidad, coherencia, persuasión, verosimilitud. Esta función es típica de las generalizaciones hipotizadas por los investigadores. El juez, en cambio, puede elegir entre varias máximas de experiencia, puede aceptar o no las máximas alegadas por las partes en sus argumentos, pero no puede ofrecerlas como hipótesis por controlar³¹.
- iii. Una función *epistémica*, cuando se utilizan en un razonamiento presuntivo para derivar cierta conclusión fáctica a partir de una aserción acerca de un hecho conocido o ya probado, o bien, cabría añadir, como pruebas sobre la fiabilidad de ciertos medios de prueba (Ferrer, 2007, p. 107).
- iv. Una función *justificativa* (en la “justificación externa” de la premisa fáctica del “silogismo judicial”), cuando se emplean para expresar públicamente en una motivación porque se considera probado cierto enunciado acerca de los hechos.
- v. Una función *directiva* (la locución es mía, no de Taruffo), cuando se formulan como (o se “fijan mediante”) —*rectius*, se asumen como elementos de

²⁹ Es frecuente que el juez acuda a las MdE para interpretar cláusulas generales, como “diligencia del buen padre de familia”, “respeto a los difuntos”, “contrario a la moralidad pública”, o incluso expresiones del léxico legal, como “asociación mafiosa”, “causa”, “dolo”.

³⁰ En la obra de Ferrer se sugiere un esquema del tipo $(H \wedge SA \wedge CI) \rightarrow P$, donde H = hipótesis sobre los hechos del caso individual y concreto (hecho desconocido), SA = supuestos auxiliares (máximas de experiencia), CI = condiciones iniciales (hechos conocidos), P = previsión (hechos que se llega a conocer). Mi única duda al respecto concierne a la idea de representar la relación entre H, SA, CI y P como un condicional en cambio de una regla de inferencia.

³¹ Si no generara ambigüedades, se podría decir que el juez realiza (o hace propia) una inferencia a la mejor explicación (*selección*, entre varias hipótesis, basada en criterios epistémicos) sin realizar necesariamente una abducción (proceso de *generación* de hipótesis). La potencial confusión depende de la estrecha conexión entre las dos nociones (y los dos fenómenos), así que en la literatura muchos autores —como Gilbert Harman, Peter Lipton y Bas van Fraassen— terminan identificándolas (McAuliffe, 2015). Además, cuando utiliza una MdE, el juez no debería operar una selección entre hipótesis *por corroborar*, sino entre generalizaciones ya corroboradas.

la *ratio* para fundar³²— reglas jurídicas³³. Una *species* de este *genus* es la presunción legal, que sustrae al juez la valoración discrecional de la prueba en aras de una reducción del riesgo de error *in iudicando* y de los costes de decisión.

Taruffo observa correctamente que las varias funciones no son necesariamente correlativas (lo cual es bastante claro en el caso de las distinciones entre ii y iii e iv y v): la máxima de sentido común usada en la motivación fáctica de la sentencia puede no representar la real garantía epistémica de cierta conclusión considerada por el juez³⁴; la máxima cristalizada en una presunción legal puede tener un escaso apoyo empírico —en cuyo caso, probablemente, su *ratio* no es epistémica, sino ético-política— y lo mismo podría decirse para ciertas máximas utilizadas como esquemas interpretativos de sentido común; las hipótesis todavía no suficientemente corroboradas no permiten derivar presuntivamente una conclusión relativa al hecho a probar.

Antes de concentrar la atención sobre las máximas interpretativas/definitorias, cabe realizar dos observaciones sobre las generalizaciones en función heurística. La primera es que, en mi opinión, se trata de una categoría innecesaria. Para aclarar la razón de esta conclusión, considérese un ejemplo propuesto por Jordi Ferrer (2007, pp. 132-134). La policía detiene a un sujeto S del que sospecha que es el autor de un homicidio a tiros, cometido pocos minutos antes en una joyería en la que ha entrado a robar. La policía formula la siguiente hipótesis: si S es el autor del disparo (hecho a probar), puesto que no llevaba guantes, entonces se encontrarán rastros de pólvoras pirofóricas sobre

³² Piénsese, por ejemplo, en los delitos de peligro presunto, en la circunstancia agravante de reincidencia (se presume que el sujeto reincidente tenga una mayor capacidad delictiva), la prescripción del delito (se presume que el paso del tiempo cancele las exigencias retributivas que justifican la pena), la exclusión de los testigos consanguíneos o afines (se presume que la relación de parentesco influya negativamente sobre la sinceridad del testigo). Entre los mejores análisis de las relaciones entre generalizaciones y normas, se encuentran Lyons (1965), Regan (1989), Bayón (1991), Schauer (1991).

³³ El recurso a las máximas puede ser prescrito también de manera indirecta: piénsese en las normas que sancionan los ilícitos culposos, las cuales a menudo reenvían a definiciones legislativas de la noción de culpa que mencionan como condición esencial la realización de una conducta objetivamente contraria a reglas cautelares derivadas de MdE (comunes o específicas de cierto sector).

³⁴ Sin embargo, la obligación de hacer públicamente controlable el razonamiento que lo ha conducido a cierta conclusión tiene el efecto de concientizar al juez sobre la importancia de que sus inferencias sean sólidas. En el caso de la MdE, su explicitación es importante, no solo porque ayuda a reconstruir el razonamiento presuntivo, sino también porque contrasta el recurso a la ciencia privada del juez, incompatible con el principio del contradictorio.

sus manos (*previsión*). La policía encuentra las pólvoras sobre las manos de S e infiere que este es el autor del disparo. Este razonamiento asume la verdad de la máxima “es probable que un disparo deje rastros de pólvoras pirofóricas sobre quien lo determinó (*ceteris paribus*)”.

Ahora bien, aunque el razonamiento probatorio de la policía tenga un valor heurístico (encontrar un indicio que corroboraría la hipótesis), la función de la máxima es *epistémica*, en cuanto se usa como elemento de corroboración de la hipótesis expresada en el condicional³⁵. Quizás, entonces, la generalización pueda ser vista más como un *respaldo* del condicional que como una garantía de la conclusión.

La segunda consideración concierne a la manera de caracterizar la función heurística elegida por Taruffo. Mientras describe el uso de las máximas por los abogados, empeñados en elaborar y presentar una reconstrucción plausible de los hechos, el autor incurre en un significativo deslizamiento lingüístico: deja de hablar del “descubrimiento” de posibles conexiones entre eventos y empieza a insistir en la coherencia, familiaridad y credibilidad de la narración, hasta expresarse en términos de “función puramente narrativa” de las máximas (Taruffo 2020, p. 256). Pues bien, aunque las expresiones “hipótesis” y “narración hipotética” puedan ser usadas como sinónimas y aun reconociendo las importantes relaciones entre la “lógica” del descubrimiento y la narración de los hechos, no es lo mismo, creo, usar una máxima —cuya función principal en el razonamiento probatorio es, lo repito, epistémica— para formular una hipótesis fáctica que “cubra” un hecho desconocido y usarla para hacer una hipótesis familiar, creíble o verosímil para un auditorio, desde el punto de vista de la experiencia común. Este segundo empleo de la máxima, que Taruffo llama “narrativo”, quizá pueda ser calificado también como “retórico” o “persuasivo”.

Una valiosa aportación del análisis crítico de Taruffo consiste en hacernos conscientes de los peligros que genera una confusión entre la función definitiva o interpretativa y la función epistémica de las máximas de sentido común. Cuando se usa en función definitiva o interpretativa, la MdE se convierte en un esquema para la comprensión del significado de cierta acción (y, según los casos, de su imputabilidad). Un esquema del tipo “en cierto contexto C, acciones o eventos del tipo X *cuentan como* acciones o eventos del tipo Y” expresa una relación interna entre conceptos y manifiesta una concepción

³⁵ Por supuesto, el razonamiento probatorio completo debería ser más complejo, incluyendo, por ejemplo, otra máxima del tipo “es muy improbable, *ceteris paribus*, que se encuentren rasgos de pólvoras pirofóricas en sujetos que no hayan utilizado armas de fuego”.

cuando es impensable que X en C no pueda ser descrito como Y (como se vio en el cuarto acápite).

Considérense los siguientes ejemplos: “el sujeto que apunta un arma hacia el pecho de una persona y le dispara tiene la intención (dolo) de matarla”, “una joven chica no consiente/elige tener su primera relación sexual con un sujeto conocido solo superficialmente”, “el imputado (o el testigo) que se contradice, miente”. Los enunciados utilizados de esta manera no son, a pesar de su apariencia, empíricos; de hecho, podemos parafrasearlos como “apuntar un arma hacia el pecho de una persona y dispararle cuenta como tener la intención de matarla”, “para una joven chica, tener su primera relación sexual con un sujeto conocido solo superficialmente cuenta como tener una relación sexual sin consentimiento”, y “una contradicción en las declaraciones efectuadas por el imputado (o el testigo) cuenta como falta de sinceridad”. Sin embargo, pueden hacer explícita una *gramática conceptual* o un *punto de vista* compartido dentro de cierto grupo social.

El que conceptos y concepciones resulten generalmente compartidos es un hecho social que se puede comprobar (desde las ciencias sociales), pero ello no cuenta como prueba o respaldo de la relación interna en sí (por ejemplo, entre el concepto de dolo y los criterios para atribuirlo basados en una serie de índices comportamentales) para quienes no la aceptan. La expresión de una relación interna *puede* ser avalada por buenas razones (reconocidas por quien no adopta cierta concepción), pero no lo es siempre; en muchas ocasiones, su base consiste en *actitudes reactivas* o en meros prejuicios más que en razones complejas que contemplan también conocimientos empíricos adecuados. Al respecto, Narváez observa que:

[E]l reconocimiento de concepciones diversas, cuando este es posible, no nos obliga a tratarlas como igualmente valiosas (...); para que esto llegase a producirse, el punto de vista de partida (o si se prefiere, la concepción de partida) tendría que permitirlo (2011, p. 566).

Así, cuando se invocan enunciados de forma general que determinan el objeto (los objetos) de prueba, es un error tratarlos como garantías epistémicas que hacen más probable la verdad de los enunciados acerca de hechos desconocidos. Se puede cuestionar la fiabilidad, generalidad y fuerza probatoria de los segundos, pero no de los primeros. En cambio, tiene sentido preguntarse, acerca de los primeros, si los jueces poseen y utilizan correctamente los instrumentos para detectar y apreciar la difusión social de las concepciones que entran en sus razonamientos, reconociendo posibles desacuerdos; y si acaso

“procesalizan” las categorías del derecho sustancial, es decir, las nociones relativas al supuesto de hecho, para obviar dificultades probatorias (más o menos concretas) o amplían el ámbito de las conductas dotadas de relevancia probatoria, con posibles graves consecuencias en cuanto al respeto del principio de legalidad. Por ejemplo, en el contexto italiano de los procesos por mafia, la participación del imputado a un ritual de afiliación o su frecuentación de ciertos sujetos o los discursos en los que expresa un apoyo a la organización criminal, aun en ausencia de pruebas sobre actividades concretas del mismo que hayan contribuido a la operatividad de la organización o sobre su estable inserción en el tejido de la organización, cuentan para los jueces como prueba de afiliación mafiosa (Visconti, 2003).

6. CRITERIOS PARA EL USO Y EL CONTROL DE LAS MÁXIMAS

Taruffo no se contenta con denunciar los peligros derivados de un uso descuidado de las generalizaciones, sino que intenta ofrecer una serie de criterios para evaluar la racionalidad de su empleo y controlar el respeto de las normas jurídicas sobre el razonamiento probatorio del juez. Sin embargo, a lo largo del tiempo, su postura se ha modificado de forma significativa. Conviene entonces recorrer la evolución de su pensamiento haciendo referencia a sus obras principales³⁶.

En 1992, año de publicación de *“La prova dei fatti giuridici”*, Taruffo, después de resaltar el carácter local de los criterios de inferencia, describe todavía el contexto jurídico de la determinación procesal de los hechos como “poco exigente”, que sí admite el recurso a los conocimientos científicos cuando resulta necesario, pero normalmente se basa en el sentido común. El derecho procesal, señala,

No excluye e incluso favorece el empleo de metodologías científicas para la determinación de los hechos, de modo que algunas veces se dispone de criterios científicamente fundados (esto es, tendencialmente seguros y precisos) para la formulación de las inferencias sobre los hechos. Sin embargo, esta es una situación marginal; la situación “normal”, está constituida por el uso de las nociones de sentido común en función de criterios para la formulación de esas inferencias. En este sentido, el proceso no es un contexto “científico”, “especializado” o “formalizado”; es, en cambio, simplemente un caso particular de aplicación del sentido común (Taruffo 2005, p. 270).

³⁶ Dedicándome a esta tarea descubrí una excelente monografía que ofrece una representación muy exhaustiva de los principales debates sobre el tema de las MdE: Palavera (2017).

Esta conclusión, además, dependería de un requisito de *controlabilidad social* de la sentencia: el rol del juez y su forma de reconstruir los hechos no pueden coincidir con los del científico, so pena de hacer opaco a la mayoría de los coasociados su razonamiento acerca de los hechos.

Sin embargo, en consideración de la escasa fiabilidad del sentido común, en muchas ocasiones, tampoco parece oportuno que el juez emplee únicamente las nociones y generalizaciones que de ello se puedan extraer. Por estas razones, Taruffo sugiere recurrir a un nivel de conocimiento intermedio:

[N]o hay ninguna necesidad de referirse, en presencia de culturas muy diversificadas y estratificadas, a los niveles más bajos y más toscos del sentido común, aunque quizá estos son los comunes a un número más elevado de personas. Parece, en efecto, más seguro y confiable, aunque quizás menos “popular”, un control que se ejercite a través de una cultura media-alta (antes que media-baja) que contenga al menos las bases esenciales para una valoración racional e incluso científica – si es necesario – de las pruebas que se emplean para determinar los hechos. No hay razones, en efecto, para situar la prueba del hecho en juicio a un nivel metodológico inferior al que se exige en numerosos sectores de la experiencia, como la gestión económica, el uso de un ordenador, la conducción de máquinas sofisticadas, el uso de medicinas, etc. (2005, pp. 334-335).

Lo que más importa, advierte el autor, es que estas MdE se puedan someter a un control de racionalidad o razonabilidad³⁷. En el ensayo que estamos examinando, Taruffo propone explícitamente los siguientes dos criterios para el uso de las máximas:

- i. Un primer criterio, de justificación externa, para la selección de las máximas: “tienen que utilizarse únicamente las máximas sobre las que se disponga de un amplio consenso en la cultura media [¿media-alta?] del lugar y del momento en el que se formula la decisión, resultando por ello aceptables como criterios de inferencia” (Taruffo, 2005, p. 424)³⁸.
- ii. Un segundo criterio, de justificación interna, para la *aplicación* de las máximas, basado en el respeto de su “naturaleza” (Taruffo, 2005, pp. 424-425). Así, primero, “no se pueden efectuar inferencias ‘ciertas’ sobre la base

³⁷ Esto implica que en la motivación de la sentencia se hagan *explicitas* en la mayor medida posible para comprender el razonamiento probatorio.

³⁸ La idea se encuentra también en Taruffo (1997, p. 561; 2001, p. 686). No es infrecuente, en la jurisprudencia italiana, que se invoque solo el sentido común como parámetro de evaluación de la máxima (*Corte di Cassazione*, II Sec. Pen, Sentencia N° 2436, 1993).

de máximas no generales [es decir, de generalizaciones no universales o cuasi-universales]”. En otro trabajo (Taruffo, 2008, p. 270), el autor especificará este criterio pidiendo que el juez no sobreestime el valor lógico y heurístico de la máxima que utiliza y no confunda las probabilidades con posibilidades más o menos frecuentes³⁹. Y, segundo, tampoco se pueden efectuar “inferencias ‘cognoscitivas’ mediante máximas que expresen únicamente valoraciones”.

He usado el adverbio “explícitamente” porque en la misma obra (Taruffo, 2005, pp. 470-477) se encuentra un interesante análisis meta-doctrinal de los límites legales a las presunciones simples impuestos por el artículo 2729 del *Codice Civile* (y el artículo 192.2 del *Codice di Procedura Penale*) italiano que sugiere un requisito ulterior, esta vez para la *evaluación* de la aplicación de la máxima. Para Taruffo, la disposición mencionada opera como una prueba legal negativa: un enunciado sobre un hecho desconocido no puede ser considerado probado si no se infiere, mediante MdE, de una pluralidad de enunciados sobre (o de un enunciado molecular que describe una conjunción de) hechos conocidos (indicios) graves, precisos y concordantes. Pues bien, observa el autor que estos criterios legales de evaluación de la inferencia presuntiva (más que de los indicios) no esclarecen su naturaleza probabilística; habría sido mejor formular la disposición en términos de grados de confirmación prevaeciente de la hipótesis sobre otras referidas a los mismos hechos conocidos, sin descartar la posibilidad de que una inferencia presuntiva a partir de un único indicio alcance el grado de confirmación suficiente.

Estas conclusiones, en realidad, ya se encontraban claramente formuladas en su artículo “*Certezza e probabilità nelle presunzioni*” de 1974. Sin embargo, en aquel texto Taruffo presentaba y defendía otros dos cánones selectivos:

- iii. Está permitido utilizar solo las MdE *no incompatibles* con los conocimientos científicos, los cuales pueden también rectificar el ámbito de operatividad y el nivel de confiabilidad de las generalizaciones de sentido común (p. 92).
- iv. La elección de la máxima depende de su *utilidad heurística en el caso concreto* (pp. 93-94). En virtud de este criterio se justifica, por ejemplo, la preferencia hacia las generalizaciones específicas —aunque no universales o no dotadas de una probabilidad estadística elevada— sobre las generalizaciones menos específicas y precisas, pero referidas a eventos más probables.

³⁹ La idea se encuentra también Taruffo (2020).

Hasta aquí, de la postura de Taruffo se desprende lo siguiente. A veces, el recurso a leyes y generalizaciones empíricas científicas es *necesario* porque no hay máximas de sentido común aplicables⁴⁰. Cuando las hay, puesto que resulten aceptadas en la cultura media-alta y no sean incompatibles con los conocimientos científicos, hay que preferirlas a estos últimos. Sin embargo, en caso de incompatibilidad entre ciencia y sentido común, antes de descartar la máxima no cualificada, hay que evaluar su utilidad heurística en el caso concreto (por ejemplo, su precisión).

Ahora bien, algunos elementos del sistema de criterios que se acaba de presentar son discutibles en cuanto su formulación no pone de manifiesto de qué manera ellos se conectan con los valores y las opciones políticas que se traducen en la elección de ciertos estándares de prueba en determinados contextos. Donde más se advierte la exigencia de una delimitación precisa del supuesto de hecho —es decir, donde el principio de legalidad se entiende de forma más estricta— en función de garantía, como en el ámbito penal, más importantes resultan la fuerza probatoria de la generalización y la controlabilidad de su respaldo.

Así, por un lado, el tercer criterio de la no incompatibilidad aparece demasiado débil porque le permite al juez el uso de máximas no corroboradas científicamente en el caso de “lagunas” del conocimiento científico o experto. Por otro lado, el primer y cuarto criterio pueden resultar inadecuados cuando se trata de aplicarlos para controlar una máxima utilizada; por ejemplo, en la explicación causal de un evento jurídicamente relevante, porque el consenso en la comunidad de los no-expertos y la utilidad heurística en el caso concreto no parecen suficientes, desde un punto de vista epistémico, cuando lo que cuenta es el grado de corroboración de la máxima y su contenido empírico (Palavera, 2017, pp. 52-58)⁴¹.

Además, es dudosa la relatividad de los criterios de evaluación de las máximas al tipo de contexto en el que son invocadas: aun si el contexto procesal fuese realmente de sentido común (cabe suponer, de la cultura “media-alta”) y la máxima fuese explicitada en un lenguaje familiar al “hombre de la calle”⁴²,

⁴⁰ En la Sentencia N° 8232, la IV Sec. Pen. de la *Corte di Cassazione* (1981) señala que “el juez penal tiene el deber de disponer una pericia solo cuando resulta imposible la solución de la cuestión técnico-científica recurriendo a las nociones de común experiencia” (traducción propia).

⁴¹ En sentido contrario, véase la Sentencia N° 13690 de la IV Sec. Pen. de la *Corte di Cassazione* (1986).

⁴² Ambas asunciones son cuestionables. En ese sentido, véase Jori (1995), Mortara (2001).

el requisito tercer de Taruffo parece sugerir que las generalizaciones no calificadas no tengan un poder explicativo autónomo (Stella, 2000, pp. 149-151; Palavera 2017, pp. 76-83).

Sensible a estos argumentos, entre los finales de los años noventa del siglo pasado y los comienzos del nuevo milenio, el autor modifica su postura, que se vuelve aún más crítica hacia el empleo de las generalizaciones de sentido común. En un artículo de 1997, "*Funzione della prova: la prova dimostrativa*", Taruffo limita el alcance de su tercer criterio de 1992, afirmando que el recurso a las MdE es admisible solo cuando:

- v. No se encuentren conocimientos científicos aplicables –lo cual, con la extensión de la ciencia y de la técnica, se vuelve cada vez menos frecuente (1997, p. 561);
- vi. No resulten incompatibles con otras máximas o nociones de sentido común (1997, p. 562)⁴³.

No obstante, si el quinto requisito reformula el tercer criterio vale la objeción anteriormente planteada: ambos pueden generar un conflicto con la exigencia de determinación y refutabilidad/corroborabilidad de la MdE.

En "*Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*", de 2001, pone en duda la referencia al consenso como criterio de validación de las máximas no calificadas por tres razones principales. La primera es que en sociedades cada vez más multiculturales y susceptibles a procesos de globalización, la tarea de definir lo que pertenece al sentido común se complica mucho y, paradójicamente, no hay garantías de que la forma en que el sentido común se autodelimita resulte más fiable que otras. La segunda es que el *stock of knowledge* al que acudimos, a menudo inconscientemente, para completar nuestros razonamientos suele ser incoherente, estratificado y fragmentado (Anderson et al., 2005, pp. 270-276). La tercera es que, en un razonamiento probatorio teleológicamente orientado a la verdad como correspondencia (del lenguaje a la realidad), el consenso desempeña un papel marginal. Sin embargo, el autor no abandona el primer criterio y lo encontramos mencionado también en sus obras más recientes⁴⁴.

Por otro lado, en tensión con lo anteriormente argumentado, Taruffo afirma que las generalizaciones proporcionadas por la ciencia o relativas a

⁴³ En el mismo sentido, también Taruffo (2008, p. 270; 2020, p. 261).

⁴⁴ Véase Taruffo (2001, p. 686; 2008, p. 270; 2020, p. 261).

procedimientos técnicos pueden ser utilizadas para solucionar los conflictos entre MdE de sentido común⁴⁵. El autor parece entonces haber superado la combinación de los criterios v. y vi., guardando un rol no marginal para la experiencia no cualificada.

En *“La prueba”*, de 2008, Taruffo expresa de la forma más cortante y sarcástica sus dudas acerca de la utilidad de las generalizaciones de sentido común. Merece la pena citarlas extensamente:

Respecto de estos presupuestos pueden formularse algunas preguntas, a las que, sin embargo, es difícil encontrar respuestas aceptables. ¿De quién es la experiencia relevante para la elaboración de una máxima? ¿La del juez? Pero, entonces, ¿cuántos casos debe haber visto y decidido el juez para formarse esa experiencia? ¿Pero cómo ha decidido esos casos en momentos en que su experiencia no se había formado aún? Si los ha decidido en función de criterios diversos, de caso en caso, ¿cómo hace para formular la máxima? O, en cambio, ¿se trata de la experiencia de un ambiente social o cultural? ¿Cuál? ¿Cuán amplio? ¿Cuán homogéneo? ¿Cuánto tiempo ha sido necesario para que la experiencia de un grupo social se haya consolidado en una regla general? ¿Años, siglos? Más aún, ¿quién está legitimado para formular la máxima, condensando en una aserción la experiencia de variadas y numerosas circunstancias específicas vividas por algunos sujetos o por millones de personas? ¿Es el juez quien se hace intérprete del sentir social y crea ad hoc la máxima de experiencia? ¿O bien hay otros intérpretes del sentido común legitimados para decir en qué consiste la experiencia de determinados hechos? ¿Son, quizás, los “todólogos” o los “tertulianos” televisivos, o existen “expertos” de la experiencia social? (Taruffo, 2008, p. 269).

En *La semplice verità*, de 2009, Taruffo⁴⁶ se dedica a un análisis pormenorizado de lo que constituye el “vago, indeterminado, variable e incierto” *stock of knowledge*, el cual forma la base de las narraciones que pueden ingresar al proceso: tramas, estereotipos, perfiles, prejuicios. Una de las consideraciones más interesantes avanzadas en este texto concierne al carácter prescriptivo de los juicios de normalidad y a la presencia de esquemas narrativos “hegemónicos”, “verdades oficiales”, cuya aplicación puede desembocar en distorsiones y manipulaciones a la hora de describir los hechos; por ejemplo, excluyendo hechos relevantes que no se corresponden al esquema o asumiendo la presencia de propiedades o el acontecimiento de eventos no probados impuestos por el esquema (Taruffo, 2010, pp. 72-78).

⁴⁵ En el mismo sentido, también Taruffo (2001, p. 686; 2008, p. 270; 2020, p. 260).

⁴⁶ En este caso, la fuente principal de Taruffo es Anderson et al. (2005).

En “*Considerazioni sulle massime di esperienza*” de 2009⁴⁷, las preocupaciones por estos aspectos aparecen sintetizadas en el siguiente criterio, que integra los requisitos ii y iii:

vii. No se pueden utilizar máximas que se refieren a generalizaciones espurias (Taruffo, 2020, p. 261).

La enumeración de los criterios para el uso y el control de las máximas termina con otros tres requisitos (dos de los cuales ya examinados —asumiendo la corrección de las objeciones de Limardo— en el cuarto acápite):

viii. No se puede utilizar una máxima falseada aun en un solo caso.

ix. No se pueden utilizar máximas *ad hoc*.

x. Hay que preferir las máximas precisas a las indeterminadas.

¿Qué queda, entonces, al final de este recorrido? El sistema que supera el filtro de la crítica es constituido por una combinación de los criterios ii, vii, viii y ix. A estos habría que añadir un requisito explícito de corroboración suficiente (y no refutación) de la generalización empleada.

Una presentación de la evolución de las reflexiones de Taruffo no puede terminar sin considerar un par de límites ulteriores, de política del derecho, al uso judicial de las MdE. En su obra ellos no llegan a ser formulados como criterios específicos, pero subyacen, en mi opinión, a las reflexiones del autor sobre el derecho a la prueba y los modelos procesales.

En orden de importancia, un primer límite por explicitar concierne al respeto del principio del contradictorio. Aunque haya buenas razones para autorizar al juez a asumir *ex officio* MdE no alegadas por las partes, parecería mejor una solución que favoreciera la emersión de las máximas no alegadas (ni presupuestas) por las partes durante el contradictorio. Esto es lo que normalmente sucede cuando el juez recurre a un perito, el cual, en la mayoría de los ordenamientos, elabora su dictamen después de recibir y considerar las observaciones de (los asesores técnicos de) las partes. Pues bien, el mismo principio debería ser aplicado también cuando la generalización relevante no es formulada por un experto, sino directamente por el juez. En este supuesto, el principio debería fundamentar un poder (y un deber) del juez de pedirle a las partes que formularan argumentos en favor o en contra de una máxima

⁴⁷ Nótese que el artículo citado representa una revisión de las ideas expresadas por el autor en un capítulo de su primer libro, de 1970, “*Studi sulla rilevanza della prova*”.

que él considerara relevante como base para una presunción o como prueba acerca de la fiabilidad de otra prueba.

Un segundo límite se desprende del principio de motivación de las resoluciones/sentencias judiciales. En virtud de este, no solo la justificación externa de la premisa fáctica del razonamiento aplicativo del derecho debe reflejar un razonamiento epistémicamente adecuado, sino que debe ser suficientemente detallada para permitir un control efectivo por las partes y otro tribunal. Así, cuando se utiliza una MdE, es necesario que el juez la haga explícita y no se detenga a una mera referencia a formulaciones “tipificadas”, a menudo traslaticias (abstraídas de su contexto de aplicación e indeterminadas). El juez debería siempre problematizar su recurso a las máximas y dar cuenta en la sentencia —idealmente, mediante argumentos de corte epistemológico y metodológico— de las razones que lo llevaron a considerar cierta generalización como más fiable e idónea (en términos de probabilidad lógica) que otras a garantizar el hecho a probar⁴⁸.

7. LISTA DE REFERENCIAS

- Agüero, C. (2014). Una crítica al modelo de la narración judicial como explicación científica. *Ius et Praxis*, 20(1), 221-252. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122014000100009>
- Alchourrón, C. E. (1996). Detachment and Defeasibility in Deontic Logic. *Studia Logica*, 57, 5-18. <https://doi.org/10.1007/BF00370667>
- Alchourrón, C. E., Gärdenfors, P. y Makinson, D. (1985). On the Logic of Theory Change: Partial Meet Contraction and Revision Functions. *Journal of Symbolic Logic*, 50(2), 510-530. <https://doi.org/10.2307/2274239>
- Alexander, H. G. (1958). General Statements as Rules of Inference? En H. Feigl, M. Scriven y G. Maxwell (eds.), *Minnesota Studies in the Philosophy of Science* (pp. 309-329). University of Minnesota Press.
- Allport, G. W. (1954). *The Nature of Prejudice*. Addison-Wesley.
- Anderson, T., Schum, D. y Twining, W. (2005). *Analysis of Evidence* (2.ª ed.). Cambridge U.P. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511610585>
- Armstrong, D. M. (1983). *What Is A Law of Nature?* Cambridge U.P. <https://doi.org/10.1017/CBO9781139171700>

⁴⁸ Se podría incluso plantear la posibilidad de introducir, para las generalizaciones de sentido común *contestadas*, un estándar de suficiencia probatoria relativo al tipo de contexto procesal.

- Baker, G. (2001). Wittgenstein: Concepts or Conceptions? *Harvard Review of Philosophy*, 9, 7-23. <https://doi.org/10.5840/harvardreview2001912>
- Bayón, J. C. (1991). *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Bonorino, P. R. (1999). Lógica y prueba judicial. *Anuario de Filosofía del Derecho*, XVI, 15-24. <https://doi.org/10.14198/DOXA1999.22.00>
- Brandom, R. (1994). *Making It Explicit*. Harvard U.P.
- Brigandt, I. (2010). Scientific Reasoning Is Material Inference: Combining Confirmation, Discovery, and Explanation. *International Studies in the Philosophy of Science*, 24(1), 31-43. <https://doi.org/10.1080/02698590903467101>
- Carnelutti, F. (1915). *La prova civile*, vol. I. Edizioni Scientifiche Italiane.
- Cartwright, N. (1983). *How The Laws of Physics Lie*. Clarendon. <https://doi.org/10.1093/0198247044.001.0001>
- Chiovenda, G. (1923). *Principi di Diritto Processuale Civile*. Jovene.
- Cohen, L. J. (1977). *The Probable and the Provable*. Clarendon. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198244127.001.0001>
- Cohen, L. J. (1982). Intuition, Induction, and the Middel Way. *The Monist*, 65, 3, 287-301. <https://doi.org/10.5840/monist198265325>
- Couture, E. (1979). *Estudios de derecho procesal civil*, tomo II. Depalma.
- Davidson, D.H. (1984). Thought and Talk. En D. Davidson, *Inquiries into Truth and Interpretation*. Oxford U.P (original publicado en 1975).
- Dummett, M.A.E. (1993). *Seas of Language*. Oxford U.P.
- Ferrer, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons.
- Firestone, W. A. (1993). Alternative arguments for generalizing from data as applied to qualitative research. *Educational Researcher*, 22, 1, 16-23. <https://doi.org/10.3102/0013189X022004016>
- Fiske, S. T. (1998). Stereotyping, prejudice, and discrimination. En S. T. Fiske, D. T. Gilbert y G. Lindzey (eds.), *The handbook of social psychology*. Wiley.
- Ginsborg, H. (2006). Empirical Concepts and the Content of Experience. *European Journal of Philosophy*, 14, 3, 349-372. <https://doi.org/10.1111/j.1468-0378.2006.00230.x>
- Haack, S. (2007). *Defending Science – within Reason*. Prometheus.
- Haack, S. (2009). *Evidence and Inquiry* (2.^a ed.). Prometheus.
- Hegler, A. (1909). Die Unterscheidung des Sachverständigen vom Zeugen in Prozess. *Archiv für die civilistische Praxis*, 104(H. 2), 151-291.

- Hernández Marín, R. (2013). *Razonamientos en la sentencia judicial*. Marcial Pons.
- Jori, M. (1995). Definizioni giuridiche e pragmatica. *Analisi e diritto*, 1995, 109-144.
- Limardo, A. (2021). Repensando las máximas de experiencia. *Quaestio facti*, 2, 115-153. http://dx.doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i2.22464
- Lincoln, Y. y Guba, E. (1986). But is it rigorous? Trustworthiness and authenticity in naturalistic evaluation. En Williams, D. (ed.), *Naturalistic Evaluation* (pp. 73-84). Jossey Bass. <https://doi.org/10.1002/ev.1427>
- Lyons, D. (1965). *Forms and Limits of Utilitarianism*. Clarendon. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198241973.001.0001>
- Mannarino, N. (2007). *La prova nel processo*. CEDAM.
- Martínez, M., García, E. y Bernal, C. (2017). Reduccionismo, leyes naturales y complejidad: diferentes estrategias de investigación y explicación científica. *Scientiae Studia*, 15(2), 243-263. <https://doi.org/10.11606/51678-31662017000200003>
- McAuliffe, W. H. B. (2015). How did Abduction Get Confused with Inference to the Best Explanation? *Transactions of the Charles S. Peirce Society*, 51, 3, 300-319. <https://doi.org/10.2979/trancharpeirsoc.51.3.300>
- McDowell, J. (1994). *Mind and World*. Harvard University Press.
- McDowell, J. (2013). The Myth of the Mind as Detached. En J. Schear (ed.), *Mind, Reason, and Being-in-the-World: The McDowell-Dreyfus Debate* (41-58). Routledge.
- Moore, M. (2019). Causation in the Law. En E. N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. <https://plato.stanford.edu/entries/causation-law/>
- Mortara, B. (2001). *Le parole e la giustizia*. Einaudi.
- Musser, G. (2015). *Spooky action at distance*. Farrar, Straus & Giroux.
- Neuberg, S. L., y Fiske, S. T. (1987). Motivational influences of impression formation: Outcome dependency, accuracy-driven attention, and individuating processes. *Journal of Personality and Social Psychology*, 53(3), 431-444. <https://doi.org/10.1037/0022-3514.53.3.431>
- Narváez, M. (2011). Detectar concepciones: el test de la negación. *Doxa*, 33 (2010), 553-569. <https://doi.org/10.14198/DOXA2010.33.29>
- Navarro, P. y Rodríguez, J. L. (2000). Derrotabilidad y sistematización de las normas jurídicas. *Isonomía*, 13, 61-85. <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc891j3>
- Nobili, M. (1969). Nuove polemiche sulle cosiddette "massime d'esperienza". *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 56, 123-193.

- Norton, J. D. (2003). A Material Theory of Induction. *Philosophy of Science*, 70(4), 647-670. <https://www.journals.uchicago.edu/doi/10.1086/378858>. <https://doi.org/10.1086/378858>
- Palavera, R. (2017). *Scienza e senso comune nel diritto penale*. ETS.
- Papayannis, D. M. (ed.) (2014). *Causalidad y atribución de responsabilidad*. Marcial Pons.
- Patti, S. (1987). Prove. Disposizioni generali. En A. Scialoja y G. Branca, *Commentario al codice civile. Libro sesto: artt. 2697-2698*. Zanichelli.
- Polit, D. F. y Beck, C. T. (2010). Generalization in quantitative and qualitative research: Myths and strategies. *International Journal of Nursing Studies*, 47(11), 1451-1458. <https://doi.org/10.1016/j.ijnurstu.2010.06.004>
- Pugliatti, S. (1965). *Conoscenza e diritto*. Giuffrè.
- Regan, D. H. (1989). Authority and Value: Reflections on Raz's Morality of Freedom. *Southern California Law Review*, 62(3-4), 995-1095.
- Rodríguez, J. L. (2002). *Lógica de los sistemas jurídicos*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Rosch, E. (1978). Principles of categorization. En E. Rosch, y B. B. Lloyd (eds.), *Cognition and Categorization* (pp. 27-48). Erlbaum.
- Schauer, F. (1991). *Playing by the Rules*. Harvard U. P.
- Schauer, F. (2003). *Profiles, Probabilities, and Stereotypes*. Harvard U. P.
- Sellars, W. (1963). Empiricism and the Philosophy of Mind. En W. Sellars, *Science, Perception, and Reality* (pp. 127-196). Humanities Press.
- Sellars, W. (1968). *Science and Metaphysics: Variations on Kantian Themes*. Routledge & Kegan Paul.
- Stein, F. (1973). *El conocimiento privado del juez*. Ediciones Universidad de Navarra (original publicado en 1893).
- Stella, F. (2000). *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*. Giuffrè.
- Strawson, P. F. (1952). *Introduction to Logical Theory*. Methuen & Co.
- Taruffo, M. (1970). *Studi sulla rilevanza della prova*. CEDAM.
- Taruffo, M. (1974). Certezza e probabilità nelle presunzioni. *Il Foro Italiano*, 97, 83-112.
- Taruffo, M. (1990). Libero convincimento del giudice. I) Il diritto processuale civile. En *Enciclopedia giuridica*, vol. XVIII (pp. 1-6). Treccani.
- Taruffo, M. (1997). Funzione della prova: la funzione dimostrativa. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 51(3), 553-574.

- Taruffo, M. (2001). Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 55(3), 665-695.
- Taruffo, M. (2005a). *La prueba de los hechos* (J. Ferrer, trad.). Trotta (original publicado en 1992).
- Taruffo, M. (2005b). La prova scientifica nel processo civile. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 59(4), 1079-1112.
- Taruffo, M. (2008). *La prueba* (J. Ferrer y L. Manrique, trads.). Marcial Pons.
- Taruffo, M. (2010). *Simplemente la verdad* (D. Accatino, trad.). Marcial Pons (original publicado en 2009).
- Taruffo, M. (2012). La valutazione delle prove. En M. Taruffo (ed.), *La prova nel processo civile*. Giuffrè.
- Taruffo, M. (2020). Considerazioni sulle massime di esperienza. En M. Taruffo, *Verso la decisione giusta*. Giappichelli (original publicado en 2009).
- Taruffo, M. (2021). El juez y el historiador (M. A. Aramburo, trad.). *Doxa*, 44, 13-39 (original publicado en 1967). <https://doi.org/10.14198/DOXA2021.44.01>
- Tohmé, F., Delrieux, C. y Bueno, O. (2011). Defeasible Reasoning Plus Partial Models: A Formal Framework for the Methodology of Research Programs. *Foundations of Science*, 16(1), 47-65. <https://doi.org/10.1007/s10699-010-9200-0>
- Toulmin, S. (1958). *The Uses of Argument*. Cambridge U.P.
- Tsang, E. W. K. y Williams, J. N. (2012). Generalization and induction: Misconceptions, clarifications and a classification of induction. *MIS Quarterly*, 36(3), 729-748. <https://doi.org/10.2307/41703478>
- US Environmental Protection Agency (2005). *Risk Assessment in the Federal Government – Guidelines for Carcinogen Risk Assessment* (EPA/630/P-03/001F). https://www.epa.gov/sites/production/files/2013-09/documents/cancer_guidelines_final_3-25-05.pdf
- Visconti, C. (2003). *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*. Giappichelli.
- Wittgenstein, L. (1988). *Investigaciones filosóficas* (A. García y U. Moulines, trads.). Editorial Crítica (3.ª ed., original publicada en 1967).
- Wittgenstein, L. (2008). *Sobre la certeza* (J. Prades y V. Raga, trads.). Gedisa (original publicado en 1969).