

REGLAS DE LA EXPERIENCIA

Concepto, tipología, formación y validez *

*João Marques Martins***

• INTRODUCCIÓN

I – De acuerdo con TARUFFO (2006:120), el concepto de “máximas de la experiencia” es localmente contingente, sólo conocido en los sistemas jurídicos alemán, italiano y español.

No creo que debamos estar de acuerdo con esta inferencia. Si el ilustre jurista italiano se refiere a la expresión, a la noción o al modo de exponer el problema, entonces esta definición se encuentra incompleta porque no contempla, al menos, el sistema jurídico portugués, donde se analiza esta cuestión hace más de 50 años.^[1] Si se tiene en cuenta la propia entidad, desde una perspectiva metafísica o epistemológica, entonces la conclusión sería precipitada, pues ningún sistema jurídico puede funcionar sin reglas de la experiencia, incluso si las designa o las llama de otro modo.^[2] Las reglas de la experiencia son por tanto un tema de interés universal.

II – Aunque admito la existencia de otras, identifico al menos cinco cuestiones fundamentales de interés jurídico que surgen a partir de la figura de las reglas de la experiencia. Son las siguientes:

- (i) Conceptual: ¿Qué son?
- (ii) De orden: ¿Cómo se clasifican?
- (iii) De origen: ¿Cómo se forman?
- (iv) Fundacional (o epistemológica): ¿Dónde/cómo se funda/justifica su validez?
- (v) De delimitación: ¿Existen figuras afines a las reglas de la experiencia?

De estas cuestiones y de otras relacionadas nos ocuparemos de ahora en adelante.

* El desarrollo de las ideas expresadas en este *paper* consta de MARQUES MARTINS (2017a: 435-93 y 2017b: 115-50)

** Professor Auxiliar de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa (jjmarquesmartins@fd.ulisboa.pt)

[1] V. CASTRO MENDES (1961:177, 508-9, 660-7) y CASTANHEIRA NEVES [1967: 38 (n. 15), 119-20 (n. 34)].

[2] Por ejemplo, ¿qué son sino reglas de la experiencia las conocidas “generalizaciones” del sistema angloamericano? [sobre este concepto, v. TWINING (2006:334-5)].

§ I

¿QUÉ ES UNA REGLA DE LA EXPERIENCIA?

1. *Una respuesta posible*

I – La doctrina ofrece varias definiciones de “regla de la experiencia”. Una de ellas, ilustre, puede encontrarse precisamente en el pensamiento del primer jurista que introdujo el tema en el debate jurídico. De acuerdo con STEIN (1893:21-2) las reglas de la experiencia son “*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 a partir de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos*”.

Propongo una alternativa: *relación abstracta de carácter nómico que detectamos en el mundo*.

Haré el intento de anotar algunas de las virtudes de esta segunda hipótesis definitoria con respecto a la primera con el objetivo de no quedar atrapados en la *trampa* proposicional. Aquel que proponga las reglas de la experiencia no está, cuando las invoque, refiriéndose a un juicio, una definición, en fin, a una premisa o su sentido; lo que propone como objeto del discurso es el mundo y su modo de ser.

Otra virtud esperada es la ambigüedad introducida por la frase “*podemos detectar*”. Si la primera parte de la definición pretende colocarnos en el mundo, la segunda nos remite a la perspectiva de aquel que propone la regla sobre el mundo.

II – Para concluir, una nota terminológica. Como veremos más adelante, comprender exactamente los problemas que se tratan en este texto presupone atribuir, alternativamente, sentido metafísico o epistemológico al concepto de regla de la experiencia. En principio, el contexto se encargará de indicar el sentido de la cuestión. Sin embargo, admitiendo que no siempre fue así, propongo lo siguiente: cuando, con “regla de la experiencia”, se desee identificar un modo de ser del mundo, escribiré, si fuese necesario, “RE_M” (léase: regla de la experiencia en sentido metafísico); cuando se utilice la expresión en el sentido de conocimiento, se utilizará, si fuese conveniente, “RE_C” (léase: regla de la experiencia en sentido epistemológico o de conocimiento).

§II
TIPOLOGÍA

2. Propuesta^[3]

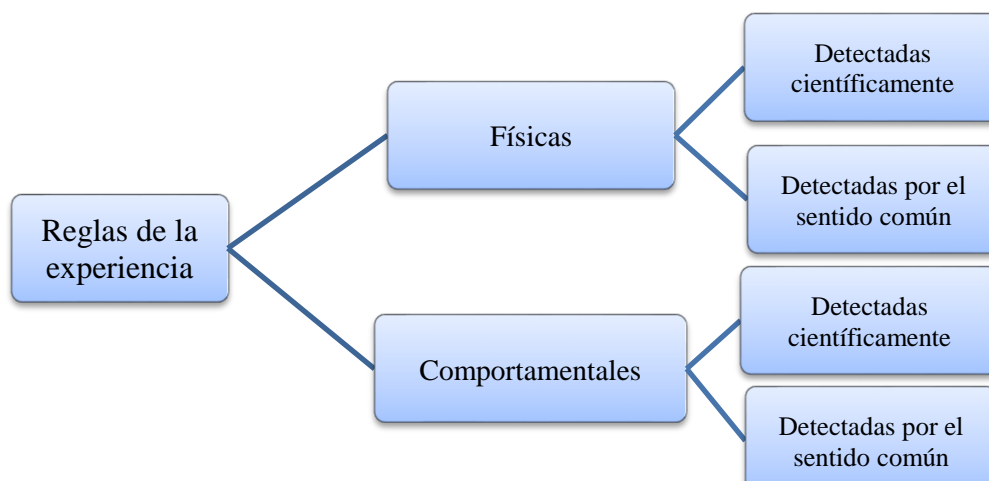
I – Una taxonomía ideal de las reglas de experiencia debe: (i) ser exhaustiva, para cubrir todas las posibles entidades pertenecientes al conjunto objetivo; (ii) incluir la *pauta* relativa a la naturaleza de los fenómenos sobre los que se basa una norma; (iii) incluir la *pauta* relativa al método de detección de la regla.

Por consiguiente, las normas de experiencia pueden ser:

(i) Físicas: detectadas por el método científico (representadas por FCi); o detectadas por el sentido común (representadas por FSC);

(ii) Comportamentales: detectadas por el método científico (representadas por CCi); o detectadas por el sentido común (representadas por CSC);

Esquema:



II – Algunas aclaraciones pertinentes.

Bajo la *clasificación* “físicas” se agrupan las reglas sobre fenómenos que pueden ser objeto de estudio de las ciencias derivadas de la naturaleza (*por ejemplo*, física, química, biología, etc.).

En la *clasificación* “comportamentales” se agrupan las máximas relativas a los fenómenos relacionados a comportamientos humanos o influidos por ellos, los cuales, como tal, son el objeto de estudio de las ciencias sociales (*por ejemplo*, psicología, sociología, economía, etc.).

^[3] Pueden encontrarse otras taxonomías en STEIN (1893:18-31), CARNELUTTI (1915:79), HAINMÜLLER (1968:27-8) KOCH e RÜßMANN (1982:285-93) y TARUFFO (2009:554-60).

Por método científico me refiero a todo aquel que fuese reconocido por validez y aptitud en el área del conocimiento en que se aplica.

Por sentido común me refiero a los métodos de adquisición de conocimiento que no fueron intencionalmente diseñados para la realización de una tarea cognitiva y que, consecuentemente, no se encuentran integrados en un sistema epistemológico predeterminado, descrito y dotado de reglas de validación de los resultados.

3. *Aceptación de la estructura proposicional*

La representación proposicional de la abrumadora mayoría de las reglas de la experiencia se resume en la siguiente estructura: si sucede X , ocurre Y .^[4]

En un concepto ampliado de regla, conveniente al Derecho, dicha estructura formal se divide en tres, mediante la introducción de cuantificadores de regularidad. Por lo tanto, son concebibles las siguientes estructuras: (i) necesariamente, si sucede X , ocurre Y ; (ii) en k % de los casos, si sucede X , ocurre Y ; (iii) generalmente (en la mayoría de los casos), si sucede X , ocurre Y .

§ III

PROCESO CONSTITUTIVO DE LAS REGLAS DE LA EXPERIENCIA

4. *El proceso de formación de las reglas de la experiencia*

I – La doctrina tradicional puede encontrarse, por primera vez, en el texto fundador de STEIN (1893:20-8) Se comprende lo siguiente: las reglas de la experiencia se forman a través de la inducción.

Entiendo que la sugerencia es, en general, correcta. Sin embargo, la epistemología y la filosofía de la ciencia han identificado diferentes subclases de inducción. En este sentido, si la referida orientación pretende decirnos que las reglas de la experiencia se originan a partir de razonamientos inductivos, más allá de no ocuparse de especificar cuáles son, entonces es, creo, correcta pero incompleta. Si, como a veces se refleja, se tiene en mente sólo las generalizaciones *humeanas*, entonces, me parece que es inexacta.

II – Además de la generalización *humeana*, las inferencias inductivas como la analogía o incluso los razonamientos de índole deductiva desempeñan un papel fundamental en la

^[4] Algunos autores han optado por una presentación de inspiración lógico-deductiva, que denota $p \rightarrow q$. Siguiendo este camino, aunque eligiendo el lenguaje de la lógica de predicados, v. KOCH / RÜBMAN (1982:277). Tal elección representa una problemática si no se olvida que, en las reglas de la experiencia, “ \rightarrow ” no denota una implicación lógica, sino de otra índole, como, por ejemplo, metafísica (causal).

construcción de las reglas de la experiencia que proponemos, en particular en el contexto jurídico-probatorio.

Consideremos algunos ejemplos.

Se tiene en cuenta la siguiente regla de la experiencia: las escaleras de mármol propician caídas. No es posible creer que quien profiere semejante máxima haya hecho un relevamiento del número de caídas en escaleras de mármol y luego lo haya comparado con las cifras relativas a las caídas en otro tipo de escalera. Y tampoco parece correcto aceptar que esa persona haya observado a 10 personas resbalar en escaleras de mármol y, a partir de esa observación, haya realizado una generalización. En realidad, dicha regla debe basarse en razonamientos analógicos, fundados en el conocimiento de otras estructuras con características similares, pudiendo incluso haber sido obtenida *deductivamente*, a partir de la regla según la cual caminar sobre superficies lisas y pulidas podría propiciar caídas.

Pensemos ahora en la regla de la experiencia según la cual el ser humano sufre con el fallecimiento de las personas a quienes quiere. Es evidente que se puede apelar, en este contexto, a una generalización *humeana*. Pero la analogía con nuestro propio caso, como personas semejantes a las demás, no ha de dejar de tener una intervención; el antiguo y repetido argumento analógico sobre la existencia de otras mentes, para resolver el problema del solipsismo, favorece esta aseveración.^[5]

Se considera, finalmente, la hipótesis de obtener una regla de la experiencia invirtiendo otra que conozcamos. Por ejemplo, si concluimos que quien utiliza un inmueble como vivienda recoge la correspondencia, abre las persianas, etc., y teniéndola como base la invertimos, llegaremos a otra según la cual las personas que hacen lo opuesto a eso no habitan el inmueble.

Podemos sin embargo ver, exclusivamente, una generalización *humeana* cuando se formula la regla de la experiencia que afirma que, en julio en Portugal, a las 19 horas, no hay luz natural.

El proceso de construcción del conocimiento es complejo. Sería ingenuo suponer que se soluciona en un par de líneas. No era ese el objetivo. La finalidad era tan sólo subrayar la insuficiencia de una teoría formativa de las reglas de la experiencia basada en la *generalización de eventos observados*. La posibilidad de arribar al conocimiento a partir de otro conocimiento parece inequívoca. En el mejor de los casos, la inducción *humeana* sería el método primario de adquirir *conocimiento*. Pero hasta esta afirmación parece muy discutible. En cualquier caso, por cierto, hay que tener en cuenta que semejantes cuestiones deben ser atendidas por las ciencias cognitivas, las cuales se encuentran orientadas y adaptadas para ello.

^[5] V.g. explicado por RUSSELL (1991:89-91).

5. *El salto nómico*

I – Atribuir o detectar la naturaleza nómica de las reglas de la experiencia presupone resolver un problema que, por encerrar dudas tan profundas – y hasta ahora no resueltas –, si preocupase excesivamente a los juristas, bloquearía la utilización de aquellas en el proceso judicial. La dificultad puede plantearse en una pregunta: ¿existe algún método que proporcione la prueba de la relación sobre la que se propone la regla de la experiencia, es decir, que nos permita saber, con certeza, que la misma se ha cumplido en casos desconocidos o se cumplirá en el futuro? Esta interrogación se dirige al llamado problema de la inducción, que ha sido analizado por HUME y que sigue sin resolución.

No es mi intención afrontarlo. Como dije, una duda del género del enunciado no puede afectar el pensamiento del jurista. Tenemos que suponer que, en abstracto, es epistemológicamente justificable la *creencia* en la existencia de regularidades nómicas en el mundo.

II – Al Derecho le importan, no obstante, dos cuestiones decisivas: (i) en abstracto, ¿es el método científico el único camino de obtención de reglas de la experiencia aptas para intervenir en el contexto jurídico-probatorio, o puede el sentido común contribuir con este objetivo de igual manera?; (ii) en concreto, ¿se encuentra la proposición de determinada regla de la experiencia justificada dentro del sistema de validación del que proviene?

Para responder a la primera pregunta, a la luz de la exigibilidad de la certeza en la actividad probatoria, tendremos que elaborar, *ex ante* y en abstracto, un juicio sobre la aptitud de un determinado sistema de validación para, atentos a los fines del Derecho, propiciar reglas de la experiencia al proceso.

Con respecto a la segunda pregunta, la duda ya no se basa en desentrañar si, en abstracto, este o aquel otro sistema de validación del conocimiento sobre el modo de ser del mundo garantiza la seguridad pretendida por el Derecho, sino antes saber si, en el marco de un determinado sistema de validación previamente admitido, el conocimiento invocado se encuentra justificado. Tendiendo un paralelo, podemos afirmar lo siguiente: la cuestión ya no reside, entonces, en la justicia de un determinado sistema jurídico-normativo, sino en resolver si una decisión que lo tomó por referencia se encuentra, dentro de él, justificada. Cumplir este paso positivamente posibilita que la demostración de RE_M permita el surgimiento de RE_C.

Y, de este modo, se establece el puente para la próxima SECCIÓN.

§ IV

SISTEMAS DE VALIDACIÓN. VALIDEZ Y JUSTIFICACIÓN

6. *Sistemas de validación*

I – Hemos visto anteriormente que, en cierta perspectiva, la regla de la experiencia es conocimiento: REC. En consecuencia, nos interesaría saber su valor en cuanto conocimiento; es decir: ¿qué requisitos deben cumplirse para que nuestra creencia acerca de algo valga como conocimiento? Esta cuestión ha sido objeto de estudio constante de la epistemología.

Nadie dudará de que ya sea a través del método científico como del sentido común es posible obtener la convicción de que hemos detectado una regla de la experiencia. La dificultad reside, entonces, en decidir si en ambos casos tal resultado debe valer como conocimiento. Resolver esta duda es fundamental debido a que una respuesta negativa puede comprometer la utilidad de la regla de la experiencia para intervenir en una inferencia judicial.

El problema al que nos enfrentamos es vasto y multifacético. Con el objetivo de sintetizar este estudio, cabe solamente su enunciación y la presentación de las coordenadas que, a mi juicio, conducen a la solución.

II – Entre los juristas vale el principio de que en el contexto jurídico-probatorio no debemos cuestionar las reglas de la experiencia científicamente obtenidas (como leyes de la naturaleza) y, al mismo tiempo, no debemos confiar en las reglas de la experiencia derivadas del sentido común. Si, en cuanto al primer postulado, la creencia ha de basarse en una ignorancia permitida, en cuanto al segundo, el escepticismo tiene que ser revisado y redimensionado, bajo pena de, queriendo ser rigurosos a este respecto, crear obstáculos fundamentales para la decisión basada en los hechos.

Aceptar la validez del método científico para obtener conocimiento se deriva, entre otras cosas, de tres propiedades que lo caracterizan: (i) capacidad de una creación intencionalmente dirigida a la obtención de conocimiento; (ii) está dotado de un sistema de validación de los resultados obtenidos; (iii) ha demostrado eficacia a lo largo de la historia, pues el conocimiento obtenido a través de este método ha permitido predecir la ocurrencia de eventos futuros e intervenir en los procesos causales naturales, alterándolos.

En cuanto al sentido común, lo que falla seguramente es el elemento (i), con motivo se plantearon serias dudas sobre la completitud de (ii), pero nadie cuestionará que, a pesar de la inestabilidad en cuanto a su eficacia, tenemos que reconocerle algún mérito.

Por eso, la reflexión debe tener por objeto nuclear la duda referida al sistema de validación del sentido común, por cuanto: (i) dado que este método nunca será una

creación intencional destinada a la obtención de conocimiento (en cierta medida, es su opuesto), debemos dejar de lado este problema; (ii) si fuera posible detectar y describir el sistema de validación que opera sobre el sentido común, más cerca estaríamos de, ante cada caso concreto, decidir sobre la eficacia de este método.

III – El proyecto de describir o, quizás, delinear un sistema de validación de los resultados epistemológicos obtenidos a través del sentido común es aún más extenso que fascinante. Se observa que la pregunta premeditada entonces indagaría sobre la viabilidad de tales tareas. En consecuencia, cumplir con tales medidas implicaría exceder la presente investigación. Sin embargo, no se cierra esta cuestión sin mencionar su urgencia.

En el Derecho en general y en la prueba en particular, el sentido común se revela pluri-localizado y ostensiblemente presente. La convicción de que la evolución de nuestra ciencia desvanecerá la relevancia de esta entidad se extinguirá sin consolidarse. Urge, pues, esforzarse sistemáticamente en comprender el sentido común, el espacio que ocupa en el Derecho y el modo en que el Derecho se ocupa de él.

7. Validez y justificación

I – En mi opinión, aquel que invoque una regla de la experiencia intencional, (al menos también) menciona un modo nómico de ser de determinada parte del mundo.

A menudo, sucederá que esa invocación se realiza en un contexto y con una finalidad comunicacional: por ejemplo, en el seno de una comunidad científica, de un proceso judicial (siendo, en este caso, dirigida a las partes, sus abogados, jueces del tribunal *ad quem*). Por consiguiente, no basta con que aquel que la profiera se convenza de que presenta una regla de la experiencia. También tendrá que persuadir a los demás de que compartan su *percepción*. Para hacerlo, no será suficiente con que describa la estructura del razonamiento cuya conclusión es la máxima; tendrá, además, que ofrecer una justificación epistemológica que fundamente la atribución de nomicidad a un fenómeno en el mundo.

Podrá obviarse tal etapa dependiendo de su contenido si este parece evidente o se basa en conocimiento previo, pacífico y generalmente aceptado. Pero, fuera de estas hipótesis, la omisión de la justificación epistemológica implica un vacío dialéctico. Cada contexto comunicacional contendrá, posteriormente, reglas para lidiar con este problema.

II – En sincronía con lo *anteriormente* expuesto, se entiende que *validez* es la convicción fundada sobre la existencia de la relación de correspondencia entre RE_C y RE_M. Por *justificación* debe entenderse el proceso argumentativo-demostrativo traducible en la

movilización de datos, información, y respectiva relación, que fundamenten esa convicción, dentro de un determinado sistema de validación.

En mi opinión, los argumentos justificativos más relevantes se subordinan a dos categorías: comprensión y estadística.

7.1. Comprensión

I – ¿Por qué cierto aspecto del mundo es así? Esta pregunta se plantea sobre cualquier regla de la experiencia; cuanto más se encuentre completa y mayor sea la calidad de la respuesta presentada, tanto más estaremos convencidos de la *existencia* de la regla enunciada.

No hay dificultad en aclarar esta progresión. Si nos convencemos de que sabemos cómo y por qué las cosas son de cierto modo, queda abierta la hipótesis de saber cómo no son y por qué no pueden ser de otro modo. Es decir, entreabrimos la puerta a la idea de *necesidad*.

Presentar un soporte explicativo de las reglas de la experiencia es, como todos sabemos, objeto de la ciencia; mas no es exclusivo: parece no sólo conjeturable sino demostrable la posibilidad de comprender modos de ser del mundo a través del sentido común.

II – En una visión práctica, como debe ser aquella solicitada por el contexto jurídico-procesal, hay que tener presente que, si se basa en una explicación científica, la validez de la regla de la experiencia difícilmente será impartida por el juez. Tal escrutinio, si se justifica, se desarrollará en el marco de la confrontación de las pericias, del debate entre expertos. Es decir, a menos que la regla propuesta sea desvalorizada, en la duda sobre su validez, el juez tendrá que, de oficio, solicitar una nueva pericia.

Como se ha señalado anteriormente, las reglas de la experiencia también pueden detectarse a través del sentido común. Cuando se siga este camino, raramente la búsqueda será orientada hacia la adquisición comprensiva y completa de conocimiento. Sin embargo, eso no invalida que, a menudo, se alcance un determinado grado de comprensión del fenómeno en cuestión, contribuyendo semejante progreso a la percepción de la validez sobre la máxima propuesta. Cuando la comprensión del fenómeno subyacente a la regla de la experiencia se adquiere por el sentido común, el juez y las partes pueden evaluar la suficiencia de la justificación comprensiva ejercida y, así, dudar de la contribución efectiva de la supuesta comprensión de la validez de la regla.

III – Para finalizar, hay que subrayar que la comprensión abarca tanto la proposición de una regla de la experiencia en términos deterministas como probabilísticos. Pensemos,

respecto a esta segunda hipótesis, en la comprensión solamente parcial de determinado fenómeno.

7.2. Estadística

I – Ante la falta o insuficiencia de comprensión sobre cierto fenómeno, determinar la frecuencia relativa de la respectiva ocurrencia puede permitir establecer un patrón relacional.^[6]

Antes de avanzar, debemos recordar nociones elementales de estadística: eventos, resultados y frecuencia relativa.

Utilizando la estructura elemental de las reglas de la experiencia (si sucede X , ocurre Y), diremos que el fenómeno en estudio está representado por X . El conjunto de eventos a considerar es: $\{Y, \sim Y\}$. Luego, Y y $\sim Y$ son los posibles resultados. Teniendo en cuenta estas nociones, podemos fácilmente determinar la frecuencia relativa de “si sucede X , ocurre Y ”. Corresponde la división del número de resultados Y por el número total de veces en que X se verificó. Por ejemplo: si X representa el tratamiento de pacientes con el fármaco A y si Y es la consiguiente cura, entonces, cuando se afirma que, de los 200 pacientes tratados con A , 130 se curarán, se entenderá que la frecuencia relativa es $130/200$, es decir 0,65 (o 65%).

Claramente, si Y ocurre siempre que X se verifica, entonces la frecuencia relativa equivale a 1 (o 100%).

II –Esta es la parte simple. El problema se plantea al intentar extraer una regla, es decir, al enunciar una relación nómica entre X e Y fundada en meras consideraciones estadísticas.^[7]

Surgen, al menos, dos preguntas, tan intrincadas que se encuentran, hasta hoy, a la espera de una respuesta convincente: (i) ¿cómo se fundamenta la conversión de datos estadísticos en una regla? Pensemos la cuestión de otra manera: ¿la frecuencia relativa detectada de procesos pretéritos y conocidos justifica previsiones futuras o permite saber qué sucedió en casos excluidos de la muestra tomada para determinar la frecuencia?; (ii) admitiendo que el tamaño de la muestra debe ponderarse en la respuesta a la cuestión anterior, ¿cuán extenso tiene que ser para autorizar una respuesta positiva?

Las preguntas planteadas son efecto de dos causas principales.

^[6] El resultado del estudio frecuentista no siempre asumirá esta función fundamental; antes puede servir como confirmación de dada explicación. Sin embargo, no se refiere, si lo comprendemos bien, a esta segunda perspectiva que ahora merece nuestro interés

^[7] HEMPEL (1965:377) establece claramente la diferencia entre las pretensiones subyacentes a la proposición estadística descriptiva y a la proposición estadística nómica. En aquella, la clase de eventos está constituida por los efectivamente observados, siendo, por lo tanto, finita. En la otra, la clase de eventos se refiere a todos los acontecimiento englobados en ella, ya se hayan observado o no, pasados, presentes o futuros.

La primera, más profunda y quizás infranqueable, nos conduce al escepticismo *humeano* sobre la racionalización de la *creencia* en la continua regularidad de la naturaleza.

La segunda, también intrincada, sea quizás superable. Todos coinciden en que, con vistas a la introducción de una regla de la experiencia, sería pertinente observar la totalidad de las ocurrencias de un determinado fenómeno, pues, en ese caso, diríamos: si el mundo ha sido así hasta ahora, es de esperar que continúe siendo así. Pero supongamos que exista inexequibilidad física o práctica de realizar tan plena observación, tendremos, entonces, que satisfacernos con una muestra capaz de representar la totalidad. Su dimensión y el método de recogida se transforman, pues, en las cuestiones a resolver.

III – Detectar reglas en el mundo a través del método científico, con apelación a argumentos frecuentistas, presupone el recurso de una técnica para resolver el segundo problema referido anteriormente. Sólo algunas palabras tienen lugar aquí.

Surgen dos importantes faros: **(a)** dimensión; **(b)** método de recogida.

(a) A medida que la extensión de la muestra aumenta, disminuye el número de casos no considerados. En consecuencia, disminuyen las hipótesis que implican una desviación relevante a la frecuencia relativa determinada.

(b) Queriendo garantizar el potencial generalizador de los resultados, es de extrema importancia el método de recogida de la muestra. A este respecto, se enuncia un principio fundamental: la muestra debe obtenerse al azar, es decir, la probabilidad de que, antes de la selección, se seleccionen los elementos del grupo que efectivamente componen la muestra tiene que ser equivalente a la probabilidad de que sean elegidos para constituir la muestra los elementos del grupo que no fueron efectivamente elegidos para componerla.^[8]

IV – A través del sentido común, identificamos en el mundo regularidades con base en razonamientos de índole frecuentista. Acumulativamente, atribuimos naturaleza nómica a esas regularidades. Lo hacemos, en realidad, cotidianamente. Sin embargo, partiendo de la escala de rigor *anteriormente* descrita, los fundamentos epistemológicos de tal atribución parecen cuestionables. Podemos enumerar cuatro ámbitos problemáticos: *(i)* el tamaño de la muestra es indeterminable (por lo que es imposible determinar su suficiencia); *(ii)* no se utilizan métodos válidos para su recogida; *(iii)* no es posible traducir numéricamente los resultados; *(iv)* esta vaguedad propicia errores de percepción sobre la intensidad real de la frecuencia relativa de los resultados.

^[8] ZILHÃO (2010:35-6).

Dicho esto, podemos inferir que: o el método utilizado por la ciencia estadística para determinar frecuencias relativas no debe ser el único aceptable para los fines del proceso judicial; o parece existir un serio fundamento para el escepticismo sobre la utilidad epistemológica de las reglas de la experiencia elaboradas a través de una detección frecuentista como recurso al sentido común.

Si se adopta y generaliza el mencionado escepticismo, quedamos ante una auténtica paradoja, pues no es difícil presentar ejemplos de reglas de la experiencia elaboradas a través del sentido común cuya validez pocos estarían dispuestos a cuestionar. La duda central consiste, entonces, en determinar cuánto podemos alejarnos del supuesto método ideal científico-estadístico sin entrar en elucubraciones manifiestamente especulativas, *eslógenes*, prejuicios, generalizaciones (radicalmente) espurias de las que habla, por ejemplo, TARUFFO (2009:557-8).

Veo con dificultad la resolución de este problema. A priori y de manera abstracta, creo, además, poco viable definir el conocimiento que, a pesar de fundarse en un ejercicio *estadístico* del sentido común, puede utilizarse en la construcción de razonamientos jurídicos pertinentes. Al intentar progresar, podremos establecer cuatro condiciones cuya verificación, acumulativa o individual, debe despertar una postura escéptica respecto a la validez de una regla de la experiencia de este tipo y una mayor cautela en su utilización; son las siguientes:

- (i) tamaño reducido de la muestra considerada;
- (ii) complejidad elevada (causal) del fenómeno en el que se detecta la regla;
- (iii) inaccesibilidad perceptible del fenómeno;
- (iv) contrariedad o desviación ante otras normas de experiencia establecidas.^[9]

Tenemos, entonces, nada más que principios indeterminados, hipótesis abstractas de circunstancias que, si se concretan, deben generar una postura escéptica. Corresponde a quien haya detectado una regla en el mundo, a través del sentido común, cuestionar intensamente su existencia y límites. Se trata, pues, de un requisito de rigor epistemológico, cuya observancia, en proceso judicial, puede ser incentivada mediante la imposición de la obligación que fundamenta la sentencia (de hecho).

V – Por último, es importante señalar que, por las razones metodológicas ya presentadas, en un contexto científico, la probabilidad contemplada por la regla de la experiencia podría exponerse numéricamente. Por el contrario, si la regla se detecta a través del sentido común, el recurso de cifras en la respectiva conversión proposicional

^[9] ≈ TARUFFO (2006:123), en cuanto a esta última.

debe, en principio, interpretarse como un modo de expresión numérico, pero no matemático.

7.3. Reglas de experiencia física

I – Determinadas por la ciencia a través de la comprensión. Las reglas de la experiencia física se prestan a una comprensión con un alto grado de profundidad. Sucede así no sólo porque las ciencias que de ellas se ocupan tienen finalidad explicativa y orientan su método para ese objetivo, sino también, supuestamente, porque los fenómenos en cuestión se dejan estudiar de manera completa. A menudo, estas ciencias proporcionan reglas de contenido determinista. Tenemos entonces las leyes de la naturaleza, con características de inviolables. Proponen la ocurrencia de Y condicionada, en términos de necesidad, siempre que se verifique X. Es decir, en el límite de la perfección, en su enunciación, va implícita la imposibilidad de que a X no se siga Y.

II – Determinadas por la ciencia a través de la estadística. En la falta o insuficiencia de la comprensión de un fenómeno dado, las ciencias de la naturaleza se sirven de datos estadísticos para formular reglas de la experiencia; las cuales, recuerde, pueden ser tanto deterministas como probabilísticas. En cuanto a estas últimas, hay que subrayar lo siguiente: hay, en efecto, muchas áreas del conocimiento - con las que, de vez en cuando, el Derecho se cruza - donde la aleatoriedad epistemológica parece endógena y, en consecuencia, las ciencias que las estudian sólo producen leyes de naturaleza probabilística, por ejemplo, la medicina, la biología, la meteorología, etc.

De esta circunstancia se deriva un problema agudo para el proceso judicial, pues la incertidumbre sobre, por ejemplo, los procesos causales *sub judice* se vuelve inamovible. En este momento, son útiles técnicas normativas: véase el caso paradigmático de la pérdida de *oportunidad*.

III – Determinadas por el sentido común a través de la comprensión. Comprender profundamente las reglas de la experiencia física parece ser privilegio de la ciencia. En teoría, la posibilidad de alcanzar semejante resultado a través del sentido común no se debe excluir; en la práctica, la imposibilidad parece evidente.

IV – Determinadas por el sentido común a través de la estadística. A través del sentido común podemos captar la regularidad de cierto fenómeno, más o menos complejo, y convertir ese conocimiento en una regla de la experiencia. De hecho, lo hacemos todos los días, cuando nos ponemos en contacto con el mundo físico que nos rodea. Si no lo

hiciéramos, difícilmente podríamos sobrevivir. Los seres vivos conocen el mundo, aunque no lo comprendan.^[10]

No es difícil encontrar una hipótesis (judicialmente contextualizada) que ejemplifique cuanto acaba de exponerse. En casos de accidente de tráfico, es importante conocer las condiciones de visibilidad en el lugar y momento del siniestro. Admitamos que, en un determinado pleito, los hechos ocurrieron en diciembre, a las 18 horas. En la falta de prueba testimonial, se invocará ciertamente la regla de la experiencia según la cual, en el lugar del accidente, en aquel mes, a aquella hora, la luz natural era poco intensa. Tal regla puede, obviamente, construirse a través de un método científico, partiendo del supuesto de que la luz natural, en la tierra, proviene del Sol, el cual, en aquel momento y lugar, incidía bajo determinado ángulo, del cual resulta la débil intensidad de la luz. Pero también por quien a través del sentido común ha experimentado en distintas oportunidades el crepúsculo poniente y haya analizado el momento de su verificación por el mes del año y la hora del día, en un determinado punto del globo.

7.4. Reglas de la experiencia comportamentales

I – *Determinadas por la ciencia a través de la comprensión.* Comprender reglas de este tipo tenderá, como sucede con las físicas, a aumentar nuestra percepción sobre su validez, pero difícilmente la evolución explicativa puede conducir a un conocimiento exhaustivo y, consecuentemente, a la formulación de la regla en términos deterministas. Parece complicado arribar a una justificación definitiva para esta dificultad; pero los obstáculos que se le ofrecen y los síntomas de su presencia son evidentes. Por un lado, admitir la existencia de una regla de la experiencia comportamental determinista implicaría, al menos en los casos validados por la máxima, la erradicación del libre albedrío. Esta consecuencia suscitaría un debate intenso e infinito. Por otro lado, presunciones como la de la racionalidad económica del agente, declaradamente tendenciosas y no absolutistas, derivan precisamente de reconocer la imposibilidad de construir una regla que describa como determinista el comportamiento del ser humano. Si aceptamos como exactas las conclusiones anteriores, podemos declarar lo siguiente: (i) algunas reglas de la experiencia comportamentales se dejan explicar, al menos parcialmente, por métodos científicos; (ii) sin embargo, aunque tales máximas se propongan de manera rigurosa, se presentarán siempre como descripciones de una tendencia y, por lo tanto, con tenor probabilístico.

^[10] Debe subrayarse que cuanto se acaba de decir sería perfectamente aplicable a muchos otros animales. Tal como hace notar WITTGENSTEIN (2012: para. 287), a pesar de ignorar la duda de HUME y sin estar en posesión de cualquier método científicamente validado, las ardillas saben, y no se equivocan, que necesitarán de nueces durante el invierno que se acerca.

II – Determinadas por la ciencia a través de la estadística. Esta dificultad en cuanto a la efectiva comprensión del fenómeno comportamental hace que los científicos apelen a métodos estadísticos. A través de ellos es posible determinar tendencias comportamentales y, de ese modo, anticipar, por medio de un juicio probabilístico, la conducta que será adoptada por alguien o por un grupo de personas.

III – Determinadas por el sentido común a través de la comprensión. Al contrario de lo que sucede con las reglas de la experiencia físicas, con respecto a las comportamentales no se le reconoce a la ciencia exclusividad de capacidad comprensiva. El sentido común se presenta en este ámbito como herramienta válida para desentrañar las razones de los comportamientos, aun admitiendo la inferioridad cualitativa y cuantitativa de las explicaciones así obtenidas, cuando se las compara con aquellas alcanzadas por vía científica (es decir, a través de estudios psicológicos, sociológicos, económicos, psiquiátricos, etc.). La admisión de esta doble vía para comprender tal vez no es ajena a la circunstancia de que, en el dominio comportamental, tenemos acceso directo a datos y laboratorio: el argumento analógico para fundamentar el conocimiento sobre la existencia de otras mentes y de sus características, delineando así el solipsismo, no puede dejar de nuevo de ocurrir.^[11] De aquí resulta que, a través del sentido común, podemos adquirir algún soporte comprensivo, epistemológicamente válido, de algunas reglas de la experiencia comportamentales. Tomemos un ejemplo.

Cuando se discute en un arbitraje la compensación a los progenitores por la pérdida de un hijo, la decisión presupone probar no sólo el sufrimiento de aquellos, sino también que el mismo es un efecto de la muerte de su hijo. Suponiendo que exista la imposibilidad de probar directamente ese sufrimiento o, al menos, la relación causal que lo tiene por efecto entrará en juego la siguiente regla: “*En la gran mayoría de los casos, la muerte de un hijo causa sufrimiento a los padres*”. Esta regla no se obtiene, al menos exclusivamente, por métodos estadísticos: afortunadamente, pocas personas conocen a muchas personas que perdieron a sus hijos. En rigor, la fuerza de aquella regla de la experiencia proviene de ser posible *comprenderla*. Es verdad que para evitar el regreso infinito tendremos que asumir como fundacionales algunas otras reglas de la experiencia obtenidas, eventualmente, por la generalización *humeana*. Sin embargo, dado este primer paso, es posible proseguir hasta la regla y, consecuentemente, comprenderla. Sería algo así:

- Premisas: (i) el ser humano tiene la capacidad de desarrollar sentimientos de afecto hacia elementos externos (*regla fundacional*); (ii) la destrucción del objeto depositario del afecto causa un sentimiento negativo (por ejemplo, sufrimiento) a la persona que siente tal

[11] RUSSELL (1991:89-91).

afecto (*obtenida por analogía*); (iii) normalmente, los padres dirigen un afecto intenso hacia sus hijos (*obtenida por inducción humana y analogía*).

- Conclusión: “Por lo general, la muerte de un hijo causa sufrimiento a los padres”.

IV – Determinadas por el sentido común a través de la estadística. El ser humano no tiene una postura apática ante el mundo; su relación es, primordialmente, constitutiva de clasificaciones; incluso, o quizás, sobre todo, cuando el objeto de esa relación son otros seres humanos. En consecuencia, cada cual es, o por lo menos juzga ser, capaz de detectar patrones de comportamiento en el contexto de determinadas comunidades de individuos. La realización de este ejercicio se sirve de datos estadísticos rudimentarios, que muchas veces reunimos de modo no intencionado y, seguramente, sin obedecer a un método predeterminado y sistematizado. Tenemos, notarán algunos, campo fértil para desarrollar prejuicios sobre personas de cierta zona geográfica, edad, género, etnia, etc. Pero no sólo eso. A veces esta estandarización, a pesar de estar basada en datos estadísticos poco claros, proporciona nociones pertinentes sobre aquello que podemos esperar del comportamiento de las otras personas. Además, difícilmente valdrá la pena dudar de la eficacia de este modo de obtención del conocimiento ya que, creo, es el propio éxito de la vida organizada en comunidad el que la demuestra.

Inequívocamente, y sin que la subsiguiente afirmación produzca un juicio positivo o negativo, las reglas de la experiencia comportamentales fundadas en la *estadística del sentido común* marcan una presencia constante en la actividad probatoria, en especial cuando se recurre a raciocinios inferenciales. Más que declararlo, debe demostrarlo a través de ejemplos:

– “Es normal que, en las ciudades pequeñas, las personas se hagan transportar en la caja abierta de un vehículo de mercancías.”

– “Ahora bien, a partir de la prueba no se puede afirmar que, en las circunstancias concretas en que sucedió, sea probable que el exceso de velocidad al que conducía el conductor haya podido provocar el accidente, el cual se produjo a 8,70 m de un puente para peatones (según el curso normal de las cosas, no es probable que un peatón atravesara el carril).”

§ V

FIGURAS RELACIONADAS

8. Hechos notorios

I – En la literatura y en la jurisprudencia no siempre es exacta la distinción conceptual entre las reglas de la experiencia y los hechos notorios. Concomitante y consecuentemente, a veces no son exactos los ejemplos concretos ilustrativos de cada figura.

No hay, sin embargo, necesidad de persistir en la confusión. Una vez comprendida la contraposición entre las figuras es obvia y hasta operativa.

La distinción es evidente e inequívoca. Se recuerda la definición de regla de la experiencia: *relación abstracta de carácter nómico que detectamos en el mundo*.

A partir de esto, tenemos dos caminos para plantear y resolver la cuestión.

Uno de ellos consiste en considerar a la relación abstracta como un hecho. Este camino es problemático: una vez superado el escepticismo realista sobre las leyes de la naturaleza (aplicable a las reglas de la experiencia), habría entonces que sortear la ontología a la que estas se subordinaran bajo la categoría “hechos”. Creo que es necesario mantener algún tipo de *agnosticismo* con respecto a esto, sin que por ello surjan problemas para el Derecho. Sin embargo, si todavía se pretende emprender este camino, entonces no habría que distinguir entre hechos notorios y reglas de la experiencia, sino tan sólo hechos notorios y hechos no notorios.

Suponiendo que la regla de la experiencia no sea un hecho, la distinción entre las dos figuras es accesible, pues la regla de la experiencia es una relación entre tipos fácticos, mientras que el hecho es la ocurrencia de un tipo fáctico. Dicho esto, es posible aunar criterios operativos que, en un caso concreto, permitan percibir si estamos ante una regla de la experiencia o un hecho notorio.

Representados en una tabla:

Reglas de la experiencia	Hecho notorio
Entidad abstracta	Entidad concreta
Se cumple	Sucede
Es siempre una relación	Puede ser un <i>relatum</i>

II – Para finalizar, cito algunos ejemplos de reglas de la experiencia que, en la literatura o en la jurisprudencia, a veces se consideran hechos notorios:

- El disgusto causado por la muerte de un familiar;
- Los dolores sufridos como consecuencia de una agresión;
- El mecanismo de variación del valor de la moneda;
- La depreciación del vehículo por el sólo hecho de transcurrir el tiempo;
- Entre el rayo de la aurora y el inicio del crepúsculo matutino, la visibilidad es deficiente.

9. Reglas lógicas

I – Distinguir entre las reglas de la lógica y las reglas de la experiencia puede ser un problema tan profundo y complejo que, muy probablemente, quedemos allí retenidos por mucho tiempo. Y, probablemente, al final, sólo nos habríamos apenas aproximado a su resolución, pues la duda está en saber si la lógica es independiente de la experiencia, si es un conocimiento *a priori*.

No nos vamos a enredar en un problema que, por cierto, ni es legal ni tiene, creo, relevancia para nuestra ciencia. Sin embargo, suponiendo que el conocimiento lógico (o, al menos, alguno que le pertenezca) sea anterior o independiente de la experiencia, enunciaré los términos de una posible distinción, a través de un conocido ejemplo.

II – Es frecuente la frase que enuncia como regla de la experiencia lo siguiente: nadie / nada puede estar al mismo tiempo en dos lugares distintos.^[12]

Vemos con nitidez la inexactitud de esta calificación cuando sacamos conjeturas sobre la experiencia que la fundamentaría. Si la certeza de que nadie / nada puede estar en dos lugares a la vez surge a partir de la experiencia, entonces sólo un ser omnipresente puede alcanzarla, pues sólo un ser con esta capacidad está en condiciones de confirmar que cada entidad material de este mundo sólo ocupa un punto espaciotemporal. Es interesante notar que el ser omnipresente sería, precisamente, la excepción que confirma la regla.

Sin embargo, podemos realizar una flexibilización epistémica: no es necesario tener la certeza. Pero, entonces, ¿en qué experiencia se apoyaría el juez? ¿En estudios científicos que se han ocupado de demostrar esta imposibilidad? ¿En la experiencia propia y de amigos que intentaron, variadísimas veces, estar en dos lugares al mismo tiempo, pero no lo lograron?

Estas preguntas sin respuesta nos indican el camino de la salida: la regla que dicta la imposibilidad de estar en dos lugares en el mismo momento es lógica, no se deriva de la experiencia.^[13]

• CONCLUSIÓN

1. La regla de la experiencia representan una relación abstracta de carácter nómico que detectamos en el mundo.
2. Las reglas de la experiencia pueden ser *físicas* – detectadas por el método científico o por el sentido común – o *comportamentales* – detectadas por el método científico o por el sentido común.

^[12] Con respecto a la ya referida calificación, tenemos, *inter alia*: STEIN (1893:34); LAUMEN (2016:352).

^[13] Algo, además, declarado hace casi 100 años por WITTGENSTEIN (1922: para. 6.3751).

3. Además de la generalización *humeana*, las inferencias inductivas como la analogía o incluso los razonamientos de índole deductiva desempeñan un papel fundamental en la construcción de las reglas de la experiencia que proponemos, en particular en el contexto jurídico-probatorio.
4. La validez de las reglas de la experiencia en un contexto jurídico-probatorio dependerá de la justificación de ese conocimiento, siendo la comprensión y la estadística los principales argumentos a utilizar para esta finalidad.
5. La diferencia entre la regla de la experiencia y el hecho notorio es clara: la regla de la experiencia es una relación entre tipos fácticos, mientras que el hecho es la ocurrencia de un tipo fáctico.

Lisboa, 14 de mayo de 2018

• **BIBLIOGRAFÍA**

- CARNELUTTI, Francesco (1915) – *La Prova Civile*. Athenaeum;
- HAINMÜLLER, Dietmar (1968) – *Der Anscheinsbeweis und die Fahrlässigkeitstat im heutigen deutschen Schadensersatzprozeß*. Mohr Siebeck;
- HEMPEL, Carl Gustav (1965) – "Aspects of Scientific Explanation". *Aspects of Scientific Explanation and other Essays in the Philosophy of Science*. The Free Press: 331-496;
- KOCH, Hans-Joachim / RÜßMANN, Helmut (1982) – *Juristische Begründungslehre. Ein Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft*. Beck;
- LAUMEN, Hans-Willi (2016) – "Kapitel 17 – Der Anscheinsbeweis". *Handbuch der Beweislast – Grundlagen*. Carl Heymanns (3.ª edición): 338-497;
- MARTINS, João Marques (2017a) – *Prova por Presunções Judiciais na Responsabilidade Civil Aquiliana*. Princípia;
- MARTINS, João Marques (2017b) – *Presunções Judiciais na Responsabilidade Civil Extracontratual*. Princípia;
- MENDES, João de Castro (1961) – *Do Conceito de Prova em Processo Civil*. Edições Ática;
- NEVES, António Castanheira (1967) – *Questão-de-Facto – Questão-de-Direito ou O Problema Metodológico da Juridicidade (Ensaio de uma Reposição Crítica) – I – A Crise*. Almedina;
- RUSSELL, Bertrand (1991) – "Analogy". *The Nature of Mind*. Org.: David M. Rosenthal. Oxford University Press: 89-91;
- STEIN, Friedrich (1893) – *Das private Wissen des Richters*. C.L. Hirschfeld;
- TARUFFO, Michele (2006) – "La Prova del nesso causale". *Rivista Critica del Diritto Privato*, n.º 1: 101-30;
- TARUFFO, Michele (2009) – "Considerazione sulle Massime d'Esperienza". *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Ano LXIII: 551-69;
- TWINING, William (2006) – *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*. Cambridge University Press (2.ª edición);
- WITTGENSTEIN, Ludwig (1922) – *Tractatus Logico-Philosophicus*. Kegan Paul;
- WITTGENSTEIN, Ludwig (2012) – *Da Certeza/Über Gewissheit*. Tradução: Maria Elisa Costa. Edições 70 (edição bilingue);
- ZILHÃO, António José Teiga (2010) – *Pensar com Risco: 25 Lições de Lógica Indutiva*. INCM.